



ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО — СЪВРЕМЕННИ НАЦИОНАЛНО- И МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ ПЕРСПЕКТИВИ

Сборник с доклади от конференция по проект
„Йерархия и координация на източниците на правото
в съвременните национални правни системи на Русия и България“

Университетско издателство „Св. Климент Охридски“

ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО –
СЪВРЕМЕННИ НАЦИОНАЛНО-
И МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ ПЕРСПЕКТИВИ



ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО – СЪВРЕМЕННИ НАЦИОНАЛНО- И МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ ПЕРСПЕКТИВИ

Сборник с доклади от конференция по проект
„Йерархия и координация на източниците на правото
в съвременните национални правни системи на Русия и България“,
финансиран от ФНИ към МОН на Република България

Съставители
Янаки Стоилов
Даниел Вълчев

София • 2022
Университетско издателство „Св. Климент Охридски“

© 2022 Янаки Стоилов, Даниел Вълчев, съставители
© 2022 Антонина Георгиева, художник на корицата
© 2022 Университетско издателство „Св. Климент Охридски“
ISBN 978-954-07-5531-1
ISBN 978-954-07-5533-5 (pdf)

СЪДЪРЖАНИЕ

ПРЕДГОВОР / 9

I. ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО: ОБЩОТЕОРЕТИЧНИ И ПРАВНОФИЛОСОФСКИ ПРОБЛЕМИ НА ПОНЯТИЕТО / 13

ОФИЦИАЛНИ И НЕОФИЦИАЛНИ ИЗТОЧНИЦИ НА СЪВРЕМЕННОТО ПРАВО

Янаки Стоилов / 15

ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА: ГЕНЕЗИС И СООТНОШЕНИЕ С ИНЫМИ ИСТОЧНИКАМИ ПРАВА

Антон Васильев, Дариуш Шпоппер / 25

ИСТОЧНИКИ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ФИЛОСОФСКИЙ АСПЕКТ

Елизавета Фролова / 37

ПОНЯТИЕТО „ИСТОЧНИК НА ПРАВОТО“ В ПОТЕСТАРНОТО УЧЕНИЕ ЗА ПРАВОТО

Лъчезар Дачев, Доротея Димова / 48

ПРОЧИТ И ЙЕРАРХИЯ НА ПРАВНИТЕ ИЗТОЧНИЦИ – ЗА ПРАВОТО, ФУНКЦИОНИРАЩО ЧРЕЗ „ЧЕТЕНЕ“

Симеон Гройсман / 55

II. ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО: ИСТОРИЧЕСКИ И СРАВНИТЕЛНОПРАВНИ ИЗМЕРЕНИЯ / 73

ПОНЯТИЕ ОБЫЧНОГО ПРАВОПОРЯДКА И ЕГО ПРЕДНАЗНАЧЕНИЕ: ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Игорь Васев / 75

ЗА КОДЕКСИТЕ И КОДИФИКАЦИИТЕ ПРЕЗ ПРИЗМАТА НА РИМСКОТО ПРАВО

Малина Новкиришка / 87

ЗАКОННОСТ, ПРАВА И ПРАВОСЪДИЕ ИЛИ ХАРМОНИЯ,
КОМПРОМИС И ПОМИРЕНИЕ?

Михаил Матеев / 103

ЗАКОНЪТ КАТО ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО
В НЕСЕКУЛАРНИ ОБЩЕСТВА

Димитър Петров / 119

**III. ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО:
СИСТЕМА И СИСТЕМНО ФУНКЦИОНИРАНЕ / 133**

ВЪЗМОЖНОСТ ЗА ПОЗОВАВАНЕ НА МЕЖДУНАРОДНИТЕ
СПОРАЗУМЕНИЯ НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ ПРИ ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ
КОНТРОЛ ЗА ВАЛИДНОСТ ПО РЕДА НА ЧЛ. 263 ДФЕС

Иван Стойнев / 135

ЗА (НЕ)СЪОТВЕТСТВИЕТО МЕЖДУ МЕЖДУНАРОДНИТЕ ДОГОВОРИ
И КОНСТИТУЦИЯТА НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

Дилян Начев / 158

НЕТИПИЧНИ АКТОВЕ В ПРАВОТО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Христо Христов / 166

СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И
ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА РОССИИ:
ОТ «БУКВЫ» КОНСТИТУЦИИ ДО АКТОВ ТОЛКОВАНИЯ

Евгений Аничкин / 184

ВЪПРОСИ НА ОБРАТНОТО ДЕЙСТВИЕ НА ЗАКОНА
В ПРАКТИКАТА НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД

Екатерина Матеева / 191

РАЗПОЗНАВАНЕ НА БЛАНКЕТНИТЕ НОРМИ
В НАКАЗАТЕЛНИЯ КОДЕКС И НА ИЗТОЧНИЦИТЕ,
КЪМ КОИТО ОТПРАЩАТ

Ива Пушкарлова / 234

ФАКТИЧЕСКА И ЮРИДИЧЕСКА СИЛА
НА ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО

Людмила Костова / 249

IV. АНАЛИЗИ НА ОТДЕЛНИ ИЗТОЧНИЦИ НА ПРАВОТО / 275

СУДЕБНЫЕ АКТЫ КАК ИСТОЧНИКИ ПРАВА РОССИИ

Виталий Сорокин / 277

**ПРИНЦИПЫ КАК ИСТОЧНИК МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА:
ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ**

Рафаил Насыров / 291

**РЕШЕНИЯ НА ВАС И НА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ СЪДИЛИЩА,
С КОИТО СЕ ОТМЕНЯТ КАТО НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНИ (РЕСП. СЕ
ПРОГЛАСЯВА НИЩОЖНОСТТА) НА ПОДЗАКОНОВИ НОРМАТИВНИ
АКТОВЕ ПО ЧЛ. 193, 195 АПК**

Иван Русчев / 301

**НЕДЪРЖАВНИТЕ ИЗТОЧНИЦИ НА ТРУДОВОТО ПРАВО –
РЕАЛНОСТ И ПРЕДИЗВИКАТЕЛСТВА**

Нина Гевренова / 324

**ПРАВИЛНИКЪТ НА НАРОДНОТО СЪБРАНИЕ –
УНИКАЛЕН ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО**

Наталия Киселова / 347

**ИНСТРУМЕНТИ НА ЗАЩИТАТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА.
ОСОБЕНО ЗНАЧЕНИЕ НА ХАРТАТА НА ОСНОВНИТЕ ПРАВА НА
ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ КАТО ИЗТОЧНИК НА ПЪРВИЧНОТО ПРАВО
НА ПРАВОТО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ В ПРАКТИКАТА
НА БЪЛГАРСКИТЕ СЪДИЛИЩА**

Савина Михайлова-Големинова, Екатерина Тархова, Румяна Михайлова / 362

**БАЗЕЛСКИТЕ ПРАВИЛА КАТО ОСОБЕН *SOFT LAW* ИЗТОЧНИК
НА ОБЕКТИВНОТО БАНКОВО ПРАВО**

Димитър Стоянов / 406

ПРЕДГОВОР

Настоящият сборник включва доклади, представени на Международната конференция по проекта „Йерархия и координация на източниците на правото в съвременните национални правни системи на Русия и България“, проведена на 5 октомври 2021 г. в Ректората на Софийския университет „Св. Климент Охридски“.

Проектът е финансиран от Фонд „Научни изследвания“ към МОН в резултат на „Конкурс за проекти по програми за двустранно сътрудничество – България–Русия 2019–2020 г.“. Членовете на българския екип по проекта – проф. д-р Янаки Стоилов, проф. д-р Даниел Вълчев, доц. д-р Иван Стойнев, доц. д-р Симеон Гройсман и гл. ас. д-р Дилян Начев, работят в партньорство с научен екип от Юридическия институт на Алтайския държавен университет с ръководител директора на Института проф. д-р Антон Васильев и членове проф. д-р Виталий Сорокин, доц. д-р Евгений Аничкин, доц. д-р Рафаил Насыров и доц. д-р Игорь Васев. Изпълнението на проекта започна по-късно от предвиденото поради епидемията от COVID-19.

Изборът на проектната тематика е продиктуван от общото разбиране на българския научен екип за нейната важност и актуалност. Тази актуалност се определя от въпроси, всекидневно повдигани от практиката по създаване и прилагане на източниците на съвременното право. В теоретичен план актуалността на темата се увеличава поради отдалечаването вече с близо две десетилетия от последните мащабни изследвания за системата на източниците на българското право. Същевременно тъкмо през този период българската система на правните източници претърпя значителни изменения под интензивното въздействие на актовете на Европейския съюз, на юриспруденцията на Европейския съд по правата на човека и на глобалните процеси, които засягат правната сфера. В рамките на разработваната тематика се прави характеристика на източниците, разглеждат се някои от видовете източници и взаимодействието им в правните системи на Република България и на Руската федерация, на международното публично право и на правото на Европейския съюз. Отделено е внимание на важната роля на международните договори като източник на съвременното българско право и на задължителната тълкувателна практика на върховните съдилища. Анализирани са качествените промени в тълкувателната дейност на ВКС по гражданскоправни дела. Отново се поставят въпросите за *soft law*, за съдебния диалог и за конституционната идентичност, които все още се нуждаят от цялостно осмисляне и изясняване.

Докладите в сборника са обособени в четири раздела.

Първият раздел изследва *общитеоретичните проблеми на понятието за източник на правото* – за неговото класическо значение и развитие в новите условия, за видове източници на правото и специално за гранични явления, каквито са неофициалните източници наред с официалните, за ролята на правната доктрина, за създаването на правни източници както по пътя на правотворчеството, така и в процеса на тълкуване и прилагане на правните норми.

Вторият раздел обхваща *историко-правни проблеми на източниците на правото*, носители на приемственост на правната материя и на полемичен заряд в съвременния дебат относно източниците. Представени са разработки за обичая и религиозното законодателство като източници на правото, за процеса на кодификация от неговите корени в древното римско право до съвременните му проявления, за алтернативи на държавното нормотворчество и правораздаване заедно с техните проекции във функционирането на съвременните правни системи.

Третият раздел на сборника съдържа статии на автори с интерес към *правото на Европейския съюз, теорията на правото и международното публично право*. В тях се обсъждат съвременното съотношение между националните правни системи, системата на международното публично право и правният ред на Европейския съюз. В контекста на общия за раздела проблем за системното функциониране на правото на вниманието на читателя се поставят проблеми за ролята на конституционните юрисдикции в разработването на доктрината за действието на източниците в България и в Русия.

Четвъртият раздел включва статии с анализи, отнасящи се до *спецификите на отделни видове и конкретни източници на правото от различни негови отрасли: конституционно, гражданско и търговско, наказателно*. Показана е не само комплексната природа на проблематиката за източниците на правото, но и тяхната незаменима роля за стабилизиране и развитие на правото.

Настоящият сборник е едно от първите издания от конференциите на Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“, което едновременно се отпечатва в книжно тяло и се предоставя в електронен вид за свободен интернет достъп. Очакваме тази практика да допринесе за по-широкото разпространяване на създаваните във Факултета научни изследвания. В резултат на това се надяваме дебатът върху темата за правните източници, която – убедени сме – е сред най-важните за развитието на българското право, да се активизира и задълбочи.

Българският научен екип по проекта „Йерархия и координация на източниците на правото в съвременните национални правни системи на Русия и България“ благодари на ФНИ към МОН за оказаната подкрепа. Продължаваме изследователската работа и през втората година на неговото осъществяване.

Накрая смятаме за наш дълг да поставим един въпрос, който се отнася не само до пълноценната реализация на настоящия проект, но поставя общ и според нас важен за научната общност проблем. Този проблем е резултат от военната интервенция, която Руската федерация предприе на територията на Украйна в началото на тази година. Без съмнение ние ясно стоим на позицията за зачитане и прилагане на нормите на международното право, включително на международното хуманитарно право, за прекратяване на военните действия и за мирно решаване на конфликта. В същото време смятаме, че отношенията между научни организации и изследователи от България и Русия, които неминуемо се усложняват при такива обстоятелства и вече на практика са значително затруднени, не бива да се прекратяват. Обратното отново би ни върнало десетилетия назад в свят на блоково разделение, противопоставяне и предубеденост. Трябва да се опитаме да запазим голямото достижение за съвременната наука – свободния научен обмен. Затова е необходимо научният диалог между хора, които имат различни и дори противоположни възгледи по редица въпроси, да продължи.

проф. д-р Янаки Стоилов – ръководител на научния проект
проф. д-р Даниел Вълчев
юни 2022 г.

I.

**ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО:
ОБЩОТЕОРЕТИЧНИ И
ПРАВНОФИЛОСОФСКИ
ПРОБЛЕМИ НА ПОНЯТИЕТО**

ОФИЦИАЛНИ И НЕОФИЦИАЛНИ ИЗТОЧНИЦИ НА СЪВРЕМЕНОТО ПРАВО

Проф. д-р Янаки Стоилов
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

OFFICIAL AND UNOFFICIAL SOURCES OF CONTEMPORARY LAW

Prof. Yanaki Stoilov, Dr.
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. This article presents the idea of the existence of unofficial sources of law, a category that is less often studied and in need of conceptualization. Official sources of law are the acts recognized as legally valid in a given legal system. Unofficial sources of law are acts which have factual validity and therefore their rules also produce legal effect, i.e. legal consequences. The study demonstrates that there is no absolute and immutable boundary between legal and factual as far as sources of law are concerned. Unofficial sources of law, without being part of the legal catalogue of sources in a legal system, produce a similar effect. They establish norms with which the subjects in a legal system factually comply.

The article analyzes the social causes of the emergence of unofficial sources of law in light of the change of deep layers in the political system. Emergence of unofficial sources of law reflects attempts to create power instruments analogous to those of official sources of law. A further group of unofficial sources can also be seen as tools for interpenetration of legal systems in the context of search for influence over foreign institutions through the mechanisms of a ‘global law’. The example of the US Global Magnitsky Act and its impact on the Bulgarian legal system is analysed in this respect. Sources that create obligations for the EU Member States outside the primary and secondary law of the Union are examined in a similar perspective.

Keywords: *official and unofficial sources of law, legal and factual validity of rules, interaction of legal systems, global law, Global Magnitsky Act*

За юридическото понятие източник на правото

Всяка правна система – на националното право, на международното и на правото на ЕС, има свои източници. Техният каталог обикновено се съдържа в Конституцията и в други нормативни актове. В значителна част от теориите за правото категорията „източник на правото“ заема централно място. В други тя отсъства или е с второстепенна роля. Въпросът за определянето на източник на правото не предизвиква значителни разногласия в научните среди. Разликата във възгледите е дали ударението се поставя върху волята като източник на правото, върху процедурата, по която той се създава, или върху акта, в който се материализира.

Източниците на правото показват неговата връзка с държавата. Поначално източниците на правото се създават от овластени за целта органи на публична власт. Формализацията на източниците на правото е част от неговата институционална природа. Източниците на правото са институционални форми, в които се проявява съдържанието на правото¹. Едно от значения на юридически акт е документ, в който се изразява държавноправната воля; външната форма, в която се „излива“, и „живеят“ в социалната правна действителност съдържателните елементи на правната система². Източниците са формални категории на обективното право, от което то черпи юридическата си сила³. Следователно източникът е формата, в която съществуват правните норми, т.е. задължителните правни предписания, които са валидни⁴. От тази гледна точка съдържанието на правните предписания намира израз в източниците на правото.

Източниците на правото в юридически смисъл, или източниците на позитивното право, са резултат от силите, които творят правото⁵. Определянето на източника чрез волята изтъква властния характер на правото. Често при характеризиране на източника на правото волевият и процедурният аспект се съчетават в едно цяло. В този ред на мисли под източник на правото трябва да разбираме всяка издадена по определен ред или санкционирана от държавата правна форма, чрез която се изразява в задължителни за спазване правни правила – норми, волята на социалния субект (класата, народа),

¹ Бойчев, Г. Курс по Обща теория на правото. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2010, с. 180.

² Милкова, Д. Юридическите актове в социалистическото право. Понятие и система. София: Наука и изкуство, 1984, с. 14.

³ Радев, Д. Обща теория на правото. Второ издание. София: ЛИК, 2008, с. 117.

⁴ Колев, Т. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 206.

⁵ Торбов, Ц. Обща теория на правото. София: Юриспрес; Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2002, с. 163.

намерила израз във волята на държавата⁶. Източникът на правото е правообразуващата сила, т.е. волеизявлението, което го създава⁷. Последното трябва да отговаря на определени изисквания и да води до създаване на правни норми – да е извършено по установен от правото ред и да е насочено към създаване на общи правила за поведение⁸. Следователно източник на правото е налице, когато се постига целта за приемане/издаване на правна уредба на определени отношения и това действие е извършено съгласно установена правна процедура.

Така стигаме до виждането за източника на правото като единство от правна процедура и юридически акт. Според традиция, идваща от континенталното право, специално от Франция, източниците на правото са начините на формиране на правните норми, т.е. процедурите и актовете, чрез които тези норми достигат до юридическото си съществуване, вменстват се в позитивното право и придобиват валидност⁹. Цитираното разбиране е разпространено и у нас. „Източникът на правото са утвърдените в една система на правото процедури и актове като критерий за валидността на съдържащите се в тях правни норми.“¹⁰ Следователно източникът на правото съдържа правни норми, които са придобили това качество в резултат на изпълнение на определена правна процедура.

В българската гражданскоправна теория преобладава определянето на източника чрез поставянето му на плоскостта на юридическите факти. Източникът на право е нормативен факт, защото действащото право на дадено общество прикрепва към него нормативни правни последици, състоящи се в пораждање, изменение или отмяна на правни норми¹¹. Източниците на правото като юридически факти следва да се разграничат от останалите юридически факти по това, че действието им е свързано с пораждаването, изменението и прекратяването не на правоотношения, а на правни норми¹².

⁶ Цонев, В. Теория на източниците на социалистическото право. София: Наука и изкуство, 1973, с. 22.

⁷ Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. София: Наука и изкуство, 1972, с. 58.

⁸ Пак там.

⁹ Virally, M. La pensée juridique (L.G.D.J.), 1960, p. 149. Цит. по Бержел, Ж.-Л. Обща теория на правото. София: ЮЗУ „Неофит Рилски“ и Консултантска агенция „Л-КА“ ООД, 1993, с. 65.

¹⁰ Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. 4-то издание. София: Сиби, 2010, с. 28. Така също Колев, Т. Цит. съч., с. 206.

¹¹ Сталев, Ж. Нормативната сила на фактическото. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 1997, с. 145.

¹² Русчев, И. Нормативните актове източник на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 14. В същия смисъл: Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Второ прер. и доп. издание. София: Софи-Р, 2002, 67-68.

Дефектите на източниците, подобно на останалите юридически факти, засягат правните последици, в случая валидността на правните норми, които се съдържат в тях.

Общото във всички представени възгледи е, че източникът на правото е носител на правни норми. От тази гледна точка обективното право е системата от правни норми, каквито са изразени във формалните източници¹³. Източниците на правото определят начина на създаване на нормите и началния момент на тяхното действие¹⁴. В зависимост от начините, по които нормите получават валидност в правната система, съществуват различни видове източници – закон, обичай и др.

Създаването/признаването на източник на правото е в зависимост от компетентността на съответния орган и по-общо институция. От юридическо гледище компетентността се свежда до властта да се създаде или прилага определен източник на правото. Самата компетентност се осъществява съгласно процедура, приета от създаващия източника орган или от друг, на който това е възложено. В съответствие с казаното дотук можем накратко да обобщим, че източникът е юридически акт, в който се съдържат правни норми. *Източникът на правото, най-често нормативен акт, е резултат на валидно реализирана воля, намерила израз в правни стандарти – принципи и правила.* Източникът на правото закрепва и съдържа принципи и правила. Образно казано, той е „платформа“, „вместилище“ на правни стандарти. Стандартите, съдържащи се в източниците на правото, подлежат на прилагане, като за тяхното нарушаване се предвиждат неблагоприятни (санкционни) последици за нарушителя.

В зависимост от използването на различни критерии източниците на правото могат да се разделят на видове. С оглед на обсъжданата тема от значение е авторството на източниците, създавани от държавата (например закон) или възприемани от нея (например обичай, с което той става правен обичай). Първите обикновено се наричат формални или официални източници, а вторите – неформални. „Официалните източници“ обхващат формални норми, каквито са законът и юриспруденцията (*в смисъл на актове, издадени от съдилищата – Я. С.*), и „неформални източници“, които съдържат само неформални норми, като например обичаят и доктрината¹⁵. Пак от гледна точка на създателя на акта се говори за държавни и недържавни

¹³ Карбоние, Ж. Гражданско право. Въведение. София: Лик, 1999, с. 200.

¹⁴ Торбов, Ц. Цит. съч., с. 166.

¹⁵ Dabin, J. *Theorie generale du droit*. Dalloz, 1969, p. 22 and f.; Roubier, P. *Théorie générale du droit*. Paris: Recueil Sirey, 1951, № 2. Цит. по Бержел, Ж.-Л. Цит. съч., с. 65.

източници на правото¹⁶. И едните, и другите съдържат общи правила за поведение, с които адресатите им трябва да се съобразяват.

Като отчитам утвърденото значение на използваните термини, влагам допълнително значение в разграничението „официален–неофициален“ източник на правото. Официални са признатите (юридически валидните) в дадена правна система носители на правни норми, а неофициални са тези, които притежават фактическа валидност, поради което съдържащите се в тях норми също предизвикват правни последици. По този начин показвам, че няма абсолютна и непроменлива граница между правно и фактическо, специално по отношение на източниците на правото. Това означава, че правни норми могат да се съдържат освен в официалните, в юридически валидните източници, и в други правни актове, неофициални източници. Вторите, без да са част от легалния каталог на източници в дадена правна система, предизвикват приблизително същия ефект. Установяването и признаването на посочената разлика се постига чрез съчетаване на теорията и социологията на правото, което ни помага да разберем реалното битие и действие на правото.

Особености на неофициалните източници на правото

Правото се намира под влияние на условията, в които действа. Във всички общества, откак правото е възникнало, важи социологическата закономерност, че правната уредба зависи от естеството на регулираната материя¹⁷. Колкото по-бързо и по-дълбоко тя се променя, толкова повече фактическите отношения изпреварват възникващите на основата на официалните правила правни отношения. Фактическите отношения обаче обикновено не се развиват изцяло извън правото. Напротив, то се стреми да ги обхване и уреди, но това невинаги става само в последователността правно дължимо – правно осъществимо. Посоченото взаимодействие между дължимо и съществуващо води до напрежение между системност и устойчивост на правото, от една страна, и промените в обществото, които не се свеждат до предвидените от закона, от друга. Именно дълбоките промени в обществените отношения и специално в разпределението на властта са причината за поява на нови видове източници на правото. Последните често си пробиват път първо като негови неофициални източници. Те са субсидиарни, изпълняват спомагателна и допълваща роля. В крайна сметка неофициалните източници или придобиват юридическа валидност, или биват дисквалифици-

¹⁶ Така Русчев, И. Цит. съч., 53–54.

¹⁷ Сталев, Ж. Цит. съч., с. 145.

рани като несъвместими с правния ред. Този проблем трябва да се признае, за да се търси неговото решение.

Типичната последователност в правното регулиране е от валидността на източника да се извежда тази на съдържащото се в него правното основание, чрез което се квалифицира определено поведение. Възможно е обаче и друго – определени актове да предизвикват правни последици, поради това че те имат правна форма, която ги прави част от правната система. Във втория случай формалният характер на правото води до използване на някои от наличните в дадена правна система актове, чрез които се създава правно основание. Въпросът е дали такива актове (например решения на правителството, заповеди на министри) отговарят на изискванията за източник на правото. Тези актове, поне докато не бъдат обявени за невалидни, действат като източници на правото.

Основно свойство на източника на правото е юридическата сила (валидността) на съдържащите се в него правни норми¹⁸.

Неофициалният източник на правото има както общи черти с официалния, така и отлики.

Общото между официалните и неофициалните източници е, че:

- едните и другите са правни актове;
- засягат персонално неограничен кръг адресати;
- съдържат абстрактно формулирани правила, от които произтичат правни последици.

Неофициалните източници се отличават от официалните по това, че:

- юридически актове, които не са предвидени в каталога на източниците на правото, също съдържат правни норми;
- правните последици произтичат по силата на фактическа власт, с която авторът на правилата разполага;
- притежават условна юридическа валидност, докато не бъдат обявени за несъвместими със съществуващия правен ред.

Посочените черти определят неофициалния източник на правото. *Неофициален източник на правото е този, който, без да е изрично признат за такъв в дадена правна система, съдържа общи правила с условна юридическа валидност.* Тези източници могат да се нарекат също неформални, но не в смисъл, че са неписани, а защото не фигурират сред посочените в каталога на валидно признатите. Неофициалните източници приемат формата на правен акт, издаван от държавен орган или от друг субект, който по силата на делегация или на фактическа власт създава общи правила за пове-

¹⁸ Ташев, Р. Новите източници на българското право. София: ЛИК, 1996, с. 17. Така също Радев, Д. Цит. съч., с. 179.

дение. Въвеждането на понятието неофициален източник на правото дава и друга възможност – да обхване близки, но различни по вид актове, които съдържат общи правила за поведение. При масовите договори, нормативните съглашения и вътрешните регламенти на корпоративни сдружения правни субекти, които не са държавни органи и не притежават нормотворческа компетентност в класическото разбиране на израза, изработват правни норми¹⁹. Въпросните източници са неофициални, защото излизат от кръга на официално признатите, но въпреки това поражда правни последици за персонално неопределен кръг лица. Тези източници могат да се разглеждат като своеобразно *soft law*. Въпреки това по тежест на неблагоприятните последици в случай на тяхното пренебрегване те могат да въздействат като *hard law*.

Характерно за неофициалните източници на правото в наше време е, че те обикновено създават задължения, които поставят под условие реализацията дори на основни права. Въвеждането на допълнителни задължения като изискване за осъществяването на редица права и свободи поставя под въпрос реалността на правата и принципите, на които се основава демократичният правен ред. При такива условия трябва да се преценява дали въвеждането на нови задължения не нарушава изискването за пропорционалност, т.е. дали използваните мерки не засягат прекомерно и следователно неправомерно определени права.

Част от неофициалните източници се появяват в резултат на взаимодействието на различни правни системи при отношения, които надхвърлят правно уреденото взаимодействие помежду им. В основата на конкуренцията между националните правни системи, но и в отношенията между правните системи от различен вид стои йерархичността като тяхно основно свойство²⁰. Проблемът за неофициалните източници често е израз на спор за компетентност, предизвикан от взаимодействието на различни правни системи. Неговото решаване предполага ясно определяне на границите между националното, европейското и международното право със съответните им източници и взаимодействието помежду им. Разпространето на действието на норми от една правна система върху друга бих нарекъл „глобално право“. То не е равнозначно на международно право, защото последното по принцип предполага съгласуване на волята между равнопоставени субекти. Т.нар. глобално право създава проблеми както по отношение на суверенитета на държавите, така и по отношение на предвидимостта и стабилността на правния ред като цяло.

¹⁹ Ташев, Р. Обща теория на правото, с. 142.

²⁰ Стоилов, Я. Йерархия и конкуренция между съвременните правни системи. – В: Quo Vadis Justitia? Сборник доклади. Съставители Я. Стоилов, Е. Фролова, С. Гройсман. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2020, с. 55.

Видове неофициални източници на правото

Съвременните правни системи се характеризират с разнообразие от актове, които изпълняват нормативна роля. Това позволява да се обособят различни видове неофициални източници на правото. Тяхното категоризиране е в зависимост от съчетаването на два критерия: предназначението, което имат, и актовете, в които се изразяват. Прилагането на отбелязаните критерии, без да претендира за изчерпателност, показва наличието на различни видове неофициални източници на правото:

Източници, които разпространяват действието на норми от една правна система върху друга извън официално установения ред. Такъв е случаят с предвиждане на задължения, респективно на санкции, извън територията на държавата, която ги е въвела. Пример е глобалният закон на САЩ „Магнитски“. Мерки по този закон придобиват действие за Република България по силата на решение на Министерския съвет на Република България²¹. То разпростира ефекта на чужд правен акт върху лица и територия извън юрисдикцията на приелата го държава, без да създава самостоятелно правно основание. Въпросът за правната природа на този акт е дискуссионен²². Според мен част от неговите разпоредби в почти неразчленимо единство съдържат както нормативни, така и ненормативни предписания. По същество това е хибриден юридически акт, в който преобладават общи ненормативни изисквания. За разлика обаче от правилниците и наредбите на правителството, неговите решения са по-скоро актове с индивидуална, отколкото с нормативна природа. В производства по оспорване на включването на лица в списъка по закона „Магнитски“ Върховният административен съд на първа инстанция е обявил тези действия за нищожни²³. Въпреки това адресатите, които не се съобразяват с наложените санкции, рискуват да понесат неблагоприятни последици. Например банките, които не спрат разплащанията с определени лица, са застрашени да бъдат изключени от разплащанията с валута (долари). Така фактическата власт върху системата за международни разплащания (SWIFT) дава възможност да се налагат правила, които не се съдържат в национално признат източник на правото. Затова у нас се обсъжда създаване на закон за защита на икономическите и финансовите интереси на страната с оглед придаване на валидност на решения, произтичащи от

²¹ Решение на Министерския съвет № 441/4 юни 2021 г. във връзка с действията, предприети на 2 юни 2021 г. от Службата за контрол на чуждестранни активи (OFAC) на Министерството на финансите на САЩ по отношение на български лица.

²² Вж. по този въпрос Илиева, М. Какъв акт е решението за налагане на ограничения на свързани със санкциониранияте по „Магнитски“, 19.07.2022, <https://news.lex.bg/какъв-акт-е-решението-за-налагане-на-ог/>.

²³ Решение № 1007/03.02.2022 г. на ВАС, IV отд.

чужд правен ред. Такъв закон като официален източник на правото трябва да намери баланс между борбата срещу прането на пари и други форми на корупция, от една страна, и да защити правата на засегнатите лица, от друга. В неговия предмет попадат условията и редът, по които се придава действие на определени ограничения, кръгът на субектите, за които се отнасят, границите на самите ограничения и формите на защита от налаганите санкции за физически и юридически лица. Подобна уредба е необходима и в рамките на правото на Европейския съюз, защото с такива ограничителни мерки се засягат действието на съюзното право и съюзният правен ред.

Източници, които създават задължения за държавите – членки на Европейския съюз, извън първичното и вторичното право на Съюза. И тук, както в предишния случай, става дума за взаимодействие между различни правни системи, специално между наднационалния правен ред на ЕС и този на държавите членки. През последните години Европейската комисия създава различни механизми, които да осигурят изпълнение на определени изисквания от държавите членки. При несъобразяване с тях се предвиждат финансови санкции, както и да се наричат те. Това се отнася за гарантиране на върховенството на правото, включително чрез националните планове за възстановяване и устойчивост. Държавите, за да ползват средства от ЕС в рамките на този план, се (само)задължават по определени въпроси. Някои от тези задължения се изразяват в описване на рамкова нормативна уредба, която трябва да се въведе и конкретизира чрез официални източници (например за отчетността и отговорността на главния прокурор, за подобряване на режима на несъстоятелността, за намаляване на въглеродните емисии и др.). За разлика от задължението на държавите за въвеждане на директивите, което е нормативно уредено, тук правният ефект от неизпълнението е подобен, макар че липсва непосредствено правно основание за санкциониране на бездействието. Оказва се, че документи с директивен характер, които не са сред нормативните (законодателните) актове на Съюза, също могат да поразят задължения. Ако тези задължения не намерят място в официални източници на държавата, които ги привеждат в действие, следват неблагоприятни последици при тяхното неизпълнение.

Източници на права и задължения за персонално неограничен кръг лица, създавани от частни субекти. Такива са масовите договори, които вече се анализират в правната теория. Клаузите на масовите договори, сред които са договорите при общи условия, представляват правила за поведение, съобразени с нормативните актове и адресирани до неопределен кръг правни субекти²⁴. Тези актове не са сред упоменатите в ЗНА, но на практика

²⁴ Вж. Ташев, Р. *Обща теория на правото*, с. 143.

имат нормативен характер. Поради това те също следва да се включат в групата на неофициалните източници на правото. Фактът, че адресатите на задължения разполагат с известна защита, каквато е защитата на потребителите срещу налагане на неравноправни клаузи в договорите, не изключва нормативното значение на уредбата, а показва нейната специфика.

Съществува мнение, че участието на повече субекти в създаването на правни норми е проява на демокрация. Като постоянен, макар и не независим източник на демократични тенденции може да се разглежда създаването на индивидуални предписания от участниците в гражданския оборот²⁵. Проблем при предоставянето на такава власт на частни субекти възниква, когато една от страните още при сключване на договора се намира в икономически доминиращо положение спрямо другата. Продължаването на такава практика най-малкото изисква допълнителна регулация, гарантираща правата на страната, на която се предлагат общите условия. Затова твърдението за демокрацията като децентрализирано правосъздаване може да се приеме при изпълнение на две условия: ако се отнася до публично ограничена власт, в която създаването на нормативни актове се разпределя между различни субекти и на различни нива, и ако се упражнява независим юридически (съдебен) контрол за съответствие на създаваните норми със закона. В обратния случай фактическата власт (икономическа, административна или друга) води до неравнопоставеност на страните и дестабилизира правния ред с произтичащите от това неблагоприятни последици от правно и социално естество.

Покрай епидемията от COVID-19 сега в редица случаи не само държавата, но също учреждения и корпоративни субекти – заведения за хранене, предприятия и други, въвеждат задължения (за ваксинация, тестове и др.), без изпълнението на които лицата не могат да упражняват редица свои права. Така чрез заплахата за ограничаване на възможностите за ползване на различни, включително основни права гражданите се принуждават да следват изисквано от тях поведение. Мнозина от засегнатите протестират срещу такива действия, разглеждайки ги като недопустимо ограничаване на индивидуалната свобода и признатите права. Тук ролята на съдебната власт е незаменима, стига тя да упражнява независимо и пълноценно своята роля за защита на правата.

²⁵ Така Вълчев, Д. Демокрацията като децентрализирано нормосъздаване. – В: Съвременен право, 2000, № 4, с. 65.

ПРАВОВАЯ ДОКТРИНА КАК ИСТОЧНИК ПРАВА: ГЕНЕЗИС И СООТНОШЕНИЕ С ИНЫМИ ИСТОЧНИКАМИ ПРАВА¹

Доц. Антон Васильев, дюн
*Заведующий кафедрой теории и истории государства и права
Алтайского государственного университета*

Проф. Дариуш Шпоппер, дюн
Поморская академия (г. Слупск, Польша)

LEGAL DOCTRINE AS A SOURCE OF LAW: GENESIS AND RELATIONSHIP WITH OTHER SOURCES OF LAW

Associate Professor Anton Vasiliev, DSc.
*Head of the Department of Theory and History of State and Law
Altai State University*

Prof. Dariusz Szpopper, DSc.
Pomeranian Academy (Slupsk, Poland)

Abstract. The article deals with the genesis and correlation of legal doctrine with other sources of law. The authors pay attention to the ways of sanctioning the legal doctrine as a source of law. The paper analyzes the similarities and differences of legal doctrine with legal custom and legal precedent.

Keywords: *legal doctrine, law-making, law of lawyers, legal custom, legal precedent, sources of law*

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ и Национального научного фонда Болгарии № 20-511-18002 «Иерархия и координация источников права в национальных правовых системах России и Болгарии».

В российской общетеоретической юридической науке предлагаются различные определения правообразования. К примеру, профессор Е. А. Лукашева сводит правогенез (правотворчество) к процессу принятия уполномоченными государственными органами нормативно-правовых актов². По мнению Ю. А. Тихомирова и И. В. Котелевской правотворчество представляет собой „процесс познания и оценки правовых потребностей общества и государства, формирования и принятия правовых актов уполномоченными субъектами в рамках соответствующих процедур“³.

Иными словами, большинство учёных отождествляют правообразование с принятием нормативно-правовых актов. Но, такой подход к формированию юридических норм нельзя признать правильным по следующим причинам.

Во-первых, следует согласиться с теми авторами, которые не сводят правотворчество лишь к деятельности государства по созданию, изменению и отмене правовых актов, и учитывают процесс формирования правовых обычаев, правовой доктрины, правовых прецедентов и других источников права⁴.

Во-вторых, такое распространённое в российской правовой науке понимание правотворчества уходит своими корнями в советскую теорию права, основанную на нормативистском понимании права как норм права, создаваемых государством.

В-третьих, в отечественной науке сложилось предубеждение относительно других источников (форм) права помимо нормативно-правовых актов. Считается, что правовой обычай, правовой прецедент, правовая доктрина и другие формы выражения права отжили свой век и уступают по своим регулятивным качествам нормативно-правовому акту. Так, советское правоведение считало правовые обычаи – пережитками феодального, а то и первобытно-общинного строя, которые носят партикулярный, местный характер и отражают вредные социалистическому строю идеи и ценности. Примечательно в этом отношении название одной из глав монографии С. Л. Зивса «Источники права» – «Закат обычного права»⁵. Правовая доктрина, принципы права, правовая идеология в силу доминирования в обществоведении марксистской парадигмы, считавшей своим назначением опроверже-

² Лукашева, Е. А. Указ. соч., с. 163.

³ Тихомиров, Ю. А., И. В. Котелевская. Правовые акты. Учебно-практическое и справочное пособие. Москва, 1999, с. 33.

⁴ См. Например: Сорокин, В. В. Концепция эволюционных преобразований правовых систем в переходный период. Барнаул, Алтайский государственный университет, 2002, с. 254.

⁵ Зивс, С. Л. Источники права. Москва, 1981, с. 152.

ние лживой буржуазной философии и идеологии, практически были исключены из предмета исследования общей теории государства и права.

Хотя справедливости ради следует признать правоту В. А. Туманова, который верно осмыслил учение К. Маркса и Ф. Энгельса о соотношении юридического мировоззрения и экономического базиса и пришёл к выводу, что классики основоположники материалистического диалектизма, обличая буржуазную юриспруденцию, тем не менее, считали, что право определяется не только экономическими факторами и служит интересам господствующих классов, но и имеет самостоятельное значение и способствует созданию новых общественных отношений. Более того, в условиях социалистического государства праву придавалась прогрессивная роль создания коммунистического общества⁶.

Вместе с тем скованность юридической науки идеологическими путями и мифологемами не позволяла ей осмыслить и оценить роль других источников права в деле обеспечения порядка, стабильности и справедливости общественной жизни. Ведь, нельзя отрицать того обстоятельства, что советское общество с учётом всех объективных факторов было результатом реализации идеологии большевиков. Как известно, в 1917 году первыми декретами о суде советская власть признала не действующим на территории страны царское законодательство и предписала народным судам разрешать дела на основе революционного правосознания (читай идеологии большевиков, стремившихся уничтожить своих классовых противников – дворян, духовенство, зажиточных землевладельцев)⁷.

В этой связи, на наш взгляд, следует согласиться с определением правотворчества, которое приводится В. В. Сорокиным: «Правотворчество представляет собой целенаправленную деятельность органов государственной власти либо самого общества по установлению или санкционированию общеобязательных правил поведения»⁸. Приведённое определение охватывает своим содержанием создание правовых норм в различных своих ипостасях и акцентирует внимание на то, что право исходит не только от государства, но и общества. Настоящее исследование посвящено генезису, формированию правовой доктрины как источника права.

Представляется, что процесс складывания господствующих и признаваемых обществом и государством представлений о праве характеризуется следующими чертами:

⁶ См. Туманов, В. А. Буржуазная правовая идеология. Москва: Наука, 1971, с. 381.

⁷ О суде: Декрет Совета народных комиссаров РСФСР от 20 ноября 1917 года. – В: Собрание узаконений, 1917, № 4, с. 50.

⁸ Сорокин, В. В. Указ. соч., с. 254.

1. Идеи о праве формируются учёными-юристами, а не государственными органами как нормативно-правовые акты или правовые прецеденты. Так, до сих пор в Англии сохраняется обязательное значение произведений таких учёных как Гленвилль («О законах и обычаях Англии» 1187 г.), Брэктон, Литтлтон («О держаниях»), Кок («Институции английских законов» 1628 года), Блэкстона («Комментарии к английским законам» 1769 года) и других, всего около 12 авторов⁹. Работы этих учёных в Англии считаются авторитетными книгами (*books of authority*)¹⁰ и применяются английскими судьями. По мнению Р. Кросса, на английскую правовую систему, основанную на судебном прецеденте, значительное влияние оказали научные работы названных авторов. Р. Кросс пишет, что доктрина прецедента сформировалась не ранее середины девятнадцатого века, а впервые принцип аналогичного разрешения дел был сформулирован Брэктоном¹¹.

2. Формирование правовой доктрины не подчиняется каким-либо процессуальным правилам, как в процедуре принятия нормативно-правовых актов или вынесения обязательных юридических решений по конкретным делам¹². Да это и невозможно, так как создание правовой доктрины – мыслительная деятельность, получающая объективированную форму в виде письменных научных трактатов, устных советов субъектам права или правоприменительным органам. Мир идей, духовности не терпит никакого вмешательства и регламентирования. В этом смысле поучительна судьба одного из самых известных римских юристов – Папиниана. Эмилий Папиниан при императоре Септимии Севере занял фактически второй пост в Римской империи (второй век нашей эры) – должность преторианского префекта. После смерти императора к нему перешла опека над детьми Септимия – Каракаллой и Гетой. Вскоре для завладения престолом Каракалла убил своего брата и попросил Папиниана дать юридическое обоснование его поступкам. Но, Папиниан отказал Каракалле в его просьбе со словами: «Не так легко оправдать братоубийство, как совершить его». За свой отказ, честность и принципиальность Папиниан был казнён Каракаллой¹³.

3. Процесс создания доминирующих в обществе представлений о праве носит субъективно-объективный характер. Истории мировой мысли известны два течения в понимании соотношения сознания (духа, мышления)

⁹ Богдановская, И. Ю. Указ. соч., с. 92.

¹⁰ Цвайгерт, К., Х. Кётц. Указ. соч., с. 279.

¹¹ Кросс, Р. Прецедент в английском праве. Москва: Юридическая литература, 1985, с. 15.

¹² Сорокин, В. В. Указ. соч., с. 255.

¹³ Смышляев, А. Л. Септимий Север и римская юриспруденция. – В: Правоведение, 1975, № 5, с. 66.

и действительности (бытия, природы): идеалистическое (первенство духа над бытием) и материалистическое (преобладание материи, бытия над сознанием человека). На наш взгляд, верным является материалистическое истолкование соотношения материи и сознания в духе произведений Маркса и Энгельса, не искажённых советскими апологетами, когда признаётся самостоятельность и творческая, преобразовательная роль человеческого сознания. Известны слова К. Маркса: «Философы лишь различным образом объясняли мир, но дело заключается в том, чтобы изменить его»¹⁴. Объективность, естественно-исторический характер складывания правовой доктрины проявляется в том, идеи о праве отражают реально существующую юридическую действительность (позитивное право, правообразование, правореализацию), предопределяются конкретно-историческими условиями существования права (географическими, климатическими, геополитическими факторами), традицией, культурой и духовным складом народа. Кроме того, правовая доктрина как источник права возникает как объективная, историческая необходимость в целях удовлетворения потребности общества в создании порядка и стабильности общественных отношений, обеспечении выживания человечества в условиях противостоящей ему среды, как следствие потребности в осмыслении права, его ценности и роли, его оправдании, устранении противоречий, пробелов, сомнений относительно смысла и содержания правовых норм.

Субъективный характер правовой доктрины выражается в том, что правовые идеи и ценности являются плодом целенаправленной, сознательной деятельности человека и выражают интересы тех или иных социальных сил¹⁵. Например, доктрина естественного права зародилась в период борьбы в Западной Европе буржуазии против феодалов и королевского абсолютизма и обосновывала равенство всех людей от природы, их свободу от каких-либо социальных и духовных пут для того, чтобы высвободить нарождающийся класс пролетариата для эксплуатации их капиталистами.

4. Как и в случае с правовым обычаем формирование правовой доктрины носит длительный характер¹⁶. Для приобретения юридической силы та или иная система взглядов на право должна получить признание в обществе и государстве, стать авторитетной и общепринятой, а это возможно лишь в условиях фундаментальных юридических исследований, их обсуждении и

¹⁴ Маркс, К., Ф. Энгельс. Избранные произведения в 3-х т. Т. 1. Москва, 1980, с. 3.

¹⁵ См. Насыров, Р. В. О высшей ценности права (к вопросу о формулировке ст. 2 Конституции РФ 1993 г.) – В: Конституция и правовая реформа в России. Межвузовский сборник статей под ред. В. Я. Музыкина, В. В. Сорокина. Барнаул, Алтайский государственный университет, 2004, 59–76.

¹⁶ Сорокин, В. В. Указ. соч., с. 255.

конкуренции и последующего одобрения каких-либо идей в качестве верных и общепризнанных.

5. Как правило, правовая доктрина для своего применения в юридической практике должна получить одобрение среди юристов и общества, стать общепринятой, общепризнанной. Справедливы слова Л.И. Петражицкого: «...возможно и в истории нередко бывало такое явление, что известные мнения учёной юриспруденции получают значение нормативных фактов, т.е. появляются и распространяются императивно-атрибутивные переживания со ссылкой на то, что такое мнение общепринято в науке»¹⁷.

6. Наконец, для приобретения правовой доктриной юридической силы она должна быть признана обществом и государством. Мировой юридической практике известны различные способы придания правовой доктрине общеобязательности:

Во-первых, государство в официальном позитивном праве может признать определённые взгляды обязательными. Так, в 426 году н.э. император Восточной римской империи Валентинан издал закон «О цитировании», которым была придана сила юридических источников произведениям «золотой пятёрки римских юристов» (Папиниан, Гай, Ульпиан, Модестин и Павел)¹⁸. Ранее император Август предоставил учёным-юристам давать обязательные советы судьям при разрешении конкретных дел (*ius respondendi*)¹⁹.

Во-вторых, государство может облечь правовую доктрину в форму нормативно-правового акта. Например, знаменитые Дигесты Юстиниана представляли собой собрание изречений более 50 авторитетных римских юристов и были утверждены конституцией императора. В Османской империи в 1869–1877 г. было кодифицировано мусульманское право в виде Маджаллы. Как пишет Л. Р. Сюкияйнен, Маджалла явилась первым и единственным актом, закрепившим в широких масштабах нормы мусульманского права в виде государственного закона. При этом в основу закона были взяты известные произведения представителей ханифитской школы мусульманского права²⁰.

В-третьих, в законодательстве государство могут найти отражение о господстве тех или иных взглядов лишь в общей форме без конкретизации их содержания. Например, Декларация прав человека и гражданина Франции от 26 августа 1789 г. (неотъемлемая часть французской Конституции

¹⁷ Петражицкий, Л. И. Указ. соч., с. 263.

¹⁸ Пухан, Иво, Мирьяна Поленак-Акимовская. Указ. соч., с. 57.

¹⁹ Нерсесянц, В. С. Правопонимание римских юристов. – В: Советское государство и прав, 1980, № 12, с. 85.

²⁰ Сюкияйнен, Л. Р. Указ. соч., с. 74.

1958 г.) пронизана идеями доктрины естественного права²¹. Конституция Российской Федерации 1993 года в ст. 2, 17, 19 и др. закрепила основополагающие идеи концепции естественных прав человека²². В то же время, в российском законодательстве не определяется порядок применения данной доктрины в случае противоречия ей принятого нормативно-правового акта или пробелов в законодательстве.

В-четвёртых, обязательность правовой доктрины может проистекать из применения её судами и другими правоприменительными органами. В этом отношении интересны размышления В. В. Сорокина, который склоняется к мысли, что судебная практика не создаёт новых правил поведения, а выявляет общепринятые идеи и ценности господствующей правовой доктрины²³. К примеру, в Англии силу источника права трактаты учёных приобрели вследствие их применения судами при разрешении юридических казусов²⁴.

В-пятых, общеобязательность представлений о праве может основываться на их общепринятости, общепризнанности, авторитетности в юридических кругах и обществе. По этому поводу римский юрист Гай в своём учебнике (второй век н.э.) писал: «Ответы знатоков (права) – это мнения и суждения юристов, которым позволено было устанавливать и творить право. Если мнения этих лиц сходятся, то приобретает силу закона то, в чем они согласны. Если же мнения юристов не согласны между собою, то судье предоставляется право следовать тому мнению, которое он считает самым лучшим – что прямо выражается в рескрипте блаженной памяти Адриана»²⁵. При этом признание правовой доктрины источником права в этом случае не обуславливается решениями правоприменительных органов или их санкционированием в позитивном праве. Более того, как нам представляется, судебная практика и законодательство государства лишь официально декларируют фактически сложившуюся практику юридического действия правовой доктрины. Например, в Древнем Риме до решения императора Августа произведения и устные консультации римских юристов обладали общеобязательностью в глазах субъектов права и судов. В Османской империи указ султана Селима шестнадцатого века о

²¹ Конституции зарубежных стран. Сост. Проф. В. В. Маклаков. Москва: Бек, 2001, с. 55.

²² Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 г. – В: Российская газета, 1993, 25 декабря.

²³ Сорокин, В. В. Судебная практика или правовая доктрина. – В: Арбитражный и гражданский процесс. 2002, № 8, 8–11.

²⁴ Давид, Р., К. Жоффре-Спинози. Указ. соч., с. 223.

²⁵ Гай. Институции. (Пер. с латинского Ф. Дадынского) Под ред. В. А. Савельева, Л. Л. Кофанова. Москва, 1997, с. 19.

применении судьями и муфтиями выводов ханифитского толка, а также Маджалла, основанная на доктрине ханифитов, лишь придали государственное одобрение ранее распространенному и признаваемому всей мусульманской общиной порядку²⁶.

Сравнивая правовую доктрину с другими источниками права, можно обнаружить черты сходства и различия между ними.

1. Правовая доктрина создаётся учёными-юристами, представляющими общество, тогда как нормативно-правовые акты и договоры, юридические прецеденты и судебная практика формируются специально уполномоченными государственными органами. Правовой обычай, как и правовая доктрина, возникает в обществе, но без участия юридического сословия.

2. По форме выражения правовая доктрина может быть писаной и неписаной, в то время как нормативно-правовые акты и договоры имеют лишь письменную форму закрепления, а юридические прецеденты и обычаи относятся к неписаным источникам права и передаются в устной форме. Так, французский исследователь Рене Давид подчёркивает: «Обычай в Африке остался устным... Социальный же порядок детально регламентируется не кодексами и законами, а так называемыми фомба (обычаями предков), соответствующими китайским правилам или японским гири»²⁷.

3. Правовая доктрина возникает подобно нормативно-правовым актам и договорам, юридическим прецедентам целенаправленно в ходе подчинённых разуму исследований, в то время как правовой обычай формируется стихийно, бессознательно в целях удовлетворения общественных потребностей в порядке и стабильности. Так, древнеримскому государству был известен обычай связывания должника не исполнившего обязательство верёвкой с грузом пропорционально сумме долга. Термин «обязательство» понимался в национальном римском праве как узы, оковы – *iuris vinculum* (правовые узы)²⁸.

4. Для правовой доктрины, как и для исходящих от государства нормативно-правовых актов и договоров, судебной практики характерен общий, абстрактный язык. Правовой прецедент и правовой обычай, напротив, отличаются казуистичностью, детальностью, конкретным языком, рассчитанным на разнообразные жизненные ситуации.

²⁶ См. Сюкияйнен Л. Р. Указ соч., с. 71; Петражицкий, Л. И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. Санкт-Петербург: Лань, 2000, с. 265.

²⁷ Давид, Р., К. Жоффре-Спинози. Указ. соч., с. 380.

²⁸ Римское частное право: Учебник (Под ред. И. Б. Новицкого и И. С. Перетерского.) Москва: Юриспруденция, 2005, с. 203.

5. Правовая доктрина и правовой обычай в силу своей авторитетности и общепринятости применяются добровольно, по внутреннему убеждению, тогда как другие источники права соблюдаются под угрозой применения государственного принуждения – допустимого правом физического и психического насилия.

6. Справедливы рассуждения И. Ю. Богдановской: «Сходство прецедента с обычаем основывается на том, что они создаются в основном путём неоднократного повторения одного и того же положения во времени»²⁹. Нормативно-правовые акты и договоры, судебная практика также закрепляют типичное, повторяющееся поведение людей. Правовая доктрина способна выявлять типичные способы поведения, а также формировать неизвестные ранее пути решения различных юридических ситуаций – пробелов в праве, противоречий и неясности правовых норм и т.д.

7. Формирование правовой доктрине носит длительный характер и не подчиняется строго определённой процедуре, как и в случае с правовым обычаем. Дореволюционный профессор Н. М. Коркунов называет два признака правового обычая: разумность и долгое время применения³⁰.

8. Правовая доктрина носит универсальный характер и применяется на всей территории страны, тогда как другие источники права могут иметь локальное значение и применяться в отдельных местностях. Так, нормативно-правовые акты в Российской Федерации могут действовать в рамках того или иного субъекта федерации, а правовые обычаи по своей сути партикулярны и разрознены в зависимости от традиций, культуры, духовного склада народа. К примеру, в мусульманских государствах сложился обычай милостыни – взноса нищим как проявление социальной помощи и заботы³¹.

9. Подобно нормативно-правовым актам правовая доктрина отличается системностью, упорядоченностью, непротиворечивостью, в то время как другие источники права разрознены, хаотичны, запутаны и лишены какой-либо логики. Так, судебных прецедентов в Англии насчитывается несколько десятков тысяч, не имеющих какой-либо системы и логики опубликования в судебных отчётах.

10. Наконец, правовая доктрина имеет своеобразные способы санкционирования – официальное признание государством в нормативно-правовых актах, усвоение судебной практикой, фактическое действие. Нормативно-правовые акты и договоры принимаются особыми государственными органами, а юридический прецедент и судебная практика становятся обязательными благодаря деятельности правоприменительных органов. Пра-

²⁹ Богдановская, И. Ю. Указ. соч., с. 78.

³⁰ Коркунов, Н. М. Указ. соч., с. 353.

³¹ Цвайгерт, К., Х. Кётц. Указ. соч., с. 449.

войвой обычай приобретает обязательность с помощью ссылок в законодательстве, применению в судебной практике, а также путём записи обычного права. Так, отечественный историк права Т. Е. Новицкая, изучая источники советского права, отмечает: «В Вестнике Комиссариата внутренних дел» в разделе «Вопросы и ответы» даётся следующая рекомендация: «Местный суд должен судить только по законам Нового Народного Правительства, местными обычаями и своею совестью»³².

Естественно, правовая доктрина может становиться содержанием других источников права – нормативно-правовых актов или судебной практики, приобретая особые регулятивные свойства – обеспеченность государственным принуждением. Вместе с тем, правовая доктрина не утрачивает самостоятельности и может применяться без санкционирования государством.

Ряд отечественных исследователей рассматривает правовую доктрину в качестве разновидности правового обычая. Известный романист Н. П. Боголепов пишет: «...римское право развивалось путём специальных обычаев, которых особенность заключалась в том, что они вырабатывались не всей народной массой, а лишь известным кругом лицом, хотя заключали в себя правила, обязательные для всего народа...Право, создаваемое юристами, было обычным правом»³³. Аналогичной точки зрения придерживается В. М. Хвостов, писавший: «Если среди юристов складывается общее воззрение на то, как следует поступать в каких-либо отношении, то их *communis opinio*, как общее мнение специалистов дела, не может не оказать влияния на практику и часто приводит к созданию юридического обычая»³⁴. При этом дореволюционный правовед не отличает сформировавшегося юристами обычая от общенародного обычая.

На наш взгляд с приведёнными размышлениями невозможно согласиться по той причине, что правовая доктрина отличается по своей сути от правового обычая и выступает самостоятельным источником права. Правовая доктрина создаётся сознательно учёными-юристами, имеет устную и письменную форму выражения, носит общий, абстрактный, системный характер, и собственные способы признания и обеспечения. Правовой обычай в свою очередь создаётся стихийно в обществе, имеет устную форму выражения, отличается казуистичностью, разрозненностью и партикулярностью, санкционируется государством и обеспечивается государственным и общественным принуждением.

³² Источники российского права: вопросы теории и истории: Учебное пособие. (Отв. ред. М. Н. Марченко.) Москва: Норма, 2005, с. 48.

³³ Боголепов, Б. Н. Указ. соч., с. 42, 116.

³⁴ Хвостов, В. М. Система римского права. Учебник. Москва, 1996, с. 33.

Ряд исследователей отождествляет правовую доктрину и судебную практику. Естественно, что правовая доктрина может быть формой сложившихся в практике судов способов решения определённой категории юридических дел, а судебная практика усваивать достижения правоведения. Но, вместе с тем правовая доктрина отличается от судебной практики по своим создателям (преимущественно учёными), форме выражения (писаной и неписаной), способам санкционирования (одобрением верховной властью, судебным применением, действием *de facto*), языку (общему, абстрактному, выражающемуся в виде концепций, теорий и представлений). Судебная же практика формируется судами, имеет неписаную форму, хотя и выражается в судебных решениях и обобщениях судебной практики, санкционируется, зачастую судебными органами и изредка законодательными, и, наконец, отличается конкретным, прагматичным языком в форме правил решения юридических споров. Вероятно, отождествление правовой доктрины и судебной практики связано с отечественными языковыми традициями, когда термин «юриспруденция» охватывал и юридическую практику и теоретическую обработку права. Так, И. Ю. Богдановская замечает: «В русской юридической литературе понятие «юриспруденция» или «право юристов» объединяло и доктрину, и судебную практику»³⁵.

Следует согласиться с профессором В. В. Сорокиным, который, сравнивая судебную практику и правовую доктрину в переходный период российской правовой системы, считает: «Нарабатывая судебную практику, суды в одних случаях кладут в основу своих решений свободное усмотрение, в других – правовую доктрину... Судебная же практика самостоятельным источником права рассматриваться не может, поскольку в переходное время она лишь воспроизводит общепринятые положения правовой доктрины»³⁶.

Таким образом, формирование правовой доктрины как источника права характеризуется спецификой:

- создателями правовой доктрины являются учёные-правоведы;
- возникновение правовой доктрины – процесс сознательный, не подчинённый каким-либо процедурным нормам;
- по форме выражения правовая доктрина может быть писаной и неписаной;
- процесс складывания правовой доктрины длителен и зависит от убедительности, признания её необходимостью обществом;

³⁵ Богдановская, И. Ю. Указ. соч. Москва, 1993, с. 81.

³⁶ Сорокин, В. В. Судебная практика или правовая доктрина. – В: Арбитражный и гражданский процесс. 2002, № 8, 8–11.

- *правовая доктрина проявляется в виде принципов и правил, имеющих общий характер;*
- *свойство формальной обязательности правовой доктрины определяется единодушием, единством взглядов учёных-юристов по какому-либо вопросу;*
- *обязательность правовой доктрины основывается на её санкционировании государством в нормативно-правовых актах, судебной практики и фактическом действии.*

ИСТОЧНИКИ ПРАВА: ТЕОРЕТИКО-ФИЛОСОФСКИЙ АСПЕКТ

Проф. Елизавета Фролова, д.ю.н
*И.о. заведующего кафедрой теории государства и права
и политологии Юридического факультета
Московский государственный университет имени М. В. Ломоносова*

SOURCES OF LAW: THEORETICAL AND PHILOSOPHICAL ASPECT

Prof. Elizaveta Frolova, DSc.
*Head of the Department of Theory of State and Law
and Political Science of the Faculty of Law
Lomonosov Moscow State University*

Abstract. The article reveals shows the theoretical and methodological problems of understanding the sources of law. On the basis of the general theory of law and the history of philosophy of law, it is shown that from the legal-dogmatic point of view, law is law, its source is the state; from the standpoint of the sociological direction, law is a legal relationship, legal order and acts of application of law; within the framework of the concepts of natural law, there is an identification of law with legal consciousness and legal ideal.

Each of the main theories of law (legal positivism, sociological trends in law, natural law) expresses the real side of law and serves its implementation: the concept of natural law is important for legal education and development of existing law. Certainty and stability of legal relations, legality in the activities of state bodies and officials are unattainable without a positive understanding of law. Through sociological understanding, law acquires concreteness and practical implementation; without it, law remains only a declaration, a system of abstract wishes.

Keywords: *legal science, philosophy of law, sources of law, state, legal relationship, sense of justice, positive law, natural law, sociological concepts of law*

1. Введение

Тема источников права – важна и многогранна, как в теоретико-правовой науке, так и в отраслевой юридической науке. Источники права определяют систему права, с ними связана эффективность правового регулирования в обществе и в конечном итоге стабильность правового порядка. Однако есть теоретико-методологические проблемы понимания и природы источников права, актуальные для современной юриспруденции.

Цель данной статьи - обозначить два методологических вопроса.

2. Понятие «источник» и «форма» права

Во-первых, это вопрос соотношения терминов «источник» и «форма» права.

Русский цивилист и теоретик права Габриэль Феликсович Шершеневич считал, что термин «источник» малопригоден ввиду разнообразия его значений. Согласно его подходу, право представляют собой правила общежития, поддерживаемые государственной властью и выраженные в определенной форме. Различные формы, в которых выражается право, называются источниками права. Этот термин многозначен и включает в себя, полагал Шершеневич: 1) силы, творящие право (воля народа, воля Бога, правосознание и др.); 2) материалы, положенные в основу того или другого законодательства (римское право как источник для германского права, работы Потье для кодекса Наполеона и др.); 3) исторические памятники, которые имели значение действующего права (*Corpus juris civilis*, Русская правда и др.); 4) средства познания действующего права¹. По мысли Шершеневича, разнообразие значений термина «источник права» можно обойти, введя в научный оборот другой термин – «форма права», под которым понимаются различные виды права, отличающиеся по способу выработки содержания норм. Выбор форм права зависит от усмотрения государственной власти.

В настоящее время эти понятия специалисты отождествляют, что, как представляется, вполне разумно. Дело в том, что государственная воля только тогда становится правом, когда получает нормативное выражение в форме, свойственной данной правовой системе. Нормы, институты, отрасли права возникают или изменяются с момента, когда вступает в силу закон или иной нормативный акт, или признается общеобязательным обычай

¹ Шершеневич, Г. Ф. Общая теория права. Учебное пособие (по изданию 1910–1912 г.) Том 1. Вып. 1. Москва, 1995, с. 5.

или прецедент и т.д. Содержание права зависит от государственной воли, но юридическую силу это содержание получает лишь с момента облечения его в соответствующую форму. В этом смысле термины «источник права» и «форма» означает одно и то же – государственная воля, создающая правовые нормы, и форма ее выражения совпадают².

3. Основные теории права об источниках права

Во-вторых, и это более существенный вопрос: определение права по его источнику предполагает уже решенным один из самых сложных вопросов и спорных вопросов науки права – вопрос о происхождении права. Возникает ли право как продукт личного духа или создается общественными условиями, обусловлено ли его существование наличием государства или нет – эти вопросы остаются дискуссионными в юридической науке и в XXI веке. В этой связи хотелось обозначить несколько теоретических подходов, в том числе и к источникам права.

В европейской цивилизации сложились три основные концепции права: позитивно-нормативная, естественно-правовая, социологическая.

3.1. Формально-логическая школа (позитивно-правовое направление в праве) основывается на представлении, что право выражается в словесной форме и содержится в текстах законов и подзаконных актов³. Непосредственный источник возникновения законодательства – **государственная воля**, выраженная в строго определенной форме. Право, с точки зрения представителей этой теории, определяется как система норм, установленных (санкционированных) и охраняемых от нарушений с помощью мер, осуществляемых государственной властью. От государства зависит, какие действия в социуме следует запретить, какие разрешить; как и каким образом регулировать общественные отношения; какие отношения считать пра-

² Лейст, О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Москва, 2002, 26–27 и др.

³ В юридической литературе обращается внимание на неоднородный характер юридического позитивизма. Выделяется государственно-институциональный (этактический), социологический и антропологический (психологический и биологический) виды юридического позитивизма. Так, немецкий юрист Отт замечал, что, как научное явление он представляет «совокупность теорий, в которых понятие права формулируется на основании эмпирических признаков, меняющихся в зависимости от обстоятельств и вне всякой связи с метафизикой» Ott W. Was heibt “Rechtspositivismus”? Цит. по: Царьков, И. И. Развитие правопонимания в европейской традиции права. СПб., 2006. С.250. Историко-теоретический анализ и классификацию позитивистских теорий см.: Тихонравов Ю.В. Основы философии права. Учебное пособие. Москва: Вестник, 1997, 349–398.

вомерными и неправомерными и др. Государство определяет содержание правовых норм (статусы субъектов права, их права и обязанности, составы правонарушений, формы реализации права и др.). Четкость в определении правовых предписаний нацелена на создание в обществе предсказуемых отношений: государство стремится определить и упорядочить (воспроизвести, сохранить, видоизменить, пресечь, искоренить и др.) определенные виды деяний и отношений в социуме.

Право – это то, что государство приказывает считать правом. На этом основании данный подход к исследованию содержания права часто называют «государственно-организационным» или «государственно-повелительным». Непосредственная связь государственной власти и права, согласно этой концепции, не подлежит сомнению – большое внимание уделяется вопросам законности, ясности законодательства, гарантированности правопорядка в обществе. Тексты нормативно-правовых актов предполагаются четкими, понятными, не содержащими деклараций и метаюридических понятий, а неизменная иерархия законодательных актов предохраняет от правовых коллизий.

Формально-догматическая теория права имеет длительную историю становления и развития основных институтов права. Зародившись еще в Древнем Риме, законченный характер эта теория получила в XVIII веке в учениях немецких мыслителей Томазия, Канта, Фихте, явно обособивших право от нравственности, придавших тем самым праву формальный характер. В праве стали видеть внешний порядок человеческих отношений. Функция права этого периода истории – предоставление каждому индивиду сферы его собственной свободы, куда государство не имело бы возможности и намерений вторгаться. Историческое назначение формально-логической теории права заключалось в том, что право определяло и формально закрепляло за каждым человеком сферу свободного проявления его воли. Это было следствием политики государства этой эпохи. Тщательная законодательная регламентация всей жизни человека от рождения до смерти (каждому указывалось, где он должен жить, как одеваться, во что верить, что и каким образом делать и т.п.) не является признаком правового государства, наоборот, это одна из характеристик полицейского государства, тотально регулирующего все отношения между людьми. Чрезмерное развитие подобной правительственной опеки уничтожало любую индивидуальную инициативу. В таких условиях возникла потребность ограничить вмешательство государства в индивидуальную сферу и добиться разграничения частных и публичных интересов⁴.

⁴ Подробнее об историческом и теоретическом обосновании формально-догматической теории права. См. напр.: Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права. Санкт-Петербург, 2003, 103–106.

К основоположникам данного понимания права в западноевропейской цивилизации относят представителей теории утилитаризма: Иеремию Бен-тама, Джона Стюарта Милля, Джона Остина. Согласно этой теории, главным ориентиром для законодателя выступает принцип полезности. Задача законодателя – выявить общее благо своего народа и принять закон, цель которого составит общая польза. Теория Остина, ученика Бен-тама, легла в основу английской аналитической школы. Он разграничивал этику (область оценок), науку о законодательстве (представление должного права) и науку о праве – юриспруденцию (в основе действующий закон без оценок и критических суждений). «Предмет юриспруденции составляет позитивное право», – писал английский юрист в работе «Определение области юриспруденции» (1832 г.). Разграничивая «естественное право» и «позитивное право» (или «положительное») он определял последнее как «право, существующее благодаря занимаемому положению»⁵. Право, согласно теории Остина, это «норма, изданная в целях руководства разумной сущностью со стороны другой разумной сущности, облеченной властью над первой». В связи с этим позитивное право противопоставлялось всем иным правилам, не имеющим своим источником суверенную власть (например, моральные предписания, обычаи, традиции, корпоративные нормы, доктрина и т.п.). Право в собственном смысле, утверждал Остин, характеризуют четыре элемента: приказ, санкция, обязанность исполнения, суверенность власти. Юридическая наука, по его мысли, должна заниматься только положительным правом, не оценивая нормы права с позиций добра и зла (это – дело морали). Поскольку позитивное право происходит от суверенной власти, сущностью любого права является приказ власти, адресованный подчиненным лицам под угрозой санкции в случае нарушения предписаний, содержащихся в этом приказе.

Классический вариант теории юридического позитивизма представлен в работе немецкого юриста Карла Бергбома «Юриспруденция и философия права» (1892 г.). Согласно его концепции, наука о праве должна иметь дело только с объективно существующим правом и не должна подменять исследование собственно юридической материи оценкой или критикой законодательства и конструированием желательного правового порядка. Вслед за французским позитивистом Огюстом Контом Бергбом выступил против метаюридических понятий и идей, привносимых в правовую науку теорией естественного права и исторической школой права, которые стремятся изучать не действующее, а желательное или предполагаемое пра-

⁵ Остин, Д. Определение области юриспруденции. Lloyd, D., M. Freeman Introduction to Jurisprudence. L., 1979. Цит по: Антология мировой правовой мысли. Москва, 1999, с. 401.

во. По мнению Бергбома, только юридический позитивизм может вывести юридическую науку из круга метафизики на почву реализма – для этого необходимо изучать «действительность реального правового явления». Соответственно сказанному, теория права, утверждал ученый, должна занимать объективно существующим (позитивным) правом. Единственно реальное право – это то, которое существует в данное время и выражено в законе. «Существо любого права состоит в том, что оно может оказывать воздействие. Здесь даже самое жалкое позитивное право превзойдет самое великолепное идеальное право точно так же, как калека, который видит, слышит и действует лучше даже прекрасной статуи, которая глуха, слепа и недвижима». Норма – «альфа и омега» права, его начало и конец, за рамками законов нет иного права⁶.

По мнению Г. Ф. Шершеневича, для того, чтобы сформулировать определение права, необходимо дать понятие о положительном праве. Русский юрист призывал исследовать только то право, которое реально действует⁷. Для сферы реализации права особенно опасно смешение *de lege lata* и *de lege ferenda*. Такой дуализм порождает уклонение от исполнения властных предписаний государства: в случаях несогласия с велениями права лицо легко объясняет неисполнение норм права ссылками на другое правовое сознание, иной подход, несогласие в толковании текста нормативного правового акта.

Суть права с позиции формально-догматической теории заключается в неуклонном требовании исполнять предписания действующего права. Именно поэтому его сторонники обращают пристальное внимание на разработку формальной стороны права: для Остина формальный аспект права выражается в праве-повелении, для Бергбома и Шершеневича – в праве-норме⁸.

На основе этой методологии в начале XX века формируется теория нормативизма. Одной из самых ярких правовых теорий явилась концепция «чистого права» австрийского правоведа Ганса Кельзена. Тенденции чистой теории права, утверждал Кельзен, аналогичны аналитической юриспруденции Остина – «чистая теория права» пытается получить выводы исключительно на основе анализа позитивного права. От теории юридического позитивизма Кельзен заимствовал формально-догматический метод,

⁶ Bergbohm, K. *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*. Leipzig, 1892. Цит. по: Антология мировой правовой мысли в пяти томах. Москва, 1999, т. 3. с. 497.

⁷ Шершеневич, Г.Ф. *Общая теория права*. Учебное пособие (по изданию 1910–1912 гг.) Том.1. Вып.1 Москва, 1995, с. 231.

⁸ «Дело не в том, какое поведение требуется нормами права, а *как требуется* (курсив мой – Е. Ф.) поведение, указываемое в нормах права. Шершеневич, Г. Ф. Там же, с. 236.

соединив его с неокантианской методологией (перенес категории «чистых форм мышления» на юридическую науку) – теория права должна занимать форму права, чистым правовым долженствованием. С этих позиций он доказывал необходимость освобождения права от метаюридических идей и принципов: от идеологии, религии, морали, психологии, философии, затемняющих, по его мнению, содержание права.

В основе теории Кельзена лежит понимание правовых отношений как иерархии норм. Каждая норма возникает из предшествующей, а главная норма в его учении постулируется и называется основной нормой. Нормы не являются утверждением того, что происходит в действительности, а только требуют этого. Из юридической науки должны быть устранены элементы действительности – норма обязывает независимо от реальных результатов ее реализации. Юридические понятия – формальны (не зависят от содержания), предшествуют опыту и имеют абсолютный характер.

Г. Кельзен использует аналогию с геометрией: юридические нормы представляют фигуры и могут рассматриваться независимо от материала, из которого они составлены. Элементы юридической нормы не должны находиться между собой в причинной или целевой зависимости. В сфере долженствования связь элементов (субъекта и объекта) устанавливается между условием и последствием. Такую связь субъекта и объекта в нормативной сфере Кельзен называл вменением. Вменяемы, по его теории, могут быть события, которые совсем не связаны с причинным действием. В юридической науке нельзя соединить реальную сферу и область долженствования. Вменение проистекает исключительно из нормы и всегда остается специфическим признаком правоотношения, которое не основывается ни на причинном явлении, ни на целесообразности. Принцип вменения необходимо выводить из содержания нормы, а не из реальных отношений и явлений. Суть этих утверждений заключается в том, что содержание юридической нормы может изменяться, но характер долженствования нормы неизменен (норма есть всегда правило должного поведения).

Таким образом, право предстает в учении Кельзена как совокупность норм, осуществляемых в принудительном порядке. Задача теории права заключается только в исследовании отношений между основной нормой и другими нормами (нормы конституций, обычаев, акты применения права), но никак не в оценке правовых норм с точки зрения справедливости, истинности и т.п. Данное правопонимание породило сознание, что государство, как источник законодательства, всегда является правовым, поскольку его отличительный признак (законодательство) наличествует в любом, самом антидемократическом государстве (согласно теории Кельзена, государственный и правовой режимы отождествляются).

3.2. Поскольку правопорядок существует, значит – существует и право, но не в виде слов закона, и не как правовые представления, а как порядок общественных отношений в поведении людей. На таком понимании основаны социологические концепции права. Представители социологического правопонимания призывают исследовать право в действии, «живое право», то есть те правовые отношения, которые реально существуют на данный момент изучения или еще только складываются в обществе. Право есть порядок, система правоотношений, в которых выражены и согласованы (тем самым упорядочены) многочисленные интересы членов общества. Источник права, с этих позиций – **правовое отношение**.

Задача социологического направления права – не поиск сущности права вообще, вне времени и исторически преходящих условий общества (теории естественного права), а инструментальный анализ права – уяснение эффективности (действенности) правовых предписаний в существующих условиях конкретного общества. Не отвергая объективного права, устанавливаемого государством, сторонники социологической юриспруденции утверждают, что сами по себе нормы права, содержащиеся в текстах законодательных актов, еще не образуют права. Согласно их воззрениям, содержание права раскрывается только при условии глубокого анализа различных факторов, влияющих на возникновение правовых предписаний и создающих в конечном итоге систему права. Именно поэтому содержанием права, по этой теории, является правовое отношение, а в более широком масштабе – правовой порядок в обществе – в первую очередь те обычаи и традиции, которые отличают данный народ, а также характеризуют отношение общества к праву и правовые предпочтения в государстве.

Социологический подход к праву сформировался во второй половине XIX века, в эпоху свободной конкуренции, когда законы государства уже не успевали регулировать стремительно развивающиеся экономические и социальные отношения. В связи с этим большая роль в этих концепциях отводилась судам и иным правоприменительным органам, призванных восполнять многочисленные пробелы законодательства, интерпретировать нормы существующего права исходя из новых экономических условий «дикого капитализма» и воплощать нормативные предписания государства в реальных отношениях. Отличительной чертой социологического правопонимания явилось изучение в большей степени тех отношений, которые формируются в обществе и только формализуются в государстве⁹.

⁹ Так, например, Г. Еллинек обращал внимание на то, что «конкретный характер права всегда зависит от данных социальных отношений определенного народа». А право в целом, «в конечном результате есть сила не творческая, а охраняющая и защищающая. Она может создавать лишь внешние условия для положительной человеческой деятельности, содержа-

Основополагающие идеи этих теорий были заложены в работах немецкого юриста Р. Иеринга, раскрывшего содержание права с точки зрения цели права – охраняемом законами государства общественном интересе. Данный подход к праву нашел сторонников и в России. Так, например, Н.М. Коркунов понимал право как разграничение интересов¹⁰, С.А. Муромцев – как порядок отношений, урегулированных законом. (С.А. Муромцев полагал, что вначале возникают правовые отношения, основу которых образуют интересы лиц и их объединений; далее, на их основе, создаются юридические нормы и отношения, необходимые для защиты правовых отношений.)

Согласно социологическому правопониманию, большое внимание в государстве должно отводиться судебским функциям (Е. Эрлих, Ф. Жени, Г. Канторович, Р. Паунд, К. Ллевеллин, Д. Фрэнк и др.). С этих позиций, правом называются только те нормы, которые создаются судом; судья, таким образом, выступает в роли основного «творца права». «Предсказания того, что суды будут делать в действительности, безо всяких дополнительных претензий, и есть то, что я называю правом», – писал сторонник прагматической теории права О. Холмс.

3.3. Согласно теории естественного права, право – это не только тексты, но и форма общественного сознания. Источником права является **правовое сознание** – содержащаяся в общественном сознании система понятий об общеобязательных нормах, запретах, правах, обязанностях, условиях их возникновения и реализации, порядке и формах защиты.

Часто в правовой науке эта теория отождествляется с философией права, однако концепция естественного права воспринималась юристами по-разному: в качестве методологии, исторической гипотезы, политического и юридического идеала, части действующего права. Содержание теории естественного права на разных этапах общественного развития видоизменялось. «Старое» понимание (с античного времени до середины XVII века) естественного права основывалось на представлении, что это система норм, подробно регламентирующих жизнь человека. Требования естественного права носят вечный и неизменный характер у всех народов и во все времена. После XVII века в основу этой доктрины кладется

ние которой всегда дается только всем конкретным социально-историческим развитием». Еллинек Г. Общее учение о государстве. Санкт-Петербург, 2004, с. 243, 246.

¹⁰ Н. М. Коркунов понимал правовые нормы как нормы *разграничения* интересов (нравственность дает только *оценку* интересов), которые указывают «насколько мы имеем или не имеем права осуществлять наши интересы при столкновении их с чужими интересами. Следовательно, *нормы разграничения интересов определяют границу между правом и неправом и суть юридические нормы*». Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права. (Печ. по изд.: Коркунов, Н. М. Лекции по общей теории права. Изд. 9, Санкт-Петербург, 1914.) Санкт-Петербург, 2003, 60–61.

представление о естественном праве как о проявлении здравого смысла человека. С этого времени, не подвергая сомнению нормативный характер естественного права, оно рассматривается как правовое сознание людей. В Новое время юристы и философы привнесли в естественное право качественно новое содержание, конкретизировавшее требования здравого разума человека¹¹.

В конце XIX века на смену господствовавшему на тот момент юридическому позитивизму приходит «возрожденное» естественное право. В это время восприятие естественного права, как регулятора общественных отношений, становится иным: правовые предписания уже не предполагают построения конкретных целей в жизни общества, а ищут только абсолютного начала, исходя из которых можно решать любые задачи позитивного права. Так проявляется социальная нацеленность права и обосновываются требования неоллиберализма, суть которых сводилась к тому, что государство больше не является сторонним наблюдателем общественных проблем, а становится действенным участником охраны прав и свобод своих граждан. Государство возлагает на себя социальные функции, деятельно отстаивая интересы не только и не столько обеспеченных граждан (государство «ночной сторож»), сколько создавая прожиточный минимум обездоленных, неимущих лиц, нуждающихся в материальных средствах со стороны государства. Как следствие этой теории явилось провозглашение и юридическая разработка теоретиками естественного права – сторонниками либерализма – права на достойное человеческое существование.

Неоднозначные толкования естественного права по сути сводятся к различному пониманию источников права. В качестве первоосновы естественного права выделяли: «природу вещей» (Аристотель и римские юристы – так должно быть, потому что так было всегда с незапамятных времен); «истинный разум» или «здравый смысл»; «божественный закон»; моральные требования (те основы, исходя из которых человек способен оценить предписания действующего права).

Содержание теории естественного права, как было замечено, изменялось на протяжении истории, осложняя как понимание идей этой доктрины, так и создавая трудности для практического применения предписаний права в жизни людей. Сами по себе представления и убеждения людей о праве не являются действенными социальными регуляторами и не гарантируют

¹¹ Так, родоначальник концепции естественных прав человека в Новое время Дж. Локк обосновал три вида естественных прав (свобода, равенство, собственность) существующих уже в догосударственном состоянии, но получающих гарантированность только в государстве. Государство, по Локку, выступает в качестве охранителя прав человека. Локк Д. Соч. в 3 томах. Т. 3. Москва, 1988, 292–293, 310–313 и др.

существование правового порядка: люди думают одно, говорят другое, делают третье (и все по-разному). Поэтому правосознание не всегда способно повлиять на волевой выбор вариантов поведения в соответствии с их правовой оценкой.

4. Заключение

Право по своей природе во все времена имеет оценочный характер, поскольку отражает отношения людей между собой и в рамках социальных групп разного уровня, а также представляет развитие отношений с точки зрения долженствования. Давно замечено, что право – это требования должного поведения людей, обращенные в будущее. Именно так право выстраивает юридические модели отношений – нормативно закрепляет, какие отношения правомерны, а какие нет; что дозволено, а что запрещено; что рекомендовано в качестве желательного поведения и т.п. Этим обуславливается гибкость правового воздействия на поведение человека в рамках общественных связей.

Каждая из обозначенных нами теорий права выражает реальную сторону права и служит его осуществлению: теория естественного права важна для правового воспитания и развития действующего права. Без позитивного понимания права недостижимы определенность и стабильность правовых отношений, законность в деятельности государственных органов и должностных лиц. Через социологическое понимание право обретает конкретность и практическое осуществление, без него оно остается только лишь декларацией, системой абстрактных пожеланий.

В современной правовой науке эти правопонимания выражены нечетко. На всех уровнях правосознания еще сильна привычка видеть в праве меняющиеся приказы власти, средство политики, временное, нестабильное право. Стоит отметить, что в масштабе общества юридическое мышление не может сложиться по приказу свыше. Оно возникает вместе с массовым интересом к осмыслению общественных отношений через конкретные права и обязанности их участников, в связи с процессуальными гарантиями правоотношений и ответственностью за нарушения прав и невыполнение обязанностей¹². Для каждой правовой системы важен стабильный и предсказуемый правопорядок с действенной системой источников права, чему, в том числе, служат дискуссии о содержании права, способствующие лучшему осмыслению права как эффективного социального регулятора.

¹² Лейст, О. Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. Москва, 2002, с. 276 и др.

ПОНЯТИЕТО „ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО“ В ПОТЕСТАРНОТО УЧЕНИЕ ЗА ПРАВОТО

Проф. д-р Лъчезар Дачев
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

Гл. ас. д-р Доротея Димова
*Русенски университет „Ангел Кънчев“
Юридически факултет*

THE CONCEPT OF “SOURCE OF LAW” IN THE POTESTARIAN DOCTRINE OF LAW

Prof., PhD Lachezar Dachev
Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Faculty of Law

Asst. Prof., PhD Doroteya Dimova,
“Angel Kanchev” University of Ruse, Faculty of Law

Abstract. The exhibition presents a program of a new potestarian doctrine of law on the plane of the problem of the sources of law. The basic thesis is that the phenomenon of law is not norms, legal norms. The law is a legal authority, laid down in regulations, the component of which are the legal norms. Regulations and norms are the “dwelling place” (Mihailina Mihaylova) of law, regulations are the necessary linguistic, logical, normative and institutional expression of legal authority. Content and form exist in a state of unity, but not of identity.

Keywords: *source of law, potestarian nature, regulations*

1. Формирането на „социалното“ представлява преход от архетиповете като природни модели на поведение към ценностно определени стереотипи. Общественото съзнание пресъздава отношенията между индивидите по личните ценност–ценностна оценка–ценностни модели на поведение. Природните инстинкти не изчезват напълно, но се ограничават, изместват, заменят от поведение, основано върху съзнанието и психиката – познание и воля.

Това е процес на социално регулиране, който въвежда ценностен порядък в обществените взаимодействия.

Явлението право е един от елементите на социалния порядък. Правото има за предмет утилитарните социални взаимодействия, по което се различава от морала и етиката. Същевременно като тях правото носи общите същностни признаци, присъщи на порядъка при екзистенциалните социални отношения.

От позицията на взаимодействията юриспруденцията през последния век свежда правния порядък до правилата за поведение – удобните и затова любими норми на нормативизма. В действителност социалният порядък, включително и правният, е състояние на обществото, което има нормативни измерения, включва норми, респективно правни норми, но не е норми и не е само норми.

2. През XIX в. правнофилософският дебат е между схващането за естественото право и това за позитивното право. През първата половина на XX в. правната теория определя за свой предмет позитивното право, което се разглежда в релацията „обективно право“ – „субективно право“. Обективното право се дефинира като правов ред (правопорядък), който обхваща всички юридически правила за поведение – правни норми. Субективното право е видът поведение на правните субекти, включено в правните норми. Това е социологическата концепция на юридическия позитивизъм като нормативен израз на определено поведение в „основни“ обществени отношения, достатъчно неопределени, за да може да се включват и изключват удобни, респективно неудобни на законодателя взаимодействия.

Обективното и субективното са двете страни на явлението право. От това следва отъждествяването на правото със закона. Това схващане у нас е изразено от М. Поповилиев през 1901 г. („право наричаме закона“), половин век по-късно „правото са всичките закони“ (Я. Вишински). Това схващане изключва смисъла от теоретично разграничение и обяснение на разликата между *jus* и *lex* (право и закон), установено още в Рим. Юриспруденцията се ограничава до изследване на закона, на неговата логическа структура и езикова форма. Резултатът от това е формиране на правниците като легисти, законници, представени в общественото и в собственото си съзнание като юристи. Легистът не търси юридическото като смисъл на законовите разпоредби, на правните регулации; на всеки въпрос „защо?“ неговият отговор е: „Защото така казва (пише в) законът“.

3. Около средата на XX в. връзката „обективно право“–„субективно право“ се представя като съотношение между форма към съдържание. Оттук обективното право, преди всичко юридическият закон и другите нормативни юридически актове започват да се определят като източници на правото. Понятието „източник“, „правен източник“ има техническо значение в смисъл на място, откъдето се „източва“, по израза на професор В. Таджер,

правото, сиреч правните норми. Така според позитивистката концепция правото е съвкупност от правни норми, които се полагат и систематизират в правни източници. Оттам те се извличат, източват, за да насочат поведението, да уреждат отношенията, „основните“ обществени отношения. Така схващането на закона като право се подменя от тезата, че законът е необходимата форма на правото, която го валидира, легитимира или му придава и двете характеристики като качества на нормативността¹.

Прилагането на философските категории „съдържание“ и „форма“ в нормативистката теория на правото извежда въпроса за юридическото, за юридическата валидност на положеното право. Проблемът е, че когато правото се определя като норми, правила, положени в закон, от този факт не може да се изведе разликата в съдържанието на самите норми като юридическо и неюридическо, като право и неправо: всичко, включено в закона, в това число и произвол, е... право. Оттук всякакви опити да се конструира справедлив правов закон или добър правов закон са неуспешни. Тук верният научен подход е съпоставяне на правото с морала и с етиката, а не съвместяването на правото с тях. Съпоставянето е и условие за тяхното разграничаване като основани на различни ценностни правила (различно ценностно основание) и по отношение на тяхната ценностна същност, изразена в моралното, етичното и юридическото.

4. Нормативизмът разглежда правото от позициите на позитивисткия философски подход – ограничено до съществуващото (съществуващ предмет – правото като правни норми), и статично в съществуването на предмета – правото има само едно битие, само едно проявление – правните норми, подредени в правен ред.

Потестарното учение за правото определя и изследва явлението „право“ първо в контекста на правния порядък като социална система. Второ, както всяко творение на човешкия дух правото е подчинено и следва закономерната диалектика в своето съществуване, проявява се в три последователни битиета.

Правопорядъкът е вид социален порядък според предмета и е част от социалния порядък – като регулативна функция. Социалният порядък, включително и правопорядъкът, има ценностен характер, защото е съзнателно обоснован с общоприети обществени ценности. Социалният порядък се определя и като нормативен, защото ценностните модели на поведение, които съдържа, се дефинират като норми. В действителност нормата е видово понятие в рода, означаван като „регули“. Ето защо по-точно е да се оп-

¹ Вълчев, Д. Валидност и легитимност в правото. София: Сиела, 2012; Гройсман, С. Право и морал. София: Сиела, 2017.

редели регулативният, а не нормативният характер на социалния порядък, респективно на правопорядъка. Всеки вид социален порядък – морален, етичен, битов, естетичен и пр., съдържа регули (норми), но не се изчерпва с тях. Това се отнася и до правопорядъка.

5. Смисълът на социалния порядък е да подрежда върху ценностна база съответен вид екзистенциални взаимодействия между хората. Предмет на правопорядъка са утилитарните отношения, отношенията по повод на блага.

Социалният порядък идва да замести естествените архетипове, основани на природните инстинкти. Той е изграден от общественото съзнание като форми на отмерена воля за осъществяване на необходимо поведение. Компонентите на порядъка са ценностното основание на социалната необходимост; определената воля на адресатите, разпределението на волевите (властовите) позиции чрез регулациите; мотивите за следване, спазване на порядъка.

Социалното регулиране е духовно явление и затова е в полето, в сферата на социалната психология, а не на социологията. Регулацията е воля, следването на волята е поведение. Ето защо правопорядъкът има волева същност. Правото, което римляните означават като *jus*, е воля, власт, юридическа власт върху блага. И в никакъв случай не е „норма“!

Ценностното основание на *jus* е необходимостта от ред, подреденост при разпределянето, ползването и обмена на блага. Правните регулации са необходимата форма за определяне и разпределяне на властовите позиции между субектите; определяне на качествата на правните субекти; на условията и вида волево поведение. Мотивите към правомерно поведение се основават на двойката категории „закон“ и „съд“. Чрез понятието „закон“ се осъществява рефлексията на „необходимото“ в „каузално“, закономерно, психически изравнено с естествените закони. Съдът отсъжда поведението, съотнесено към закона. Особеното на правопорядъка по отношение на общия модел на мотивация, на обусловеност на волята и на волевото решение (волевият акт, който определя поведението) е това, че законодателната и съдебната дейност са институционализирани – осъществяват се от държавата, от държавни органи, институции като функция на управлението. Държавното управление е реализиране на държавната власт като политическа власт, която не идва от правото. Юридизирането на политическата власт, присъщо на модерната държава, не променя характера на държавната власт.

6. От позициите на потестарното учение за правото понятието „източник“ на правото не е еднозначно. То носи различен смисъл – онтологичен, епистемологичен и приложен.

В онтологичен план правото е творение на общественото съзнание. Общественото съзнание осъществява когнитивна и креативна функции. То

познава, описва и предписва (Вихрен Бузов). Съотнесено към произхода на правото, общественото съзнание установява човешкото съществуване като процес на задоволяване на потребности – материални и духовни. Потребностите² възникват и съществуват обективно като условия за живот. Обективна необходимост е и тяхното задоволяване – това е законът на битието. Покриването на потребностите се осъществява чрез осигуряване на съответните „неща“ (във философски смисъл), които имат търсената, необходимата, насрещната полезност. „Нещата“ с качеството полезност се определят като блага. Полезността се потребява, когато човекът, потребителят, субектът притежават благото. Естественият път към притежание и усвояване на блага е силата, заложена в архетиповете; социалното средство към това е правото, юридическата власт върху благата.

Така произходът на правото (както и на морала и на етиката) е в потребностите, в случая утилитарни, и в необходимостта от тяхното покриване. Това е онтологичното понятие за „източник на правото“.

7. Както всяко творение на съзнанието, така и правото, юридическата власт, *jus* съществува, проявява се в три последователни състояния (битиета) – като идеалност (идея), като реалност (проект) и като действителност (резултат). Съответно на това всяко теоретично (претендиращо за научно) познание трябва да изследва съществуващото явление в неговото цялостно битие. Теоретичното сепариране до отделно проявление осигурява и частична научност на заниманието.

Ето защо определянето на източниците на правото в епистемологичен план изисква организирането на познанието по проблема да следва диалектичната връзка между посочените три битиета, присъщи на правото.

В своето начално битие *jus* съществува като идея. Идеята за правото изразява връзката между човешка потребност и съответното благо, което я покрива, задоволява. Правото е юридическата власт върху благата, което осигурява тяхното притежание, за да се задоволяват потребностите. Тази връзка е обективна и обуславя необходимостта от съществуването на правото. Тази връзка е основанието на правото, тя извежда юридическото в правното регулиране в правопорядъка.

В един линеен диалектически процес идеята за право действа като източник за формулиране на регулациите (принципи, норми, правила). Положени в официални юридически актове, те дават правната реалност. В логически план правните норми съчетават, включват в съдържанието на последиците (диспозиция, санкция) различни форми на волята (юридиче-

² Потребностите следва да се различават от интересите. Потребностите са обективни, интересите са субективна оценка на потребностите – никога или почти никога адекватна, рядко подценяваща и обичайно надценяваща действителните потребности.

ска власт) и различни видове поведение. Тази връзка – от правото към регулациите, е установена още през II в. от римския юрист Павел: „Правото не идва от правилата, правилата идват от правото“. Това е водещата идея, която разграничава юриста от легиста. Обратно на казаното, нормативизмът формира „армия“ от законници. Идеята, че връзката „потребност–благо“ обуславя необходимостта от власт върху благо за осигуряване на потребностите, е смисловото начало на регулациите и в този план е техен източник.

Правната действителност е реализираната в практиката, в живота регулация. Действителността е осъществената реалност. Тя има своето начало, източник в реалното, в правната реалност, в правните регулации. Правната действителност включва, първо, усвояването на юридическата власт. То се изразява в снемане на определените в регулациите правни качества и прилежащите им правни позиции, тяхното конкретизиране, свързване с действителни правни субекти. Второ, правната действителност включва реализирането на получените и заети от адресатите волеви позиции в юридически дискурс или както някои казват „правоотношения“³, казано иначе, реализирането на така нареченото „субективно право“ – правомощия, задължения, заповеди и забрани, които са юридически термини на различни форми на психичните явления воля, свобода, власт. Трето, правната действителност включва едно статично състояние на „правопритежание“ (ново, новополучено при разпределението и обмена на блага или възстановено и/или запазено при позициите относно ползването на блага). Този трети аспект на правната действителност В. Ганев определя като вторични правни последици, като състояние на завършек на правното явление. В действителност това е усвоена правна позиция – измерима, определяема като власт, но не и като норма.

В обобщен вид изложената теза представя епистемологичната концепция за правните източници така: правните идеи са източник на правните регулации, правните регулации са източник на правните реализации.

8. Приложното определение на понятието „правен източник“ има основание в съвременната концепция за правния институционализъм, изложена в изследването на Бойка Чернева „Юриспруденция и легиспруденция. Институционалният контекст на правото“.

Присъщата на човешкото съществуване обективна закономерна връзка между потребности и блага (полезност на нещата) извежда и налага необходимата, съответстваща, адекватна юридическа власт. Това е една обективна социална субстанция, която получава съответен нормативен израз и се ин-

³ Това понятие е ограничено по обем до корелативните връзки по повод на блага, които са присъщи само на частноправните отрасли. Наред с това в регулациите са въведени още релативни и ирелативни правни връзки, които не се изразяват с понятието „правоотношение“.

ституционализира, позитивира се като правен институт⁴. Правният институт трябва да дава общото, присъщо на всички конкретни проявления на субстанцията. Обаче поради сложността на отношенията по повод на блага, поради тяхната променливост и развитие или поради пропуски на автора – законодателя, се проявяват празнини от различен характер, казуси, които искат решения.

В тези ситуации съдът трябва да намери решение в смисъла на релацията потребност–полезност (благо), за да изведе съществуващата юридическа власт и да я приложи. Този когнитивен процес е деконструкция на института, изразен в правните разпоредби. Резултатът е извеждане (в този смисъл „създаване“) на различна, нова, липсваща регула (норма) като позитивна форма на юридическа власт в съдебния акт. Тогава и само тогава актът на прилагане на съда ще има значението на източник на правото. Това обаче е достъпно само за юристи, но не и за легисти. Доказателство например е невъзможността на българските политици и законници да намерят конституционно основано решение на политическата криза през 2020–2021 г. Видна е професионалната неспособност за деконструкция на института на авторитаризъм (тирания) като политически режим, както и на института на разделение на властите, положени, но за съжаление, незаписани в Конституцията на Република България от 1991 г.

Заклучение

Изложението представя програма на ново потестарно учение за правото на плоскостта на проблема за източниците на правото. Основаната теза е, че явлението право не е норми, правни норми. Правото е юридическа власт, положена в регулации, чийто компонент са и правните норми. Регулациите и нормите са „обиталището“ (Михайлина Михайлова) на правото, регулациите са необходимият езиков, логически, нормативен и институционален израз на юридическата власт. Съдържанието и формата съществуват в състояние на единство, но не и на тъждество. Да се надяваме, че сме посочили нова насока в развитието на юриспруденцията, на правната наука.

⁴ Близка по смисъл е концепцията на Р. Йеринг и В. Ганев за правното явление.

ПРОЧИТ И ЙЕРАРХИЯ НА ПРАВНИТЕ ИЗТОЧНИЦИ – ЗА ПРАВОТО, ФУНКЦИОНИРАЩО ЧРЕЗ „ЧЕТЕНЕ“

Доц. д-р Симеон Гройсман
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

INTERPRETATION AND HIERARCHY OF LEGAL SOURCES – HOW LAW FUNCTIONS THROUGH “READING”

Associate Professor Dr. Simeon Groysman
Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Faculty of Law

Abstract. The article conceptualizes the functioning of the system of sources of law through the process of “reading” the legal text and the figure of its “reader”. A key role as “legal readers” is played by the courts, and especially by those of last resort, which have the legal and/or the de facto authority to determine the shape of contemporary legal systems. The article contrasts their role with that of law-makers (such as, but not limited to, national parliaments). By comparing the processes of creating and “reading” statutes, I propose some conclusions about the operation of the hierarchy of law through a network of collision rules, also subject to interpretation by the courts. Ultimately, the conflicts between courts from different legal systems, illustrated here by conflicts between the ECtHR and the Russian Constitutional Court, and between the ECJ and the German FCC, are seen as conflicts of authority with key importance in the functioning of law as a regulation of general standards intended to resolve concrete cases.

Keywords: *sources of law, legal interpretation, hierarchy of sources of law, collision rules, interaction between legal systems*

§ 1. Понятие за източник на правото

В началото на настоящия текст следва да очертаем съществуващия дебат по отношение на понятието за източник на правото, за да можем в последващите раздели да разсъждаваме на неговата база.

Конкуриращите се дефиниции за източник на правото в крайна сметка понастоящем не търсят някакво ударение върху т.нар. материална страна на източника, тоест върху социалните причини за формулирането на нормите. Тези дефиниции не се и домогват до формулирането на метафизически базирано понятие в духа на естественото право. Напротив, водещите становища са единни в разбирането, че източникът на правото представлява определено фактическо явление, служещо като критерий за съществуването (валидността) в сферата на юридическата нормативност на определени общи правни предписания – норми и принципи.

Източниците на правото са онези явления, от чието фактическо съществуване правим заключението, че определени норми и принципи – понеже се съдържат в съответния източник, са валидни.

Становищата наистина евентуално се разделят, що се отнася до това как конкретно се определя фактическата природа на източника на правото. Какъв е типът факти, които се превръщат в източници на правото? Така според по-старото разбиране източникът е по дефиниция винаги *нормативен акт*¹, а според най-утвърдената в момента теория източникът е *акт*, създаван по съответна *процедура*², тоест изключително и само волеизявление³. Напротив, по-обобщаващо и оставящо място и за източници „не-актове“ е келзенианското разбиране, възприето у нас най-категорично от проф. Мария Павлова, според която източникът на правото е факт, създаващ, изменящ или отменящ правните норми⁴. В друго мое съчинение⁵ съм обосновал една про-

¹ Тази идея е влиятелно разпространена у нас от автори като Л. Василев (вж. Гражданско право. Обща част, нова редакция на Ч. Големинов, Варна: ТедИна, 1993, с. 27; С. С. Алексеев (Общая теория права в 2-х томах, т. II, М.: Юридическая литература, 1982, раздел 10), а понастоящем се защитава от Русчев, И. Нормативните актове – източник на българското право. София: Албатрос, 2010.

² Вж. тази най-влиятелна в момента концепция, формулирана от Ташев, Р. Обща теория на правото: Основни правни понятия. Четвърто прераб. и доп. изд., София: Сиби, 2010, с. 28, и подкрепена изрично от Колев, Т. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 206 и Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото. Ч. 1, София, 2016, с. 266.

³ Идеята, че всеки източник на правото е в крайна сметка волеизявление, се поддържа от Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I, София: Наука и изкуство, 1972, с. 58.

⁴ Павлова, М. Гражданско право. Обща част. Второ изд. София: Софи-Р, 2002, с. 68.

⁵ Гройсман, С. Право и власт. От неограничената държава до постмодерното върховенство на правата. София: Сиела, 2020, § 33.

ясняваща типологията на източниците идея, според която те трябва да бъдат дефинитивно описвани като съществуващи в два възможни типа – като *източници актове*, но заедно с това и като *източници практики*. Така става възможно да бъде обхваната източниковата природа на явления като правния обичай, правната доктрина, а в крайна сметка и на съдебната практика.

По този начин – въпреки наличието на определени вариации – въпросът за дефинирането на понятието за източник на правото е понастоящем като цяло разрешен, но не можем да кажем същото по отношение на споровете относно йерархията на източниците на правото, ролята на съдилищата за очертаването на националната източникова система, както и относимото към същия проблем съотношение между тълкуване и прилагане на правото.

Доколкото настоящото изложение развива устния ми доклад, изнесен на конференцията на 5 октомври 2021 г., когато ни гостуваха колегите от Алтайския държавен университет – наши партньори по проекта „Йерархия и координация на източниците на правото в съвременните национални правни системи на Русия и България“, ще си позволяя да продължа обсъждането на няколко цитата – на руски и не само, с които онагледих няколко тенденции във функционирането на източниците на правото. Мога да обоснова този си избор с идеята, че щом говорим за „четенето“ като процес и за „прочита“ като резултат, ми се струва логично да се обърнем – с нужната условност и метафоричност – към признатите майстори на писането – писателите и поетите.

§ 2. Източниците на правото като текст на правото

*Короткие мысли тем хороши, что они заставляют
серьезного читателя самого думать.*

Лев Н. Толстой

2.1. Правото като текст, подлежащ на четене

Източниците на правото – били те юридически актове или социални практики, в крайна сметка съдържат правни норми, които ще бъдат текстуално изразени в основаващите се на тях правоприложни актове. Правото – нормативно явление от сферата на дължимото, технически винаги се изразява и работи под формата на текст, писан или неписан, съществуващ преди или създаван с постановяването на правораздавателния акт. Нека подчертаем изрично, че не само писаните правни източници подлежат на четене в този смисъл. Казано с други думи, дори и неписаните правни източници (например правният обичай) все пак биват или поне могат да бъдат формулирани като *правни текстове* и получават своя правоприложен прочит преди всичко

от съдилищата. Прилагайки една правно задължителна социална практика (ако разгърнем примера с обичая), съдът трябва първо да „разчете“ нормосъздаващия факт на трайното спазване със съзнание за задължителност (*longa consuetudo et opinio iuris necessitatis*), превръщайки го в текст. Писан текст, защото същият ще намери своето изрично формулиране в съдебното решение.

Текстът на правото – доколкото работи винаги чрез прочитането си, трябва да бъде четен по определен начин. Начинът на четене на текста също е обект на анализ и познание, както и самият текст. Текстовете за четенето на текстове представляват метатекстове. В такъв смисъл можем да разглеждаме правото не само четейки нормативните актове, но и съобразявайки описваната в метатекстовете *технология* на правното четене, прилагана от основните му институции читатели – съдилищата.

Прилагайки нормата, съдържаща се в един юридически акт, съдът е привидно улеснен, защото самият правотворчески процес е формулирал правилото за поведение като текст в писаната разпоредба. Прочитането на тази разпоредба обаче не означава автоматично разрешаване на стоящия пред правоприложителя казус. Така стигаме до вечния юридически проблем – веднъж прочетено, правното предписание като все пак *общо* предписание трябва да бъде приложено към съответния *конкретен* случай.

2.2. Абстрактно и конкретно в регулирането чрез общи предписания

Правото функционира чрез регулиране на поведението въз основа на общи предписания. Общите предписания (нормите и принципите) биват конкретизирани в индивидуални предписания (субективни права и юридически задължения). Тази правоприложна конкретизация в огромния брой случаи не предполага наличието отнапред на „ясен“ и „автоматичен“ отговор, а представлява творчески процес. Тази теза подробно съм обосновал другаде⁶, без да мога тук да изложа всички аргументи в нейна защита. Поради тази причина ще я перифразирам по следния начин: нормативните текстове най-често не диктуват едно-единствено и безалтернативно решение на процесния казус. Нещо повече, с времето богатството на регулираните обществени отношения ведно с домогванията на страните или на самите съдилища до преразглеждане на утвърдените тълкувания може да доведе до съмнения дали доскоро безспорният „ясен смисъл“ на прилаганата разпоредба е толкова безалтернативен.

⁶ Вж. Гройсман, С. Правно действие на тълкуванията на Конституцията, давани от Конституционния съд. – В: Правовата държава в България. Съст. Д. Вълчев и М. Белов, София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 127–158, а по-конкретно с оглед на разглеждания въпрос: 129–144.

Един пример за онези, които все още надценяват привидната „просто-та“ на силогистичните разсъждения, конкретизиращи общото към частното в правото. Според абстрактната формулировка на чл. 130, ал. 4, изр. 1 СК „...дарение, отказ от права, даване на заем и обезпечаване на чужди задължения от ненавършило пълнолетие дете са нищожни“. В практиката обаче възниква спор по отношение на по-конкретния въпрос дали отказът от наследство представлява „отказ от права“ по смисъла на цитираната разпоредба. Последната трябва да бъде тълкувателно доуточнена, нейният прочит да предостави отговор измежду тези две становища. Първото от тях гласи, че „отказът от наследство не представлява отказ от права... [доколкото при него не е налице] отказ от конкретни права, а... [само такъв] от предоставена възможност за придобиване“ на конкретни права. Съдебно споделяне обаче е намерило и противоположното разбиране, че отказът от наследство представлява „отказ от правото да се придобие наследството“ и в този смисъл попада в приложното поле на нищожността по посочената разпоредба⁷. Този пример ни показва как общите формулировки на правните разпоредби предполагат обхващането на различни езикови възможности за конкретизация. Подобните езикови възможности за конкретизация дават различни отговори на въпроса метод „какво е имал предвид законодателят“. Погледнато езиково, могат да са обосновани най-различни множества от варианти – абстрактните формулировки могат да носят различни езикови значения, докато юридическото им тълкуване ще търси да обоснове като правилно и да приложи едно-единствено от тях. Поради тези причини практиката възприема едновременно различни тълкувания, които ще породят доктринални спорове и евентуално ще бъдат изяснявани чрез създаването на задължителна съдебна практика.

Описаното ни показва, че „четенето на правото“ в огромен, ако не и в преобладаващия брой случаи не е нито „автоматично“, нито толкова „просто“. Същевременно то е и естественият начин на функционирането на правото. Ако обобщим, следва, че правото се характеризира с функционирането на общи предписания, формулирани в езикова форма (тоест като текст) и прилагани посредством конкретизацията си в подчинени, производни на

⁷ Вж. Определение № 133/9.11.2020 по ч. гр. д. № 3326/2020 г. на ВКС, II. гр. отд. и представените там тези заедно с възприелите ги съдебни актове. Различните гледни точки в доктрината са подробно анализирани от Петров, Венцислав Л. Отмяна на отказа от наследство от кредиторите на наследника. София: Сиела, 2016, 40–46. Разглежданият въпрос предстои да бъде разрешен в образуваното тълкувателно дело № 1/2021 г. на ОСГК, във връзка с което пише и Петров, Васил. Тълкувателно дело № 1 от 2021 г. на ОСГК за отказа от наследство на деца. – В: Предиизвикай правото, 26.09.2021 г., www.challengingthelaw.com/semeyno-i-nasledstveno-pravo/talk-d-1-2021-osgk-vks-otkaz-ot-nasledstvo

общите, индивидуални правни предписания, служещи за конкретна регулация на поведението. Винаги съществува възможност един правен текст да бъде разбран по различни начини, а това поставя въпроса за самата функция на „четенето“ на правото и ролята, която в това отношение имат онези, които го четат по начин, обвързващ – най-малкото за страните по едно дело, какъвто е случаят със съдилищата.

В началото на настоящия параграф използвах изказване на Л. Н. Толстой, което проговаря по особен начин на юриста. Според Толстой краткостта на изказа ни тласка към самостоятелно осмисляне, което според оценката на писателя, който, разбира се, няма предвид юридическите текстове, е нещо полезно. Както е известно, и за текстовете на нормативните актове в България е формулирано изискването да бъдат формулирани „*кратко*, точно и ясно“ (чл. 9, ал. 1 ЗНА). Законът в континенталното право трябва да дава общата рамка на отношенията, да ги регулира чрез формули, от които да могат да бъдат изведени правата и задълженията в различните случаи, които практиката ще предостави и които не могат да бъдат докрай предвидени при съставянето на нормативния текст. Така свойствената за законодателя краткост на изказа изисква самостоятелно осмисляне от правоприлагателя; оценява се положително, доколкото носи в себе си високата степен на абстрактност на регулирането, и го отваря за множеството от възможни фактически развития, но същевременно с това е и граница, която ограничава самата власт на законодателя да регулира. Читателят според Толстой, срещайки писателската лаконичност, ще трябва сам да се замисли, за да открие смисъла. За писателя замислянето на читателя е нещо „добро“. За законодателя „замислянето“ на правоприложителя е, разбира се, добро, доколкото не можем да очакваме качествено правоприлагане от един „съдия автомат“ и „формалист“⁸. Същевременно „замислянето“ върху нормативния текст е и крачката към формулирането на нови, непредполагани от фактическия законодател тълкувания и диктувани от тях правни последици в контекста на изменящата се и след влизането в сила на нормата правна система, на еволюцията в съдебната практика в частност и в социалния контекст и мисленето за правото в цялост. Абстрактният характер на общите правни предписания е дефинитивен за ролята им като *регулативен* инструмент, но същевременно същият този абстрактен характер отделя волята на конкретния исторически законодател от правоприложната конкретика на отделното

⁸ Т.нар. съдия автомат – според известната критика срещу правния позитивизъм ограничава разсъжденията си за правото единствено до силогистическия анализ, извеждащ конкретни изводи от общите норми. Вж. изводите, които съм формулирал в Гройсман, С. Право и морал. Проблемът за юридическата валидност в прочита на съвременния правен позитивизъм. София: Сиела, 2017, § 5 и цитираната там литература.

съдебно решение. Това своеобразно разстояние между законополагащата воля на законодателя и законоприлагащата воля на съдията трябва да бъде изминавано по тълкувателен път; то се увеличава с остаряването на съответните нормативни текстове във времето и с разширяването на обхвата от нови специфични случаи, явяващи се предизвикателство за първоначалната законодателна логика. В крайна сметка колкото по-голямо стане това времево, езиково, социално, юридическо разстояние между първоначалната, абстрактно изразена воля и конкретната съвременна правоприложна нужда, толкова съдебната практика трябва сама да го „доизвървява“. Именно тя ще насочва в хода на един подобен процес посоката на развитие на тълкуването и съответно ще доизгражда нормативния смисъл на разпоредбите с потенциала понякога и да налага пълзящата промяна на този смисъл, прилагайки все същите текстове.

§ 3. Текстът на правото и йерархията на правото

*Тези, които пишат ясно, имат читатели,
а тези, които пишат неясно – коментатори.*

Албер Камю

3.1. Понятие за йерархичен ред и относими към изложението подходи за моделирането на йерархичния ред

Правото е йерархичен ред – съвкупно действаща система от предписания, които заемат позиция в специфична стъпаловидна структура. За структурите на модерното право е свойствено по-горестоящите норми да определят процедурите за създаването на по-долустоящите, да очертават рамките на тяхното съдържание и – което е практически важно за функционирането на държавата чрез правото, да възлагат правотворческата власт на определени органи.

Идеята за правото като йерархичен нормативен ред е ключова за най-различни правнофилософски концепции. Тук с оглед на една метафората за „суверенния читател“, към която ще прибягна в заключението на текста, искам да дам пример най-вече с идеите за суверенитета. Жан Боден концептуализира суверенитета като средство за централизация на новооформящото се национално кралство около монарха, събиращ в своето върховенство основните властнически правомощия. Джон Остин дефинира правото като заповед на суверена. Адолф Меркел създава идеята за стъпаловидния строеж на правото, а Ханс Келзен го увенчава с Основната норма, докато в същото време Карл Шмит поставя политиката над законите с техните формално-норма-

тивни ограничения, предоставяйки власт за извънредно, тоест властнически автономно и извънйерархично действие в ръцете на своя суверен.

В тези разнообразни концепции главна роля заема все въпросът за йерархията между нормите, било то за съотношението между държавния закон и някакъв по-висш естествен закон, между създаваните от определен орган (крал, парламент, райхспрезидент) предписания и ограниченията на така упражняваната политическа правотворческа власт. Правомощието да се създават източници на правото е все пак власт за управляване на обществените процеси в един широк нормативен мащаб, което значи, че с въвеждането на принципа на законността в издаването на правоприложните актове управлява обществото този, който създава неговите източници на правото⁹.

Нашата съвременност на свой ред поставя предизвикателства пред това традиционното йерархично мислене за правото, разглеждано най-вече като национално право. Националните правни източници от тази гледна точка са проекция в крайна сметка на волеизявления, обосновавани с върховенството на народния суверенитет. Българските юристи например продължават да използват идеята на В. Таджер за ранга на нормативните актове и респективно на правните норми, макар тази идея да е създадена въз основа на разбиранията, че държавната власт е единна, а по-високото място на един орган в нейната организационна структура определя и предимството (по-високия ранг) на създаваните от този орган норми. Освен това В. Таджер в съзвучие с действащото тогава право разглежда източниците на правото единствено като нормативни актове, което означава, че предлаганата от него концепция изцяло успява да подреди в своята йерархична пирамида един сравнително ограничен кръг източници. Днес, напротив – при национално и наднационално разделение на властите е налице мултиплициране на правотворческите субекти и разширяване на кръга на актове (според мен и на практики), попадащи в определението за правен източник. Това кара Росен Ташев да критикува разбирането за ранга на юридическите актове и да постави в центъра на идеята за йерархията на източниците на правото колизионните норми, уреждащи случаите на противоречие между различни източници на правото. Следвайки това разбиране, можем да опишем йерархията на източниците на правото, изброявайки различните колизионни норми¹⁰. Йерар-

⁹ Срвн. идеята, че суверенът е носител на една окончателна, върховна нормотворческата власт с тук следвания по форма класически израз, според който *Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet* (Суверен е този, който взема решение за извънредното положение). Schmitt, C. *Politische Theologie: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. 8. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot, 2004, p. 13.

¹⁰ Например (без да се стремя към изчерпателност): „Конституцията е върховен закон и другите закони не могат да и противоречат (чл. 5, ал. 1 КРБ)“. „Международните договори,

хията на правото следователно е структурата, която колизионните норми очертават. Те се превръщат в ключови инструменти за разрешаване на властнически конфликти. Правилото, че в случай на противоречие между закон и подзаконов нормативен акт трябва да се приложи законът (вж. чл. 15, ал. 3 ЗНА), например е проекция на съотношението между регулативните правомощия на органите на законодателната и на изпълнителната власт.

Ако възприемем идеята, че йерархията на правото се базира на структура от колизионни норми обаче, се сблъскваме със следващ проблем – **липсата на изрична уредба за определени случаи на колизия**. Подобна сложност възниква във връзка с възможната конкуренция между норма на Конституцията и международен договор, включително такъв, който е част от учредителното право на Съюза. В тази насока е известно противопоставянето на две гледни точки – едната, която настоява върху превеса на Конституцията като върховен закон с непосредствено действие¹¹, и другата, която подчертава, че вътрешното право (било то и с конституционен ранг) не може да бъде оправдание за неизпълнение на поето международноправно задължение¹². От гледна точка на правото на Европейския съюз поради аналогични причини държавите – членки на Съюза, нямат правото да се позовават на националните си Конституции като оправдание за неспазването на това право¹³.

Принципът на върховенството на международното право изисква от държавите определена последователност, спазване на доброволно поетите самоограничения – те трябва или да спазват договорите така, както са се задължили, или ако не желаят да го правят, да ги денонсират. Участието в интеграционни структури обаче – било то в Европейския съюз или в Съвета на Европа, карат редица държави да запазват участието си в съответния договор, търсейки възможности за даване на собствено тълкуване на отделни негови части, за несъблюдаването на едно или друго, пораждано от договора задължение.

ратифицирани по конституционен ред, обнародвани и влезли в сила за Република България [...] имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат (чл. 5, ал. 4 КРБ).“ „Ако нормативен акт противоречи на регламент на Европейския съюз, прилага се регламентът (чл. 15, ал. 2 ЗНА).“ „Ако постановление, правилник, наредба или инструкция противоречат на нормативен акт от по-висока степен, правораздавателните органи прилагат по-високия по степен акт (чл. 15, ал. 3 ЗНА).“

¹¹ Вж. Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото, ч. 1, с. 301.

¹² Вж. чл. 27 от Виенската конвенция за правото на договорите.

¹³ Вж. анализа и практиката на Съда, посочена от Корнезов, Ал. Полският конституционен съд и правото на ЕС. – В: Европейски правен преглед, 13.10.2021, <https://evropeiskipravenpregled.eu/ak-pksandeulaw>

Описваният род конфликти често възникват не просто с оглед на едно абстрактно противоречие между Конституцията и един международен договор, а при евентуалното казуално противоречие между Конституцията и конкретно приложения международен договор. Когато например Федералният конституционен съд (ФКС) на Германия счита, че органите на Съюза постановяват своите актове извън компетентност, той постановява, че въпросните волеизявления на Съюза са *ultra vires*, т.е. извън правомощията, предоставени от държавите членки с Учредителните договори¹⁴. В подобни случаи, като прилагат нормите на тези договори, органите на ЕС, от една страна, и ФКС, от друга, стигат до различни изводи. ФКС не постановява решение в смисъл, че самите Учредителни договори противоречат на немската Конституция, но намира несъвместимост между нея и приложението, което конкретният акт на вторичното право на Съюза дава на тези договори.

Един от многото подобни конфликти, възможни в българското право, можем да илюстрираме с постановеното в решение по делото Кулински и Събев срещу България (ж. № 63849/09). Както е известно, чл. 42, ал. 1 от нашата Конституция постановява, че изтърпяващите наказание лишаване от свобода нямат активно избиращо право. Общоформулираните задължения на страна по Европейската конвенция по правата на човека (ЕКПЧ) не изключват възможността за самостоятелното уреждане на „условия(та), осигуряващи свободното изразяване на мнението на народа при избиране на законодателното тяло“, изисквани по силата на чл. 3 към Протокол № 1 от Конвенцията. Четенето на КРБ и на ЕКПЧ *in abstracto* не води до някакви опасения по въпроса. Едва конкретният правоприложен прочит на този текст обаче дава отговор на въпроса дали българската конституционна уредба е съответна на Конвенцията. Както се оказва обаче – ако сравним становището на българското правителство от съответния период и произнасянето на съда, – даденият прочит е съвсем различен. Според разглежданото решение българската Конституция въвежда несъвместимо с международните задължения на страната ограничение на правото лишаване от свобода да гласуват¹⁵. В този смисъл Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ) е формулирал доктрина, поставяща по-високи изисквания към дър-

¹⁴ Вж. Избрани решения на Федералния конституционен съд на Федерална република Германия. Под ред. С. Велева и А. Пунев. София: Фондация Конрад Аденауер, 2019, с. 943.

¹⁵ Вж. *Kulinski And Sabev v Bulgaria*, § 37, според когото страните по Конвенцията „могат да решат дали да предоставят на съдилищата да определят пропорционалността на мярка, която ограничава избиращото право на лишаване от свобода, или да приемат законови разпоредби, определящи обстоятелствата, при които следва да се прилага такава мярка“. При подобна регулация обаче „самият законодател ще трябва да балансира конкуриращи се интереси, за да избегне всяко общо, автоматично и недиференцирано ограничение“, каквото несъвместимо с ЕКПЧ общо пълно ограничение е налице в българското право.

жавите чрез стандарт, който трябва да бъде спазен, когато се ограничава активното право на глас на лишените от свобода. Поредицата от решения, изграждащи тази доктрина, са постановени от 2005 г. насетне¹⁶. Следователно макар влиянието на ЕКПЧ върху формулирането на разпоредбите, касаещи човешките права в Конституцията от 1991 г., да е добре известно, към момента на създаването на последната настояща доктрина на ЕСПЧ по въпроса въобще не е била създадена, за да бъде взета предвид от българския конституционен законодател. Конвенцията е ратифицирана от България¹⁷ и впоследствие прилагана от и срещу България, без разпоредбата на чл. 42, ал. 1 и нейните проекции в отделни закони да бъдат поставени под съмнение за несъответствие с международния стандарт. По-късно обаче, макар и без промяна на обсъжданите ѝ текстове, ЕКПЧ получава различно приложение, следователно тя вече бива различно „прочитана“ от съда в Страсбург.

Разглеждайки същата проблематика в контекста на осъдителното за Русия решение „Анчугов и Гладков срещу Русия“ на ЕСПЧ (жалби № 11157/04 и № 15162/05), руският Конституционен съд сочи, че в хода на ратификационния процес на Конвенцията и на въпросния Протокол № 1 към нея не е възникнал спор за несъответствие; липсват изменения на така съотнасяните текстове¹⁸. По въпросното дело обаче ЕСПЧ въвежда „смисъл, имплицитно предполагащ нуждата от изменение на чл. 32, ал. 3 на руската Конституция“. Като аргумент срещу решението на ЕСПЧ се сочи „липсата на съгласие“ с подобна регулация, когато самата Руска федерация е ратифицирала Протокол № 1. За обвързващ руският Конституционен съд приема „смисъла, от който са изхождали Съветът на Европа и Русия като страна по международния договор при неговото подписване и ратификация“. Руският Конституционен съд говори за „еволютивно“ изменение на практиката на ЕСПЧ по въпроса, поставяйки думата „еволютивно“ именно в кавички (навярно като форма на своего рода сарказъм към въпросното понятие) и черпейки от това аргумент, според който тази доктрина на съда „не може да се счита за утвърдена“¹⁹. Аргументите на руския КС поставят отношени-

¹⁶ Вж. *Hirst v. the United Kingdom*, 2005; *Scoppola v. Italy*, 2012; *Anchugov and Gladkov v. Russia*, 2012 и др., анализирани в официално издадения от ЕСПЧ *Guide on the case-law of the European Convention on Human Rights. Prisoners' rights*. Updated on 31 December 2021, 72–74, www.echr.coe.int/Documents/Guide_Prisoners_rights_ENG.pdf

¹⁷ Със закон, приет от Народното събрание на 31.07.1992 г. и обн. в ДВ, бр. 66 от 14.08.1992 г.

¹⁸ Чл. 32, ал. 3 на Конституцията на РФ има по същество аналогично съдържание с това на чл. 42, ал. 1 на нашата Конституция.

¹⁹ Вж. Постановление Конституционного суда РФ от 19.04.2016 N 12-П „По делу о решении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского суда по правам человека от 4 июля 2013 года по

ята на една плоскост, която се разминава с основополагащите за Съвета на Европа идеи, според които ЕСПЧ е център, еволютивно развиващ правата в Европа, неговата практика е обвързваща за държавите по Конвенцията именно в развитието си, а тълкуването се основава не толкова и не само на определено мислено връщане към „оригиналната воля“ на страните – функция от „написаното“, а напротив – върху идеята за Конвенцията като „жив документ“, конституция на правата в Европа, разбираана в процеса на „прочита“ си. Смесено ли е да противопоставяме аргументи от две напълно различни правни идеологии? Не и според мен. Смесено е да признаем общотеоретичното следствие на този сблъсък, а то ни показва **наличието на изцяло различни подходи на прочит**, които макар и при еднакви четени правни текстове съответно ще водят до различни резултати. В този смисъл „правото не е това, което четем“, а „това, което прочитаме“. Сам по себе си нормативният текст („това, което четем“) няма нормативно въздействие, нормативно въздействие има неговото прочитане от правоприлагащите органи. Текстът действа чрез своя прочит. Правото – това са *прочетените* нормативни текстове.

3.2. Нормативен прочит и властническо позициониране

Нека отново се обърнем към основното поле на йерархични спорове – това между националното и съюзното право, за още илюстративен материал. Що се отнася до отношенията между тези правни системи, възможността за различни прочити, обуславящи възможни конфликти на конституционно ниво, е регулирана в правото на ЕС с въвеждането на идеята за зачитането на националната идентичност на държавите членки²⁰. Тази абстрактно уредена защита, разбира се, отново ще бъде спорна (разбирай „различно прочитана“) на конкретна база. Доктрината по въпроса изрично сочи, че практиката на СЕС относно зачитането на националната идентичност е „непредвидима“, „непоследователна“ и представлява източник на правна несигурност²¹. Тези и подобните им спорове могат да се представят като чисто правоприложни проблеми, сложности при прилагането на юридическата логика към високоабстрактни стандарти; може да се спори, че СЕС или ЕСПЧ, или противостоящите им национални юрисдикции не тълкуват „правилно“ прилаганите от тях актове, че в крайна сметка съществува определе-

делу „Анчугов и Гладков против России“ в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации“ и по-конкретно §§ 4.2–4.3.

²⁰ Вж. Корнезов, Ал. Цит. съч.

²¹ Вж. Семов, Ат. Неприлагане на правото на ЕС поради зачитане на националната идентичност. Lex.bg, 16.11.2020, т. 3.2.1 от изложението, <https://news.lex.bg/неприлагане-на-правото-на-ес-поради-за>

на „истина“ на тълкуването, вътрешноприсъща „същност“ на нормативните текстове, която подлежи на изясняване, разсейващи цялото „объркване“ по отношение на един или друг казус. Един подобен възглед – макар и често неволно възприеман като отпавен подход при критиката на едно или друго съдебно решение, е неправилен. По-реалистичният обяснителен модел ще разглежда **сблъсъците на най-високото ниво, координиращо отделните правни системи, като властнически конфликти**, опитващи да обосноват компетентността на съответния център върху дадената сфера на регулиране. Доколкото чрез клаузата за националната конституционна идентичност подлежи на ограничаване действието на правото на Съюза²², конкретните правоприложни спорове по нея са спорове между съюзния и националния център на регулиране. Когато ЕСПЧ създава прецедент, посочващ за първи път определена конкретна възможност като попадаща под защитата на ЕКПЧ, по същество той действа като център, определящ – често в противовес на отделни държави, общия за Европа стандарт за защита на правата. Аналогична роля ще заема СЕС по отношение на правната система на Европейския съюз, а конституционните съдилища – често в конкуренция с ЕСПЧ и СЕС, ще се стремят към монопол върху прочитите на правото, респективно към върховенство при формирането на правно-политическия и ценностния дискурс в националните правни системи.

3.3. Йерархия и тълкуване

Традиционният подход към тълкуването изхожда от разбирането, че тълкувателният акт „само“ разяснява тълкувания акт и съответното разбиране става част от него. Това разбиране обаче ненужно смесва ролята на юриста анализатор и легитимизатора. Юридическият анализ следва да обясни тълкуването по начин, че същото да подлежи на критика откъм своята юридическа логика и да може да бъде моделирано по начин, подготвящ ни за тълкуването на други текстове. Напротив, идеята, че „тълкувателният резултат е изрично закодиран и единствено възможен извод“, диктуван от „първоначалната воля“ на законодателя – колкото и да е ясно, че тълкуването надгражда или дори преобръща тази воля, представлява не трезв анализ, а легитимиране на тълкувателния резултат. Легитимиране чрез идеята, че тълкуването е почти математически процес, а резултатът му – единственият верен отговор на решаваната задача. Съдът в тази конфигурация „само прилага“ правото, а регулирането остава напълно в ръцете на законодателя.

²² Пак там, т. 3.2.4.

Легитимиращият подход по отношение на тълкуването инстинктивно ще настоява, че даденият пример с тълкуването на ЕКПЧ по отношение на правото на държавата да ограничи активното гласуване на лишените от свобода „не е ново правило“, постепенно създадено – *правотворчески*, от самия съд. Според мен обаче всяко тълкуване има този „разширяващ“ или „изменящ“ първоначалното значение на акта потенциал. Без тук да мога обстойно да разгледам този въпрос, само ще посоча, че чрез тълкуването – тоест чрез правоприложния прочит на текста, се формулира ново, по-конкретно предписание в рамката на общата езикова формулировка на тълкуваната/прочитаната разпоредба. Поне на теория това ново предписание остава в рамките на по-общото или просто преформулира неговото значение. В значителна степен опростявайки за целите на този пример, можем да разгледаме прочита на чл. 3 от Протокол № 1 към ЕКПЧ, тълкуван в коментираното по-горе дело „Кулински и Събев срещу България“, който гласи, че „Високодоговарящите страни се задължават да провеждат свободни избори през разумни интервали от време, с тайно гласуване и при условия, осигуряващи свободното изразяване на мнението на народа при избиране на законодателното тяло“.

Правоприложният процес изисква този по-общ текст да отговори на конкретния въпрос за съвместимостта на една автоматична забрана за лишението от свобода от активно право на глас. Смятам, че всеки от читателите ще се съгласи с мен, че този въпрос няма „пряк“ или „автоматичен“, „ясен“ отговор при непосредствения прочит на въпросния текст. Подобни съображения могат да бъдат развити както за тълкуването на конституционния текст, така и въобще за съдебната практика, била тя по приложението на европейското или националното право, била тя задължителна тълкувателна практика на върховните съдилища или трайна съдебна практика по конкретни дела.

Системата за разделение на властите на всичките ѝ нива стои в основата на множество взаимодействащи си нормотворчески органи²³. Все по-активната роля на юрисдикциите за развитието на правото води на практика до едно демонополизирание на регулирането, което доскоро е било изцяло в ръцете на законодателната власт като автор на нормативни актове и делегации за създаването на такива, а в днешно време е поделено със съдилищата, включително с тези на наднационално ниво.

²³ Най-малко – учредена и учредителна, класическата триада на централната власт и свързаните с нея балансиращи неутрални власти, разделението между централна и местна власт, а понастоящем още разделението между национална и съюзна наднационална власт, както и национална власт и власт на международни институции.

Богатството от възможни конфликти между различните източници на правото не може да бъде напълно обхванато в колизионни норми, доколкото създаването на такива норма е свързано със съответно институционално противопоставяне както в национален, така и в международен план. От това следва, че йерархичната схема на системата на източниците на правото, представена по-горе като верига от колизионни норми, трябва да бъде допълнена. Тя ще получи по-скоро вид на мрежа, при която ще функционират съвместно и често ще се конкурират различни регулативни центрове, а отделните източници ще намират своето приложение **в светлината** на определен **авторитетен прочит**, който им предоставя съответна юрисдикция, чиито актове – носители на въпросния авторитетен прочит, сами по себе си също се разглеждат като източници на правото.

§ 4. Институционалното четене на правото. Суверенният читател

Книгу должен писать читатель.

Лучший читатель читает закрыв глаза.

Марина Цветаева

Нека отново вземем за отправна точка теориите за суверенитета, както направихме това по-горе в т. 3.1. Класическата Остинова формулировка, с която започва да дебатира практически всеки учебник, изграждан в традициите на аналитична юриспруденция, гласи, че правните норми са *commands of the sovereign* – заповеди на суверена. Тази гледна точка фокусира правните понятия върху „волята на законодателя“ и в крайна сметка върху приеманите от парламента закони тя става знакова за целия XIX в. и за първата половина на XX в. в светлината на модерното държавно устройство, било то базирано върху принципите на дуалистичната монархия, на демократичната република или в крайна сметка на тоталитарната държава, която също провъзгласява върховенството на създаваните от парламента закони. С всички рискове на едно мащабно обобщение, доколкото тази тема не е основна за настоящия доклад, просто ще приема, че правните системи, конструирани въз основа на идеите за национален суверенитет, в крайна сметка имат свойството да поставят като свой основен източник приемания от парламента закон – като опосреден израз на волята на суверена, формирана по представителен път. Тази основна градивна концепция е налице в крайна сметка и в съвременните демократични системи. Голямата промяна в сравнение с довоенния период обаче е налице в тенденциите за преосмислянето на идеята за неограничеността на суверенната власт, която, макар и

да остава по идея никому *неподчинена*, вече не може да се разглежда като свободна да предприема каквито и да е действия. В този смисъл дори широкият обществен консенсус, преобразуван в избор на съответни представителни органи и поставен в основата на държавни политически решения, не може да легитимира потъпкването на човешките права, приемането на расистка Конституция, воденето на сегрегираща политика, потъпкването на човешките права, незачитането на повелителните норми (*ius cogens*) на международното публично право или пропагандата и воденето на агресивна война²⁴. След Втората световна война в процес на интернационализацията на защитата на международните права и преосмислянето на идеите на дотогавашния „поствестфалски конституционализъм“²⁵ народът – макар и „суверен“, като неподчинен никому и самоорганизиращ се политически субект, престава да бъде морален абсолют. Националният интерес, „историческите права“, стратегическите перспективи на една или друга държава вече не се считат за легитимна обосновка на възможността за предприемане на *всяко* политическо действие в собствена защита. В този смисъл народният **суверенитет** губи част от своето съдържание с отпадането на суверенната неограниченост на властта.

Тези насоки на развитието на правнофилософския и политически дискурс на западния свят след края на Втората световна война способстват за извеждането на ролята на съдилищата за облика на правната система от сянката на парламентите. Още повече, след като законодателната власт бива поставена първо под контрола на националния Конституционен съд, а след това и под контрола на международни съдилища като ЕСПЧ или наднационални юрисдикции като СЕС, въпросът за „върховенството“ на парламента, ако използваме британския израз, става особено проблематичен. Използването на терминологията на суверенитета за описването на властническите взаимодействия, осъществявани чрез нормативни системи, ме кара да продължа „читателската тема“ на изложенията си по един по-нетрадиционен начин. Анализът на ниво „прочит“ и „прочитано“, тоест тълкуване и тълкуван текст, показва важността на ролята на институциите читатели, най-вече на конституционните и върховните, международните и наднационалните съдилища. Що се отнася до ситуацията на липса на по-горна, контролираща инстанция, ведно с наличието на тълкувателен

²⁴ Grimm, D. *Sovereignty: The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, transl. B. Cooper. New York: Columbia University Pictures, 2015, p. 109.

²⁵ За понятието „поствестфалски конституционализъм“ вж. Belov, M. *The Challenges to Westphalian Constitutional Geometry in the Age of Supranational Constitutionalism*. *Global Governance and Information Revolution*. – In: *Global Constitutionalism and Its Challenges to Westphalian Constitutional Law*, ed. M. Belov, Oxford: Hart Publishing, 2018, 30–31.

монопол – например у ЕСПЧ да тълкува ЕКПЧ, СЕС – учредителните договори, или Конституционният съд – националната Конституция, можем да говорим за „суверенен читател“. Това означава, че тези съдилища са „върховни“ по отношение на съответните институционални системи съдилища. Те нямат „по-горна“ контролираща инстанция и изработват собствени аргументативни дискурси, даващи им възможност за относителна тълкувателна свобода. И докато националният парламент например ще бъде контролиран за конституционсообразността на своите актове от Конституционния съд, актовете на последния не подлежат на контрол за валидност, а потенциалът му за еволютивно тълкуване или напротив – желанието му да се въздържа от такова, става определящо за функционирането на съвременните правни системи.

Нека обобщим. „Суверенните парламенти“ е трябвало да намерят своето съдебно ограничение, довело в резултат до създаването на „суверенните“ в описания условен смисъл съдилища читатели в Европа. В противовес на класическата йерархична пирамида на националното право с неговото единовластие и неподчиненост спрямо международното право преди ХХ в., през последните десетилетия възниква система на взаимодействие на националните, международните и наднационалните съдилища, конкуриращи се в своя прочит на правото, а също така и за авторитетната върхова позиция в субординацията помежду им. Въпросът за резултатите от тази конкуренция винаги ще остава отворен, докато – както това е в сегашния модел на отношения в Европа – е налице система от множество взаимно конкуриращи се институции в противовес на старата строга субординация в националното право. Разглеждани през призмата на теорията за източниците на правото, анализирани чрез понятието за „читател“ и „прочит“, тези наблюдения, надявам се, показват нуждата от отчитането на ролята на съдилищата за функционирането на правните норми и разместената през последните десетилетия тежест по оста между парламентарното законотворчество и съдебното правоприлагане, разбирано понастоящем по необходимост и като съдебно правотворчество.

II.

**ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО:
ИСТОРИЧЕСКИ И
СРАВНИТЕЛНОПРАВНИ
ИЗМЕРЕНИЯ**

ПОНЯТИЕ ОБЫЧНОГО ПРАВОПОРЯДКА И ЕГО ПРЕДНАЗНАЧЕНИЕ: ИСТОРИКО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ АСПЕКТ

Доц. Игорь Васев, кюи

Алтайский государственный университет (г. Барнаул, Россия)

THE CONCEPT OF THE CUSTOMARY LEGAL ORDER AND ITS SIGNIFICANCE FOR THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT OF THE LEGAL SYSTEM

Igor Vasev, PhD in Law

*Ass. Prof. of the Department of Theory and History of State and Law
Altai State University (Barnaul, Russia)*

Abstract. The article deals with the concept and meaning of legal custom as a source of law. With the help of cultural and historical methods, we study such characteristics of legal custom as traditionality, connection with folklife, locality, mosaicism, openness to external influences, flexibility, reasonableness, necessity, unwritten. Since the custom directly grows out of folklife, we can not perceive it as initially reasonable. It expresses the consciousness of the people, the “people’s spirit”, in a concentrated form. Such a characteristic of legal custom as sanctioned by the state is rather critical. Ignoring by modern law, legal custom stems not from the imperfection of the latter but its ideological incompatibility with the dominant in modern legal science and practice normativism. The article formulates the peculiarities of the traditional legal culture. We considered the established in the domestic social science the view of custom as an obsolete source of law. We also describe the nature of the Russian peasant community as a systematic element in the history of domestic state and law, based on extensive historical and legal literature. The historical significance of the peasant community in Russia is in the noncapitalist type of social structure.

Keywords: *legal custom, customary law, source of law, Russian peasant community*

Современная юриспруденция даже не задумывается о существовании обычного права как особого раздела системы права. Позитивизация права привела к тому, что нормативно-правовой акт, преподносимый в качестве универсального, практически вытеснил из юридической практики все иные источники права¹. К сожалению, правовой обычай также в полной мере испытал на себе описанные выше процессы.

Вместе с тем, любой традиционный правопорядок изначально складывался как обычно-правовой². Так, история русской государственности свидетельствует, что вплоть до 20-30-х гг. XIX века отечественная правовая культура (прежде всего правовая культура русского общинного крестьянства) выстраивалась преимущественно вокруг правового обычая. Русское крестьянство, всегда составлявшее подавляющее большинство населения государства, никогда не жило по писаному праву. Даже издание Свода законов Российской Империи не должно порождать иллюзии касательно влияния законоположений на народную жизнь³. Свод законов Российской Империи крестьянству был малоизвестен и неинтересен.

Насколько официально установленное и обычное право не совпадали, можно проследить на следующем примере: «Крестьянка Е.К. жалуется на деверя Е. в том, что он занял у ней 3 р. деньгами и не возвращает. Волостной суд решил: денег взыскать только половинную часть, т.е. 1 р. 50 коп., потому что ответчик в них не сознался, а просительница не представила улику⁴. В переводе на язык писаного гражданского права данное решение волостного суда приобрело бы следующий вид: «Недоказанность займа влечет возврат долга в половинном размере». Ничего, кроме недоумения, такая гражданско-правовая норма у ее читателя не вызвала бы.

Но дело в том, что правовой обычай исходил не из механического представления об истине, когда усилиями судебного следствия правым в споре должен быть назван либо истец, либо ответчик, а из более важной задачи – восстановления социального мира. Потому суд, когда представлялось невозможным *индивидуализировать* юридическую ответственность, раскладывал причиненный имущественный вред поровну между истцом и ответчиком (принцип обычного права «грех пополам»).

¹ Юридическая наука в современном мире: Россия и Болгария, под общ. ред. Е. А. Фроловой. Москва: Проспект, 2020, с. 584.

² World factbook of criminal justice systems. Bulgaria. [Электронный ресурс], [www. bjs.gov/content/pub/pdf/wfbcjsb.pdf/](http://www.bjs.gov/content/pub/pdf/wfbcjsb.pdf) (дата обращения: 12.03.2021)

³ Матвеев, П. А. Крестьяне и Свод Законов: по поводу составления нового Гражданского Уложения. Москва: Типография М. Н. Лаврова и К., 1883, с. 46.

⁴ Труды комиссии по преобразованию волостных судов. Т.1. Тамбовская губерния. СПб.: Типография Второго отделения собственной Е. И. В. Канцелярии. 1873, с. 353.

Богатая история правового обычая и пробуждение интереса к данному источнику права вновь ставят правовую науку перед необходимостью определить для себя обычный правопорядок. Накопленное теоретическое знание позволяет указать, что обычное право располагает следующими качествами:

1) оно неизменно *традиционно*. Обычное право – *пошлое* право (в историческом значении «пошлости», «пошлины», «старинны», «так пошло»). И в этом смысле обычное право косо, консервативно, что, однако, вовсе не является его недостатком. Напротив, обычное право в силу своей природной укорененности в истории является наиболее совершенным передатчиком юридических представлений из поколения в поколение. «Не творчество, а проводимость»⁵, – выражался П. П. Цитович по поводу предназначения обычного права.

В этом плане, например, обычное право русского крестьянства к XIX в. выгодно отличалось от того состояния, в котором пребывала правовая культура иных сословий Империи. А.С. Хомяков писал: «Обычай, как я уже сказал, весь состоит из бытовых мелочей; но кто же из нас не признается, что обычай не существует для нас и что наш вечно изменяющийся быт даже не способен обратиться в обычай? Прошедшего для нас нет, вчерашний день – старина, а недавнее время пудры, шитых камзолов и фижм – едва ли уже не египетская древность. Редкая семья знает что-нибудь про своего прадеда, кроме того, что он был чем-то вроде дикаря в глазах своих образованных правнуков. Знали ли бы что-нибудь Шереметевы про уважение народа к Шереметеву, современнику Грозного, или Карамышевы про подвиги своего предка, если бы не потрудились народная песня сохранить память о них, прибавив, разумеется, и небывалые дела? У нас есть юноши, недавно вышедшие из школы, потом юноши, трудящиеся в жизни, более или менее, по своему школьному направлению или по наитию современных мыслей, потом есть юноши седые, потом юноши дряхлые, а старцев у нас нет. Старчество предполагает предание, – не предание рассказа, а предание обычая. Мы всегда новенькие с иголки; старина у народа. Это должно бы нам внушить уважение; но у нас не только нет обычая, не только нет быта, могущего перейти в обычай, но нет и уважения к нему. Всякая наша личная прихоть, а еще более всякая полудетская мечта о каком-нибудь улучшении, выдуманная нашим мелким рассудком, дают нам право отстранить или нарушить всякий обычай народный, какой бы он ни был древний. Этому доказательства искать не нужно: каждый в своей совести сознается, что я прав»⁶;

⁵ Цитович, П. П. Исходные моменты в истории русского права наследования. Харьков. 1870. Университетская типография, с. 83.

⁶ Хомяков, А. С. По поводу Гумбольдта. Всемирная задача России. Москва: Институт русской цивилизации, 2008, с. 668.

2) будучи концентрированным выражением народных понятий о наиболее важных социальных ценностях *обычное право незримо связано со всем народным бытом*. Это не внешняя надстройка искусственного характера, а естественное продолжение всей суммы социально значимых связей. «Юридические обычаи дают основную ткань правовой жизни народа, на которой постепенно и долгое время крайне робко выводят свои узоры остальные источники права, каковы: договор, закон и др.»⁷.

И. В. Киреевский подчеркивал: «Там, где общественность основана на коренном единомыслии, там твердость нравов, святость предания и крепость обычных отношений не могут нарушаться, не разрушая существенных условий жизни общества. Там каждая насильственная перемена по логическому выводу была бы разрезом ножа в самом сердце общественного организма»⁸. Поэтому любые изменения в быте народа неизменно проявляют себя и в юридически концентрированном проявлении этого быта – обычном праве. Такое право с инструментальной точки зрения не только не отстает от права законодательного, но «разработанностью многих институтов оставляет писанные законы далеко позади, нормируя такие правоотношения, которые нашими законами не предусмотрены»⁹;

3) оно носит отпечаток той *местности*, в которой практикуется. Это качество обычного права именуется также партикуляризмом, локальностью¹⁰. Поэтому несовпадение двух обычаев по одному и тому же вопросу, практикуемых в двух разных местностях, порой географически соседствующих, *нормально*. В двух соседних волостях одного уезда Российской Империи кража днем («денной грабеж») могла восприниматься и как отягчающее вину обстоятельство, и как смягчающее. Это вовсе не свидетельствует против обычного права.

Практика крестьянских волостных судов не была одинаковой в масштабах всей России. Да и не стремились крестьянские суды к какой-либо унификации. Так, например, на севере государства по делам о бесчестии при нарушении брачного сговора волостные суды практически всегда отказывали в удовлетворении исков, во внутренней России уже изредка встречаются такие удовлетворения, в Малой России – плата за бесчестие

⁷ Тарановский, Ф. В. История русского права. Под ред. и с пред. В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2004, с. 11.

⁸ Киреевский, И. В. О характере просвещения Европы и его отношении к просвещению России. Духовные основы русской жизни. Москва: Институт русской цивилизации, 2007, с. 205.

⁹ Леонтьев, А. А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян. СПб.: Типография М. Меркушева. 1895, с. 11.

¹⁰ Мухамадеев А. Р. О некоторых особенностях развития обычного права волжских болгар. – В: Чувашский гуманитарный вестник, 2016, № 11, с. 25.

взыскивалась повсеместно. Самой идеи о приведении судебной практики к какому-то механическому единству не существовало. Причем такая разнообразная практика волостных судов вполне уживалась с четкой позицией кассационного департамента Правительствующего Сената о том, что всякие предбрачные соглашения и иски из них недопустимы. Не обращали волостные суды (скорее по неведению) внимания и на законодательно закрепленную обязанность жены жить при муже: сбежавшая от дерущегося мужа жена как правило получала защиту в виде решения волостного суда, санкционировавшего такую «расходку». Т.е. волостные суды часто поступали вопреки предписанию буквы закона. Так, ст. 103 тома X Свода Законов Российской Империи устанавливала: «Супруги обязаны жить вместе. Посему строго воспрещаются всякие акты, клонящиеся к самовольному разлучению супругов»¹¹. Волостные же суды неизменно при жестоком обращении мужа с женою признавали за последней право вернуться в дом родителей и отказывали мужу в его иске о водворении супруги в дом.

На неучете партикулярного разнообразия обычного права были основаны распространенные во второй половине XIX в. в среде русской интеллигенции представления о его примитивности. В «Трудах Комиссии по преобразованию волостных судов» 1883–1884 гг. интересующаяся вопросом часть университетского сообщества постоянно наталкивалась на характерные отзывы крестьян: на вопрос «какие обычаи имеются в вашей местности?» крестьяне неизменно отвечали «обычаев не имеем», «судим по справедливости, смотря по человеку». Из всего этого интеллигенция делала вывод, что ни о каком обычном праве как *системе* речи быть не может. Назвать *правом* некий конгломерат противоречивых воззрений народа на отдельные казусы, очевидно, нельзя. А. А. Леонтьев вполне в этом русле вопрошал: «Обычный ответ крестьян на вопрос, чем они руководствуются в судебных решениях, что решают, смотря по обстоятельствам, «глядя по человеку». Разве такой ответ не указывает на отсутствие сознания права вообще, все равно обычное оно или не обычное?»¹².

Однако, столь поспешное заключение интеллигенции о примитивности народного права заключало в себе фундаментальную методологическую ошибку. Земский статистик, формировавший текст «Трудов комиссии...» и задававший крестьянину вопрос «какие обычаи имеются в вашей области?», гарантированно обрекал себя на получение ложного ответа. Представить себе крестьянина, круглогодично привязанного к земледельческому

¹¹ Свод Законов Российской империи. [Электронный ресурс], <http://civil.consultant.ru/code> (дата обращения: 08.02.2015)

¹² Леонтьев, А. А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян. СПб.: Типография М. Меркушева, 1895, с. 61.

быту, и при этом знающего не только *свое*, но и *чужое* (существующее в соседней местности) обычное право сложно. Крестьянин просто не интересовался ненужным ему иным обычным правом, т.к. подобный интерес его практический ум тут же окрестил бы праздным.

А потому, не имея повода к сравнению двух смежных, но все же отличных друг от друга обычно-правовых порядков, существовавших в сопредельных местностях, крестьянин и не умел отличить *обычай* от *нормы*. «Крестьяне вообще охотно употребляют выражение «закон» вместо обычая. Так, крестьянин просит волостной суд постановить решение по закону, «как закон велит», иногда подразумевая под этим именно обычай. Выражения «обычай», «обычное право» были порой совсем непонятны крестьянам»¹³. Для крестьянина вопрос земского статистика был лишен всякого смысла: конечно же никаких особых обычаев он не знает, но зато предельно ясно представляет себе переданную ему предшествующим поколением всю систему Права, разбирается в ней до мелочей.

И если А. А. Леонтьев вполне серьезно относится к следующему сообщению, то нам оно представляется, скорее, анекдотичным: «Начальник одной из приволжских губерний, желая ознакомиться с существующими в его губернии обычаями, затребовал от волостных правлений губернии сведения о том, какие обычаи, определяющие правовые отношения крестьян, существуют в каждой волости, и на это *от всех правлений* получил ответ, что у них никаких обычаев не существует, и что крестьяне *на сходах* высказались, что они желают судиться *по законам, а не по обычаям* (курс. авт.)»¹⁴.

Равно и на вопрос о том, распространен ли в их местности обычай милостыни, призрения нуждающихся, крестьяне традиционно отвечали «Нет. Тунейдцев нечего кормить». Исследователь народного быта - горожанин в недоумении отходил в сторону и непонимающе спрашивал себя: «А где же хваленое народное хлебосольство, все те рассуждения о широкой славянской душе?». Но он получил именно тот ответ, который был запрограммирован его собственным вопросом. С удивлением столичный житель обнаружил бы, что именно спрошенный им крестьянин в настоящее время содержит деревенского старика, не приходящегося ему родственником, либо обрабатывает даром вдовый или сиротский надел. Просто в категориях крестьянина совершаемое им социальное призрение не было чем-то *необычным*, а являлось *нормой*. Спрашивали же его об отклонении от нормы, о некоем произвольном (добровольном) превышении нормы, о милости. На

¹³ Безгин, В. Б. Правовые обычаи и правосудие русских крестьян второй половины XIX – начала XX века. Тамбов, 2012, с. 19.

¹⁴ Леонтьев, А. А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян. СПб.: Типография М. Меркушева, 1895, с. 105.

такой вопрос крестьянин справедливо давал отрицательный ответ. Горожанину в принципе была недоступна философия крестьянской жизни: «Добрый человек – это не тот, кто делает другим что-то из милости, но тот, кто действует в силу долга»;

4) следовательно, обычному правопорядку по определению присущи *мозаичность* и *кажущаяся бессистемность*. Наивными являются обвинения обычного права во внутренней противоречивости, которая, якобы, не позволяет обычаю даже приблизиться к мере совершенства законодательного акта. «Сообразно этому исследование старого памятника права сопровождается никому и ни для чего не нужной критикой его с точки зрения современной кодификационной техники, причем в качестве обвинительных пунктов приводится длинный перечень пробелов в данном памятнике права»¹⁵. Т.е. при таких обвинениях к обычному праву изначально прилагаются характеристики из совершенно иной системы координат, которым это обычное право вовсе не должно соответствовать. По справедливому замечанию В.И. Сергеевича: «Древность вовсе не была занята логическим построением юридических понятий, а потому тогда и было возможно невозможное и непонятное для нас»¹⁶. Задача обычного права в момент его формулирования заключалась не в обосновании отвлеченных понятий и схем, а в живописании образа. Помещаемый в центр обычая казус должен был в будущем в порядке ассоциации вызывать в памяти ранее постановленное правило;

5) косности обычая, как ни странно, сопутствует крайняя *гибкость* обычного права и его *открытость к внешним воздействиям*. Проникающие в тело обычного права новые понятия, тем не менее, вовсе не вытесняют старые, по крайней мере, сначала. Поэтому-то мы и наблюдаем внешнюю противоречивость обычного права, его лоскутность, когда отдельные нормы видимо не согласуются друг с другом. Но такое несовпадение существует лишь в уме позитивистски настроенного наблюдателя. На самом деле, перед нами разворачивается масштабная растянутая на десятилетия картина смены одних обычно-правовых представлений другими. Эта живая ткань имеет совершенно иной ритм взросления, отрезки которого много превышают продолжительность человеческой жизни. «Хотя обычаям доказывается фактами его применения к случаям действительной жизни, но наличность действий, несогласных с обычаем, еще не может быть приводима как доказательство несуществования самого обычая. Может быть, го-

¹⁵ Тарановский, Ф. В. История русского права. Под ред. и с пред. В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2004, с. 41.

¹⁶ Сергеевич, В. И. Русские юридические древности в 3 т. Т. 1. Территория и население. СПб.: Типография Стасюлевича, 1902, с. 233.

сподствующий обычай (повальный) и при наличности частных перерывов и противоречий»¹⁷;

б) в силу того, что обычай напрямую произрастает из народного быта, он всегда *разумен*. В нем в концентрированном виде выражается сознание народа, его обнаженная до предела «душа». Именно поэтому Общее «Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 1861 г. устанавливало:

*«109. Приговоры волостного суда по проступкам, подлежащим его рассмотрению, считаются окончательными»*¹⁸.

Постановление волостного суда не подлежало обжалованию по существу, «как имеющее характер третейского, не мотивированного никакими указаниями на писанные законы»¹⁹.

Кажущаяся стороннему наблюдателю неразумность обычая объясняется качествами самого наблюдателя. Например, когда современный юрист знакомится с содержанием ст. 1142 Гражданского кодекса РФ «Наследники первой очереди», то для него в призвании супругов к наследованию друг после друга нет ничего необычного. Отрицание же обычным правом права супругов наследовать друг другу, напротив, покажется ему крайне нелогичным. Вместе с тем, если доискиваться корней как первого, так и второго правила, то окажется, что именно рожденное народным разумом положение окажется более мотивированным. В быту русских крестьян вплоть до конца XIX в. лица мужского пола пользовались преимуществом перед лицами женского пола (по фискальным причинам, как держатели общесемейного имущества и плательщики налога). Дочь при сыне вовсе устранялась от наследования отцу: «Сестра при братьях – не наследница». Равно и супруги не наследовали друг другу как неродственники. Но все это не должно вводить нас в заблуждение насчет, якобы пониженного правового статуса женщины в крестьянской семье. Анализ этой конструкции показывает, что в действительности та же дочь участвует в распределении наследственной массы и даже в привилегированном по отношению к сыновьям порядке – через институт приданого (при живом наследодателе и лишь в части движимого имущества). Этот феномен в мировой юриспруденции именуется «антиципирование (предварение)

¹⁷ Сергеевич, В. И. Лекции и исследования по древней истории русского права. СПб.: Типография Стасюлевича, 1910, с. 14.

¹⁸ Общее Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости от 19 февраля 1861 г. [Электронный ресурс] [http:// www.hrono.ru/ dokum/1800dok/ 18610219polozh.php](http://www.hrono.ru/dokum/1800dok/18610219polozh.php) (дата обращения: 23.01.2015)

¹⁹ Илларионов, Н. С. Значение обычного права в народном суде. Харьков: Типография «Южного края», 1893, с. 1.

наследства». Напротив, наделение дочери правом наследования наравне с братьями означало бы сознательное разорение хозяйства в пользу чужеродного и утрату платежеспособности.

Понимание обычая исследователем из иной культурной среды – «дело это, конечно, весьма нелегкое и не могло быть исполнено комиссией (*имеется ввиду Комиссия по преобразованию волостных судов М. И. Любощинского – Прим. мое*) которая объезжала волости официально и просматривала решения, записанные в волостных судах лицами, часто совершенно чуждыми местному населению и хвастающимися умением подводить решение под ту или другую статью Свода Законов, как справедливо отзывается М. И. Зарудный о писарях волостных судов»²⁰. Обычай может открыться только тому, кто способен вместить в себя его содержание, для кого та культурная среда, что породила обычай, является также родной;

7) существование правового обычая и его содержание – логически *необходимы*. Невозможно представить себе произвол в деле образования обычая, как и в его конкретном наполнении. Обычай незримо рождается в усилении общенародной воли. Обычай с необходимостью замещает пустоту – «свято место» и он никогда не появится там, где в нем нет нужды. Поэтому *равно невозможен «неработающий» обычай*.

Обычное право по определению *действительно, функционально*. «Функция права состоит вообще только в его осуществлении. Что не реализуется, не есть право и наоборот, то, что отправляет функции, есть право, хотя бы оно и не было признано таковым (обычное право)»²¹. Поэтому обнаруженный в данной местности правовой обычай по определению не может быть заподозрен в искусственности. Сам факт наличия обычая – уже достаточное свидетельство в пользу его действительности. «Обычное право это, выражаясь термином Штамллера, «правильное право» (*das richtige Recht*) для человека старых времен»²². «Правильность» этого права в том, что оно содержит в себе набор неустрашимых правил поведения;

8) В. Н. Синюков справедливо негодует: «Вся история России с X по конец XVII вв. рассматривается в современной юридической науке в основном как единый, своего рода *подготовительный (курс. мой)* период к

²⁰ Калачов, Н. Об отношении юридических обычаев к законодательству. СПб.: Типография В. Киршбаума, 1877, с. 9. См.: Зарудный, М. И. Законы и жизнь. Итоги исследования крестьянских судов. СПб.: Типография Второго отделения собственной Е. И. В. Канцелярии, 1874, с. 16.

²¹ Фон Иеринг, Р. Дух римского права на различных ступенях его развития. Перевод с 3-го исправленного немецкого издания. СПб.: Типография В. Безобразова и Ко, 1875, с. 42.

²² Тарановский, Ф. В. История русского права. Под ред. и с пред. В. А. Томсинова. Москва: Зерцало, 2004, с. 12.

подлинно правовому этапу в развитии правовой культуры»²³. Т.е. Россия как бы не жила правовой жизнью вплоть до реформ Петра I. И только появление первых правовых актов по европейскому образцу, а затем и профессиональных юристов, воспринимается современным правоведением как свидетельство начала такой жизни. Через такой подход за рамками научного внимания остается огромный пласт русской правовой культуры предшествующих веков.

Устная правовая традиция существует именно в устной форме. Уже одним фактом ее передачи изустно на протяжении многих веков доказывалась значимость этого сектора правовой культуры, недопустимость его игнорирования. Сказать, что правоведение появилось в России лишь в XVIII в. с С. Е. Десницким – значит, совершенно не чувствовать разницы между правоведением и юриспруденцией. Совершенно не случайно Общее «Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости» 1861 г. устанавливало:

«105. Все дела в волостном суде производятся словесно»²⁴.

Истории отечественного права известны многочисленные документированные приговоры обществ об уточнении границ между отдельными селениями; документированные приговоры же о границах между двумя отдельными хозяевами практически не встречаются. Но это не значит, что второго типа приговоров не было: наоборот, их было гораздо больше. Отсутствие письменных свидетельств деятельности общины по отношению к «своим» членам подтверждает нелюбовь мира к канцелярской форме ведения дел. Слово, живая речь, а не сухое письмо, определяли жизнь традиционного общества.

Все указанные выше характеристики обычного права призваны дополнить столь популярное сегодня и одновременно академично-безжизненное определение правового обычая как исторически сложившегося, вошедшего в привычку в силу длительности употребления на определенной территории неписаного правила поведения, санкционированного государством. При этом последнее качество – «санкция со стороны государства» – понимается в качестве чуть ли не конституирующего: «Правовым можно считать только такой обычай, который разрешен к использованию в конкретном государстве, что подтверждается и возможностью применения государствен-

²³ Синюков, В. Н. Российская правовая система. Введение в общую теорию, 2-е изд., доп. Москва: Норма, 2013, с. 560.

²⁴ Общее Положение о крестьянах, вышедших из крепостной зависимости от 19 февраля 1861 г. [Электронный ресурс], www.hrono.ru/dokum/1800dok/18610219polozh.php (дата обращения: 23.01.2015)

ного принуждения к лицам, нарушающим требования обычая»²⁵. Однако приведенные примеры да и вся история добуржуазных государств Европы свидетельствует о том, что правовой обычай никогда не был отягощен желанием вписаться в официальный правопорядок. Действенность правового обычая, его приятие участниками правового спора никоим образом не обуславливались некоей государственной санкцией.

Русское крестьянство веками вырабатывало свое право; конструкции же римского частного или германского права, усваиваемые законодателем, народной правовой практикой органически отторгались: «Известно, что громадное большинство нашего населения руководится в сфере частных гражданских отношений, не писанным законом, а правилами, слагавшимися путем обычая и во многом несогласными с началами законодательства»²⁶.

А. А. Леонтьев отмечал: «Громадная масса русских подданных изъята от действия суда, постановляющего свои решения «на точных словах закона» и судится «по обычаям» ей одной ведомым и не только не получившим утверждения Верховной власти, но и нигде не писанным... Если мы прибавим к этому и несколько миллионов инородцев, которые также судятся по своим «обычаям» и своими народными судами, то окажется, что писанные законы в сфере гражданского права и обширной массы правонарушений созданы собственно для самой незначительной части населения Империи»²⁷.

Настороженно-неодобрительное отношение имперского права к правовому обычаю, сменившееся в советский период явным его вытеснением из правового поля, привели к тому, что в настоящее время данный источник права в привычно-дежурном порядке упоминается в некоторых отраслях российского права в качестве допустимого, но подобное упоминание вовсе не приводит к реальному наделению обычая практическим значением. Теоретическое и практическое игнорирование обычая в течение многих десятилетий сформировали вокруг него образ устаревшего, косного и малоэффективного средства правового регулирования. В итоге, признание обычая в современном конституционном, гражданском, трудовом, семейном и иных отраслях российского права ставит и науку, и правоприменительную практику пред нелегким вопросом: в чем заключается содержание допускаемых законодателем к применению конкретных правовых обычаев? Количество реально функционирующих правовых обычаев настолько мало,

²⁵ Макарова, Н. А. К вопросу об определении понятия «правовой обычай». – В: Юристы-Правоведь, 2020, № 2 (93), 199–200.

²⁶ Пахман, С. В. Обычное гражданское право в России. Москва: Зерцало, 2003, с. 3.

²⁷ Леонтьев, А. А. Волостной суд и юридические обычаи крестьян. СПб.: Типография М. Меркушева, 1895, с. 3.

что реальной конкуренции иным источникам права они составить не могут. При столкновении нормативно-правового акта, нормативно-правового договора и даже правоприменительной практики, с одной стороны, и правового обычая, с другой, правоприменитель, наверняка сделает выбор в пользу писаного права и практики его применения. К сожалению, в современной России отсутствует цельная система правовых обычаев, которая могла бы наряду с системой писаного права воспроизводить текущий правопорядок.

Acknowledgments

This article was prepared under RFBR grant project 20-511-18002, “Hierarchy and Coordination of Legal Sources in the National Legal Systems of Russia and Bulgaria”.

ЗА КОДЕКСИТЕ И КОДИФИКАЦИИТЕ ПРЕЗ ПРИЗМАТА НА РИМСКОТО ПРАВО

Проф. Малина Новкиришка-Стоянова, дюн
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет

ON CODES AND CODIFICATIONS THROUGH THE PRISM OF ROMAN LAW

Prof. Malina Novkirishka-Stoyanova, DSc.
Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law

Abstract. The main objective of this article is to investigate the concept of code, following the codification in Ancien Rome. After a brief survey enabling us to explain the terminology of “code” and “codifying”, our purpose is to determine a prerequisites and objectives which seen to be intrinsic to the concept of “code” and to its result, the codification.

Keywords: *code, codifying, systemizing of laws*

Въведение

В началото на XXI в. все по-често се споменава думата кодификация, а също и призивите за кодифициране на отделни материи на позитивното право както на национално, така и на европейско ниво. Това, от своя страна, ни кара да насочим вниманието и към различните процеси, свързани с тези тенденции, които са обвързани с изясняването на въвежданите понятия за декодификация, рекодификация, национализация и денационализация на кодификациите и пр.

Повод да се спра на тази тема е, от една страна, особеното място на кодификацията като вид нормотворческа дейност и на кодексите в системата на източниците на правото. В този аспект това са едни от основополагащите понятия в теорията на правото.

Понятието за кодекс е отворено към всички правни науки и учебни дисциплини, но то има и определено философско, политологическо и социологическо съдържание, които са в основата на оживената дискусия и в наши дни за кодификациите, за тяхното минало, настояще и бъдеще.

Наред с това самите термини имат своя етимологически произход в римското право. Изграждането на понятията за кодекс и кодификация следва линията на времето от епохата на Древния Рим, преминавайки през Средновековието и достигайки до началото на Новото време. И това е въпреки някои противоречиви тенденции и стремеж към отстъпление от традиционната характеристика на кодексите в наши дни¹.

България е една от малкото страни, които имат закон и подзаконови актове за определяне на понятията, структурата на нормативните актове и процедурата по тяхното съставяне и оценка на въздействието. В чл. 4, ал. 1 на Закона за нормативните актове кодексът е определен като „нормативен акт, който урежда обществените отношения, предмет на цял клон на правната система или на обособен негов дял“. Съответно в ал. 2 се предвижда за него да се прилагат правилата относно закона. Съответно в определението за закон по чл. 3 се акцентира на необходимостта от трайна уредба на обществени отношения, когато това е предвидено в Конституцията или се изисква първична уредба, включваща един или няколко института на правото или техни подразделения. За всички други отношения съгласно чл. 3, ал. 2, т.е. които нямат такъв траен и фундаментален характер, но само когато в закона е предвидена делегация, могат да се приемат подзаконови актове. Тази уредба, макар и в закон, приет в друга политическа обстановка през 1973 г., но с някои изменения и допълнения е действаща и в момента въпреки различни опити през годините да бъде заменен с нов, все пак си остава стабилната основа на законодателната технология и законодателния процес в България. Тя се вписва изцяло в принципа на правовата държава по чл. 5 от Конституцията на България и е в съответствие на множество решения, включително и с тълкувателен характер, на Конституционния съд.

От тези разпоредби следват няколко извода:

– Кодексът, както и законът уреждат трайно определени обществени отношения, като кодексът се отнася до цялостната регламентация на клон на правната система или негов дял. В този смисъл действащите кодекси в България следват изцяло тази разпоредба без отклонения – те се отнасят до семейното, застрахователното, трудовото, данъчното и осигурителното,

¹ За някои аспекти на съвременния кодификационен процес вж. La codification: perspectives transdisciplinaires: actes des journées d'études organisées à Paris à l'Institut national d'histoire de l'art les 8-10 juin 2006. Genève, 2007, https://books.google.bg/books/about/La_codification.html?id=G191tbZNG6AC&redir_esc=y; Кодификация законодателства: теория, практика, техника. – В: Материали Международной научно-практической конференции (Нижний Новгород, 25–26 сентября 2008 года). Нижний Новгород, 2009, <http://jurtech.org/wp-content/uploads/2015/03/kodifikazia.pdf>

изборното, международното частно право, гражданския, административния и наказателен процес, търговското корабоплаване;

– Кодексът има по-широк обхват на регулираната материя от закона, но той също се приема на основание на Конституцията или когато се изисква първична уредба на определени обществени отношения;

– Кодексът може да препраща към подзаконова уредба на отношения, които не са от фундаментален характер, но те не би следвало да се уреждат със специални закони, а ако е необходимо, да се правят изменения и допълнения в самия кодекс;

В законодателството и в практиката се използва терминът „кодекс“ и за редица морално-етични актове за определени професии – магистрати, държавни служители, адвокати, лекари, зъболекари, фармацевти, служители на МВР, работещи с деца и пр. В случая също се акцентира на трайни обичайно и професионално установени правила и принципи.

Следователно в субстанциален план кодексът и кодификацията въплъщават идеята за стабилност на законодателството, която се явява както и като идеал на кодификационния процес и източник на усещането и амбицията за вечност и значимост на кодификационното дело. През 2004 г. особено тържествено и не само в страните от романската правна общност се отбелязва 200-годишният юбилей от влизането в сила на *Code civil des Français*, наричан още Наполеонов кодекс. Така всъщност е видна и античната традиция кодексите да носят наименованието на владетеля, който е инициирал създаването им и им е придал задължителна правна сила. И макар Наполеон да е твърде различен като владетел от вавилонския цар Хамураби, от индийския цар Ману, от Солон, от императорите Теодосий II и Юстиниан Велики, гражданската кодификация, която той утвърждава и чието съставяне следи, остава в историята именно с това название. В зала за на своя живот, изгнаник на Света Елена, консулт на Първата френска република и първият френски император споделя: „Моята истинска слава не е в това, че съм спечелил 40 сражения: Ватерло ще изтрие спомена за толкова победи... Но нищо няма да изтрие това, което ще живее вечно, моят Граждански кодекс“². Тези думи, многократно цитирани и интерпретирани, съдържат не толкова огорчението от краха и оттеглянето му от политическата власт и военното командване, на които е посветил живота

² „Ma vraie gloire, ce n'est pas d'avoir gagné quarante batailles: Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires... Mais ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon code civil.“ Вж. DE MONTMOLON, C.F.T. Récits de la captivité de l'Empereur Napoléon à Sainte Héleine. T. I. Paris, Paulin, 1847, p. 401, <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9627943v?rk=21459;2>. Това и всички следващи позовавания на сайтове и публикации в интернет са към 20 март 2022 г.

си, колкото съзнанието за истински непреходното дело за създаването на ново право – правото на френските граждани, с новото съдържание, влажно в това понятие. Те отразяват и волята на всеки кодификатор да остави своята следа във вечността със своите закони.

Понятието за кодекс като сбор от правни норми, поставени в определен порядък и систематизирани с определена цел, за първи път се появява във връзка с назначаването на комисия за съставянето на Теодосиевия кодекс през 429 г., а понятието за кодификация се идентифицира със законодателното дело на император Теодосий II от 428–438 г., но най-вече на император Юстиниан в периода 529–533 г., получило наименованието *Corpus iuris*, към което се добавят и създадените след това до смъртта на императора през 565 г. конституции, известни като *Novellae leges* или само *Novelae*. Именно в тази връзка бих искала да споделя и някои размисли за римскоправните основи на кодификационния процес като илюстрация за съвременните тенденции и процеси.

Терминът и понятието за кодекс и кодификация

На езиково ниво често не се прави разлика между процеса на създаване на кодекса и неговия резултат, както и между кодекс и кодификация³. По същия начин не се прави разлика и между кодификационния и законодателния процес, като не се отделя частното от общото. Единствено в правните съчинения с по-прецизна стилистика по теория на правото или специално посветени на кодифицирането се подчертава, че докато законодателната дейност е регулярна, масова и неотменно свързана с компетентния законодателен орган, кодификационната дейност е много по-тясна като приложение, но по-сложна като функция и с много по-значим политически и догматичен заряд. Тя може да се осъществява както от държавни служители в рамките на възложеното им задание от нормотворческия орган, така и от частни лица, които да представят съставения от тях кодекс за обсъждане и приемане от законодателя⁴.

³ Не са особено прецизни от правна гледна точка обясненията на термина „кодификация“ в тълковните речници. Така в Съвременен тълковен речник на българския език (съст. Буров, Ст., В. Бонджолова, М. Илиева, П. Пехливанова), София, 1995, на с. 484 лексемата „кодификация“ е обяснена като „систематизиране и съгласуване на законите в държавата по области“. Аналогично е обяснението и в по-новия Речник на чуждите думи в българския език на Милев Ал., Б. Николов и Й. Братков от 2003 г., като те акцентират на начина на събиране на нормативните актове, а не толкова на резултата от тази дейност.

⁴ Вж. Вълчев, Д. Лекции по обща теория на правото. София, 2016, с. 272 и сл.; Колев, Т. Теория на правото. София, 2015, с. 217 и сл.

Кодификацията в лаически план се разглежда и като синоним на кодекс. От правна гледна точка обаче в някои случаи тя може да включва както кодекса, така и някои специални закони и свързаните с тях подзаконовни нормативни актове в зависимост от нормотворческите традиции на отделните държави⁵.

В правните енциклопедии кодификацията (или по-точно от езикова гледна точка: кодифицирането) се определя като дейност по групиране на нормативни разпоредби с разнороден характер в един общ нормативен корпус, отнасящ се до определена материя. Подчертава се, че това е дейност по осигуряване на достъпността на нормите до правните субекти, на тяхната яснота и точност. Винаги се прави исторически екскурс към древните кодификации, от Хамураби до Юстиниан, като се подчертава, че те всъщност имат хаотична структура и представляват по-скоро сбор от правни норми, записано обичайно право или постановления на царете⁶.

Приема се, че от началото на XIX в. насетне идеята за кодификация съществено се променя, като на този вид на систематизиране на правото се поставят нови задачи и цели. Обикновено създаването на съвременните кодификации е резултат на революционни преобразувания в обществото, обвързано е с определени политически платформи и модели. Така самото понятие придобива ново съдържание⁷.

Кодифицирането в правната литература се възприема като процес от систематизиране на висше ниво на правната материя с въвеждане на нова структура и нова изчерпателна правна уредба на определен дял на правото или на негови съществени части. И макар че в повечето правни системи

⁵ Така напр. кодифицирането на трудовото право в България не обхваща само Кодекса на труда, а и множеството подзаконовни актове по прилагането му. Подобна е ситуацията и в другите европейски страни, особено където има по-стари граждански кодификации с множество изменения, допълнения и ревизии (напр. във Франция с СС от 1804 г.) и където наред с кодексите има множество допълващи закони, вкл. и такива, които въвеждат изискванията на директивите на ЕС.

⁶ Срв. напр. съответните термини и рубриците в *Encyclopédie juridique Dalloz*, Paris, 2001, <https://jurisguide.univ-paris1.fr/fiches-documentaires/encyclopedia-juridique-dalloz>; *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, www.santannapisa.it/it/news/enciclopedia-del-diritto-online; *Enciclopedia jurídica* на www.encyclopedia-juridica.com/inicio-encyclopedia-diccionario-juridico.html

⁷ От тази гледна точка се прави още едно разграничение – на количествена кодификация и субстанциална кодификация, но то не е по-скоро свързано със специфична форма на изразяване на отделните автори, отколкото до въвеждане на някаква нова характеристика относно понятието. Вж. дискусиите по въпроса, отразени в *Codifications et compilations juridiques*, Actes des IIe Journées Clermontoises d'Histoire du Droit, Clermont-Ferrand, 2004 ; *Le législateur et la loi dans l'Antiquité. Hommage à Françoise Ruzé*, Actes du colloque de Caen, 15–17 mai 2003, Caen, 2005.

не се придава различна правна сила на кодекса от тази на закона⁸, винаги се подчертава специфичната нормативна систематизация на правото в кодекса, осъществена чрез особена законодателна техника, задълбочено проучване и обобщаване както в теоретичен план, така и на съществуващата административна и съдебна практика, на условията, които изискват съществена промяна и модернизация на регулирането в даден правен отрасъл или които налагат адаптиране към социалните и политически реалности. В този смисъл и кодификацията има за основна цел създаването на единен логически и правно, цялостен и вътрешно съгласуван нормативен акт, с който да се улеснят адресатите му и правораздавателните органи и да се утвърди планираното дълбоко въздействие на правното регулиране на определения кръг обществени отношения⁹.

В тази връзка в теоретичен план при изследването на кодификациите са въведени и две уточняващи понятия – кодификация компилация и кодификация иновация¹⁰.

Първото понятие е свързано с т.нар. класически кодификации, които се създават предимно в античните държави¹¹. При тях законодателят обикновено събира и подрежда в един документ съществуващи юридически текстове. Систематика определено не липсва, но тя в някои случаи е по-скоро логическа, отколкото научна, в други е тясно обвързана с подредбата на материята и приоритета на определени обществени отношения. В този смисъл тя трудно се поддава на съвременните критерии за подредба на правната материя. Приема се, че класическият кодекс е функционално понятие, свързано с определен източник на правото.

Съвременното понятие за кодифициране представлява продължителен процес на преосмисляне на правната уредба, на създаване на научнообоснована систематизация, при която нормативният акт, наречен „кодекс“, да действа единно и непротиворечиво. В тази връзка е и определението на кодекса, което обикновено се дава в правната теория, като той не се явява просто компилация съвкупност от повече или по-малко обособени текстове, произволен сбор от норми или от нормативни актове. Счита се, че от

⁸ Вълчев, Д. Цит. съч., с. 272.

⁹ Колев, Т. Цит. съч., 217–218.

¹⁰ Срв. Ташев, Р. Теория на правната система. София, 2006, 272–274. Вж. Дюнан, Ж. Ф. Между традицията и новаторството (Исторически анализ на понятието „кодекс“). – В: Римско право и съвременни кодификации, София, 2008, с. 10, бел. 10, който се позовава на разграничението на Jean-Louis Sourieux в статията му *Codification et autres formes de systématisation du droit à l'époque actuelle. Le droit français*, in RIDA, 1989, 145–158.

¹¹ Срв. Дюнан, Ж. Ф. Цит. съч., пак там, който цитира и се позовава на терминологията, въведена от Frédéric Zenati – вж. Zenati, Fr. *Les notions de code et de codification*. – In: *Mélanges Christian Mouly*. Paris, 1998, 217–253.

началото на XIX в. кодификацията вече е модификация, която създава едно ново право¹². Иновативното начало при кодифицирането обаче е свързано с редица фактори, които обуславят новата уредба, и най-вече една нова политика по отношение на определения за кодифициране кръг от обществените отношения, която е свързана с определен обем и насоки на реформи. В тази връзка е и въведената на общоевропейско ниво процедура на предварителна оценка на законодателството¹³, която е от особено значение при кодификациите, защото дава отговор на двата основни въпроса: какво е състоянието на урежданата материя и в какъв смисъл то трябва не само да се обобщи, а да се систематизира и модифицира, да се реформира на едно по-високо ниво.

Самият термин *codificatio* се изписва на латински и присъства в правната лексика на европейските държави. В етимологичните и тълковните речници и тези на чуждите думи в съответния език се отбелязва, че той е произведен от съчетанието на лексемите *codex* и *facere* в най-общия смисъл на термина „кодификация“ и в повечето общи енциклопедии или латински речници¹⁴: „правя, създавам“, т.е. като словосъчетание има значение на „създавам кодекс“¹⁵. Така определен, той има едно по-тясно значе-

¹² Вж. Колев, Т., Теория на правотворчестката дейност. Ролята на нетипичния законодател, София, 2006, с. 314 и сл.

¹³ В България като нормативно изискване оценката на въздействието на законодателството е въведена сравнително късно с изменения в Закона за нормативните актове през 2007 г. и нова уредба от 2016 г. (глава II). Вж. Наредба за обхвата и методологията за извършване на оценка на въздействието, приета с Постановление № 301 от 2016 г. и изменения от 2020 г. на www.strategy.bg/News/View.aspx?lang=bg-BG&Id=10645 и Решение № 885 на Министерския съвет от 2020 г. и одобреното с него Ръководство за извършване на последваща оценка на въздействието на www.strategy.bg/Publications/View.aspx?lang=bg-BG&categoryId=&Id=320. Вж. относно нормотворческия процес в Европейския съюз https://c.europa.eu/info/law/law-making-process_en. Спв. и Zander, M. The Law-Making Process. Oxford, 2020; Auby, J. B., Perroud, T. (eds.) La evaluación del impacto regulatorio. Sevilla-Madrid, 2013 (превод от френски) на <https://books.google.bg/books?id=l8QwEAAAQBAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>

¹⁴ Спв. напр. v. “codification” in: Encyclopedie Grand Larousse en 10 volumes, Paris, 1968; v. “codificazione” in: Novissimo Digesto italiano, Torino, 1957; v. “codificación” in: *Diccionario de la Lengua Espanola*, 22 ed. De la Real Academia Española, Madrid 2001 v. “codification” in: *Encyclopaedia Britannica* online на сайта www.britannica.com, „кодификация“ в: Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона, Петербург, 1890–1907, на сайта http://dic.academic.ru/contents.nsf/brokgauz_efron/ и пр.; както и v. „codex“ в един от най-пълните речници на латинския език на Egidio Forcellini – Totius latinitatis lexicon, Patavii, 1864–1926 на <https://archive.org/details/totiuslatinitati01forc> и в Oxford Latin Dictionary, Oxford 1968 на www.oxfordscholarlyeditions.com/page/the-oxford-latin-dictionary

¹⁵ Спв. Dizionario pratico dei termini giuridici. Piacenza: La Tribuna, 1992; Ernout, A., A. Meillet. Dictionnaire etymologique de la langue latine. Paris, 2001, www.degruyter.com/document/doi/10.1515/if-1937-0148/html

ние, особено в случаите, когато създаваният нормативен акт е с обобщаващ характер, но не носи непременно названието „кодекс“.

Няма засвидетелствана употреба в този смисъл на термина „кодификация“ в правните източници на Древния Рим. Основните лексеми, които се използват в автентичните юридически текстове на римските юристи, са *compilatio*, *collatio* и *codex*. Смесовото им съдържание обаче е твърде различно от съвременното. Така дори в романистичната литература често се поставя знак за равенство между изразите Юстинианова компилация и Юстинианова кодификация, както и между кодификации и кодекс. Това още веднъж налага да се обърнем към употребата на термините в класическия латински език, респ. и в правните съчинения.

Ако направим ретроспективен анализ на древните сборници с норми, обикновено се подчертава, че те имат по-скоро компилативен характер от гледна точка на съвременното понятие¹⁶. Същевременно в правосъзнанието на актуалния законодател те са закони, т.е. обобщени нормативни актове, които регулират цялостно живота на хората¹⁷. При преценката им обаче не бива да се ръководим от съвременните понятия и термини и да отричаме логиката на систематизацията на нормите в Античността. Всеки древен народ именно в законодателните актове възплъщава своето схващане за правото като нормативна система, в тях се отразяват философските, политическите и религиозните възгледи¹⁸.

Самият термин *compilatio* няма правно-техническо значение в този смисъл в латинския език. В два фрагмента от Дигестите той означава „ograбване“¹⁹, а Цицерон често го използва както в смисъл на „похищение, кражба, грабеж“, така и като „плагиатство“ или „безразборно натрупване на документи“²⁰. Имайки предвид това в известен смисъл негативно автентично

¹⁶ Срв. Cabrillac, R. Les codifications. Paris, 2002, p. 9.

¹⁷ Понякога в литературата те се наричат сборници със закони или само закони, като в понятието „закон“ се влага по-различно съдържание от съвременното. Вж. в този смисъл обобщеното изложение по въпроса у Кискинов, В. Правната система. София, 2006, с. 29 и сл. Срв. и Gaudemet, J. Codes, collections, compilations. Les leçons de l'histoire, de Grégorius à Jean Chappuis. – In: Droits, 24 (1996), 4–5; Maine, H. Ancient Law. New York, 1861, Chapter 1. Ancient Codes на <http://socserv.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/maine/anclaw/chap01>

¹⁸ Вж. в този смисъл, макар и по отношение само на римското право Gaudemet, J. Tentatives de systematisation du droit à Rome. – In: Index 15 (1987), 79–96. Срв. и статията на Casavola, F. Verso la codificazione traverso la compilazione. – In: La codificazione del diritto dall'antico al moderno, Napoli, 1998, p. 303.

¹⁹ Срв. Дворецкий, И. Латинско-русский словарь. Москва, 1986, с. 167. В електронен вариант Большой латинско-русский словарь на <http://linguaeterna.com>. Този негативен аспект е възприет отчасти и в повечето съвременни езици.

²⁰ Вж. D.19.2.55.pr.; D.48.13. Срв. Дыдынский, Ф. Латинско-русский словарь к источникам римского права. Варшава, 1896, https://rusneb.ru/catalog/000199_000009_003657827

тично значение на термина, императорите Теодосий II и Юстиниан, независимо от компилативния характер на техните сборници с конституции, ги провъзгласяват за кодекси. И това е напълно основателно, имайки предвид тематичната подредба в титули и отделни книги.

Би следвало да се обърне внимание и на един друг латински термин, използван също за означаване на сборник от правила или правни норми – *collatio*. Ливий го използва в смисъл на „събиране, вкл. и на документи“, докато Сенека го употребява и като „съпоставяне, сравняване“²¹. В римскоправните източници неговата употреба е разнородна – във връзка със съединяване или събиране на вещи²², събиране на стоки, които биха могли да се изхвърлят зад борда при морска авария според *Lex Rhodia de jactu*²³, събиране на пари за поправка на обществени пътища или сгради²⁴, окрупняване на земи с цел отдаване под аренда²⁵, събиране на данъци²⁶, сравняване на текстове на документи²⁷ и пр. Този термин присъства в един изключително интересен за историците компаративисти сборник от края на IV и началото на V в., известен като *Lex Dei, sive Mosaicarum et Romanarum legum collatio*. От него е запазена само една част, посветена предимно на наказателното право, като се предполага, че изложението е било много по-обширно и е включвало и частното право. Създаден с определено правно, идеологическо и дори религиозно предназначение, сборникът има интересна структура: в него са приведени паралелно становища на класическите римски юристи и на Мойсеевите закони, систематизирани в титули, подчинени на определена логическа схема. Предполага се, че поради разнородния характер на нормите и паралела между римското и библейското право, който се оценява на съвсем друго ниво от това, което провокира създаването на сборника в края на IV в. сл. Хр., той е назван като *legum collatio* от норми, в които се съдържа общият и за двете правни системи дух на санкциониране на неправомерното поведение на индивида в защита на обществото²⁸.

В съвременния език лексемата „компиляция“ също има негативен нюанс в смисъл на произволно събиране на текстове, материали и пр. без особена стойност и подредба. Вж. Буров, Ст., В. Бонджолова, М. Илиева, П. Пехливанова. Съвременен тълковен речник на българския език. София, 1995.

²¹ Срв. Дворецкий, цит., с. 156; Дыдынский, цит., с. 75.

²² Вж. D.44.70.15.4.

²³ Вж. D.14.2.2.7; D.14.2.4.2; D.14.2.5

²⁴ Вж. D.7.1.27.3; D.19.1.13.6.

²⁵ Вж. D.50.5.4.11

²⁶ Вж. CJ 1.29.1

²⁷ Вж. CJ 9.22.22.

²⁸ Вж. Loschiavo, L. *La legge che Dio trasmise a Mose'*. – In: *Atti di XI Congresso di Diritto canonico medioevale*. Catania, 2000. По-подробно за съчинението вж. и моите статии *Collatio*

Кодифицирането в съвременен смисъл се приема като по-висша степен на обобщение и подреждане на правната материя по клонове и дялове на правото²⁹. Не е възможно обаче съвременните теоретични понятия за тези разделения на правната система да се приложат пряко за характеризиране на оскъдните извори на огромното по обем и в широки темпорални граници нормотворчество на Древния свят. Самите антични законодатели не са имали такива представи, съответно не са си поставяли и такива задачи при съставянето на съответните общи или частни закони.

Обяснението на липсата на лексема *codificatio* на латински невинаги е лесно. Най-общо може да се приеме, че тя отсъства поради обстоятелството, че римляните не са възприемали по този начин дейността по създаване на кодекси, а по-скоро са използвали по-общия термин *collectio*, който може да означава както събиране на плодове, така и на съчинения, документи, закони и пр.³⁰ Но в запазените въводни текстове към кодексите (с функции, подобни на съвременните преамбюли) се използва предимно този и други подобни глаголи за събиране, съставяне, подреждане и пр. и съответните им отглаголни форми.

Кодексът се разглежда като резултат от кодификацията. Така в съвременния български език се определят три значения на лексемата – сборник от закони, съвкупност от правила и стар ръкопис³¹.

Според общите и правните енциклопедии терминът „кодекс“ също има широко съвременно значение. Така той означава всеки сборник от правила – както правни, така и морално-етични, религиозни, свързани с определени професионални задължения и пр. През 1815 г. Jeremy Bentham използва един неологизъм за означаване на проекта за съставяне на цялостен сборник на законодателството, който на гръцки се нарича *pannomion*. Постепенно значението на термина се разширява за всякакъв вид законодателна дейност, насочена към систематизиране, обявяване, обединяване и изразяване в обобщена форма на правото на определена държава (в древността) или на обособени негови части (в съвременността). Обикновено терминът се свързва с дейността на компетентен държавен орган, който назовава по този начин резултата от своята кодификационна дейност. Но названието

legum Mosaicarum et Romanorum) – В: Годишник на НБУ (2019), София, 2021, 66–117 на <https://law.nbu.bg/bg/publikacii/godishnik-na-departament-pravo-2019> и Lex Dei – В: Научни четения на тема „Право и религия“. Сборник доклади. София, 2021, 72–109.

²⁹ Вж. чл. 4, ал.1 от Закона за нормативните актове, разгледан по-долу. Вж. Вълчев, Д. Цит. съч., с. 272; Колев, Т. Цит. съч., с. 217.

³⁰ Вж. D.9.2.27.25; D.29.7.14. Срв. Дыдынский, цит., с. 75.

³¹ Вж. Милев, А., Б. Николов, Й. Братков. Речник на чуждите думи в българския език. София, 2003, с. 365.

може да бъде дадено и от лице, което не е съставител или одобряващ съответния кодекс. Възможно е също и създаването на кодекси от недържавни организации, най-често правила за осъществяване на дейността на определени гилдии, правила за поведение и пр. В още по-широк смисъл това са всякакъв вид правила, привички или убеждения, които предопределят човешко поведение.

Така например най-често кодексът се възприема като консолидация на нормативни актове, синоним на „сборник от закони“. В случая е налице определено връщане към концепцията за количествената кодификация или за кодификацията компилация³². В по-прецизните енциклопедии и речници той се определя и като систематизиран единен законодателен акт, регулиращ определена област от обществените отношения, като се привеждат примери за граждански, семейни, наказателни, процесуални и пр. кодекси, които действат в почти всички съвременни държави³³. В някои случаи кодексът се идентифицира и с понятието за право.

Неизменно се отбелязва латинският произход на лексемата и значението ѝ в древността като начин на събиране на дървени таблички със или без восъчно покритие, както и на папирусни листове или пергаменти. В съвременен план се акцентира на материалния носител, като кодексът се определя и като книга, в която са записани определени правила.

Отбелязва се, че самият термин *codex (caudex)* е с латински произход и е много богат на значения. Буквално той означава „дънер, ствол на дърво, пън“, но също и дървено трупче за сядане и отмора, парче дърво, което се прикрепва към краката на престъпника и му пречи да избяга, греда, използвана за изграждането на сал или висящ мост, дървени дъсчици за писане, събрани в едно, за разлика от свитъците (*volumen*)³⁴. Постепенно смисълът се променя, като по този начин се означават както самите дървени таблички, намазани с восък, които се използват за писане, така и самият написан на тях текст³⁵. Кодексът става нова форма на писане, характерна със свързането първона-

³² Срв. Фасмер, Макс. *Этимологический словарь русского языка*. Москва, 1950.

³³ Сравни относително подробното изложение в руските речници и енциклопедии. *Энциклопедический словарь Ф. А. Брокгауза и И. А. Ефрона*. Петербург, 1890–1907, на сайта http://dic.academic.ru/contents.nsf/brokgauz_efron/; Толковый словарь русского языка, сост. Д. Н. Ушакова; *Юридический словарь* на сайта <http://dic.academic.ru/contents.nsf/lower>

³⁴ В този смисъл е употребата у Плиний, Ювенал, Колумела, Овидий. Вж. Ernout, A., A. Meillet. *Dictionnaire étymologique de la langue latine*. Paris, 2001; Berger, A. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953, <https://books.google.bg/books?id=iklePELrR6QC&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false>; Oxford Latin Dictionary. Glare, P. G. W. (ed.). Oxford, 1982, www.oxfordscholarlyeditions.com/page/the-oxford-latin-dictionary

³⁵ Срв. D.32.52. pr. – *codices membranei, chartacei, ebori*. Вж. Дворецкий, И., цит., с. 128 и 153; Дыдынский, цит., с. 72.

чално на дъсчици, а след това на листове от папирус или пергамент. Поради широкото използване на тази форма от римските юристи, които развиват обширно писмено творчество, кодекс се използва и като синоним на право, събрано в едно цяло. По тази причина някои автори говорят за „дематериализация на понятието“ или за „превземане на формата от съдържанието“³⁶.

В строго юридически план лексемата също променя своето значение. Първоначално тя се употребява предимно в частното право в две насоки. В наследственото право това е документът, върху който е фиксирана волята на завещателя³⁷, или приписка, допълнение към завещанието, която в класическия период е наречена *codicillus*³⁸. В облигационното право лексемата се е използвала за означаване на приходно-разходните книги на римските търговци – *codex accepti vel depensi (expensi)* е бил задължителен за всеки, който е упражнявал като занятие каквато и да е дейност, свързана с пазара³⁹.

В етимологията се приема, че от една страна, названието е свързано с практиката на римляните да записват текстовете върху дървени таблички, които, натрупани, наистина наподобяват дънер⁴⁰. Наред с това идеята за нещо стабилно и непроменимо е залегнала в означаването на завещанията и в търговското сметководство. Записите в сметководните книги не само са отразявали съществуващи облигационни отношения, но и са създавали такива под формата на литерални договори⁴¹. При спорове тези записи са се приемали като неопровержимо доказателство, стига книгите да са били водени редовно и акуратно, и тази практика е преминала през вековете и до наши дни⁴².

Именно това значение на събрани записи с трайно значение е в основата на официалната употреба на лексемата в публичноправен смисъл в епохата на Домината. Така „кодекс“ вече се схваща като сборник със закони, а в мн. ч. се използва и в смисъл на събрани съчинения⁴³.

³⁶ Вж. Дюнан, цит., с. 11 и цитираните от него автори.

³⁷ Срв. D.43.5.3.1 – *tabulae testamenti in pluribus codicis scriptae*.

³⁸ Срв. D.37.11.1.6.; D.37.52.pr.; D.29.7 – *De iure codicillorum*; IJ2.25 – *De codicillis*. CJ 6.36 – *De codicillis*. ; CJ.6.23.28; IG.2.270a, 273.

³⁹ Срв. D.2.13.6.7; D.2.13.9.2; D.2.13.10.2; D.5.1.41. По-подробно вж. Zandrino, L. Osservazioni sul *codex accepti et expensi*. – In: SDHI, 83 (2017), 131–163.

⁴⁰ Дори първият вариант на Закона на дванадесетте таблици е бил върху дърво и едва след галското нашествие в Рим те са били гравирани върху бронзови таблици. Вж. Daremberg, C., E. Saglio. *Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*. Paris: Hachette Livre, 1873–1919, т. 1.2, 1172–1173.

⁴¹ Относно литералните договори в римското търговско право вж. Андреев, М. Римско частно право. София, 1975, с. 337; Чолов, Р. Римското частно право. София, 2000, с. 129; Cremades, I. *El contrato literal*. – In: *Derecho romano de obligaciones*. Homenaje al profesor Jose Luis Murga Gener. Madrid, 1994, 519–548.

⁴² Срв. Fadda, C. *Istituti commerciali del diritto romano*. Napoli, 1919, p. 13, p. 97.

⁴³ Срв. CJ 1.17.1.1; CJ 1.4.10.

Трудно е да се определи моментът от римската правна история, в който кодексът се възприема като синоним на кодификация компилация. Процесът е свързан с натрупването на множество императорски конституции, които трудно се съхраняват в отделни и разпръснати архиви, а още по-трудно се познават и използват от правоприлагащите органи на територията на цялата империя. В източниците се споменава за частни компилации от императорски конституции, създадени към 296 г. от Грегориан – т.нар. *Codex Gregorianus*, и около 325 г. от Хермогениан – *Codex Hermogenianus*. В първия кодекс са били включени конституциите от Хадриан до Диоклециан, докато във втория – от Константин насетне. И двата кодекса не са запазени, но тяхната полезност е очевидна, след като на тях се позовават императорите Теодосий II и Юстиниан, предприемайки своята кодификационна дейност.

Приема се, че за първи път официално терминът „кодекс“ се използва за означаване на компилация от закони⁴⁴ при създаването на Теодосиевия кодекс. На 15 февруари 438 г. императорът приема специална конституция за въвеждане на кодекса в сила, която се нарича *Praefatio de theodosiani codicis auctoritate*. Самият кодекс обаче има друго автентично наименование – *Theodosiani libri XVI cum constitutionibus sirmondianis*. Използвана е общата лексема *librum*, която в случая означава отделните 16 книги на кодификацията и насочва към нейната систематизация⁴⁵.

Необходимо е да мине почти едно столетие, за да се утвърди терминът „кодекс“ за означаването на систематизиран сборник с императорски конституции. В този смисъл официално той е използван в началото на VI в., като употребата на термина е от предходните столетия и не изисква никакви пояснения. На 13 април 528 г. Юстиниан издава конституцията за съставянето на кодекс с императорски конституции – *De novo codice componendo*, последвана от конституцията от 7 април 529 г. за неговото утвърждаване и промулгиране – *De Iustiniano codice confirmando*, а на 29 декември 534 г. влиза в сила новата редакция на кодекса с конституцията *De emendatione codicis Iustiniani et secunda eius editione*.

От въводните конституции за първата и втората редакция на Юстиниановия кодекс обикновено се прави извод, че кодексът не се възприема

⁴⁴ Императорските конституции са приравнявани на законите от републиканското време, те самите се наричат *leges*, за разлика от становищата на юриспруденцията, означавани като *iura*. Това обобщено наименование не се влияе от факта, че не всички императорски конституции са с нормативно съдържание. Но в кодексите на Домината са включени предимно нормативните конституции. По-подробно по въпроса вж. статията ми *Leges et iura* в следкласическото римско право. – В: Юридическо списание на НБУ (Law Journal of NBU), 2012, 2, <http://www.nbu.bg/index.php?l=3265> и цитираната там литература.

⁴⁵ За значението на термина в правото вж. Berger, A. *Encyclopedic dictionary of Roman Law*. Philadelphia, 1953; Oxford Latin Dictionary. Glare, P. G. W. (ed.). Oxford, 1982.

само като компилация. Всички невключени в него конституции се считат за отменени, т.е. налице е една систематизация, но и ревизия на императорското законодателство по повод на съставянето на кодекса. Наред с това императорът повелява, че действащото право е това, което е включено в трите части на неговата кодификация, наречена по-късно *Corpus Iuris*⁴⁶. Той счита и трите ѝ части – Кодекса, Дигестите и Институциите, като единно и неизменно право, което не бива да се тълкува, съкращава и коментира⁴⁷.

Следователно неговата нормотворческа задача има за краен резултат създаването на една от най-крупните и систематизирани кодификации компилации на античния свят, която не се прилага в своята цялост дори по вре-

⁴⁶ Лексемата *corpus* е многозначна и обикновено означава тяло, материя, но в правото има по-специфична употреба. Наред с общото значение, но с оглед на конкретна правна уредба като тяло в материален, телесен, физически смисъл (D.21.4.1.10; D.1.3.9.3; D.15.1.9.7; D.23.2.47; D.9.1.3; D.9.3.7; D.14.2.2.2 и пр.) така се означават и физическо действие (*cog-pore apprehendere, acquirere possessionem, possidere* в D.41.2.1 пр. и сл.; *corporalis possessio, corporaliter tenere* в D.41.2.24 и сл.; D.13.7.40.2 и пр.), вещество, материя (D.50.16.13.1), особен физически предмет (*res corporalis*. D.1.8.1.1); имущество като съвкупност от вещи (*bona* в D.37.1.3 пр.; D.41.2.3 пр.; D.43.26.2.3; D.50.16.222 и пр., *corpus matrimonii*, в D.4.2.20; D.22.6.9.5; D.34.4.23 и пр.). В множествено число *corpora* се явява като синоним на *collegia* в смисъл на корпорация, съдружие, общество като съвкупност от лица и имущества, обединени с определена икономическа, социална или религиозна цел (D.50.6.5.12; D.34.5.21; D.3.4.1 пр.; D.37.1.3.4), съответно *corporatus* означава принадлежност към определена корпорация, гилдия в Късната империя (CJ.11.14; CJ.11.28; CJ.11.1.8). Отбелязва се едно ранно използване на термина във връзка със счетоводните книги – *corpus rationum* в D.40.5.37 и D.19.1.40 аналогично на всякакви други съвкупности от вещи (*corpus instrumentorum* (D.42.5.15); *corpus servorum* (D.50.16.195.3; II.2.20.18; D.6.1.23.5)). Като подреден сборник със съчиненията на Омир – *corpus Homeri* (D.32.52.2), се счита, че постепенно се преминава към значението на сборник със закони – *omne corpus iuris* в CJ.5.13.1 пр., макар и инцидентно във връзка с правната уредба на имуществото на съпругата (*res uxoriae*). Създадената традиция трите части на Юстиниановата кодификация да се наричат *Corpus iuris* няма автентичен характер като общ термин, но в съчетание отделните лексеми означават именно това: систематизирана, взаимно обвързана съвкупност от императорски конституции, тълкувателни норми и учебно съдържание, на която е придадено цялостно нормативно значение. По-късно към това наименование се добавя определението *Civilis*, за разлика от компилацията на каноническото право, наречена *Corpus Iuris Cononici*. Приема се, че названието *Corpus Iuris Civilis* се появява за първи път през 1583 г. като заглавие на пълното издание на компилацията Dionysius Godofredus – вж. Kunkel, W. *An Introduction to Roman Legal and Constitutional History*. Oxford, 1966, 2, p. 157. Вж. монографията на Maganzani, L. *Formazione e vicende di un'opera illustre. Il Corpus Iuris nella cultura del giurista europeo*. Torino, 2002 и цитираната там обширна библиография, както и обобщено у Stolte, B. *The Corpus iuris civilis. Codification and the encyclopedia of legal knowledge*. – In: *Learned antiquity. Scholarship and society in the Near-East, the Greco-Roman world, and the Early Medieval West*. Leuven, 2003, 81–100.

⁴⁷ По този въпрос вж. по-долу, както и статията на Wallinga, T. *The reception of Justinian's Prohibition of Commentaries*. – In: *RIDA*, 59, 2012, 375–386.

мето на Юстиниан, но която е в основата на римовизантийското право и възкръсва за нов живот от XI в. насетне, за да сложи началото на кодификационния процес в съвременна Европа.

Терминът „кодекс“ не е използван от други антични законодатели. Според особеностите на своята правна система те наричат „заconi“ компилациите от норми, които обхващат цялото действащо право или отделни части от него. Същевременно сборниците се свързват неизменно с името на владетеля, който е поръчал тяхното съставяне и ги е одобрил.

Многозначността на термините „кодификация“ и „кодекс“ в съвременните езици се отразява на правните изследвания, посветени на древните кодификации. Така в историческата и в правната литература няма единно название например на Кодекса на Хамураби или на Законите на Хамураби, Кодекса от Гортина и пр. Без да се навлиза в подробности относно лингвистичните и правнотеоретичните въпроси, за нуждите на историческото изследване на древните сборници със закони обикновено се уточнява, че терминът „кодификация“ се използва в класическия му смисъл, свързващ го с компилативната дейност на античния законодател.

Заклучение

В много от съвременните изследвания на кодификациите се твърди, че кодексите не са приложими в постмодерното общество. Аргументите в тази насока са разнородни, но като цяло се набляга на бързата еволюция на обществените отношения под влиянието на технологиите, на невъзможността да се прогнозира и рамкират политическите и икономическите процеси в условията на глобално развитие и пр.

Според някои автори в съвременността кодифицирането и стабилността на правото представляват оксиморон и следва да се задълбочим в това доколко е налице парадокс или има само привидна несъчетаемост на противоположни понятия и процеси⁴⁸. Всъщност става въпрос за различни законодателни техники, при които само се обобщава съществуващото право или в процеса на кодифициране се набляга на формалното му организиране или реорганизиране без съществено изменение на действащите норми. Счита се, че една такава дейност е по-скоро консолидация и не може да се

⁴⁸ Така ако се обърнем към литературното значение на това понятие, всъщност с използването му се подчертава една контрастна изразителност, по-висока образност, но съвсем не и нереалност. Вж. Cerda-Guzman, C. La codification à droit constant, un oxymore? – In: Qu'en est-il de la simplification du droit? Toulouse: Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2010, 67–79, <https://books.openedition.org/putc/1283?lang=en>

определи като кодификация, която винаги предполага преглед и изграждане на нова концепция за обобщаване на правната материя.

Всъщност в подобни констатации сякаш се открива известна носталгия към епохата на създаването на съвременните кодификации от началото на XIX в., съответно обвързването им с една революционна действителност и глобални политически, икономически и социални промени, които да провокират и цялостно реформиране на правото. Но в търсене на модела на „истинската кодификация“ можем да си поставим въпроса дали основателно тя се възприема като вечна и неизменна, или това са по-скоро желанията и амбициите на тези, които са я предприели, за очертаване на една на правна стабилност, вписвана в определен политически контекст, която времето отрича. В този смисъл се привеждат аргументи от бързото „състаряване“ на всеки кодекс и невъзможността той да остане непроменен дори няколко десетилетия след създаването му.

Тези процеси са познати и техните първообрази могат да се открият в Античността. Защото не Рим въвежда за първи път обобщаването на действащото право в единен *corpus*. Не е само римска и идеята за постигане на определени политически и социални цели чрез единно право, приложимо на цялата територия и за всички поданици или граждани на държавата. Кодификационният процес е многолик, но сякаш могат да се определят някои общи черти, валидни в различните исторически епохи, които се явяват фундаменти и на понятието, и на самото практическо реализиране на кодификациите. Както и на тяхното бъдеще.

ЗАКОННОСТ, ПРАВА И ПРАВОСЪДИЕ ИЛИ ХАРМОНИЯ, КОМПРОМИС И ПОМИРЕНИЕ?

Гл. ас. д-р Михаил Матеев
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

LEGALITY, RIGHTS AND JUSTICE OR HARMONY, COMPROMISE AND RECONCILIATION?

PhD in law, Senior Assistant Professor Mihail Mateev
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. This article gives a brief analysis of the characteristics of the model of legislation and state administration of justice, established in the Continental legal system, with a view to their effectiveness in regulating public relations and resolving legal disputes. A comparison is made with the norms of custom and morality, with the historical and contemporary forms of alternative dispute resolution: the Ecclesiastical court of Christian church, justice of the peace and mediation.

Keywords: *Legality, customs, administration of justice, Ecclesiastical court, justice of the peace court, mediation, alternative dispute resolution, ADR*

В основата на държавното правораздаване е заложена презумпцията, че всичко, съответстващо на правните норми, е справедливо, правилно и добро за обществото като цяло. Тази концепция за законното, доброто и справедливото се формира още в античността – Аристотел прави заключенията, че „всички законни неща са по някакъв начин справедливи“ (Аристотел 1993: кн. V, гл. I, 12) и „справедливо е това, което е законно“ (Аристотел 1993: кн. V, гл. I, 8). Това разбиране се споделя по-късно от Публий Ювенций Целз в максимата *Ius est ars boni et aequi* и става основополагащо в Юстиниановия *Corpus Iuris Civilis* (D.1.1.1.pr.)¹. Отделен въпрос е дали думите на Целз следва да се тълкуват като съждение за действителното или желател-

¹ Les douze livres du code de l’empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français par P.-A. Tissot. Metz: Behmer, 1807, p. 42.

ното състояние на правото, но още I в. сл. Хр. в Рим започва да се утвърждава „*auctoritas iuris*“ (властта на правото) като средство за утвърждаването на реда и държавността (Новкиришка-Стоянова 2016: 22).

За разлика от обичая и морала, нормите на които са изведени от самото общество на базата на дълготрайната практика и разбиранията на много поколения за добро, правилно и справедливо, правото, издавано от държавата, отразява възгледите за добро и справедливо не на цялото общество, а само на определени негови кръгове – управленския елит на държавата. Нещо повече, управляващият елит чрез държавата си присвоява правото в създаването от този елит и издаването от името на държавата законодателство да определя кое е добро, правилно и справедливо и да санкционира отклоненията от нормативно предписаното, като използва всичките средства и мощ на държавната принуда, за да накара отделните членове на обществото да приведат своите отношения в съответствие с предвидения в законата норма модел.

От една страна, този подход има редица предимства – той осигурява на обществото придържането към относително единни стабилни критерии, каквито са правните норми и възможността за поддържане на един устойчив обществен ред и относителен баланс на интересите на различните социални прослойки. Писаното право дава възможности да се унифицира нормативната система в държавно организираното общество, да се регулират оперативнововъзникващите обществени отношения, да се осигури едно по-ефективно и еднакво изпълнение на нормативните разпоредби на цялата територия на съответната държава и спрямо всички нейни граждани независимо от тяхната религия и етнически произход и свързаните с това различия във възприетите от тях религиозни и обичайни норми. В хода на хилядолетната еволюция на държавата като форма на обществена организация върховенството на закона (писаното право), законността се превръщат в основополагащи функционални принципи на държавата, а държавно организираното правораздаване – в основно средство за поддържането на върховенството на закона и законността.

Преимствата на писаното право и на държавно организираното правораздаване обаче не следва да бъдат надценявани и не следва да бъдат оставяни без внимание редицата съществени недостатъци на системата на законодателно нормативно регулиране. Справедливият закон и съд по-скоро се оказват романтични свръхочаквания на обществото, мислителите и политиките от епохата на буржоазните революции. Въодушевени от идеите на Просвещението, европейските държави се надпреварват в създаване на нови и образцови закони, които да станат основа на новите демократични държави. Повсеместно се реципира преоткритото римско частно право, съз-

дават се внушителни граждански, наказателни, търговски и процесуални кодификации, които се имплементират в различни държави по света било с някакви модификации, било в буквален превод. Но твърде скоро практиката показва, че и новосъздадените закони и съдилища не успяват да станат панацея за обществените конфликти и да осигурят общо съгласие, стабилност и устойчивост в обществото. Дори и в демократично устроените държави правотворчеството, правоприлагането и правораздаването не успяват да създадат в мнозинството от хората усещане за справедливост и правилност на установения правен ред, не могат да разрешат множество възникващи социални проблеми. Достатъчно е да се посочи високата степен на недоверие към съдилищата у нас независимо от това дали те са „царски“, „социалистически“, или „демократични“, общественото отношение към реституцията и приватизацията в България след 1991 г., които се възприемат като несправедливи и неправилни от голяма част от българите независимо от формалната им законност като цяло.

Независимо от степента на убедителност на идеологическата обосновка на тезата, че законът е израз на общото съгласие на гражданите в името на общото развитие и благоденствие, независимо от степента на реалното участие на народа в управлението на държавата чрез формите на пряката или представителна демокрация, нормата на писаното право е резултат на субективни опит, концепции, убеждения, интереси и предположения на един доста ограничен кръг от лица и кабинетно моделиране на обществените отношения. Нормите на създадените по този начин закони и приложенията им в практиката твърде често не издържат на проверката на времето и се налагат последващи изменения, допълнения, отмяна и въвеждане на нови нормативни разпоредби. Това създава предпоставки не само за нарушаване на стабилността на нормативната система на обществото, но – което е по-същественото – разединява обществото, създава усещане за несправедливост и неправилност на закона в определени, понякога значителни части на обществото. За разлика от нормите на обичая, нормите на писаното право не са и не могат да бъдат възприемани от хората като общоприети и подлежащи на безапелационно изпълнение. Съвсем неизбежно се насърчава стремежа към уклонение от предписанията на закона – било чрез субективното му тълкуване и практическо приспособяване към установените в обществото обичаи, морал и ценности, било чрез явното неизпълнение и нарушение на нормативните разпоредби. От своя страна това води до увеличаване на числото на споровете и конфликтите между отделните граждани, при което все по-често те започват да търсят съдействието на правоприлагащите и правораздавателни органи на държавата.

Последователно установяваният монопол на държавата върху правораздаването също има своите негативни страни, особено в континенталните европейски правни и съдебни системи, при които съдът е задължен стриктно да следва разпоредбите на закона дори и в случаите, когато приложението му в конкретния казус ще доведе до едно явно неправилно и несправедливо решение. За разлика от съдилищата на общото право (Великобритания, САЩ и др.), които са имали и все още имат възможността да постановят прецедентно решение, с което да коригират несъответствието на действащата правна норма в конкретния случай и дори да признаят за неконституционен определен закон или отделни негови разпоредби², съдилищата в континентална Европа, вкл. и у нас са били задължени да прилагат разпоредбите на закона дори и да стигнат до убеждението, че те са в противоречие с общоприетите правни принципи, справедливостта и здравата житейска логика³. Те имат единствено правомощието да тълкуват разпоредбите на законите, което дава една твърде ограничена негласна възможност за избягване на явно несправедливи, съответстващи на закона, но неправилни по съществото си съдебни актове.

Любимата на континенталния юрист римска максима *Dura lex sed lex* се е превърнала в универсално оправдание за всякакви законодателни недомислици и явно грешни решения, които въпреки това следва да се имплементират в обществения живот. Същевременно се пренебрегва една друга римска максима – *Summum ius summa iniuria*, която обръща внимание на опасностите от буквалното и формално прилагане на закона и необходимостта от интерпретирането му с оглед целите на законодателя и различните конкретни ситуации, в които следва да се прилагат нормите на закона, както и необходимостта в правната и съдебна система да съществуват „официални пътища, по които това, което днеска бихме нарекли ценности на справедливостта“, на практика да бъде въведено в правото“ (Кели 1998: 48).

Своеобразен правно-исторически парадокс представлява това, че съвременната континентална европейска правна система (романо-германската), започнала да се формира през Късното средновековие и Новото време, въпреки че последователно и *in complexu* реципира принципите, логическите конструкции и правните институти на римското частно право, пропуска да възприеме техниката на нормотворчество и правоприлагане на римляните

² Т.нар. Judicial review. Вж. Section 25 of the Judiciary Act 1789, САЩ.

³ Напр. чл. 117, ал. 2, предл. 2 от Конституцията на Република България: „При осъществяване на своите функции съдиите, съдебните заседатели, прокурорите и следователите се подчиняват само на закона“, чл. 3 от Закона за съдебната власт: „Чл. 3. При постановяване на своите актове съдиите, прокурорите и следователите се основават на закона и на събраните по делото доказателства“.

и по-конкретно възможността на съдебния магистрат да коригира нормата на закона, а при необходимост и практически да я обезсилва, без формално да я отменя, в случаите, когато приложението на определена законова норма в конкретния казус би довела до очевидно несправедливо и неправилно съдебно решение⁴.

Нещо повече – континенталната европейска правна система се отказва и не развива основополагащите за съвременната европейска цивилизация християнски концепции за осигуряване на хармония в обществото и в частност от модела на църковния съд. Възможно причината за това е в столетната борба за надмощие между светската и духовната власт, между кралете и папите, императорите и патриарсите, която довежда до противопоставяне и на светския и църковния съд, при което основното внимание започва да се обръща на несъвършенствата и архаичността на процесуалните форми на църковния съд, като, съзнателно или не, се пренебрегват редица рационални елементи в него.

Буржоазните и социалистическите революции провъзгласяват с ентузиазъм „отделянето на църквата от държавата“, с което означават окончателната победа на светската над духовната власт. В представите на победилото „гражданско общество“ църковното правораздаване се обявява за ирационално и започва да се асоциира единствено с примитивните доказателствени средства от типа на ордалиите (Божия съд) или жестоките инквизиционни мъчения с цел получаване на самопризнание на обвиняемите. Дълбокият смисъл на църковния съд и редицата негови съвсем рационални елементи остават предмет на познание само на един твърде тесен кръг от теолози.

Основите на християнското правосъдие и църковния съд са заложиени в учението на Спасителя и апостолите и записани в Священото писание на Новия завет. Евангелското учение за всеопрощаващата любов не само към братята християни и ближните, но и към враговете дори, задължава християнина да опрощава причинената му обида⁵, ако някой удари плесница по дясната му страна – да обърне и другата, ако някой поиска да се съди с него,

⁴ С характерната за римляните прагматичност те предоставят на претора функцията да коригира и допълва правните норми, създадени по законодателен път (т.нар. *Ius Civile – leges, plebis scita, senatus consulta, constitutiones*), но не само като решения *ad hoc* по конкретни казуси, а като правила, закрепени в преторските едикти и образуващи една паралелна нормативна система – т.нар. преторско право (*Ius honorum*).

⁵ Библия, сиреч книгите на Священото писание на Ветхия и Новия завет. София: Св. Синод на Българската църква, 1991. Евангелие от Матей. XVIII.21–22: „Тогавя Петър се приближи до Него и рече: Господи, колко пъти да прощавам на брата си, кога съгрешава против мене? До седем пъти ли? Не ти казвам до седем, а до седемдесет пъти по седем“, с. 1216.

за да му вземе ризата – да му даде и горната си дреха⁶. Същевременно опрощението на обидата не означава извършеният грях да не бъде изобличен и осъден: „Ако съгреша против тебе брат ти, иди и го изобличи насаме; ако те послуша, спечелил си брата си. Ако не послуша, вземи със себе си още едно или двама, та с устата на двама или трима свидетели да се потвърди всяка дума. Ако ли пък не послуша тях, обади на църквата. Но ако и църквата не послуша, нека ти бъде като езичник и митар“⁷. Това изобличение на обидата обаче не цели някакво отмъщение или възмездие, то има преди всичко за цел да предизвика разкаянието на извършилия към брата си грях и след опрощението от страна на пострадалия да се възстанови братското общение. В своето Първо послание до коринтяните апостол Павел ги упреква: „Твърде срамотно е за вас вече това, че имате съдби помежду си; защо по-добре не си останете обидени? Защо по-добре не претърпите щета? Но вие сами обиждате и ощетявате, и то братя“, „Смее ли някой от вас, кога има тъжба с друго, да се съди пред нечестивците, а не пред светиите? [...] За ваш срам казвам: тъй ли няма помежду ни ни един мъдър, който да отсъжда между братята си. А брат с брата се съди, и то пред неверници!“⁸. С тези думи свети апостол Павел наставлява християните в случаите, когато не могат да решат възникналия между тях спор, с помирение да прибегват не до държавните съдилища, а до един посреднически съд, като избераат за свой съдия един честен и разумен човек измежду общността на вяващите (Заозерски 1878: 27). Когато посвещава Тимотей в епископски сан, св. ап. Павел му предоставя част от Божествената власт – правото да провежда Църковен съд над извършилите грях⁹. Това е т.нар. епископски съд, който в зависимост от предмета на разглежданото дело може да бъде едноличен (от епископа на съответната епархия) или съборен (от епископите на няколко епархии).

Като следва заветите на Спасителя, християнската църква създава нова концепция за съда, в която се прави акцент не на външната принуда спрямо допусналия нарушение, а на насърчаването на вътрешното осъзнаване на грешността на собственото поведение.

Каноническото право въвежда едно специфично деление на съда, непознато за другите религиозни и светски нормативни системи – това е делението на вътрешен съд (*forum internum*) и външен съд (*forum externum*).

⁶ Ibidem, Евангелие от Матей. V.39–40, с. 1200.

⁷ Ibidem, Евангелие от Матей. XVIII.15–17, с. 1216.

⁸ Ibidem, Първо послание на св. Ап. Павла до Коринтяни. VI.1–8, с. 1410.

⁹ Библия, сиреч книгите на Свещеното писание на Ветхия и Новия завет. Op. cit. Второ послание на св. Ап. Павла до Тимотей. III. 16–17. „Всичкото Писание е боговдъхновено и полезно за поука, изобличаване, изправяне и назидаване в правдата, за да бъде Божият човек съвършен и годен за всяко добро дело“, с. 1467.

Основание и опора на вътрешния съд са нормите на християнската нравственост, дадени на човека от Бога чрез Евангелския закон. Със своето учение и тайнства християнската църква възпитава, коригира и просветлява съзнанието на вярващия при решаването на същностните нравствени проблеми (Заозерски 1878: 3). Този вътрешен съд е съд на съвестта, състои се в осъзнаването, признаването и разкаянието за извършения грях, извършено било лично пред пострадалия, било пред събратята от религиозната общност, било пред свещеника чрез християнското тайнство покаяние (изповед). При него няма нужда от обвинители, сложни и формални процедури и доказателства. В ролята на обвинител е собствената съвест на извършилия греха, а свещеникът, който приема изповедта, играе ролята на свидетел на разкаянието, помощник на съвестта на каещия се и ходатай пред Бога, който единствен има властта да отсъди.

Вътрешният съд принципно се различава от външния съд, при който нарушителят е поставен в позицията на обвиняем, в който се задейства инстинктът на самосъхранение и защита срещу външно, враждебно спрямо него нападение на неговите обвинители, на обвиняем, който склонява да признае деянието си едва когато всички доказателства успеят да сломят вътрешното му съпротивление, обвиняем, който дори и най-справедливата присъда възприема като едно загубено състезание с неблагоприятни последици за неговото бъдеще.

Чрез вътрешния съд конфликтната ситуация се разрешава в много по-голяма дълбочина, защото чрез него се изчистват не само обидата и упреците на оскърбените събратя и общността, но и вътрешните душевни терзания, които са присъщи не само на християнина, но и на всяко разумно човешко същество. Последица на разкаянието е опрощението, което ще бъде получено от пострадалия, християнската общност и Бога, възвръщането на братската любов и хармонията с общността. Дори и когато изповяданият грях е достатъчно тежък, за да бъде наложена на прегрешилия епитемия, църковната санкция няма характера на наказанието на външния съд, целящо възмездие и принуда, а съставлява средство за морално пречистяване, което подлежи на доброволно изпълнение с цел постигане на моралното изкупление на греха.

Немаловажен рационален аспект на вътрешния църковен съд е неговата перманентност – той е постоянно задължение на християнина, който трябва да се изпълнява периодично и редовно, а не само в случаите на достатъчно остър конфликт или разкрито съществено нарушение на закона, даващи достатъчна мотивация на пострадалия и на обществото да повдигат и поддържат обвинението в един съдебен процес с висока материална и морална цена. Чрез него се реализира много по-ефективен превантивен ефект, като

се създават предпоставки за недопускането на натрупване на грешки и формирането и затвърждаването на престъпно поведение.

Външният църковен съд в голяма степен наподобява познатия ни светски държавен съд. Подобно на последния в него също се разграничават като участници в съдопроизводството съдебен състав, обвиняем, обвинител, свидетели, следват се установени процесуални форми, използват се определени доказателства и доказателствени средства, установява се фактическата обстановка, прави се правната квалификация и се постановява прилагането на нормативно определените последици. Само че за разлика от светския съд, външният църковен съд представлява не основно, а субсидиарно средство за разрешаване на конфликта – той се провежда само тогава, когато по една или друга причина братският вътрешен съд не постигне резултат (извършителят на прегрешението нито направи доброволно покаяние на изповед, нито се разкае след направеното насаме или в присъствието на свидетели изобличение от оскърбения, нито прибегне до посреднически съд). Но дори и да се стигне до провеждането на епископски и съборен съд, отново християнското учение повелява преди разглеждане на делото съдът трикратно да увеща подсъдимия с цел да го подбуди към доброволно разкаяние и признаване на извършения грях¹⁰.

Приоритетът на разкаянието, опрощението и примирението в църковния съд се запазва в каноническото право и до ден днешен независимо от внесените в него изменения и допълнения и конфесионални различия¹¹.

В периода на буржоазните революции в Европа християнските идеали на Божието царство, всеобщата любов и хармония между Бога, природата и човека се изместват от хуманизма, свръхценността на индивида, правата на човека и непрекъснатата борба за неговите права. Правата на човека са закрепени в Конституцията и законите и защитата им е поверена на нова съдебна система, която макар и с множество реформи и модификации, не се е променила принципно до днес.

Сред множеството преобразования, последвали Френската буржоазна революция от 1789 г., следва да се отбележи обаче едно друго нововъведение в съдебната система и правораздаването, а именно институтът на мировия съдия и мировото правораздаване. В съпоставка с църковният съд се

¹⁰ 31 Правило Святых Апостолов: „И сіе да будетъ по единомъ, и второмъ, и третіемъ увѣщаніи от епископа“ Цитира се по Правила православной церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. Москва: Отчий дом, 2011, с. 93.

¹¹ Вж. Канон 1446 на най-новия Codex Iuris Canonici на католическата църква, обнародван на 21 януари 1983 г. от папа Йоан-Павел II. Codex Iuris Canonici. Москва: Sancti Thomae Institutum, 2007, с. 527.

вижда, че той до голяма степен възприема основните принципи на последния, но смятаме, че това не е резултат на някаква осъзната рецепция.

Историческите факти ни дават основание да предполагаме, че появата на този институт е също така до голяма степен спонтанна реализация на революционни идеи, възникнали в резултат на противопоставянето на старите църковни и феодални съдилища. В частност, повечето френски историци на правото свързват идеята за мировото правораздаване във Франция с името на Волтер, който в едно свое писмо от 4 декември 1739 г. пише „Най-добрият закон, най-добрата практика, най-полезното нещо, което някога съм виждал, е в Холандия. Когато двама души искат да се съдят един друг, те са длъжни първо да се обърнат към трибунала на помирителите, наричани миротворци“ (Voltaire: 127–128) и описва подхода на разрешаването на споровете от тях.

Идеята за създаване на мирови съд и мирово правораздаване е подета и в крайна сметка реализирана на практика от Жак-Гийом Туре¹². Когато се обсъжда проектът на закона, с който да се осъществи съдебната реформа (Закона от 16 и 24 август 1790 г.), Туре мотивира създаването на института на мировите съдии с наличието на подобен съд при „много народи“, както и необходимостта да бъде създаден за селското население „бърз, лесен, така да се каже домашен“ съд, който ще освободи от „разорителната процедура“ „гражданите, които дълго са били жертва на практикуващите юристи“ и „няма да изисква друг закон освен предписанията на здравия разум“¹³. Мирови съдия следва да може да стане всеки жител на съответната териториална общност, стига да притежава необходимите морални качества и доверието на своите съграждани, които ще го избират. Функционалната характеристика на мировия съдия е описана от Туре твърде в общи линии – че процедурата трябва да бъде бърза, неформализирана, безплатна, но същевременно той отбелязва едно важно концептуално положение: „Тези съдии ще наподобяват гражданите, които днес решават спорове в качеството на арбитри, [...] но ако мировите съдии биха били само едни посредници, те биха станали твърде скоро безполезни: всичките им усилия не биха могли да възпрат спорещите, [...] затова Комисията ще ви предложи да заложим в тях **двойно качество – на посредници и на съдии**“¹⁴.

¹² Jacques-Guillaume Thouret (роден на 30 април 1746 г. в Pont-l'Évêque, гилотиниран на 22 април 1794 г. в Париж). Един от авторите на съдебната реформа във Франция и Конституцията от 1791 г.

¹³ Протоколи от заседанието на Националното събрание (Конституантата) на Франция от 7 юли 1790 г. (в Réimpression de l'ancien Moniteur. Tome Cinquième. Paris: Typographie De Henri Plon, 1860, 66–67.

¹⁴ Ibidem.

Законът за съдоустройството от 16 и 24 август 1790 г. въвежда за пръв път института на мировия съдия не само в съдебната система на Франция, но и на континентална Европа. При това посветените на този институт 12 законави текста далеч не възпроизвеждат дори и твърде общата концепция на Туре (8 члена са посветени на избора на мирови съдии и 4 на родовата подсъдност и реда за обжалване на решенията).

Френския мирови съд от средата на XIX в. се оказва един ярък пример на това как при лоша нормативна уредба може да се създаде една добре функционираща институция. Той демонстрира в практиката си впечатляващи резултати при примирението на страните и решаването на споровете по неправораздавателен път. Това мотивира повечето западноевропейски държави да въведат подобни институции и в своите съдебни системи.

В Руската империя също е въведен мирови съд, който функционира от 1864 до 1917 г., но руският модел на мирово правораздаване не копира френския модел, а представлява едно самотно, дълбоко обмислено и значително по-усъвършенствано решение в законодателен, структурен и функционален план.

През 1880 г. в първия след Освобождението ни Закон за устройство на съдилищата¹⁵ в България също се въвеждат мирови съдилища. В голямата си част е реципирано руското законодателство, но са направени някои съществени промени в организацията и дейността на българския мирови съд, които довеждат до неговата практическа нежизнеспособност и невъзможност да изпълнява основната си функция на помирителна институция.

Макар и съществено различаващи се от континенталноевропейските мирови съдилища по своето историческо формиране, компетенции и функционални характеристики, в държавите на общото право (Обединеното кралство, САЩ, Австралия, Канада и др.) и до днес успешно функционират мирови и магистратски съдилища.

Успехът на различните световни системи на мирово правораздаване се дължи до голяма степен на възможността им да създадат и утвърдят собствена „помирительна практика“ и специфични професионални умения за решаване на спорове чрез помирение на страните.

Мировото правораздаване обаче се сблъсква с противодействието и негативното отношение на съдиите от общите съдилища, адвокатите и професионалните юристи. Мировият съд се оказва опасен и успешен конкурент, който отнема голяма част от работата на съдебните магистрати, адвокатите и професионалните юристи. В крайна сметка юридическото лоби побеждава –

¹⁵ Закон за устройство на съдилищата, 1880 г., приет от II ОНС, I РС, ДВ, бр. 45 от 28.V.1880 г.

макар и по различни причини и мотиви мировото правораздаване е отменено през 1917 г. в Русия, през 1934 г. – в България, и през 1958 г. дори в родината на континенталния мирови съд Франция. Утвърждава се една унифицирана система на съдоустройство и съдопроизводство, осъществявано от професионални съдии по предписаните в процесуалните закони строги форми.

Същевременно идеята за решаване на споровете чрез помирение на страните не е изоставена изцяло. Помирението е запазено като факултативна възможност за решаване на спора чрез постигане на съдебна спогодба. Но ролята на съда за примиряването на страните се ограничава до това да прикани страните да се спогодят, да им разясни правните последици и да утвърди евентуално постигнатата спогодба, която ще има силата на съдебно решение¹⁶. *De iure* отпада задължението на съда да предприема други действия освен посочените и е въпрос на лична преценка на самия съдия дали да убеждава по някакъв начин страните да се спогодят, или, стриктно спазвайки принципа на състезателното начало, да сведе цялото примирително производство до едно изречение в съдебния протокол: „Съдът прикани страните към спогодба и им разясни правните последици от постигането на такава“.

Този подход бързо показва своята неефективност – въпреки непрекъснато увеличаващия се щат на съдии, брой на адвокати и нарастващите съдебни разноски за съдопроизводството правораздаването не става по-ефективно, броят на правните спорове нараства, а страните все по-малко възприемат съда като справедлив.

Точно 20 години след като се премахва мировото правораздаване, през 1978 г. във Франция се учредява института на т.нар. *Conciliateur de justice* (правосъден посредник)¹⁷, който до голяма степен прилича на мировия съдия, но притежава само функцията на помирител между спорещите страни без правото да правораздава при непостигането на споразумение. Правосъдният посредник не е структурно звено в съдебната система, а външна за съда институция, макар да се изисква той да притежава известна юридическа и специализирана квалификация. Може да бъде сезиран било по инициатива на една от страните (още преди на наличието на съдебен спор между тях) или по инициатива на съда при висящо дело между страните, когато съдът намери това за уместно.

¹⁶ Гражданско-процесуален кодекс от 2008 г., чл. 145, ал. 3: „След това съдът приканва страните към спогодба и посочва нейните последици. Ако спогодба не се постигне, съдът прави доклад, който се отразява в протокола“. Чл. 149, ал. 1: „След събиране на доказателствата съдът отново приканва страните към спогодба. Ако спогодба не се постигне, съдът дава ход на устните състезания“.

¹⁷ Décret no 78-381 du 20 mars 1978, modifié notamment par un décret du 1er octobre 20107 et par le décret no 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends

През 1995 г. френският законодател въвежда официално и понятието медиация, която е регламентирана в титул II, глава I, членове 21 и 22 от Закона от 8 февруари 1995 г. относно устройството на съдилищата и гражданското, наказателното и административното съдопроизводство¹⁸. Подобно на помирителното производство, при правосъдните посредници, е предвидено и медиацията да бъде иницирана по искане на една от страните (*conventionnelle*) или по делегация от съда (*déléguée par le juge*).

Медиацията като начин за алтернативно решаване на спорове бързо става популярна и в периода 1997–2008 г. голяма част от държавите – членки на Европейския съюз, я въвеждат в своето законодателство, включително и България – с приетия през 2004 г. Закон за медиацията¹⁹.

През 2008 г. медиацията при трансгранични спорове е закрепена и в европейското право с Директива 2008/52/ЕО²⁰. Тя се разглежда като средство за „икономично и бързо извънсъдебно разрешаване на спорове по гражданскоправни и търговскоправни въпроси посредством процедури, пригодени за нуждите на страните“, имащо за цел „да се осигури по-добър достъп до правосъдие като част от политиката на Европейския съюз за създаване на пространство на свобода, сигурност и правосъдие“.

При характеристиката на медиацията като нейно достойнство особено се подчертава поверителността на процедурата (за разлика от публичността на съдебния процес), както и това, че „медиаторът приема да води процедурата само ако може да гарантира своята независимост, безпристрастност и неутралитет“ (Попова: 15). За разлика от помирителното производство (при мировия съдия), който „настойчиво им подсказва решението [...] с оглед на правото и морала“, „изслушва страните и им предлага определено решение“, медиацията „е структуриран процес, който гарантира, възстановява качеството на взаимовръзката, за да позволи разрешаването на спора от и за самите страни. Медиаторът е извън всякакви правни, морални или културни влияния“ (Devigny: 1).

По наше мнение тези характеристики на медиацията имат предимно абстрактно-теоретично значение. В практиката макар и съдебните заседания да са публични, обичайно на тях присъстват страните и/или техните процесуални представители, в някои случаи и няколко други лица, които изчакват своя ред като страни по следващите в графика на съда дела, и нито

¹⁸ Loi № 95–125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative.

¹⁹ Обн. ДВ, бр. 110 от 17.12.2004 г., изм. и доп., бр. 86 от 24.10.2006 г., доп. бр. 9 от 28.01.2011 г., изм. и доп. бр. 27 от 1.04.2011 г., бр. 77 от 18.09.2018 г.

²⁰ Директива 2008/52/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 май 2008 г. относно някои аспекти на медиацията по гражданскоправни и търговскоправни въпроси.

се интересуват от същината на спора, нито познават спорещите, нито по какъвто и да е начин оказват психологическо въздействие на страните. Тази формална публичност едва ли би могла да се противопостави на поверителността на медиацията. Също така и неутралитетът на медиатора и неговата отстраненост от всякакви правни, морални или културни влияния са твърде условни и зависят от професионалните умения и прилаганите психологически техники на конкретните лица.

Друга, не особено изтъквана особеност на съвременната европейска медиация е, че тя представлява една платена услуга. В това отношение медиацията съществено се различава от мировото правораздаване, което в част от държавите е било безплатно за страните, а в друга част в пъти по-евтино от съдебното решаване на спора. Авторите на изследването „Презареждане“ на Директивата за медиацията: оценка на ограниченото въздействие на нейното прилагане и предлагане на мерки за увеличаване на броя на медиациите в ЕС²¹ утвърждават, че медиацията дава възможност на страните да икономисат около 60% от разноските, необходими за решаването на спора им по съдебен ред, като аргументират заключението си с конкретни данни за отделните европейски държави (De Palo: 126). Но при един по-задълбочен анализ на приведените данни се вижда, че това „положително салдо“ за медиацията се получава основно от съществената разлика в адвокатските възнаграждения (над 3 пъти по-ниски), които се заплащат при едното и другото производство.

Нещо повече, при съпоставката на разноските без адвокатски възнаграждения се вижда, че в 10 от общо 28 държави – членки на ЕС, разноските за медиация са по-високи от разноските за съдебно производство, като например в Австрия, Белгия, Гърция, Латвия, Португалия и Швеция медиацията струва с 0,5 до 2,4 пъти по-скъпо на страните от съдопроизводството. Само в 6 държави – България, Испания, Литва, Малта, Румъния, Финландия, разноските за медиация са значително (2 пъти и повече) по-ниски от разноските за съдопроизводство. Данните за средните разноски на всички 28 държави – членки на ЕС, недвусмислено показват, че медиацията е само с десетина процента по-евтина от съдебното правораздаване (средно 1534 към 1754 евро).

Следва да се отбележи, че в практиката най-често се прибегва до медиация, когато е образувано вече производството пред съд и дължимите държавни такси вече са внесени. Дори и в най-благоприятния случай, когато медиацията завърши успешно със споразумение на страните и то бъде признато от съда, на връщане подлежи само половината от платената държавна такса²¹. А в случаите, когато в резултат на медиацията не бъде постигнато

²¹ Чл. 78, ал. 9 от ГПК.

споразумение, всички направени за нея разноски съставляват чиста загуба на средства, усилия и време за страните.

В този аспект се крие и най-същественото предимство на мировото правораздаване пред медиацията: то не изисква никакви допълнителни разноски за страните и не води до загуба на процесуално време. В хода на предварителното помирително производство мировият съдия и страните предявяват и съвместно изясняват своите претенции, твърдения и възражения, фактичката обстановка по спора, събират и проверяват относимите по делото доказателства. Именно наличието или липсата на съответстващи на твърденията доказателства е най-мощният мотивиращ фактор за страните да търсят компромисно решение на съществуващия между тях спор особено в случаите, когато едната или и двете страни са склонни към непочтеност и недобросъвестност. По отношение на доказателствата по спора „отстраненият от правото“ и „неутрален“ медиатор е безпомощен – той нито има правото, нито средствата, нито компетентността да извършва събиране и проверка на доказателства дори и в случаите, когато страните представят такива, и само може да модерира безкрайните спорове на страните дали представеното писмено доказателство е валидно, неистинско, подправено и пр., дали сочените свидетели са правдиви, или лъжесвидетелстват. Практически безсмислено и неприложимо за медиатора е такова процесуално действие като огледа на място, който мировият съдия и страните могат да извършат незабавно, а резултатите му да бъдат документирани и да получат доказателствена стойност.

Дори и проведеното предварително помирително производство на мировия съдия да се окаже напълно неуспешно и страните да не постигнат споразумение, мировият съдия може незабавно да влезе в ролята си на съд и да пристъпи към постановяване на решение, защото основната процесуална работа е свършена – събрани са и са проверени доказателствата, страните са направили всички свои доводи и възражения. Остава само да се направи правната квалификация и да се запише диспозитива на решението. Процесуалната икономия е очевидна – няма нужда от преpraщане на делото, насрочване на заседания и последващо провеждане на цялото първоинстанционно производство. Мировото правораздаване е по-оптимално не само от финансова гледна точка, но и заради бързината на решаването на спора.

Посочените недостатъци на медиацията са вероятната причина, че въпреки усилената ѝ пропаганда и всевъзможни мерки за насърчване, тя не успява да се утвърди като ефективно алтернативно средство за решаване на спорове. В заключителната част на обзорното изследване изследването „Презареждане“ на Директивата за медиацията: оценка на ограниченото

въздействие на нейното прилагане и предлагане на мерки за увеличаване на броя на медиациите в ЕС“ от 2014 г. с прискърбие се потвърждава фактът, че споровете, по които е била проведена медиация, съставляват средно по-малко от 1% от всичките спорове, предадени за разглеждане на съдилищата в ЕС²². В 14 от 28-те държави – членки на ЕС, годишният брой от проведени медиации е под 500, а пионерът на европейската медиация Франция след 40 години усилено промотиране може да отчете едва между 2000 и 5000 медиации годишно²³.

Не по-радостно е положението и в България 15 години след въвеждането на медиацията. Обобщена и детайлна статистика не е достъпна, вероятно неслучайно.

Продължаващите над 40 години опити за имплементиране на медиацията в европейските държави, вложените сериозни усилия и финансови средства за нейната популяризация, обучение на кадри, мониторингови и научни изследвания, от една страна, и твърде скромните практически постижения – от друга, са достатъчни, за да бъде направена равносметката, че това едва ли може да бъде един действително търсен от обществото и жизнеспособен институт.

Очевидният неуспех на поредната иновация в сферата на правораздаването и перманентните проблеми на съществуващите съдебни системи отново поставят на дневен ред въпроса: А сега накъде? Може би следва да се вслушаме в думите на Еклисиаста: „Каквото е било, пак ще бъде, и каквото се е правило, пак ще се прави – няма нищо ново под слънцето. Случва се да казват за нещо: „виж, на, това е ново“; но то е било вече през вековете, що са били преди нас“²⁴. Може би следва да се обърнем към добре забравеното „старо“ и да се опитаме не да го възпроизведеме, а да извлечем рационалното, полезното, работещото от него, за да конструираме своето „ново“.

²² De Palo, Giuseppe at al. „Rebooting“ the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. *Op. cit.*, p. 162.

²³ *Ibidem*, 127–128.

²⁴ Библия, сиреч книгите на Свещеното писание на Ветхия и Новия завет. София: Св. Синод на Българската църква, 1991. Книга на Еклисиаста или проповедника I.9, 10, с. 740.

Исползвана литература

- Аристотел. Никомахова етика. София: ГалИко, 1993.
- Библия, сиреч книгите на Свещеното писание на Ветхия и Новия завет. София, Свети Синод на Българската православна църква, 1991.
- Заозерский, Н. А. Церковный суд в первые века христианства. Историко-каноническое исследование. Кострома: Типография Андроникова, 1878.
- Кели, Дж. М. Кратка история на западната теория на правото. София: Рива, 1998.
- Новкиришка-Стоянова, Малина. *Ius est ars?* (Някои размисли за правото като изкуство или изкусно занятие и за неговото изучаване). – В: 25 години департамент „Право“ НБУ. Сборник. София: НБУ, 2016.
- Попова, Валентина. Медиацията в българското, европейското право, българския, европейския и международния граждански процес. – В: Норма, 6, 2017.
- Правила православной церкви с толкованиями Никодима, епископа Далматинско-Истрийского. Москва: Отчий дом, 2011.
- Devigny, Emmanuelle. *Médiation, conciliation, arbitrage, négociation: c'est quoi les MARC?* www.officieldelamediation.fr/2017/01/16/mediation-conciliation-arbitrage-negotiation-a-vos-marc (достъп 30.09.2021 г.)
- De Palo, Giuseppe at al. „Rebooting“ the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU. Brussels: European Union, 2014, [www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) (достъп 30.09.2021 г.)
- European judicial systems. Efficiency and quality of justice. An overview. European Commission for the Efficiency of Justice. CEPEJ STUDIES, № 23, Edition 2016 (2014 data) <https://rm.coe.int/european-judicial-systems-efficiency-and-quality-of-justice-cepej-stud/1680788228> (достъп 30.09.2021 г.)
- Les douze livres du code de l'empereur Justinien, de la seconde édition, traduits en français par P.-A. Tissot. Metz: Behmer, 1807.

ЗАКОНЪТ КАТО ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО В НЕСЕКУЛАРНИ ОБЩЕСТВА

Димитър Петров

Докторант в Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“

THE LEGAL ACT AS A SOURCE OF LAW IN UNSECLAR SOCIETIES

Dimitar Petrov

PHD student in Sofia University “St. Kliment Ohridski”

Faculty of Law

Abstract. Islamic law has ways and instruments to overcome the static nature of its divine origin, yet it does not use them, depriving itself of the possibility of being up-to-date with the modern environment. An attempt will be made to study to what extent legal acts and can be considered a source of law in unsecular societies.

Keywords: *unsecular society, religion, law, Islam, Christianity, secular communities, source of law*

Целта на настоящата разработка е да проследи и акцентира върху основните променливи, касаещи закона като източник на правото. Ще бъде направен кратък ретроспективен опит за изследване на генезиса и проявлението на идеята, че законът е източник на правото в християнска Европа, а впоследствие ще бъде разгледан и проблемът за закона като източник на правото в религиозни общества, при които религиозните норми имат върховенство. Ще бъде направен опит да се отговори на въпроса **защо след като ислямското право има способности и инструменти за преодоляване на статичната природа на божествения си произход, не ги използва в голяма част от случаите, лишавайки се от възможността да бъде актуално**, като се изследва законът и доколко той може да се смята за източник на правото в несекуларни общества.

Правото и религията са били спътници, движещи се по един и същи път векове наред. В настоящата статия под понятието „религия“ ще се разбират трите монотеистични религии – християнство, ислям и юдаизъм. По-детайлно ще бъдат разгледани две от тях – ислямът и християнството.

С появата на Просвещението в Европа религията и правото тръгват по различни пътища, като правото започва да търси своето основание в различни феномени от Бог. Правото успява да изкове и легитимира свои собствени постулати, но като че ли така и не успява да се откъсне напълно от религията и към настоящия момент. Тук е редно да се отбележи, че все още в светски държави правилата за поведение, които се създават, се аргументират с религиозни фактори (в няколко европейски страни и в няколко щата в САЩ еднополовите бракове не се допускат, защото са несъвместими с религиозни принципи). Интересно би било да отбележим и мотивите в решение № 119 по гр. д. № 4104/2017, III ГО, ВКС, а именно: **„Християнството свързва пола с мъжкото и женското начало, които са с божествен произход. Що се отнася до определянето на пола, останалите религиозни общности в България свързват по същия начин религиозната догма. Конституционното закрепване на биологичния пол като правна категория през целия 140-годишен период на съществуване на Третата българска държава следва да се определи като елемент от българската конституционна идентичност. На нея не може да се противопостави никой наднационален или международноправен акт“**. А също така още по-показателни са и мотивите на Конституционния съд на България, който в своето Решение № 15 от 26.10.2021 г. по конституционно дело № 6/2021, заявява: **„Православно-християнската религия от Източно изповедание е определена като „господстваща“ и в този смисъл може да се говори за конституционна традиция от съществено значение за формиране на българската национална конституционна идентичност. Разбира се, Съдът държи сметка, че източноправославната религия далеч не е единственото вероизповедание в Република България и в този смисъл тя не е източник на универсални за цялото общество религиозни норми. Също така е безспорно, че доколкото религиозните институции са отделени от държавата (чл. 13, ал. 2 от Конституцията), което в по-общ сравнителен и исторически план е отражение на отделянето на църквата от държавата в резултат на буржоазните революции и формиране на съвременните правни системи, религиозните норми нямат регулативния капацитет на правните норми. Въпреки това прогласяването в Основния закон, който е фундамент на правната система на държавата, на определено вероизповедание като традиционно със сигурност не е лишено от значение и то се проявява най-вече при тълкуването и изясняването на тези конституционни понятия, които в не чак толкова далечното минало са били обект на правно регулиране (признато от държавата) именно от нормите на това вероизповедание“**. Горните два примера следва да покажат влиянието, което една религия може да има в общества, които от десетилетия са светски ориентирани и в които правото все още може да търси своето основание в Бог.

Въпреки горните редове на едно по-ежедневно ниво законът в днешните секуларни и християнски държави на пръв поглед няма общо с религията. И все пак, ако се вгледаме по-дълбоко, бихме забелязали точно обратния феномен – че правото е приело един сакрален оттенък. В ролята си на съдия Бог е морален съдник и същевременно върховен разпоредител на правото. Тези негови качества – повече или по-малко – са характерни за всички религии. Християнството наследява от юдаизма вярата в Бог, който едновременно е любящ баща и справедлив съдия и по парадоксален начин съчетава милост и правосъдие. Вярата, че Бог е справедлив съдия и че Христос ще се завърне като съдия, играе важна роля в развитието на правните ценности както в Източната, така и в Западната църква. Оказва се, че за вярващите най-осезаем е досегът им с Христос като съдник на техния живот¹. Рационализирането на западния свят през XVII и XVIII в. води до това, че Бог бива отстранен като основание на правото. В западния свят (от Античността до Просвещението) разбирането за правото винаги е било основано на неговата надвсекидневност, на отричането на възможността то да е изцяло човешко творение, да е нещо, изцяло зависещо от човешката воля, както отбелязва и проф. Даниел Вълчев². Вярно е, че част от християнските ценности продължават да оказват влияние върху обществения живот и са дълбоко вкоренени в съвременното право. То обаче ги е приело като свои собствени принципи, благодарение на които тези ценности са валидно признати³. Всяка догма като изходно положение претендира за неизменна валидност, която не се налага да бъде доказвана. Юридическата догматика е светска, но първоначален източник на догмите е религията⁴. Увлечението в правната догматика – осъзнато или не – има ефект, подобен на сакрализацията на правото, т.е. приемане на определени изходни положения за неоспорими и неподлежащи на доказване. Но докато свещеното освен със своя произход се налага и с претенцията за ценности, които съдържа, то при формалната валидност действителният източник на задължителност е властта, която я налага. Така правните доктрини, които претендират за ценностна неутралност, достигат до приемане на фетиша за „свещен“ формализъм⁵. При неприемането на тази власт и/или загубата ѝ на легитимност тази „задължителност“ ще бъде изгубена, а с нейната загуба ще настъпи хаос. От своя страна религията

¹ Стоилов, Я. Светско и свещено в правото и правосъдието. – В: Научни четения на тема „Право и религия“. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2021, с. 54.

² Вълчев, Д. Правото между сакралното и профанното. – В: Научни четения на тема „Право и религия“. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2021, с. 25.

³ Стоилов, Я. Цит. съч., с. 46.

⁴ Стоилов, Я. Цит. съч., с. 52.

⁵ Стоилов, Я. Цит. съч., с. 53.

може да бъде използвана и е използвана като лесно откриваемо основание на тази „задължителност“, като при нея не е нужно да се валидират през определен период от време легитимните ѝ характеристики.

Диаметрално противоположен е въпросът със закона в исляма, и по-точно в тези общества, които продължават да са доминирани от религията и в които светското поведение е или немислимо, или е възможно само на едно теоретично ниво. В тези общества религията не е отделна сфера по отношение на светската. Тя регулира освен отношенията между Бог и хората, и тези между хората, както и техните помисли и желания. Наблюдаваме едно тотално отричане на всичко небожествено и абсолютното подчинение на една идея и вяра. Точно обратното се случва във времената след Просвещението – правото търси рационален път за своята легитимация. Резонно възниква въпросът защо при едната религията наблюдаваме подобно „оттласкване“ на правото от религията, а при другата наблюдаваме и към днешна дата все по-голямо сливане на право и религия до степен, при която трудно можем да различим едното от другото. Много често религиозните текстове и принципи са били използвани (или се използват) от държавите за оправдаване на конкретни действия или бездействия, както и за легитимиране на съществуването и прилагането на различен набор от правила, които са закрепени в закони.

На първо място, преди да бъде разгледано ислямското право (шерият), и по-точно законът като източник на правото, би било полезно да се различат четири различни начина, по които се използва терминът шерият. Той може да се разглежда като божествен абстрактен шерият, класически шерият, исторически пренесен шерият и съвременен шерият, както са скицирани от професор Жан Мишел Ото⁶:

Първо, божествен абстрактен шерият: това е Божият план за човечеството и като такъв съдържа правилата за добър ред и човешко поведение, които трябва да ръководят неговата религиозна общност. Съществуването на този божествен абстрактен шерият се приема като факт от всички набожни мюсюлмани – „умерени“ или „пуритани“.

Второ, класически шерият: това е корпусът от правила, принципи и случаи, които са разработени от ислямската юриспруденция (фикх) през първите два века след пророка Мохамед. В този смисъл шериятът е конкретен и се отнася до класическите писания на водещи учени и ранните коментари върху тях. Класическият шерият непременно носи следите от това как религията, обществото и политиката са били преживявани в определени части на света преди повече от хилядолетие.

⁶ Otto, Jan Michiel. *Sharia Incorporated A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*. Leiden: University Press, 2010, p. 25.

Трето, исторически пренесен шериат: това включва целия набор от тълкувания, разработени и предадени през повече от 1000-годишната история в мюсюлманския свят от предполагаемата забрана на свободното тълкуване до подновяването на това действие през деветнадесети век. Понятието за исторически пренесен шериат обхваща огромен спектър от съображения и идеологии, вариращи от лични вярвания до държавна идеология, от жив закон до официално писано право, от умерени до „пуритански“ интерпретации. Докато класическият шериат, както се преподава и тълкува от основните консервативни религиозни учени, е основната отправна точка в повечето мюсюлмански страни, някои модерни учени виждат и се възползват от възможности за по-малки и по-големи реформи на шериата. Обикновено, макар и невинаги, това се случва въз основа на класическите религиозни източници и коментари. Това се забелязва най-вече през деветнадесети и двадесети век, когато много тълкувания на класическия шериат са въведени като реформи на националните правни системи на мюсюлманските страни, включително например в цялата Османска империя, в Египет, Иран, Афганистан и Пакистан.

И накрая, съвременен шериат: тази концепция за ислямското право се отнася до всички принципи, правила, случаи и тълкувания, които всъщност се използват в момента в целия мюсюлмански свят. Съвременният шериат представлява огромна, фрагментирана и разпръсната маса. Идеите пътуват все по-бързо след вътрешната и международната миграция, мисионерските движения от 70-те години на миналия век и използването на списания, радио, телевизия и интернет. Докато правителствата, институтите за висше религиозно образование и масовите движения обнародват и публикуват свои собствени версии на шериата, отделни лица и учебни групи по целия свят търсят свои собствени предпочитани учени, които да ги инструктират за предписанията на „шериата“. Някои автори използват „шериат“ само в първия смисъл – божественото и абстрактно право, като заявяват, че останалите три разновидности на шериата са човешко дело и тълкуване – фикх. Тъй като версията на ислямското право като божествено и абстрактно (основно в свещените текстове на Коран и Сунна) има важно значение в социален и политически смисъл, би било добре да му се обърне внимание, за да бъде проследено чрез няколко примера как и къде намира основанието на своето право.

Съгласно мюсюлмански учени има два вида право – право, дадено от Бог, и право, направено от човек. Създаденото от човека може да бъде променяно само от по-върховна човешка власт (познат модел), съответно правото, създадено от Бог, може да бъде променяно само от самия Бог⁷. Никой

⁷ Hamidullah, Muhammad. The Emergence of Islam. Islamic Research Institute, 1993, p. 262.

човек не може да променя това право, дадено от Бог. Интересна остава концепцията, че все пак Бог може да променя това право чрез откровението, което дава на своя пророк (стига се до ситуация, в която е допустимо християнски или юдейски пророк да може да променя това право, защото все пак са пророци на един и същи Бог).

Правилата в предислямския период (правните обичаи от Мека и Медина на Арабския полуостров) остават валидни и след появата на свещените текстове, стига да не са отменени от Корана⁸. Като пример може да се посочи правилото от Тората, което е директно припознато и в Корана: „И предписахме им в нея: душа за душа, око за око, нос за нос, ухо за ухо, зъб за зъб, и за раните същото възмездие. А който прости като милостиня, то е изкупление за него. А който не съди според онова, което Аллах е низпослал, тези са угнетителите“⁹. В този случай правният обичай, макар и от друга религия, бива припознат като практичен и адекватен за времето си от новосъздадената религия. Както Коранът, така и Стариият завет основно се опитват да дадат цялостен вид на регулацията в отношенията между частноправните субекти¹⁰.

В случаите, в които Коранът мълчи за определено правило за поведение, но то вече е упоменато в Тората и/или Библията, то по-старото правило за поведение ще се прилага. Като пример за това може да бъде посочен текстът в Сура 2:24¹¹, който предвижда наказание от 100 удара с камшик за прелюбодейание (което се отнася за неженени/неомъжени мъж и жена), докато не се споменава нищо за изневярата, чието наказание е вече уредено в Библията и Тората¹². Обичайното наказание, предвидено за изневяра, било потвърдено от пророка Мохамед и неговите наследници – халифите, като по този начин се формализирало.

⁸ Ibid., 264–265.

⁹ Превод на Свещения Коран, преводач Цветан Теофанов (второ преработено и допълнено издание, трета редакция на превода). София. Главно мюфтийство на мюсюлманите в Република България, 1999, 5:45.

¹⁰ Отношенията, които Стариият завет регулира, са свързани преимуществено с наказателноправни норми и частноправни субекти, докато в Корана тотално липсва уредба за държавното устройство.

¹¹ Превод на Свещения Коран, преводач Цветан Теофанов. София. Главно мюфтийство на мюсюлманите в Република България, 1999. „На всяка прелюбодейка и всеки прелюбодеец ударете по сто бича и да не ви обземе състрадание към тях, като прилагате религията на Аллах, ако вярвате в Аллах и в Сетния ден! И да присъства на мъчението им група от вярващите!“

¹² В Библията изневярата обикновено се свързва със сексуалните отношения на семеен човек, било то мъж или жена, с някого, който не е неговият брачен партньор (Йов 24:15; Притчи 30:20). Прелюбодейството е отвратително в Божиите очи. Древните израилтяни били наказвани със смърт заради това (Левит 18:20, 22, 29).

Един от важните източници на правила за поведение в шериата са хадисите – случки, касаещи живота на Мохамед. Причината правилата за поведение, произлизащи от хадисите, да са с по-нисък ранг от тези в Корана и Сунна е, че те са записвани от сподвижниците на Мохамед и макар да са описвали неговите действия, то те са били възприемани от последователите му, които са имали ограничен капацитет¹³. Макар и това да е така, все пак хадисите отразяват непосредствени впечатления за Мохамед. Ислямски изследователи твърдят, че хадисът е по-достоверен от други религиозни текстове, като посочват за пример Новия завет, чието първо създаване е било три столетия след смъртта на Христос, и основателно се повдига въпросът как текстовете на Новия завет са преминавали от поколения на поколение и дали някъде не са били манипулирани от човек и доколко са достоверни¹⁴. **От казаното дотук може да се предположи, че основанието, което ислямът търси и намира в своите свещени текстове, е това, че те имат висока историческа автентичност.** Следователно всички по-нататъшни правила за поведение, които биват създавани, в това число и законът, следва да се ориентират и да се поставят в рамката на текстове, чиято най-отличителна черта е тяхната историческа достоверност и непреходност.

Връзката между действащото право и представата за свещеното, проявяваща се в ценности, които правото заедно с религията претендира да защитава, е колкото важна, толкова и условна¹⁵. В ислямското право не е предвидена възможност, с която могат да се премахват норми от Корана или друг религиозен източник на правото, ако те вече не отговарят на времената или са „мъртви“ правила за поведение. Въпреки това ислямското право е разработило механизми, чрез които успява да се справи с този проблем. Например в Корана е казано, че кражбата се наказва с членовредителство – отрязване на ръка, но въпреки това масово това наказание не се прилага, тъй като не отговаря на социалните потребности. Като пример може да бъде посочен иранският Наказателен кодекс, в който са посочени 16 предпоставки, които следва да са изпълнени, за да бъде наложено подобно членовредително наказание. Дори и само една от тях да не е изпълнена, наказанието се заменя с лишаване от свобода и/или бичуване.

Съгласно масовото разбиране, както и според свещените текстове, при отстъпничеството от ислям наказанието е само едно – смърт. Но и това разбиране е претърпяло промени в тълкуването и разбирането си. Към настоящия момент ханифатската¹⁶ правна школа тълкува това наказание по след-

¹³ Hamidullah, Muhammad. The Emergence of Islam. Islamic Research Institute, 1993, p. 267.

¹⁴ Ibid., 268–269.

¹⁵ Стоилов, Я. Цит. съч., с. 60.

¹⁶ Тази школа е най-разпространена в ислямския свят.

ния начин: ако жена се откаже от исляма, то тя не следва да бъде убивана, а следва да бъде затворена, тъй като е толкова слаба, че не може да навреди на ислямската държава. Гореописаното правило не се тълкува формално, а в смисъл че смъртното наказание следва да бъде приложено само към хора, които са се отказали от исляма и активно се опитват да навредят на ислямската религия по един или друг начин.

Друг пример за едно своеобразно заобикаляне на свещените текстове е бракът в Иран¹⁷. Ако искаш да се ожениш в Иран, получаваш от държавата „брачен договор“, в който жената и мъжът могат да се разберат за различни клаузи, като по този начин пренебрегнат някои от класическите норми на кораническото семейно право. Така например страните могат да се съгласят, че жената може да се разведе с мъжа, ако той се ожени за друга жена. Или че жената може да упражнява своя собствена професия. Или да поставят срок в този договор, за който срок бракът да се смята за валиден.

В свещените текстове (Коран и Сунна) липсват всякакви правила относно държавното устройство на една ислямска държава. Административното право също като цяло отсъства. Което означава, че хората и обществото заемат централна роля в определянето и разрешаването на тези липси. По този начин се създава сравнително нова формула, а именно, че докато Бог е суверен, той делегира своя суверенитет на човека. Тази концепция е отразена както в иранската Конституция, така и пакистанската, в която се вижда, че човек става по-изявен законодател.

Безспорно е, че в днешните несекуларни общности и най-вече в териториите, доминирани от ислям, има проблем от икономическо и социално естество, както и от гледна точка на спазването на основните права на човека. Но тези проблеми не могат да бъдат изцяло приписани на свещеното ислямско право шерият и то да бъде „виновно“ за моментното състояние на държавите, в които е обявено за държавна политика/право. През последните две столетия свещеното ислямско право е изцяло заменено от закони, писани от човека, в почти всички правни области¹⁸. Килиан Балц дори изразява смелото твърдение, че между ислямското право и светското право няма противоречие, тъй като религиозното право в момента е създадено от човека. Ако подобна хипотеза бъде приета, то би направила така, че когато конкретен човек е отговорен за едно дадено правило за поведение, по този начин същото бива „разомагьосано“ от сакралния си образ.

¹⁷ Единствената държава, управлявана от шиити. Сключването на подобен договор е характерно за шиите, но не и за мнозинството мюсюлмани сунити.

¹⁸ Bälz, Kilian. Shariah versus Secular Law? – In: Islam and the rule of law. Between sharia and secularization. Berlin: Konrad-Adenauer-Stiftung e.V, 2008, p. 121.

Въпреки че в ислямската правна традиция правото и религията са представени като неразделни, това не означава, че няма разлика между тях. През вековете може да се видят разликите между тях най-отчетливо в мисленото на ислямските юристи, изразено в шериата и ислямската юриспруденция. Две лица на една и съща монета. От едната ѝ страна е Божественият закон, даден от Бог на човека, а от другата – как се използва този закон в земните дела. От една страна, имаме Божието откровение, а от друга, как то се прилага на практика в светските дела. Разликата между Божествените правила за поведение и светското им тълкуване е ключов елемент от мюсюлманската правна мисъл и е изиграла важна роля също и по отношение на развитието на правото. Дори и да има един Божествен принцип (а най-често ще има точно такива), юристите могат да направят избор как да го приложат с оглед на конкретния случай. Възможно е да се направи заключение, че ислямското религиозно право шериат създава една много широка рамка от принципи и основни начала, които следва да се спазват, но същината им и прилагането им към всеки казус е работа на юриспруденцията. Това позволява да се приемат правила за поведение, които да са актуални в променящи се социални и икономически условия. Като пример можем да вземем Египет, където „принципите на ислямския шериат“ са „основният източник на законодателство“¹⁹. В едно свое революционно решение от 15 май 1993 г. Върховният конституционен съд на Египет, един от най-влиятелните правораздавателни органи в мюсюлманския свят, стига до заключението, че тази разпоредба наистина предполага, че законодателят е обвързан с принципите на ислямския шериат, в смисъл че законодателните актове не могат да противоречат на ислямските правила, които са неизменни и вечни²⁰. Съдът обаче обяснява, че тези „определени правила“ включват само „общите принципи и неизменните източници на ислямското право, които не подлежат на тълкуване“ (еквивалент на *black letter law* в общото право). За разлика от тези неизменни и вечни принципи, съдът приема, че съществуват специфични правила, които подлежат на промяна и тълкуване. Такива правила са отворени за „иджтихад“ – правотворческо усилие²¹. В това си решение Върховният съд на Египет заключава, че тези специфични правила са отворени за тълкуване, което следва да отговаря на „промяната във времето“, стига тълкуването „да отговаря на цялостния дух на шериата и да не престъпва тези граници“.

¹⁹ Чл. 2 от египетския Конституция от 1971 г., изменена на 22 май 1980 г.

²⁰ Bälz, Kilian. Цит. съч., с. 122.

²¹ Чуков, В., В. Георгиев. Философия и теория на ислямското право. София: ЛИК, 1997, с. 241. „Ислямското правотворчество е способността да се създават доктринални мнения в съответствие с духа и принципите на първоизточниците на шериата (Корана и Сунна).“

Ето защо египетските съдилища с готовност признават, че въпреки законодателят да е обвързан с идеала и принципите на шериата, има дискреционна власт по отношение на това как тези принципи се прилагат на практика. Това позволява на съдилищата да дефинират авторитетно съвременно разбиране за традицията на ислямското право в рамките на националната държава, ако имат такава воля.

Правният дискурс в много (може би в повечето) мюсюлмански страни се развива на фона на ислямските правни правила. Ислямската правна традиция е важна референтна рамка в общественения дебат за това как да се развива правото. Като пример можем да посочим дискусиите в областта на правата на човека, семейното право или икономическите въпроси (ислямските финанси) – всички тези дискусии търсят своето основание в принципите на шериата. Във всички тези области на правото довеждането до правна промяна изисква също така да се вземат предвид ислямските правни принципи и да се включат властите, които ги администрират. От казаното дотук става ясно, че тези правила и принципи не са безкрайно статични и могат да отговарят на изискванията и нуждите на днешното време. Ако бъде разгледан въпросът по-отблизо, се забелязва, че ислямският правен дискурс е много продуктивен – виждаме ислямски законодателни актове на парламенти, ислямски конституции, ислямски права на човека и дори ислямски хедж фондове – всички продукти на съвременната епоха, всички без прецедент в ислямската правна история.

Въпреки че е дадена основата на ислямското право, и по-точно – основата от свещените текстове, тълкуването не тези „вечни и необорими принципи“ е отворено за тълкуване от човека и следва да отговаря на променящите се социални, политически и икономически условия. Без съмнение средновековните мюсюлмански юристи нито са обсъждали подробностите за различните репродуктивни медицински технологии (нарастваща литература в мюсюлманския свят е посветена на този въпрос), нито дали разводът може да бъде валидно обявен чрез текстово съобщение (SMS) – проблем, пред който беше изправен съдът в Дубай преди 10 години (през 2013 г. в Дубай е приета фетва, съгласно която, ако есемесът е изпратен в пристъп на гняв, разводът не е валиден, като във всички останали случаи следва да се смята за валиден). По-добрият информационен поток в международен план благодарение на съвременните комуникационни технологии и интернет, но също и развитието на икономическа дейност, специализирана в банкови транзакции в съответствие с шериата, както и други въпроси от икономическо значение допринесоха за динамично и стабилно развиваща се система от съвременно ислямско право, акцентираща на проблемите на днешния живот. А това е доказателство, че ислямският правен дискурс е по-оживен и активен от всякога.

Въпреки динамичното развитие на правото мюсюлманската юриспруденция продължава да е в противоречие с определени международни правно признати принципи, сред които свободата на вероизповедание, а оттам и лимитирани предели на свободата на съвестта и мисълта. Мнозинството от мюсюлманските юристи поддържат тезата, че мюсюлманинът няма право да изостави религията ислям. Това мнение продължава да се подкрепя и от съдилищата в много мюсюлмански страни, които претендират да имат светски характер²². Отстъпниците от исляма, т.е. мюсюлманите, които приемат друга религия, са изправени пред потенциални санкции в много мюсюлмански страни, по-специално в областта на семейното и наследственото право – бракът на отстъпник редовно се анулира и той губи правото си да наследява. Възможно е санкцията да бъде дори смъртно наказание, където ислямското право се прилага стриктно.

Това показва, че промяната на социалните, политическите и икономическите обстоятелства сама по себе си не изглежда достатъчна, за да доведе до желаната секуларна промяна в мюсюлманските правни системи. Възниква въпросът какво може да се направи, при положение че ислямският закон има предпоставки да е гъвкав и самата държава разполага с дискреционна власт спрямо свещените текстове, така че да се осъществи реформа на правната система. Възможно е това да се случи чрез правилно проведен диалог в рамките на дадената правна система и припознаване на необходимостта от това. Но този диалог трябва да бъде подет отвътре, а не да бъде спускан отвън, защото ислямските общества имат засилен страх от загуба на идентичност и всичко, което идва „отвън“, се приема за нещо лошо и вражеско. Този диалог следва да бъде изграден върху зачитането и приемането на гледната точка на другия. Би било пагубно например цялата ислямска правна традиция да бъде забравена или премахната само защото човек може да се чувства некомфортно от резултатите, които тя произвежда в някои правни отрасли (семейно право и липсата на свобода на вероизповедание). От друга страна, не може да се каже, че секуларизацията е панацея. Тя и не може да бъде приложена веднага, защото това, което се разбира под секуларизация в западния свят, е отнело векове, за да се развие (като можем да твърдим, че нейното проявление не е завършено, както бе посочено в началото на тази статия). Неправилно би било да се твърди, че секуларизацията може да бъде лесно приложима в мюсюлманския свят, без преди това да е

²² Така в чл. 11 от Конституцията на Малайзия е прокламирана свободата на вероизповеданията и че всеки е свободен да изповядва своята религия. Същевременно в чл. 3 от същата Конституция ислямът е обявен за официална религия на страната. В противоречие на горното, през 2007 г. Върховният съд на страната отказва на мюсюлманка да промени религията си от ислям на християнство, позовавайки се на ислямското право – шерият.

ясно решен проблемът с непреходните принципи и основни начала, дадени от свещените текстове по един безспорен начин.

Все пак териториите, доминирани от исляма, не могат да останат изолирани напълно от външния свят. От XIX в. насам се наблюдава все по-засилено вмешателство на западната правна мисъл в ислямския свят. Като се върнем на примера с Върховния конституционен съд в Египет, който подобно на континенталната европейска практика може да извършва контрол над законодателния процес на парламента и в случаите, когато открива несъответствие с определени принципи или норми, може да ги отменя. Именно този класически конституционен контрол позволява на съда в Египет да моделира и предефинира традиционното ислямско право. Наследството, оставено от колониалните времена в повечето ислямски територии, е видно и до днес, като голяма част от тяхната правна система е основана на европейски модели. Бивши британски колонии, като Нигерия, Пакистан и Малайзия, са част от Общността на нациите (*The Commonwealth*), където могат да обменят опит по въпроси, свързани с приложението на правото. От друга страна, бивши френски колонии, като Мароко и Мали, са все още под влиянието на френската правна доктрина. Държави като Египет и Иран, които никога не са били под директна френска власт, са също ориентирани към френския правен модел. От своя страна египетското гражданско право има силно влияние над други ислямски територии – от тези в Персийския залив до Афганистан²³. Но каквито и източници и европейски модели да са били използвани и все още да се използват, се забелязват сериозни пропуски в териториите, доминирани от исляма, като се отчита един основен проблем – невъзможността да се осигури справедливост за всички членове на определено ислямско общество. Тази липса на справедливо правосъдие води до други проблеми, които влияят на правните системи – корупция, бедност и социално и икономическо неравенство. При основната концепция на политическия ислям²⁴ – въвеждане на шериата, е спорно доколко биха могли да се разрешат горепосочените проблеми. В същото време идеята „за върховенство на закона“ се превръща във все по-силен идеал, задаван от либералните обществени модели. Това е така,

²³ Otto, Jan Michiel. *Sharia Incorporated A Comparative Overview of the Legal Systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*. Leiden: University Press, 2010, p. 35.

²⁴ Политически ислям е термин, използван за да означава различни религиозно базирани идеологии и политически доктрини, общото между които е възгледът, че „ислямът трябва да ръководи социалния и политическия, както и личния живот“, т.е. „идеологизация“ на исляма на политическо ниво чрез приважване на политиката в съответствие с религиозните предписания и шериата. Евстатиев, С. (ред.), *Ислямът. Кратък справочник*. София: Изток-Запад, 2007, 73–75.

защото отразява идеала за справедливост, който е основен за всички идеологии, религии и режими.

Следователно решаващият въпрос не е дали ислямът като такъв може да бъде конституционно „модернизиран“, а какви нови форми и модели на светската конституционна държава могат да бъдат приложени в тази област. Не може да има съмнение, че има готовност за приемане на модернизация, демокрация и плурализъм в ислямския свят. Текат процеси на модернизация и демократизация, които обхващат не само социалните проблеми в обществото, но и религиозното самовъзприятие. Въпреки това все още има много случаи, в които е вярно обратното: възгледи, които се противопоставят на модерността²⁵ и просвещението и подкрепят статично тълкуване на Корана и Сунната, често са насърчавани от националните правителства, които ги експлоатират в свой политически интерес.

Именно чрез горепосочените техники и похвати западната правна мисъл следва да се опитва да въздейства на традиционното ислямско право – чрез привнасянето на идеи и концепции, а не на материалноправни норми, които най-вероятно ще бъдат сметнати за нещо „чуждо“ и, разбира се, ще бъдат отхвърлени от ислямската система. Фокусирането върху определени принципи и похвати е далеч по-вероятно да даде резултат на локално ниво, защото тези идеи успяват да покълнат в съзнанието на човек далеч по-добре, вместо просто да му бъдат дадени готови правила за поведение, за които той не може да намери достатъчно добро основание, въз основа на което да ги валидира сам за себе си и за своята общност.

²⁵ Афганистан и неговата история през последните десетилетия страдат от именно такъв проблем – повсеместен отказ на голяма част от водачите на различните етнически групи да се модернизират, страхувайки се да не загубят своята културна и религиозна идентичност.

III.

**ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО:
СИСТЕМА И СИСТЕМНО
ФУНКЦИОНИРАНЕ**

ВЪЗМОЖНОСТ ЗА ПОЗОВАВАНЕ НА
МЕЖДУНАРОДНИТЕ СПОРАЗУМЕНИЯ
НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ ПРИ
ОСЪЩЕСТВЯВАНЕ КОНТРОЛ ЗА ВАЛИДНОСТ
ПО РЕДА НА ЧЛ. 263 ДФЕС

Доц. д-р Иван Стойнев
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет

INVOCABILITY OF EU INTERNATIONAL TREATIES
IN PROCEDURE OF VALIDITY CONTROL
UNDER ART. 263 TFEU

Associated professor Ivan Stoynev, PhD
Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law

Abstract. The present study aims to specify, through the prism of the case law, how the Court of Justice of the European Union regulates a specific aspect of the interaction between the European union law and the International public law. In two recent judgements from 2015, the Court confirmed the intangibility of the link between the invocability of the international norms and its direct effect in the context of the review of the legality of acts of secondary EU law. The right to rely on conventional norms devoid of direct effect as reference norms for such control cannot therefore be based on their primacy. As a result, the right of effective judicial protection which represented one of the fundamentals of the concept of rule of law is undermine.

Keywords: *invocability, direct effect, primacy, validity control*

1. Въведение

Относително рано Съдът на Европейския съюз (СЕС) е имал възможността да посочи, че прехвърляйки дори ограничен кръг властнически правомощия на една наднационална общност, държавите – членки на Европейската общност, създават самостоятелен правен ред¹, различен както от националния, така и от международния правопорядък. Този съюзен правопорядък представлява сложна система от актове, принципи и неписани източници, приети от държавите членки и институциите на Съюза и обвързващи както самите държави, така и техните граждани². В същото време обаче, както посочва Съдът в решението си от 23 април 1986 г. по дело 294/83 *Зелените срещу Европейския парламент*:

... Европейската икономическа общност е правова общност, доколкото нито държавите членки, нито нейните институции могат да избегнат контрола относно това дали действията им съответстват на основната конституционна харта на Общността – Договора³.

Оттогава насам СЕС е имал възможността неколккратно да препотвърди използваната в горесцитираното решение формулировка, като единствено е добавял към тази първа категория норми за контрол нови, включвайки освен Договорите, общите принципи на правото⁴, основните права⁵ и меж-

¹ CEO, Решение на Съда от 5 февруари 1963 г., NV Algemene Transport en Expeditie Onderneming van Gend & Loos срещу Нидерландска данъчна администрация, 26/62 EU:C:1963:1: „Заклучението, което следва да бъде направено, е, че Общността съставлява нов правен ред на международното право, в полза на който държавите са ограничили суверенните си права, макар и в ограничени области, и чиито субекти са не само държавите членки, но и техните граждани“. Също в CEO, Решение на Съда от 15 юли 1964 г., Flaminio Costa срещу E.N.E.L., 6/64, EU:C:1964:66: „За разлика от обичайните международни договори, Договорът за ЕИО е създал собствен правен ред, който е интегриран в правните системи на държавите членки с влизане в сила на Договора и който националните юрисдикции са длъжни да прилагат“.

² CEO, Решение на Съда от 9 март 1978 г. Amministrazione delle Finanze dello Stato срещу Simmenthal SA., 106/77, EU:C:1978:49: „(14) Разгледано в тази перспектива, прякото прилагане означава, че нормите на общностното право трябва да имат пълно и еднакво действие във всички държави членки от момента на влизането им в сила и за целия срок на тяхното действие. (15) Следователно тези разпоредби са пряк източник на права и задължения за всички, до които се отнасят, независимо дали това са държави членки, или частноправни субекти, които са страни по правоотношения, регулирани от правото на Общността“.

³ CEO, Решение на Съда от 23 април 1986 г., Parti écologiste „Les Verts“ срещу Европейски парламент, 294/83, EU:C:1986:166, т. 23.

⁴ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 29 юни 2010 г., Наказателно производство срещу E и F, C-550/09, EU:C:2010:382, т. 44.

⁵ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 3 октомври 2013 г., Inuit Tapiriit Kanatami и др. срещу Европейски парламент и Съвет на Европейския съюз, C-583/11 P, EU:C:2013:625, т. 91.

дународните споразумения на ЕС⁶. Така постепенно се оформя една своеобразна йерархия на източниците на правото на ЕС⁷ със свои вътрешни правила, взаимовръзки и взаимозависимости. Следователно доколкото наличието на контрол за валидност на актовете на Съюза предполага въпроса за йерархията на източниците на правото на Европейския съюз, е необходимо в началото на настоящото изследване да бъде очертано разбирането, което ще бъде приложено по отношение на типологията на източниците и техните взаимоотношения.

В тази връзка ако направеното по-горе твърдение, изведено от анализа на съдебната практика, изглежда неоспоримо, то самата концепция за йерархия на източниците на правото на Европейския съюз е предмет на нестихваща дискусия в практиката и в доктрината⁸.

Една от основните причини за това е фактът, че това понятие, макар и характерно за съвременните правни системи, не се използва от Съда в постановените от него съдебни актове дори когато по същество той се позовава именно на концепцията за йерархизация на източниците. Отделни примери за употребата на това понятие все пак могат да бъдат намерени в някои от заключенията на генералните адвокати. Така например в заключението си по дело C-202/13 *McCarthy*⁹, генералният адвокат Szpunar изрично посочва, че „в йерархията на правните актове протоколите определено имат предимство пред вторичното право на Съюза“¹⁰. За „примат“ на първичното над производното право в рамките на съюзния правопорядък пък говори генералният адвокат Kokott¹¹. В този ред на мисли следва да бъде отбелязано

⁶ СЕС, Решение на Съда от 10 септември 1996 г., Комисия на европейските общности срещу Федерална република Германия, C-61/94, EU:C:1996:313, т. 15.

⁷ Относно йерархията на източниците на правото на Европейския съюз вж. Семов, А. Правна система на ЕС. София: Институт по европейско право, 2017.

⁸ Примери за дискуссионния характер на въпроса могат да бъдат открити в Jacqué, J.-P. Droit institutionnel de l'Union européenne, 9e éd., Paris: Dalloz, 2018, 878–883; Rittleng, D. & É. David. Les actes de l'Union. – In: Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires. Strasbourg: Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, 208–220; Van Raepenbusch, S. Les instruments juridiques de l'Union européenne. – In: Commentaire de la Constitution de l'Union européenne. M. Dony & E. Bribosia (Eds.). Bruxelles: Éditions de l'Université de Bruxelles, 2005, 203–218.

⁹ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 18 декември 2014 г., *The Queen*, по искане на Sean Ambrose McCarthy и др. срещу Secretary of State for the Home Department, C-202/13, EU:C:2014:2450.

¹⁰ СЕС, Заключение на генералния адвокат Szpunar, представено на 20 май 2014 г., по дело *The Queen* по искане на Sean Ambrose McCarthy и др. срещу Secretary of State for the Home Department, C-202/13, EU:C:2014:345, т. 143.

¹¹ СЕС, Заключение на генералния адвокат Kokott, представено на 13 декември 2007 г., по дело *Bertelsmann AG и Sony Corporation of America* срещу *Independent Music Publishers and Labels Association (Impala)*, C-413/06 P, EU:C:2007:790, т. 100.

също, че йерархията на актовете е в основата на множество разсъждения на генералния адвокат Mengozzi по отношение на разграничението между законодателни и незаконодателни актове и между делегирани и изпълнителни актове¹². За съжаление, тези разсъждения не са възприети впоследствие от Съда при постановяването на окончателните решения.

Въпреки явната резервираност на съюзните съдии към използването на понятието „йерархия“, задълбоченият анализ на съдебната практика е позволил в доктрината да бъде намерен консенсус относно съществуването на йерархични връзки и зависимости между различните „общи“ категории актове, включени в рамките на съюзния правопорядък¹³. Съобразно това общоприето схващане на върха на йерархията са актовете, формирани т.нар. конституционен корпус. Към него спадат учредителните договори, договорите за изменения на учредителните договори, договорите за присъединяване, актове на институции или на държави членки с ранг на първичен източник, както и Хартата на основните права. Тази категория източници биват следвани от международните споразумения, сключени от Съюза¹⁴. Непосредствено след тях биват посочвани обвързващите правни актове, приети от институциите на Съюза, които на практика формират предпоследното ниво от тази своеобразна „пирамида“ точно преди всички останали актове, числени към категорията на т.нар. *soft law*. И ако все пак в доктрината съществува определена неяснота относно йерархията на източниците на правото на Европейския съюз, то тя е свързана преди всичко с мястото на основните принципи на правото на Съюза. Според автори като проф. Jacques или Craig и De Burca общите принципи на правото следва да се поставят над международните споразумения на Съюза и производното право и под конституционния корпус от норми на първичното право¹⁵. В същото време обаче практиката на Съда би могла да бъде тълкувана в смисъл,

¹² Един по-скорошен пример може да бъде открит в СЕС: Заключение на генералния адвокат P. Mengozzi, представено на 7 май 2015 г., по дело Европейска комисия срещу Европейски парламент и Съвет на Европейския съюз, C-88/14, EU:C:2015:304, т. 3, т. 64 и т. 76.

¹³ Йерархията на източниците на правото на Европейския съюз, която е възприета в настоящото изследване, отразява доминиращото виждане както в българската, така и в европейската доктрина. Вж. Семов, А. Правна система на ЕС. София: Институт по европейско право, 2017; Graig, P. & Gr. De Burca, EU Law, 6 изд. Oxford: Oxford University Press, 2015, 110–121; Lenaerts, K., P. Van Nuffel et al. European Union Law, 3rd edition. Sweet & Maxwell, 2011, 817–933; Jacques, J.-P. Droit institutionnel de l'Union européenne, 9e éd., Paris: Dalloz, 2018, пар. 884.

¹⁴ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 3 септември 2008 г., Yassin Abdullah Kadi и Al Barakat International Foundation срещу Съвет на Европейския съюз и Комисия на Европейските общности, съединени дела C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461, т. 307.

¹⁵ Jacques, J.-P. (2018). Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit., пар. 884 и сл.; Graig, P. & Gr. De Burca, (2015), EU Law, op. cit. 110–121.

че основните принципи на правото следва да бъдат разглеждани като част от първичното право. Така например в едно от редките си решения, където въпросът за йерархията се разглежда, макар и без да бъде използван този термин, СЕС посочва, че общите принципи на правото на ЕС имат „конституционен ранг“¹⁶. Сходно разбиране може да бъде открито и в решението на Съда по небезизвестното дело *Kadi*. В него съюзните съдии приемат, че предимството на международните споразумения, сключени от Съюза, „не би се разпростряло обаче до първичното право и по-специално до общите принципи, част от които са основните права“¹⁷. Доколкото обаче настоящото изследване е фокусирано върху международното право на Европейския съюз, въпросът за мястото на основните принципи на правото на Съюза следва единствено да бъде маркиран.

За разлика от въпроса за мястото на общите принципи на правото, въпросът за мястото на международните споразумения в йерархията на източниците на правото на Съюза е значително по-малко дискуссионен. Въпреки това в продължение на десетилетия съдебната практика относно съотношението и взаимовръзките между международното право и правото на Съюза е извеждала принципи, чието прилагане невинаги е било безспорно.

Относително рано СЕС е имал възможността да се произнесе относно вътрешното действие на международните споразумения в правото на Съюза. В решението си от 1974 г. по дело 181/73 *Haegeman*¹⁸ съюзната юрисдикция посочва, че в основата на разпоредбата на чл. 216ДФЕС (предишен чл. 300, пар. 7 ДЕО) е залегнал монистичният подход, което, както посочва *De Burca*, предполага „автоматичното инкорпориране“¹⁹ на тези споразумения в съюзния правен ред и превръщането им в част от източниците на правото на Съюза.

Инкорпорирането на международните споразумения в съюзния правен ред е потвърдено осем години по-късно с решението по делото *Kupferberg*, като едновременно с това обаче Съдът подчертава, че

действието в Общността на разпоредбите на международното споразумение не може да се определи, като се пренебрегне международният произход на въпросните разпоредби и че в съответствие с принципите на международното право договарящите

¹⁶ СЕС, Решение на Съда от 15 октомври 2009 г. *Audiolux SA e.a* срещу *Groupe Bruxelles Lambert SA (GBL)* и други и *Bertelsmann AG* и други., C-101/08, EU:C:2009:626, т. 63.

¹⁷ СЕС, съединени дела C-402/05 P и C-415/05, *op. cit.*, т. 308.

¹⁸ CEO, Решение на Съда от 30 април 1974, R. & V. *Haegeman* срещу Кралство Белгия, 181/73, EU:C:1974:41.

¹⁹ *De Burca, G. (2011) The ECJ and the international legal order* в *G. De Burca & J. H. H. Weiler. The Worlds of European Constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 105.

*се страни могат да се договорят за действието, което разпоредбите на това споразумение трябва да произведат във вътрешния правов ред на договарящите страни*²⁰.

Допълнително съюзните съдии посочват, че институциите, които са компетентни да водят преговори и да сключват споразумения с трети страни, са свободни да се споразумяват за действието, което разпоредбите трябва да произведат във вътрешния правов ред. Само ако този въпрос не е уреден изрично в споразумението, то той се решава от съда²¹.

С оглед на гореизложеното и изхождайки от принципа на монизма, следва да се заключи, че разпоредбите на сключените от Съюза международни споразумения произвеждат действие в съюзния правов ред дори и да няма приети последващи мерки по въвеждане.

Именно в този контекст следва да бъде разгледан въпросът за възможността едно физическо или юридическо лице да се позове пред съюзния съд на едно международно споразумение, сключено от Съюза, за да бъде упражнен контрол за законосъобразност на актовете на институциите, органите, службите и агенциите, приети в изпълнение на предоставените им правомощия (II). Преди обаче да бъде разгледан въпросът по същество, е необходимо да бъде изяснена концепцията за „позоваемостта“ (*invocabilité/ invocability*) (I). Това се налага допълнително и от факта, че в българската правна наука концепцията за „възможността за позоваване“ пред съд не само не е изяснена, но е и слабо позната.

I. Концепцията за позоваемостта в правния ред на Европейския съюз

Както в българската, така и в европейската доктрина няма единно становище относно концепцията за позоваемост в правния ред на Европейския съюз. Според проф. Philippe Manin:

*„Да се позовеш“ на едно международно споразумение, означава „лицето“ да посочи съществуването на споразумение, влязло в сила, с цел да получи удовлетворение на неговия иск*²².

²⁰ CEO, Решение на Съда от 26 октомври 1982, Hauptzollamt Mainz срещу C. A. Kupferberg & Cie KG a.A., 104/81, EU:C:1982:362, т. 14–15.

²¹ Пак там, т. 17.

²² Manin, Ph. (1997). À propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés publics: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne, Revue trimestrielle de droit européen, c. 401 – «Invoquer» un accord international ; c'est pour une «personne» faite état de l'existence d'un accord en vigueur pour tenter d'obtenir satisfaction d'une revendication.

За проф. Holdgaard, от друга страна, възможността за позоваване на международна норма в правния ред на Общността „означава способността на един правен субект да разчита (т.е. да използва или да се позовава) на тази норма в определен контекст“²³. Според Gérard Teboul пък националният съдия следва да се

*произнесе относно възможността за позоваване на конвенцията от частноправните субекти, или с други думи, да се произнесе относно възможността на един източник на международното право да произведе последици във вътрешния правов ред. Накратко, става въпрос за достъпа на индивида до международната правна норма*²⁴.

В българската правна доктрина единствено проф. Семов е изследвал частично концепцията за позоваемостта, без обаче да я дефинира, ограничавайки се до изброяването (при това неизчерпателно) на трите основни вида²⁵.

Изхождайки от горесцитираните разбирания, „възможността за позоваване“ пред съд на правна норма може да бъде дефинирана като едно право, което е предоставено на един правен субект с оглед на възможността той да получи закрила/защита на негово субективно право. В същото време трябва да бъде отбелязано, че анализът на съдебните актове на СЕС показва, че по отношение на тази концепция се наблюдава един полиморфизъм в зависимост от естеството на исквете, които се завеждат, с оглед реализирането на търсената защита²⁶.

В европейската доктрина са правени опити за типологизиране на очертаните полиморфизъм. Тази типологизация е от съществено значение както за систематизацията, така и за анализа на практиката на съюзната юрисдикция относно възможността на един частноправен субект да се позовава на норми

²³ Holdgaard, R. External relations of the European Community: Legal Reasoning and Legal Discourses (European monographs, b. 57). Kluwer Law International, 2008, p. 244: „denotes the capacity of a legal subject to rely on (i.e. use or invoke) that norm in particular context“.

²⁴ Teboul, G. Le juge administratif et le droit international, aspects récents de droit formel, A.J.D.A, 1995, p. 47 – „se prononce sur l’invocabilité de la convention par les particuliers, autrement dit, sur la possibilité, pour une source de droit des gens, de produire des effets dans l’ordre interne. En bref, c’est l’accès de l’individu à la norme juridique internationale qui est en cause“.

²⁵ Семов, А. (N.A.) Особенности на възможността за позоваване на норми на правото на ЕС, www.eubg.eu/upload/files/2002567835_%D0%9E%D1%81%D0%BE%D0%B1%D0%B5%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D0%B8%20%D0%BD%D0%B0%20%D0%B2%D1%8A%D0%B7%D0%BC%D0%BE%D0%B6%D0%BD%D0%BE%D1%81%D1%82%D1%82%D0%B0%20%D0%B7%D0%B0%20%D0%BF%D0%BE%D0%B7%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%B2%D0%B0%BD%D0%B5.doc

²⁶ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, представено на 8 май 2014 г., по дело Съвет на Европейския съюз и др. срещу Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, EU:C:2014:310, т. 29.

на директиви на ЕС пред национални съдилища²⁷. Концептуалната рамка, създадена от тази класификация на различните проявни форми на „възможността за позоваване“, не следва да бъде ограничавана обаче единствено до вътрешното за Съюза право. Изведената класификация има своята добавена стойност и по отношение на изследването на въпроса за „позоваемостта“ на нормите на международните договори пред Съда. С оглед на пълнотата на изложението следва да бъде направено кратко представяне на изведената в доктрината класификация на типовете „възможност за позоваване“.

На първо място, следва да бъде посочена **възможността за позоваване с оглед на искане за съответстващо тълкуване**. Този първи тип „позоваемост“ предоставя на страна по даден спор правото да получи тълкуване на съюзна правна норма в съответствие с международна норма, на която съюзната се позовава²⁸. Съгласно трайната юриспруденция на СЕС, разпоредбите на правото на Съюза следва да се тълкуват, доколкото е възможно, като се взимат предвид текстът и целта на международните споразумения, страна по които се явява Съюзът. Подобно „помирително тълкуване“ обаче има своите граници. На първо място, както е посочено от Общия съд в решението му по делото *Microsoft*, подобно тълкуване се прилага само в хипотезата, когато разглежданото международно споразумение има предимство пред съответния текст на съюзното право²⁹. На следващо място, методът на съответстващото тълкуване може да бъде използван само когато процесната разпоредба не е достатъчно ясна или може да бъде тълкувана по различен начин „с оглед на контекста, естеството или структурата на разпоредбата или оспорвания акт, от който тя е част“³⁰. На последно място, наличието на нормативно противоречие между съюзната и международноправна норма (по подобие на противоречие между национална и съюзна правна норма) ограничава възможността да се иска съответстващо тълкуване³¹. В тези случаи страната по спора може да поиска от съдията, позовавайки се на международната норма, един-

²⁷ Simon, D. *Invocabilité et primauté: petite expérience de déconstruction*, в M. Benlolo-Carabot, U. Candaş & E. Cujo (Eds). *Union européenne et droit international: Mélange en l'honneur de Patrick Daillier*. Paris: Pedone, 2012, 139–157.

²⁸ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 8 март 2011, *Lesoochránárske zoskupenie VLK* срещу *Ministerstvo životného prostredia Slovenskej republiky*, C-240/09, EU:C:2011:125.

²⁹ ПИС, Решение на Първоинстанционния съд (голям състав) от 17 септември 2007 г. *Microsoft Corp.* срещу Комисия на Европейските общности, T-201/04, EU:T:2007:289, т. 798.

³⁰ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op. cit.* т. 136.

³¹ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 24 януари 2012 г., *Maribel Dominguez* срещу *Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* и *Préfet de la région Centre*, C-282/10, EU:C:2012:33, т. 25.

ствено да остави неприменена противоречащата съюзна норма. Този вид позоваване бива определян като *позоваване за неприлагане* (на френски – *invocabilité d'exclusion*). С оглед на научната коректност следва да бъде посочено, че този тип позоваване, намиращ своите корени в принципа на примата, към настоящия момент се използва единствено във вътрешни за Съюза хипотези на противоречие между една национална и една съюзна правна норма³². Съдът тепърва ще трябва да направи преценка дали да разшири обхвата на този тип позоваемост и към международното право на Европейския съюз. Тук е мястото да бъде отбелязано, че този въпрос е имплицитно загатнат в две скорошни съдебни решения, които са и в основата на настоящата студия, без обаче съдиите в Люксембург да стигнат до изрично и категорично произнасяне.

Третият вид възможност за позоваване е изведен и формулиран от Съда в решението му по делото *Nakajima*³³. Касае се за специфична хипотеза, при която вследствие на позоваването страната по спора успява да постигне неприлагане на съюстен акт, противоречащ на международна норма, когато тази съюзна норма е мярка по изпълнение на специфично задължение, временно по силата на международноправната норма.

Четвъртият вид възможност за позоваване отново е продукт на съюзната юриспруденция. Съгласно делото *Fediol*³⁴ едно лице може да се позовава на клаузи на международен договор на ЕС, към които изрично препраща обжалваният съюстен правен акт. Специфичното за последните два вида позоваемост е, че те са в пряка връзка с „принципа на имплементиране“³⁵, по силата на който съюзните юрисдикции могат да упражняват контрол върху законосъобразността на акт на производното право в светлината на две конкретни международни споразумения (ГАТТ и СТО), когато Съюзът е възнамерявал да приведе в изпълнение конкретно поето задължение в рамките на съответната международна организация, или в случая, когато съюзният акт изрично препраща към точни разпоредби на съответното споразумение³⁶.

³² Вж. СЕО, Решение на Съда от 28 март 1996, Ruiz Bernaldez, C-129/94, EU:C:1996:143.

³³ СЕО, Решение на Съда от 8 юни 1991 г., Nakajima All Precision Co. Ltd срещу Съвета, C-69/89, EU:C:1991:186.

³⁴ СЕО, Решение на Съда от 22 юни 1989 г., Fédération de L'Industrie de l'Huilerie de la CEE (FEDIOL) срещу Комисията, C-70/87, EU:C:1989:110.

³⁵ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 Р до C-403/12 Р, *op. cit.* т. 43.

³⁶ СЕО, Решение на Съда от 23 ноември 1999, Република Португалия срещу Съвета на Европейския съюз, C-149/96, EU:C:1999:574, т. 47; СЕО, Решение на Съда от 9 октомври 2001, Кралство Нидерландия срещу Европейския парламент и Съвета на Европейския съюз, C-377/98, EU:C:2001:523, т. 53.

Внимателният анализ на тези четири типа възможност за позоваване показва висока степен на сходство с оглед на тяхната цел, а именно да регулират съюзното право, като го приведат в съответствие с международното³⁷.

Освен тези форми на позоваемост обаче анализът на практиката на Съда разкрива, че могат да бъдат обособени още два типа възможност за позоваване. На първо място, когато даден частноправен субект счита, че е претърпял вреди в резултат на нарушение на една международноправна норма от страна на съюзен орган, то той може да се позове на тази международноправна норма, за да получи обезщетение, което има за цел да заличи вредоносните последици от противоправното поведение. Този вид позоваемост може да бъде определен като **възможност за позоваване на правна норма с оглед търсенето на обезщетение**. Специфичното при този вид е, че за разлика от предходните четири, които позволяват регулиране на съюзното право, при този вид се касае за премахване на вредоносните последици.

На последно място, в тази типология стои възможността частноправният субект да поиска от съда, позовавайки се на международноправната норма, да му бъдат предоставени незабавно правата, които тази норма му гарантира и които съюзната норма не му е предоставила³⁸. Тази възможност за позоваване в доктрината се определя като „**заместваща**“. Специфичното за нея е, че тя е безразлична към характера на отношенията между съюзната и международната норма. Тя няма за цел нито да санкционира, нито да регулира. Чрез нея просто се дава възможността на частноправния субект да получи юрисдикционно прилагане на едно субективно право, което му е предоставено именно по силата на тази международноправна норма.

Видно от всичко изложено по-горе, в доктрината и в практиката са изведени шест основни форми на позоваемост, с които разполагат частноправните субекти, които възнамеряват да се обърнат към Съда, който да придаде правни последици на една международноправна норма. В същото време внимателният анализ на съдебната практика, довела до тяхното формулиране, разкрива, че СЕС има различен подход при дефинирането на техния генезис. Така например при възможността за позоваване с оглед търсенето на съответстващо тълкуване Съдът не изследва въпроса за директния ефект на международноправната норма, а ползва друго правно основание – примата на международното право. Подобна е аргументацията на Съда и в решението по делото *Nakajima*. По отношение на останалите четири вида позоваемост обаче Съдът приема, че при тях основанието следва да бъде

³⁷ Isaac, G. & M. Blanquer. *Droit générale de l'Union européenne*, 10 изд., Paris: Sirey, 2012, p. 406.

³⁸ Simon, D. *Le système juridique communautaire*, 3 изд, Paris: PUF, 2001, 445–446.

черпено не от принципа на примата на международните споразумения на ЕС, а от директния ефект/пряката приложимост на нормите на въпросното споразумение³⁹. Тоест съгласно трайната практика на СЕС възможността за позоваване на едно международно споразумение остава до голяма степен зависима от предварителната проверка за наличието на директен ефект на нормите му. Така на практика възможността на един частноправен субект да се позовава на международноправна норма пред СЕС, за да оспори законосъобразността на един съюзен произведен източник, зависи от преценката дали международният акт е предназначен по своя характер да породи преки правни последици за частноправните субекти, както и дали съответните норми на този акт са норми с директен ефект.

Това разбиране на съюзните съдии е силно критикувано от представителите на доктрината⁴⁰ с настояване за преосмисляне на юриспруденцията и либерализиране на условията за позоваемост на международните споразумения в рамките на упражнявания контрол за законосъобразност на актовете на институциите, службите, органите или агенциите на Съюза.

II. Преутвърждаване на практиката на СЕС относно наличието на връзка между възможността за позоваване на международните споразумения на ЕС и директния ефект

С две свои решения от 14 юни 2012 г.⁴¹ Общият съд на практика предостави на Съда възможността да преосмисли концепцията си за обусловеност на възможността за позоваване на международни споразумения, сключени от ЕС, стъпвайки не върху концепцията за директния ефект на последните, а върху техния примат над производното право.

Двете дела са образувани по жалби на две нидерландски асоциации за защита на околната страна срещу решение на Европейската комисия, с кое-

³⁹ Следва да бъде направено уточнението, че използването на термина „директен ефект“ е по-скоро за да се подчертае различният генезис, без обаче да се навлиза в един изключително широкообхванат дебат, който се води и до ден днешен в доктрината, дали изобщо е възможно да се говори за директен ефект на нормите на международните споразумения на ЕС.

⁴⁰ Вж. относно критиката на подхода използван от Съда: Delile, J. F. *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruxelles: Bruylant, 2016.

⁴¹ ОС, Решение на Общия съд (седми състав) от 14 юни 2012 г., *Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht* срещу Европейска комисия, T 396/09, EU:T:2012:301; ОС, Решение на Общия съд (седми състав) от 14 юни 2012 г., *Stichting Natuur en Milieu и Pesticide Action Network Europe* срещу Европейска комисия, T-338/08, EU:T:2012:300.

то тя отхвърля като недопустимо искането за вътрешно преразглеждане на нейно решение, с което се предоставя на Кралство Нидерландия временна дерогация от задълженията ѝ, вменени ѝ по силата на Директива 2008/50 относно качеството на въздуха⁴². Възможността за отправянето на подобно искане за вътрешно преразглеждане е уредена в разпоредбата на чл. 10, пар. 1 от Регламент №1367/2006⁴³ (по-сетне – Орхуски регламент). Комисията отхвърля това искане като недопустимо с мотива, че решението, с което е предоставена дерогацията, не попада в предметния обхват на цитираната разпоредба от регламента, доколкото то представлява мярка от общ, а не с индивидуален характер. В жалбата си двете асоциации навеждат доводи за невалидност на разпоредбата на чл. 10, пар. 1 от Регламент №1367/2006 във връзка с чл. 2 от същия регламент поради противоречие с разпоредбите на Орхуската конвенция⁴⁴ и в частност с разпоредбата на чл. 9, пар. 3 от нея, гарантираща на

представителите на обществеността, които отговарят на критериите, ако има такива, посочени в националното право, достъп до административни или съдебни процедури за оспорване на действия или пропуски на частни лица или държавни органи, които нарушават разпоредбите на националното законодателство, касаещо околната среда.

В решенията си Общият съд кредитира доводите на двете нидерландски асоциации, отменяйки решението на Европейската комисия и уважавайки възражението за незаконосъобразност на член 10, пар. 1 от Орхуския регламент. Видно от мотивите, за да стигне до това свое решение и да допусне въвеждането на член 9, параграф 2 от Орхуската конвенция като референтен стандарт за контрол на законосъобразността, Общият съд е подхождал иновативно, прилагайки доста широко доктрината *Nakajima*. Както вече бе споменато по-горе, съгласно тази доктрина е възможно да бъде осъществен контрол за съответствие на норма от правото на Съюза с международноправна норма, единствено стъпвайки на примата на втората, при условие че първата е приета като норма по изпълнение.

⁴² Директива 2008/50/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 май 2008 г. относно качеството на атмосферния въздух и за по-чист въздух за Европа, ОВ L 152, 11.06.2008 г.

⁴³ Регламент (ЕО) № 1367/2006 на Европейския парламент и на Съвета от 6 септември 2006 г. относно прилагането на разпоредбите на Орхуската конвенция за достъп до информация, публично участие в процеса на вземане на решения и достъп до правосъдие по въпроси на околната среда към институциите и органите на Общността (ОВ L 264, с. 13; Специално издание на български език, 2007, глава 15, том 17, с. 126.

⁴⁴ Конвенцията за достъпа до информация, участието на обществеността в процеса на вземането на решения и достъпа до правосъдие по въпросите на околната среда (Орхуска конвенция) е подписана на 25 юни 1998 г. в Орхус, Дания.

В законоустановения двумесечен срок⁴⁵ Европейският парламент, Съветът и Комисията внасят жалби срещу решенията на Общия съд, с което дават възможност на Съда отново да прегледа въпроса за позоваемостта в светлината на направените с Лисабонската ревизия промени в чл. 263 на ДФЕС, насочени към разширяване достъпа на частноправните субекти до това производство, и евентуално да внесе изменения в практиката си, насочени към либерализиране на условията за позоваемост. Значението на избора, който е призван да направи Съдът, се вижда и в избора на вида състав, на който е възложено делото, а именно голям състав.

Внимателният анализ на двете производства и постановените по тях решения на Съда⁴⁶ дава възможност ясно да бъдат очертани двата подхода към позоваемостта на международните споразумения, които се сблъскват в тези дела. Първият подход, защитаван традиционно от трите споменати по-горе институции, но също така и от съдилищата на т.нар. монистични държави членки, застъпва традиционното разбиране на СЕС за обвързаност между възможността за позоваване и пряката приложимост на нормите.

Вторият подход почива на разбирането, че в рамките на контрола за законосъобразност на една съюзна норма едно лице може да се позове на международноправна норма единствено и само на основание на нейния примат над производното право, отреден ѝ по силата на чл. 216, пар. 2 от ДФЕС, при условие че се изисква само проверка на съвместимостта на двете норми. Интересно е да бъде отбелязано, че за първи път този подход, широко застъпен в академичните среди, е споделен и от представител на самата съюзна юрисдикция в лицето на генералния адвокат по делото N. Jääskinen, видно от представените по двете дела заключения.

Анализът на постановените от СЕС решения показва, че изборът, направен от съюзната юрисдикция, е крайно консервативен, граничещ с ортодоксалността. От тази гледна точка решенията от 13 януари 2015 г. могат да бъдат квалифицирани като разочарование за привържениците на по-либералния подход, пледиращи за едно смекчаване на условията за позоваване на международното право в правовия ред на Съюза. Напълно може да бъде споделено мнението на Marco Bronckers, че тази практика още един път засвидетелства очерталото се след 2000 г. нежелание на Съда

⁴⁵ Чл. 56. Статут на Съда.

⁴⁶ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 13 януари 2015 г. Съвет на Европейския съюз и др. срещу Vereniging Milieudefensie и Stichting Stop Luchtverontreiniging Utrecht, съединени дела C-401/12 P-C-403/12 P. EU:C:2015:4 и СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 13 януари 2015 г., Съвет на Европейския съюз и Европейска комисия срещу Stichting Natuur en Milieu и Pesticide Action Network Europe, съединени дела C-404/12 P и C-405/12 P., EU:C:2015:5.

на Европейския съюз да динамизира прилагането на този вид източник на правото на Съюза⁴⁷.

Видно от казаното по-горе, възможността на един частноправен субект да се позове на едно международно споразумение в рамките на производство, различно от тълкувателното, е в пряка зависимост от наличието на директен ефект на нормите на това споразумение⁴⁸. Именно към промяна на това разбиране призовава генералният адвокат Jääskinen. В своите заключения по делата *Stichting Natuur* и *Vereniging Milieudefensie* той предлага на Съда да въведе изключение от това свое разбиране, като предостави на частните лица правото да се позовават и на международноправната норма без директен ефект в рамките на производството за отмяна на съюзен акт.

Искът по чл. 263 от ДФЕС дава възможност да бъде получена санкция за нарушения на законосъобразността на един съюзен акт поради противоречието му с акт от по-висок ранг в йерархията на нормите на Съюза⁴⁹. От тази гледна точка международните споразумения, сключени от Европейския съюз, доколкото „представляват неразделна част“⁵⁰ от неговия правен ред, имат не само предимство пред вторичното право, но също така вменят задължение на съюзните институции и органи, когато приемат своите правни актове, да се съобразяват с тези международноправни източници. Изхождайки от тази констатация, за генералния адвокат Jääskinen е неоправдан ограничителният подход на Съда спрямо възможността за позоваване на едно международно споразумение, явяваща се, без съмнение, ефективно правно средство за защита, имащо за цел да гарантира законността на действията на Съюза⁵¹. Или както уместно посочва той:

*в настоящия стадий на развитие на правото на Съюза [...] теорията за директния ефект, която може да е била квалифицирана като „детска болест“ на правото на Съюза, вече не може да защитава неговата автономия в международен мащаб*⁵².

⁴⁷ Bronckers, M. Schizophrenia in the EU about International Law, Leiden Law Blog. 2015, <http://leidenlawblog.nl/articles/schizophrenia-in-the-eu-about-international-law>

⁴⁸ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 21 декември 2011 г., *Air Transport Association of America* и други срещу *Secretary of State for Energy and Climate Change*, дело C-366/10. EU:C:2011:864, т. 51.

⁴⁹ CEO, Решение на Съда от 12 декември 1972 г., *International Fruit Company NV* и други срещу *Produktschap voor Groenten en Fruit*, съединени дела 21-24/72, EU:C:1972:115, т. 6 и 7.

⁵⁰ CEO, Решение на Съда от 26 октомври 1982 г., *Hauptzollamt Mainz* срещу *C. A. Kupferberg & Cie KG a.A.*, 104/81, EU:C:1982:362, т. 13.

⁵¹ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op. cit.* 72 и сл.

⁵² Пак там.

За съжаление, тази „пламенна“ позиция за скъсване на връзката между позоваемостта на една международноправна норма и нейния директен ефект (а) не е споделена от Съда (б).

а) Аргументи в подкрепа на премахването на условието за директен ефект

В доктрината са излагани нееднократно множество аргументи в подкрепа на премахването на условието за директен ефект на международните норми като елемент от допустимостта за позоваемост на последните от страна на частноправните субекти в производството по чл. 263 от ДФЕС.

Първият от тези аргументи е насочен към факта, че прилагането на доктрината за директния ефект води до появата на двойствен режим на „позоваемост“ в зависимост от произхода на нормата, която се релевира. Анализът на практиката относно условията за позоваване на „вътрешното“ право на Съюза сочи, че позоваването по същество не е предпоставено от наличието на директен ефект на съюзната норма. Разбира се, тук веднага следва да бъде направено уточнението, че Съдът на Европейския съюз продължава да отдава ключова роля на директния ефект при преценката дали даден частноправен субект може да се позове пред съдилищата на държавите членки. Въпреки това, когато един висящ пред националния съд спор има характеристиките на контрол за законосъобразност на един национален акт в контекста на евентуално противоречие с норма на съюзното право, Съдът е предоставил на частноправните лица правото да се позовават на разпоредби на директива, лишени от директен ефект. Така на практика страните по даденото дело могат да поискат от съда на държавата членка единствено въз основа на принципа на примата да извърши проверка дали последната при постановяване на обжалвания акт не е превишила свободата си на преценка, предоставена ѝ от директивата⁵³. Тази възможност е призната и от съдия Lenarts и проф. Tim Corthaut, които, след като отбелязват възможността, предоставена на страните по делото да се позовават на определени норми на вторичното право, лишени от директен ефект в съдебния процес относно законосъобразността на правните актове на държавите членки, допълват в публикувана през 2006 г. студия, че

⁵³ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 18 октомври 2011 г., Antoine Boxus и Willy Roua (C-128/09), Guido Durllet и други (C-129/09), Paul Fastrez и Henriette Fastrez (C-130/09), Philippe Daras (C-131/09), Association des riverains et habitants des communes proches de l'aéroport BSCA (Brussels South Charleroi Airport) (ARACH) (C-134/09 и C-135/09), Bernard Page (C-134/09) и Léon L'Hoir и Nadine Dartois (C-135/09) срещу Région wallonne, съединени дела C-128/09 до C-131/09, C-134/09 и C-135/09, EU:C:2011:667, т. 56.

*на практика всичко, което беше казано по-горе по отношение на това как правото на ЕС засяга правния ред на различните държави членки, може да бъде споделено и по отношение на самия Съюз в отношението му към нормите на международното право*⁵⁴.

По този начин те не само потвърждават наличието на двоен стандарт по отношение на позоваемостта, но посочват и че условията за позоваване на нормите на международното право следва да бъдат предефинирани по модела на тези, които се прилагат към производното право на Съюза.

Сходно е разбирането и на генералния адвокат Jääskinen, който в своите заключения посочва, че отказът на Съда да уеднакви условията за позоваемост на международните норми с тези за позоваемост на нормите на производното право ще

*доведе до изключване от страна на Съда на всякакъв съдебен контрол за спазването на ангажиментите на Европейския съюз [...] както от националния съд, така и от съда на Съюза. Поради това има опасност понятието за съдебна защита в правовия ред на Съюза, възприето в широк смисъл като визиращо не само преките правни средства, но и механизма на преюдициалните запитвания, да бъде съществено засегнат*⁵⁵.

Но генералният адвокат не се ограничава само до тази критика. В представеното си заключение Jääskinen отива още по-далеч, посочвайки, че Съдът прилага двоен стандарт по отношение възможността за позоваване не само с оглед на произхода на нормата, но и с оглед на субекта, който се позовава – дали е частноправен субект, или държава членка. В цитираното от него решение по делото *Biotech*⁵⁶ СЕС е допуснал в рамките на производство по реда на чл. 263 от ДФЕС Кралство Нидерландия да се позове на Конвенцията от Рио де Жанейро относно биоразнообразието, за да оспори валидността на Директива 98/44⁵⁷ относно защитата на биотехнологичните изобретения, изрично изключвайки „директния ефект да е всеобщо условие за позоваване при упражняване на контрол за законосъобразност“⁵⁸.

⁵⁴ Lenarts, K. & T. Corthaut. Of birds and hedges: the role of primacy in invoking norms of EU law, *European Law Review*, 2006, p. 288 – “[v]irtually all of what has been said above in respect of how EU law affects the legal order of the various Member States can be mirrored in respect of the Union itself in its relation towards norms of international law”.

⁵⁵ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, op. cit. т. 74.

⁵⁶ СЕО, Решение на Съда от 9 октомври 2001 г., Кралство Нидерландия срещу Европейския парламент и Съвет на Европейския съюз, Дело C-377/98, EU:C:2001:523.

⁵⁷ Директива 98/44/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 6 юли 1998 г. относно правната закрила на биотехнологичните изобретения, ОВ L 213, 30.07.1998 г., 13–21.

⁵⁸ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P op. cit. т. 10.

Сред аргументите в подкрепа на премахването на условието за директен ефект на международната норма е този, свързан със зачитането на концепцията за правовия съюз. Тук е мястото да бъде припомнено, че още от решението Зелените срещу Европейския парламент⁵⁹, та до Становище 2/13⁶⁰, Съдът е определял Общността, после и Съюза като правова общност, в смисъл че нито държавите членки, нито институциите могат да избегнат контрола за съответствие на техните актове с учредителните договори, разглеждани като една своеобразна конституционна харта. В тази връзка финландският генерален адвокат, споделяйки виждането и на доктрината⁶¹, посочва, че понятието правова общност притежава двойно измерение – нормативно и юрисдикционно. Първото от тези измерения включва задължението приетите актове да бъдат в съответствие с договорите, докато второто предполага наличието на ефективна съдебна защита на частноправните субекти срещу незаконосъобразните актове на производното право⁶². И ако въпросът за позоваемостта не поставя сериозни предизвикателства по отношение на нормативното измерение, доколкото съобразно трайната съдебна практика всеки акт на производното право е незаконосъобразен, ако нарушава договорно задължение, дори такова без директен ефект, тъй като второто има предимство пред първото съгласно чл. 16, пар. 2 от ДФЕС, то не така стоят нещата по отношение на юрисдикционното измерение. В случая липсата на директен ефект на нарушената норма се явява пречка пред възможността един частноправен субект да потърси съдебна защита срещу незаконосъобразния акт, каквато би следвало да има в рамките на един истински правов съюз.

Този конфликт между концепцията за правовия съюз и доктрината за директния ефект е анализиран от съдия Lenarts и проф. Corthaut в горещитираната студия от 2006 г. Интерес за настоящото изследване обаче представлява предложението, което правят двамата автори за разрешаването на този конфликт. А именно, че

либералният подход към позоваването на правото на ЕС може да се основава на визията за върховенството на закона. Едно от основните правила на правовия ред, управляван от върховенството на закона, е фактът, че самото правителство е обвързано от

⁵⁹ СЕО, дело 294/83, *op. cit.* т. 23.

⁶⁰ СЕС, Становище на Съда (пленарен състав) от 18 декември 2014 г., Становище 2/13, EU:C:2014:2454

⁶¹ Simon, D. La Communauté de droit - F. Sudre & F. Labayle, *Réalité et perspectives du droit communautaires*. Navre: ANTHEMIS, 2015, с. 85.

⁶² Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op. cit.* т. 70.

*законите. Най-ефективният начин да се гарантира това е да се позволи на всеки обикновен гражданин да се позовава на нормите, създадени от държавите*⁶³.

По същия начин най-ефективното средство за гарантиране зачитането на принципите на правовия съюз е да се даде на частноправните субекти правото да се позовават на онези международноправни норми, които са част от техния правов ред. В противен случай липсата на защита на лицата срещу актове на Съюза, несъответстващи на поетите международни задължения, лишени от директен ефект, би довело до съществено разклащане на концепцията, че Съюзът е една правова общност.

Третата група аргументи, които могат да бъдат ясно дефинирани в доктрината, се отнасят до констатацията, че подчиняването на позоваемостта на доктрината за директния ефект поставя под въпрос обвързващия характер на онези международни споразумения, които го нямат. Задължителният характер на правната норма, произтичащ от нейната валидност⁶⁴, ѝ дава възможността да обуславя редовността на по-нисшестоящите норми, както и законосъобразността на поведението на нейните адресати. С досегашната си практика обаче Съдът лишава надлежно сключените (и следователно валидни) международни споразумения и съдържащите се в тях норми – но без директен ефект – от задължителния им характер, като отказва да следи за спазването на съдържащите се в тях предписания от страна на институциите, органите, службите или агенциите на Съюза. Като отхвърля възможността едно лице да се позове на една норма на международно споразумение без директен ефект, Съдът всъщност мълчаливо упълномощава институциите на Съюза да пренебрегват тези норми, доколкото прогласяването на невалидността на предприетите действия вече не е реалистична санкция за тяхното нарушаване. Както уместно отбелязва в тази връзка Eeckhout:

*когато е ясно, че дадена разпоредба има директен ефект, предоставяйки по този начин на лицата права, които могат да бъдат наложени от съда, то публичният орган ще се стреми да избегне съдебния процес, като прилага тези норми в съответствие с тълкуването, дадено от съда*⁶⁵.

⁶³ Lenarts, K. & T. Corthaut, 2006, Of birds and hedges... op. cit. p. 288 – “A liberal approach towards invoking EU law can be grounded in a vision about the Rule of Law. One of the basic rules of a legal order governed by the Rule of Law is the fact that the government itself is bound by the laws. The most effective way to ensure this is allowing every ordinary citizen to rely on the norms created by the states”.

⁶⁴ H. Kelsen. *Théorie pure du droit*, Bruxelles: Bruylant, 2e éd., 1999, p. 13, 255.

⁶⁵ Eeckhout, P. *External relations of the European Union : legal and Constitutional foundations*, Oxford: Oxford University Press, 2e éd., 2011, p. 32.

В тази връзка генералният адвокат Jääskinen пледира, че за да не бъде допусната хипотеза, при която може да бъде създадено едно пространство, лишено от всякакъв съдебен контрол, би следвало в рамките на контрола за съответствие на правото на Съюза с международното право липсата на директен ефект на нормите на дадено международно споразумение да не е пречка пред разглеждане законосъобразността на съюзния акт⁶⁶.

Въпреки нееднократно излаганите в доктрината критики, подкрепени частично и от генералния адвокат Jääskinen, с решението си Съдът потвърди досегашната си практика и затвърди още веднъж изискването за наличието на директен ефект на нормата на международното споразумение, за да може един частноправен субект да се ползва от възможността за позоваване на нея в рамките на контрола за законосъобразност на актовете на Съюза.

б) Анализ на мотивите на Съда в подкрепа на запазването на условието за директен ефект

Внимателният прочит на съображенията на Съда посочва, че той е подхождал ортодоксално към поставените му въпроси.

На първо място, СЕС отклонява подадената от неправителствените организации насрещна жалба, с която искат от съюзните съдии да се произнесат изрично относно директния ефект на чл. 9, пар. 3 от Орхуската конвенция. Това свое решение съдиите в Люксембург аргументират с разпоредбите на чл. 169, пар. 1 и чл. 178, пар. 1 от Процедурния правилник на Съда, според които жалба срещу акт на Общия съд, без значение дали е главна, или насрещна, е допустима само ако се иска неговата отмяна изцяло или частично. В конкретния случай, отбелязва Съдът, двете нидерландски асоциации са успели да постигнат отмяна на атакувания акт на институцията и следователно чрез насрещната си жалба те единствено искат промяна в мотивите на първоинстанционното решение, което прави насрещната жалба недопустима.

Тук е мястото веднага да бъде направено уточнението, че отклоняването на насрещната жалба не следва да се разглежда като отказ на Съда изобщо да се произнася по въпроса за наличието на директен ефект на горцитираната норма. Както може да бъде установено в следващата част от мотивите на Съда, той ще направи това служебно, при това още в самото начало на своята аргументация, препотвърждавайки по този начин подхода и разбирането си за ролята и значението на директния ефект на международната норма като *conditio sine qua non* при анализа на възможността един

⁶⁶ Заключение на генералния адвокат N. Jääskinen, съединени дела C-401/12 P до C-403/12 P, *op. cit.* т. 77.

частноправен субект да се позове на тази норма в производството за контрол за законосъобразност на актовете на Съюза.

Осъщественият в тази насока анализ следва класическия подход на Съда. На първо място, в решението по делото съдиите препотвърждават още веднъж разбирането, че при определяне на правните последици на едно споразумение в правния ред на Съюза не може да не бъде взет предвид международният му произход⁶⁷. Това предполага, че при спазване на принципите на класическото международно публично право Съюзът и трета договаряща се страна са свободни сами да се споразумеят помежду си за действието, което ще произведат нормите на едно сключено между тях споразумение в съответния вътрешен правен ред. В същото време обаче, когато договарящите се страни не са предвидили режима на последиците, то компетентният съд, а в случая на Съюза това е СЕС, следва да уточни тези последици по същия начин както всеки друг въпрос, свързан с прилагането на въпросното споразумение⁶⁸.

Именно констатирането на липсата на изрична уредба на правните последици от действието на нормите на Орхуската конвенция във вътрешния правен ред на Съюза служи като аргументация, която не само оправомощава, а задължава Съда да направи необходимото тълкуване. Внимателният прочит на решението показва, че СЕС е подхождал консервативно и е извършил класическа проверка на критериите за директен ефект на нормите на международно споразумение. Съгласно практиката по делата *Intertanko*⁶⁹, *FIAMM*⁷⁰ и *Air Transport Association of America* разпоредбите на едно международно споразумение, сключено от Съюза, могат да бъдат използвани в производство за контрол за законосъобразност на един съюзен акт, ако са изпълнени две условия: 1) „естеството и системата“ на споразумението не се противопоставя на подобна възможност (казано с други думи, споразумението не се основава на принципа на реципрочност и има за цел да предостави права на субектите на правото на Съюза), и 2) „тези разпоредби са предвид съдържанието си безусловни и достатъчно точни“. Тези два критерия може да бъдат определени като субективен и обективен.

⁶⁷ СЕС, съединени дела C-401/12- C-403/12, op. cit. т. 53.

⁶⁸ Пак там, т. 54.

⁶⁹ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 3 юни 2008 г. *The Queen*, по искане на International Association of Independent Tanker Owners (*Intertanko*) и други срещу Secretary of State for Transport. Дело C-308/06, EU:C:2008:312.

⁷⁰ СЕС, Решение на Съда (голям състав) от 9 септември 2008 г. *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio SpA (FIAMM) и Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies LLC (C-120/06 P)*, *Giorgio Fedon & Figli SpA и Fedon America, Inc. (C-121/06 P)* срещу Съвет на Европейския съюз и Комисия на европейските общности, съединени дела C-120/06 P и C-121/06 P. EU:C:2008:476.

По отношение на субективния критерий Съдът е приел, че Орхуската конвенция предоставя права на гражданите на Съюза, като право на достъп до информация, право на участие в производствата за приемане на актове, оказващи въздействие върху околната среда, или правото на достъп до правосъдие за оспорване на законността на тези актове. Тоест съюзните съдии са признали недвусмислено, че процесната конвенция отговаря на първия критерий.

По отношение на втория критерий – обективния, Съдът на Европейския съюз се ограничава единствено да преповтори вече направената в решението по дело *Lesoochranárske* констатация, според която „член 9, параграф 3 от Орхуската конвенция [...] не съдържа никакво безусловно и достатъчно точно задължение, което е от естество да уреди непосредствено правното положение на частноправните субекти“⁷¹. От това следва, че правната норма, на която се позовават ответниците, не е пълна и следователно не е налице обективният критерий за директен ефект. Тази логическа последователност кара големия състав на Съда да приеме заключението, че член 9, параграф 3 от Орхуската конвенция не може да служи като годен стандарт за контрол на законосъобразността на чл. 10, пар. 1 от Регламент № 1367/2006.

Задълбоченият прочит на мотивите на Съда показва, че за да стигне до заключение за непълнота на нормата, той се е позовал на редакцията на конвенцията, според която само „представители на общността, които отговарят на критериите, ако има такива, посочени в националното право“⁷² са титуляри на правата, предвидени в разпоредбата.

Тази отправна точка обаче е погрешна, доколкото предметът на спора не е относно критериите, установени от правото на Съюза за определяне на членовете на обществеността, които могат да предприемат действия срещу актове, имащи въздействие върху околната среда, а, видно от цитираната редакция, условността е именно по отношение на категорията лица, които могат да се ползват от правото, а не по отношение на самото право. Нормата, за която асоциациите твърдят, че е нарушена, даваща възможност на представителите на обществеността – категория, в която и двете асоциации попадат според националното законодателство и което

⁷¹ СЕС, С-240/09, *op. cit.* т. 45.

⁷² Чл. 9, параграф 3, Орхуска конвенция: „3. В допълнение и без ущърб на процедурите за преразглеждане, споменати в параграфи 1 и 2 по-горе, всяка страна осигурява на представителите на обществеността, които отговарят на критериите, ако има такива, посочени в националното право, достъп до административни или съдебни процедури за оспорване на действия или пропуски на частни лица и [публични] органи, които нарушават разпоредбите на националното законодателство, касаещо околната среда“.

качество не е оспорено, да „оспорват действия или пропуски на частни лица или публични органи, които противоречат на разпоредбите на националното законодателство, касаещо околната среда“⁷³, не страда от никаква непълнота или неясност. Тоест в решението си Съдът се позовава на непълнотата на норма, чужда на предмета на делото, за да отхвърли твърдяното от ответниците основание за нарушение на едно явно безусловно нормативно задължение.

С оглед на гореизложеното може да бъде направено заключението, че разглежданите в настоящата студия решения на Съда на Европейския съюз страдат от аргументативни пропуски, които често могат да бъдат обяснени със съображения на съдебната политика. Аргумент в подкрепа на това твърдение може да бъде намерен в тълкуването на условията за допустимост на иска по чл. 263 от ДФЕС. Тези условия са изведени от Съда още през 60-те години на XX в. в известното решение по делото *Plaumann*⁷⁴. Единодушно е мнението както на практики, така и на представители на доктрината, че изискванията за правен интерес, изложени в цитираното решение, са силно ограничителни, за да гарантират ефективна защита на частноправните субекти. Тази оценка не е променена дори след Ревизията от Лисабон и направените с нея опити за смекчаване на условията за допустимост и отварянето на възможността по-широк кръг правни субекти да могат да се ползват от тази категория преки иски пред СЕС. Ограничителният характер на доктрината *Plaumann* получава още по-ярка визия, когато се постави въпросът за нейното съвместяване с изискванията на Орхуската конвенция относно достъпа до правосъдие. Както отбелязват някои от представителите на доктрината, в настоящото състояние на съдебната практика на Съда

колкото по-широк е кръгът от лица, които биват засегнати от дадена мярка на ЕС, толкова по-малка ще е възможността те да оспорят успешно тази мярка, ако не са лично засегнати по смисъла на съдебната практика Plaumann. Тази съдебна практика изглежда особено неподходяща за спорове в областта на околната среда, тъй като, както е признато от Съда, „действията, предприети в областта на околната среда, най-често са актове от общ характер“⁷⁵.

⁷³ Пак там.

⁷⁴ СЕС, Решение на Съда от 15 юли 1963 г., *Plaumann & Co.* срещу Комисия на Европейската икономическа общност, дело 25/62, EU:C:1963:17.

⁷⁵ Poncelet, Ch. & Ch. de Sadeleer. *Contestations des actes des institutions de l'Union européenne à l'épreuve de la Convention d'Aarhus*, Rev. trim. dr. eur., 2014, 14–15.

В този ред на изложение възможността Съдът да се произнесе изрично по въпроса за липсата на директен ефект на нормата на член 9, параграф 3 от Орхуската конвенция следователно позволи последният да си спести произнасянето относно евентуалното преосмисляне на практиката по *Plaumann* в контекста на Орхуската конвенция, която беше поставена под въпрос с отмененото решение на Общия съд.

С оглед на всичко гореизложено може да бъде направено следното заключение. Призован от Общия съд и насърчен от неговия генерален адвокат, на Съда бе предоставена възможност да либерализира условията за позоваемост на международното право на Съюза във вътрешния му правов ред. С доза съжаление може да бъде констатирано обаче, че съюзната юрисдикция реши да не се отклони от консервативния си подход, застъпван в неговата съвременна съдебна практика. По този начин Съдът утвърди съществуващата връзка между възможността за позоваване на едно международно споразумение и наличието на директен ефект на международноправната норма в контекста на контрола за законосъобразността на актовете на вторичното право. По този начин постановените на 15 януари 2015 г. решения ще имат за последица пораждането на една нова форма на дуализъм в европейската правна система, основана на монистичния подход.

ЗА (НЕ)СЪОТВЕТСТВИЕТО МЕЖДУ МЕЖДУНАРОДНИТЕ ДОГОВОРИ И КОНСТИТУЦИЯТА НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

Гл. ас. д-р Дилян Начев
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет

ON (NON-)CONFORMITY OF INTERNATIONAL TREATIES WITH THE CONSTITUTION OF THE REPUBLIC OF BULGARIA

Chief Assist. Prof. J.D. Dilyan Nachev
Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law

Abstract. The article deals with the issue of potential non-conformity of International Treaties with the Bulgarian Constitution. It tries to give answers to three fundamental questions: (i) at what stage and in what manner is it possible to control such non-conformity; (ii) what could be the possible reasons for such non-conformity; (iii) and lastly, what would be its potential legal and practical consequences. The answers follow the case-law of the Bulgarian Constitutional Court and an attempt at showing its reasoning is made.

Keywords: *non-conformity, international treaties, Constitution, Constitutional Court, hierarchy*

Една от основните характеристики на правото е неговата йерархичност и подреденост. Различната степен на значимост на регулираните обществени отношения обосновава нуждата от различни по важност правни норми. И макар по правило между тях да има съгласуваност, понякога е възможно да констатираме обратното – противоречие. Този конфликт най-често бива решаван чрез прилагането на известната на юристите максима *lex superior derogat legi inferiori*. Или иначе казано, нормите, съдържащи се в по-високопоставен източник, ще намерят приложение за сметка на тези от по-нископоставения източник. Това показва, че въпросът за йерархията е не просто теоретичен, а има и реални практически последици. Настоящата статия има за основен предмет въпроса за евентуалното несъответствие, което може да

съществува (изначално) или да възникне (в по-късен етап) между международните договори, от една страна, и Конституцията, от друга.

Налага се предварително да бъдат направени някои уточнения, чрез които да се прецизира и конкретизира обхватът на доклада. На първо място, смятам, че трябва да се поясни кои конкретни видове международни договори ще бъдат дискутирани по-нататък. С това словосъчетание понякога се посочват различни по своето естество явления, които по тази причина са подложени и на различен правен режим. Тук ще бъдат обсъдени единствено тези от тях, които подлежат на ратификация от страна на Народното събрание и са сключени между субекти на международното публично право и регулирани от него. Причината за посоченото ограничение се корени в това, че съгласно чл. 5, ал. 4 от Конституцията на Република България само те стават част от вътрешното право на страната и имат „предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат“. Конституционният съд многократно е посочвал в практиката си, че тук се включват единствено класическите международни договори, отговарящи на посочените по-горе критерии, а обратно, трябва да бъдат изключени т.нар. договори сделки, в които България участва не в своето публичноправно качество като субект на власт, а в качеството си на гражданскоправен субект¹. Второто предварително уточнение, което бих искал да направя, е това, че в настоящия доклад няма да се занимавам с правото на Европейския съюз. Помоему договорите, съставляващи основната част на т.нар. първично право на ЕС, не се отличават съществено от всички останали международни договори, ратифицирани от Народното събрание, и следва да бъдат третираны по същия начин. Срещу този възглед някои автори² изтъкват различни аргументи, основно произтичащи от практиката на Съда на ЕС, преди всичко свързани с примата на правото на ЕС³ и позицията, че правният ред на ЕС е самостоятелен и различен от международното публично право⁴. Без значение от това, включването на правото на ЕС в дискусиата значително (и донякъде излишно) би я усложнило, поради което смятам за удачно да оставя първичните източници на съюзното право извън предмета на настоящия доклад.

След като бяха направени необходимите уточнения, може да разгледаме същността на въпроса за възможните несъответствия между международните договори и Конституцията. Ще бъдат обсъдени последователно три

¹ Вж. напр. Решение № 7 от 2 юли 1992 г. на КС по к. д. № 6 от 1992 г.; Определение № 4 от 16 април 2002 г. на КС по к. д. № 6 от 2002 г.; Определение № 6 от 28 май 2002 г. на КС по к. д. № 8 от 2002 г.; Решение № 7 от 16 юни 2005 г. на КС по к. д. № 1 от 2005 г.

² Вж. Белов, М. Българската конституционна идентичност. София: Сиби, 2017, с. 207.

³ Вж. напр. Решението по делото Van Gent en Loos.

⁴ Вж. Решението по делото Costa v. ENEL.

вида проблеми: (1) кога и как се осъществява контрол за съответствие; (2) при какви обстоятелства може да се появи несъответствие; (3) какви биха били последиците от евентуално противоречие.

1. Кога и как се осъществява проверка за съответствието между международните договори, от една страна, и Конституцията на Република България, от друга?

Поставените въпроси „кога“ и „как“ на пръв поглед изглеждат самостоятелни, но в действителност те са по-скоро свързани помежду си. Донякъде отговорът на първия предпоставя отговора на втория. Контролът за съответствие у нас може да се осъществява както предварително, т.е. преди ратификацията на договора, така и впоследствие.

Съгласно чл. 149, ал. 1, т. 4 от Конституцията Конституционният съд се произнася „за съответствието на сключените от Република България международни договори с Конституцията преди ратификацията им, както и за съответствие на законите с общопризнатите норми на международното право и с международните договори, по които България е страна“. Проверката за евентуални противоречия между международните договори и Конституцията, която осъществява Конституционният съд, е *a priori* и факултативна. Практиката Конституционният съд да бъде сезиран с подобно искане е относително рядко срещана у нас. В по-голямата част от случаите контрол за съответствие осъществяват различни експерти и политици, имащи отношение към въпроса за подписването или ратифицирането на договора. Съществува обаче съществена разлика между двата вида проверка, основно се състояща се в това, че решенията на Конституционния съд имат юридически обвързващ характер.

Колкото до възможността за извършване на контрол за съответствие след ратификацията, тук следва да се спомене, че практиката на Конституционния съд претърпя съществен обрат в това отношение. Нещо повече, можем открито да кажем, че тя е противоречива. Първоначалната позиция на конституционните съдии беше, че след като договорът вече е бил ратифициран от Народното събрание, то той не подлежи на проверка от страна на КС. В този случай контрол може да се упражнява единствено върху самия ратификационен закон⁵. Доколкото този закон е формален и рядко съдържа нещо повече от обикновена констатация, че международният договор бива ратифициран, то и проверката за неговото съответствие с Конституцията рядко би могла да доведе до какъвто и да е резултат, тъй като тя би стъпвала единствено на формални критерии (наличие на кворум, изискуемо мнозинство и прочее). Впоследствие обаче КС възприема противоположен

⁵ Вж. Определение № 2 от 27 юли 1995 г. на КС по к. д. № 16 от 1995 г.

възглед относно възможностите за осъществяване на контрол *a posteriori*, посочвайки, че проверката за съответствие се отнася не само до закона за ратификация, а и до самия международен договор, доколкото противоконституционността на последния води до такава и на закона, чрез който се въвежда във вътрешното ни право⁶. Така КС дава приоритет на нуждата от съгласуваност с основния ни закон пред изтъкнатата по-рано в практиката му нужда от предвидимост в международните отношения.

Значително по-интересен от моя гледна точка обаче е въпросът дали Конституционният съд има право, след като веднъж вече се е произнесъл (преди или след ратификацията на договора) по въпроса за съответствието, да ревизира позицията си в по-късен етап. На този въпрос обаче ще се спра малко по-нататък.

2. Откъде може да произтича несъответствието между международните договори, от една страна, и Конституцията на Република България, от друга?

Смятам, че могат да бъдат посочени три причини за съществуването (или възникването) на евентуално несъответствие между международните договори и Конституцията.

Първата хипотеза е наличие на изначално противоречие. Става дума за ситуация, при която КС (или когато той не е бил сезиран, експертите, натоварени с тази задача) е установил (било преди ратификацията, било след нея), че някой от текстовете на договора е несъвместим с правило или принцип на Конституцията⁷.

Втората хипотеза се отнася до несъответствие в резултат на изрична промяна на Конституцията, извършена след ратификацията на международния договор. Казано иначе, към момента на ратификацията си договорът съответства на основния закон, но между тях се появява конфликт в по-късен етап поради промяна на някой от текстовете в Конституцията.

Третата хипотеза ми се струва най-проблематична. Тук липсва изначално противоречие, но то възниква в един по-късен етап вследствие на промяна не в текстовете, а в начина, по който те се тълкуват. Възможно е Конституционният съд да промени значението на определени конституционни разпоредби, тълкувайки ги еволютивно или изоставяйки своя предишна позиция. Същото се отнася дори в по-голяма степен за юрисдикциите, които следят за спазването на международните договори (по правило това се прави от специална юрисдикция, посочена в самия договор). Така, оказва се, е възможно чрез развитие на първоначалните текстове да се достигне до про-

⁶ Вж. Решение № 9 от 16 юни 1999 г. на КС по к. д. № 8 от 1999 г.

⁷ Вж. напр. Решение № 13 от 27 юли 2018 г. на КС по к. д. № 3 от 2018 г.

творечие, което изначално не е съществувало. Колкото по-активистки са въпросните юрисдикции, толкова по-голям е рискът от подобно развитие.

3. Какви последици би трябвало да настъпят от несъответствие между международните договори, от една страна, и Конституцията на Република България, от друга?

Този въпрос е пряко относим към темата за йерархичното съотношение между международните договори и Конституцията. Различни автори дават разнопосочни аргументи и отговори.

Ж. Сталев например посочва, че разпоредбата на чл. 5, ал. 4, изр. второ от Конституцията следва да се тълкува като даваща приоритет на международните договори и спрямо основния закон. Думата „законодателство“ той тълкува в широкия ѝ смисъл, като включваща в себе си и самата Конституция⁸. Този възглед донякъде намира подкрепа и в текста на чл. 27, изр. първо от Виенската конвенция за правото на договорите⁹, който повелява, че „страна по договор не може да се позовава на разпоредбите на своето вътрешно право като оправдание за неизпълняване на договора“. Видно е, че тук не се прави разграничение между различните източници на вътрешното право, което означава, че самото понятие е използвано в неговия най-широк възможен смисъл.

Обратно, Емил Константинов смята, че „юридическото предимство на международните договори не важи по отношение на Конституцията“¹⁰. В подкрепа на позицията си посочва, че Конституцията прави разлика между основния закон и останалите закони, а конституционните норми стоят над „вътрешното законодателство“¹¹. Към изтъкнатите аргументи могат да се добавят и още, най-важният от които според мен е този, че Конституцията е продукт на учредителната власт, т.е. израз на идеята за народния суверенитет, за разлика от международните договори, които се подписват и ратифицират от представители на учредените власти.

В крайна сметка този спор е разрешен по относително категоричен начин от страна на Конституционния съд, който в различни свои решения дава ясно предимство на Конституцията спрямо международните договори¹².

⁸ Сталев, Ж. Теория на законодателството. В: Съвременно право, бр. 2/1992 г., с. 9.

⁹ Обн. ДВ, бр. 87 от 10.11.1987 г.; в сила за Република България от 21.05.1987 г.

¹⁰ Вж. Конституцията от 1991 г. и участието на България в международните договори. Под общата редакция на проф. Емил Константинов. София: Сиби, 1993, Глава втора (автор Емил Константинов), с. 28.

¹¹ Пак там.

¹² Вж. напр. Решение № 7 от 2 юли 1992 г. на КС по к. д. № 6 от 1992 г.; Решение № 4 от 1 април 1999 г. на КС по к. д. № 31 от 1998 г.

Редно е да се отбележи, че ако Конституцията има предимство пред международните договори, то това дава основание да отхвърлим и приложимостта на чл. 27, изр. първо от Виенската конвенция за правото на договорите, тъй като самата тя е международен договор и няма как да създава ограничения с надконституционна сила.

Важно е обаче да се каже и следното: възгледът на КС относно йерархията между основния закон и ратифицираните от Народното събрание международни договори отразява единствено (временна) позиция от гледна точка на българския правен ред. Често обаче становището на международните юрисдикции, контролиращи спазването на международните договори, е различно и рядко се повлиява от аргументи от вътрешноправен характер.

След като уточнихме поне донякъде този въпрос, нека сега разгледаме какви биха били възможните последици от евентуално несъответствие между международните договори и Конституцията.

Нека започнем с първата възможна хипотеза на несъответствие – наличието на изначално противоречие между договора и Конституцията. Когато то бъде констатирано преди ратификацията, това обикновено означава, че договорът няма как да бъде ратифициран. Следва, разбира се, да се направи уточнението, че формално юридически пречка пред ратификацията представлява единствено установеното от Конституционния съд противоречие, но не и това, посочено от експертите, в случай че КС изобщо не е бил сезиран. Някои автори¹³ разглеждат и въпроса какво би се случило, ако договорът бъде ратифициран въпреки евентуално решение на КС, че противоречи на Конституцията, но за мен такъв развой е юридически недопустим и по тази причина го оставям встрани от анализа си. За мен при наличието на подобно противоречие следва или да се търси промяна на първоначалния текст на договора, или да се извърши предварително изменение на текстовете на Конституцията, които се оказват проблематични за ратификацията на международния договор. Когато противоречието бъде констатирано след ратификацията на договора, ситуацията е значително по-сложна, тъй като, от една страна, за българския правен ред е нетърпимо да съществува договор, който е в доказано противоречие с Конституцията, но от друга, българската държава е поела международни ангажменти към други субекти на международното публично право. Най-добрият вариант вероятно би бил постигането на съгласие между страните по договора за неговото прекратяване или използването на процедура по денонсирането му, когато такава е предвидена в самия договор. Далеч по-сложно е обаче положението, в

¹³ Вж. Пенев, П., Я. Зартов. Конституционно правосъдие на Република България. София: Сиела, 2004, с. 151.

което нито има процедура по денонсиране, нито е възможно да се постигне съгласие. Тук сякаш има само два варианта – или едностранно прекратяване на договора, или продължаване на неговото формално съществуване, но цялостното му пренебрегване в аспекта, в който има противоречие с Конституцията, от страна на всички български държавни органи. Нито един от двата варианта не е много сполучлив. Първият по същество често би представлявал неправомерно прекратяване на международен договор, а вторият вероятно би довел до санкции за държавата за неизпълнение на договора, както и би подорвал значението на международното право като цяло.

Втората хипотеза на противоречие е тази, при която то възниква след промяна в Конституцията, извършена, след като договърът вече е бил ратифициран, обнародван и влязъл в сила. Подобен конфликт няма категоричен отговор, тъй като се предполага, че конституционният законодател ще прецени как да го уреди при подобна промяна.

Най-проблематична е третата хипотеза, а именно възникването на противоречие след ратификацията на договора в резултат на промяна в смисъла на текстовете, извлечан чрез тълкуването им от съответните юрисдикции. Ситуацията на пръв поглед изглежда подобна на предходната. Несъответствие изначално няма. То възниква на по-късен етап, и то след като договърът вече е бил ратифициран. Между тях обаче има няколко съществени разлики. На първо място, няма как да се предвиди конституционно решение на конфликт, който формално не съществува. Доколкото ми е известно, няма юрисдикция, която открито да твърди, че променя или изопачава смисъла на текстовете, които тълкува. Още по-сложна би била ситуацията, ако КС вече се е произнесъл (преди или след ратификацията на договора) за неговото съответствие с Конституцията и не е установил подобно противоречие. В този случай стои въпросът, поставен по-рано, дали Конституционният съд има право да ревизира вече изложената си позиция – да се произнесе по повторно искане за същия въпрос. Смятам, че отговорът на този въпрос би трябвало да е отрицателен. Имаме примери за случаи, в които КС променя принципната си позиция по определен въпрос, но не е и такива, в които той отново отговаря, при това по различен начин, на конкретен въпрос, на който вече е отговорил. Друга съществена разлика е, че при предишната хипотеза имаме яснота за момента, в който възниква противоречието, докато тук противоречието се появява постепенно в продължение на относително дълъг период от време. Интересно е също така дали ако КС не се е произнасял по въпроса за съответствието между определен международен договор и Конституцията, би могъл, след като бъде сезиран за извършването на подобна проверка, да се позовава на тълкувателната практика на юрисдикцията, осъществяваща контрол за спазването на договора,

оформена значително след ратификацията. Всички тези въпроси поставят в особено деликатна позиция както физическите и юридическите лица, които следва да се съобразяват с приложимото и действащо право, така и националните юрисдикции и други държавни органи, които трябва да следят за неговото спазване.

Настоящият доклад си поставя една относително скромна и ограничена задача. Чрез него се опитам да поставя някои от важните принципни въпроси, свързани със (не)съответствието на международните договори с Конституцията. Посочих някои от възможните решения и позицията на КС по тях, а също така и някои от по-проблематичните ситуации, които следва да намерят развитие в бъдеще.

НЕТИПИЧНИ АКТОВЕ В ПРАВОТО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

Доц. д-р Христо Христов
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

ATYPICAL ACTS IN EUROPEAN UNION LAW

Assoc. Prof. Dr. Hristo Hristev
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. Alongside the acts explicitly provided for in Article 288 TFEU, there is a special category of acts in EU law, defined by the doctrine as atypical acts, acts “hors nomenclature” or soft law acts. Certain provisions of the EU Treaties provide for the adoption of acts not expressly referred to in the classification of acts under Article 288 TFEU. On the other hand, the Court of Justice has held that the institutions of the Union may adopt other acts not expressly provided for in primary law. Insofar as atypical acts are undoubtedly one of the original phenomena in the EU legal system, this article aims to clarify what atypical acts are, what main atypical acts can be identified up to the current stage of development of European integration and what main characteristics they reveal. In particular, the analysis aims to distinguish those atypical acts that are sources of EU law in a narrow sense from atypical acts that do not exhibit legally binding effect.

Keywords: *EU law, atypical acts, Court of Justice, Case law, binding effect, soft law*

Резюме. Европейската интеграция се характеризира със съществуването на самостоятелна правна система, която включва собствени източници, собствен ред на тяхното приемане и собствени правила на тяхното прилагане¹. Тази правна система действа автономно от международния правопорядък.

¹ В доктрината за означаване на това основно характерно положение на правния ред на ЕС се използва както понятието „самостоятелен характер“, така и „автономен характер“. В българската версия на актове на Съда на ЕС, постановени след 2007 г., по-често използвано е понятието „автономен характер“, макар да се използва и „самостоятелен характер“. В настоящата статия ще бъде използвано понятието „самостоятелен характер“, доколкото то отговаря в по-голяма степен на специфичните особености на правния ред на ЕС и на съществуването му като самостоятелна правна система, която е отделена както от вътрешното право на държавите членки, така и от международното право.

дък и от вътрешното право на държавите членки. Самостоятелният характер на правната система на европейската интеграция е изведен и утвърден още в ранната практика на Съда на ЕС, като последователно е отстояван от висшата интеграционна юрисдикция в продължение на десетилетията развитие на интеграционния процес, както що се отнася до действието на правото на ЕС спрямо вътрешното право на държавите членки, така и що се отнася до неговото действие спрямо международното право².

Сред източниците на правото на ЕС наред с Учредителните договори, които от формална страна имат характеристиките на международни договори, са редица други писани и неписани източници, чиито особености и оригинален ред на прилагане са определящ елемент на самостоятелността на правната система на европейската интеграция. Още с началната редакция на договорите за създаване на Европейските общности са предвидени специфични източници на правото, различни от тези, които познава международното право, които институциите на трите общности могат да приемат³. Понастоящем чл. 288 ДФЕС, който възпроизвежда с малки изменения в частта за решението началната редакция на чл. 189 ДЕИО, предвижда, че при упражняване на правомощията си в рамките на предоставената на Съюза компетентност институциите на ЕС могат да приемат регламенти, директиви и решения.

Наред с изрично предвидените в чл. 288 ДФЕС актове обаче съществуват и други актове, които институциите могат да приемат. От една страна, някои разпоредби на Учредителните договори предвиждат приемането на актове, които не са изрично посочени в номенклатурата на актовете по чл. 288 ДФЕС. От друга страна, Съдът на ЕС е приел, че институциите на Съюза могат да приемат и други актове, които не са изрично уредени в първичното право. Тези актове доктрината обичайно нарича нетипични

² Вж. Решение от 15 юли 1964 г., *Costa*, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66; Становище 1/91 от 14 декември 1991 г., ECLI:EU:C:1991:490, т. 21; Решение от 3 септември 2008 г., *Kadi*, C-402/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, т. 304; Становище 1/09 от 8 март 2011 г., ECLI:EU:C:2011:123, т. 65; Становище 2/13 от 18 декември 2014 г., ECLI:EU:C:2014:2454, т. 157. Чл. 14 от Договора за създаване на Европейската икономическа общност предвижда, че в рамките на Европейската общност за въглища и стомана могат да се приемат решения, препоръки и становища.

³ Чл. 189 от Договора за създаване на Европейската икономическа общност предвижда познатите основни източници на правото на ЕС, чрез които институциите на интеграционната система упражняват предоставената ѝ компетентност – регламент, директива, решение, като наред с тях са посочени и два вида произнасяния на институциите, които нямат правно-обвързващо действие и в тесен смисъл не са източници на правото – препоръка и становище. Идентичен инструментариум е предвиден в чл. 161 от Договора за създаване на Европейската общност за атомна енергия.

актове, атипични актове, актове „извън номенклатура“, актове *sui generis*⁴. Доколкото са едно от несъмнено оригиналните явления в правната система на ЕС, настоящата статия има за цел да изясни какво представляват нетипичните актове, какви основни нетипични актове могат да бъдат открити до настоящия етап на развитие на европейската интеграция и какви основни характеристики разкриват те. В частност анализът е насочен към това да разграничи тези нетипични актове, които са източници на правото на ЕС в тесен смисъл, от нетипичните актове, които не проявяват правнообвързващо действие.

1. Понятие за нетипични актове

1.1. В основата на формирането на категорията нетипични актове в правото на европейската интеграция стои изведеното в началото на 1970 г. тълкуване на Съда на ЕС, по смисъла на което подлежат на съдебен контрол не само изрично предвидените в чл. 288 ДФЕС или чл. 263 ДФЕС актове, но също и други форми на произнасяне на институциите, независимо от това, че са наименувани по различен начин от номенклатурата на актовете, установена в Учредителните договори⁵. В последващата си практика Съдът съответно започва да преценява дали такива актове са законосъобразни, незаконосъобразни, или изобщо не могат да се разглеждат като правнообвързващи актове, като по този начин оформя ясна линия на юриспруденция, в която признава на някои непредвидени в чл. 288 ДФЕС или изобщо непредвидени в Учредителните договори актове възможността да проявят правнообвързващо действие, а в други случаи приема, че форми на необвързващо произнасяне на институциите могат да проявят правен ефект⁶.

1.2. Следва да се подчертае, че в доктрината няма единно разбиране за обхвата на категорията нетипични актове. Преобладаващата част от източниците на доктрината включват в тази категория както предвидени в Учредителните договори актове, които не са включени в номенклатурата на

⁴ В някои източници могат да се срещнат още наименованията атипични, непредвидени или ненаименувани актове. Вж. СЕМОВ, Атанас. Система на източниците на правото на Европейския съюз. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2009, с. 191 et seq.; ЦАКЕР, Кристиан. Европейски право. София: Сиби, 1998, с. 86; ЖАКЕ, Жан-Пол. Институционно право на Европейския съюз. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2007, с. 437 et seq.

⁵ Вж. Решение от 31 март 1971 г., Комисията срещу Съвета, 22/70, ECLI:EU:C:1971:32, т. 38–43.

⁶ Вж. MARTUCCI, Francesco. Droit de l'Union européenne. Paris: Dalloz, 2017, p. 458 et seq.

актовете по чл. 288 ДФЕС, така и актове, които не са предвидени в Договорите⁷. Други източници разграничават в рамките на обща категория актове извън номенклатури две подгрупи актове: нетипични актове – актове, които макар да съответстват като наименование на актове, предвидени в чл. 288 ДФЕС, проявяват различни характеристики на действие, и непредвидени актове – актове, които не са уредени в Договорите, а са възприети в рамките на практиката на институциите⁸.

Макар и по-рядко, категорията нетипични актове се ограничава единствено и само до актове, които не са предвидени в Договорите, или единствено до актове, които не са предвидени в чл. 288 ДФЕС⁹. Има и автори, които наред с понятието нетипични актове или актове извън номенклатура, използват и понятието *soft law*. Доколкото в своя генезис то е присъщо на англосаксонската правна доктрина, а оттам и на международното право, като обичайно се използва за означаване на актове, които нямат правнообвързващо действие, това понятие не може да се използва за обозначаване на всички нетипични актове, а единствено на тази част нетипични актове, които нямат правно действие¹⁰.

1.3. Може да се обобщи, че актовете от категорията на нетипичните актове могат да бъдат конкретно наименувани по най-различен начин. Практиката досега очертава богата палитра от наименования – процедурни правилници, междуинституционални споразумения, декларации, резолюции, съобщения, меморандуми, програми, ръководни насоки, Бели книги, Зелени книги, пътни карти, етични кодекси и др. Това, което ги определя като категория източници на правото на ЕС, не е тяхното конкретно наименование, а обстоятелството, че те не са предвидени в общата номенклатура на актовете по чл. 288 ДФЕС¹¹. Една част от тези актове не са правнообвързващи актове в същинския смисъл. Други могат да имат правнообвързващо действие или да проявят правен ефект, въпреки че не са правнообвързващи актове. Ако изхождаме от класическото разбиране за източник на правото, според което

⁷ Вж. RIDEAU, Joël. Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes. 5^{ème} édition. Paris: L.G.D.J., 2006, c. 171 et seq. ISAAC, Guy, Marc BLANQUET. Droit général de l'Union européenne, 9^{ième} éd. Sirey, 2006, p. 227 et seq.

⁸ Вж. MARTUCCI, Francesco. Droit de l'Union européenne. Op. cit., p. 458 et seq.

⁹ Вж. BOUTAYEB, Chahira. Droit institutionnel de l'Union Européenne. Institutions, ordre juridique, contentieux, 5^{ième} éd. Paris: L.G.D.J, L'extenso éditions, 2018, p. 538 et seq.; PESACTORE, Pierre. L'Ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire. Bruxelles: Bruylant, 2006, p. 126 et seq.

¹⁰ Вж. ZILLER, Jacques. Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea. Milano: Il Mulino, 2013, p. 572.

¹¹ Вж. KOVAR, Robert. Actes juridiques communautaires unilatéraux. Actes juridiques communautaires unilatéraux. – In: Répertoire communautaire Dalloz, vol. 1, p. 9.

това понятие означава „формите, под които се раждат правните норми“¹², формите, под които се установяват задължителни правила за поведение¹³, или формите, от които произтичат правни норми¹⁴, то като източници на правото можем да разглеждаме единствено правнообвързващите нетипични актове. Същевременно в практиката на институциите на ЕС се приемат и редица нетипични актове, които нямат правнообвързващо действие, но имат съществено значение за приемането или прилагането на други правнообвързващи актове, поради което значението им за функционирането на правната система на ЕС не може да бъде игнорирано. Тази втора категория нетипични актове можем да определим като *soft law*, доколкото те разкриват в същността си основната характеристика на актовете на *soft law* така, както обичайно се разбира това понятие в доктрината – инструменти, които целят да ориентират поведението на определен кръг субекти, без същевременно да проявяват същинско правнообвързващо действие¹⁵.

2. Нетипични актове, предвидени в Учредителните договори

2.1. Различни разпоредби на Учредителните договори предвиждат приемането на актове извън общо предвидените източници в чл. 288 ДФЕС. Така например в уредбата на основните институции на ЕС е предвидено приемането на процедурен правилник относно организацията на дейността и подробните правила на функционирането на всяка от тях¹⁶. Процедурните правилници на институциите са правнообвързващи актове, които съдържат общоприложими правила, определящи за законното упражняване на правомощията им¹⁷. В някои случаи в процедурните правилници на институ-

¹² FONTAINE, Michelle, Robert CAVALERIE, Jacques-André HASSENFORDER, Marie-Paul SCHNEIDER. Dictionnaire de droit. Paris: Foucher, с. 455.

¹³ CABRILLAC, Rémy (dir.). Dictionnaire du vocabulaire juridique. 2^e édition. Éditions du Juris Classeur. Paris: Litec, 2004, р. 362.

¹⁴ Вж. ТАШЕВ, Росен. Обща теория на правото. Основни правни понятия. София: Сиби, 2007, с. 23 et seq.

¹⁵ Вж. подробно относно правната същност и значението на актовете на т.нар. *soft law* в правото на ЕС, РУСЧЕВ, Иван. Правна същност и място на актовете на *Soft Law* в правото и юриспруденцията на съдилищата на Европейския съюз. – В: *Soft Law* и съвременното право. София: Сиби, 2017, с. 268 и сл.

¹⁶ Вж. чл. 232, чл. 235, пар. 3, чл. 240, пар. 3 и чл. 249, пар. 1 и чл. 253, ал. 6 ДФЕС.

¹⁷ По смисъла на практиката на Съда на ЕС нарушаването на процедурния правилник може да се разглежда като съществено процесуално нарушение, което влече недействителност на приет в разрез с правилника акт, вж. LEFEVRE, Silvère. Les actes atypiques communautaires. Bruxelles: Bruylant; CERIC, 2006, с. 146. Решение от 23 февруари 1988 г., Обединено кралство срещу Съвета, 68/86, ECLI:EU:C:1988:85, т. 48–49.

ците са установени и нормативни разрешения, приложими към държавите членки или към частноправни субекти. Така например както в процедурния правилник на Европейския парламент, така и в процедурния правилник на Съда на ЕС или на Общия съд се съдържат разпоредби, които са приложими по отношение на частноправни субекти. В случай на спор относно спазването на предвидените в процесуалните правилници на институциите правила, на разпоредбите на правилниците на общо основание могат да се позовават другите институции и държавите членки, докато частноправните субекти могат да се позовават на евентуални нарушения на разпоредби, които им предоставят права или установяват защита в тяхна полза¹⁸.

2.2. Член 295 ДФЕС предвижда възможността Европейският парламент, Съветът и Комисията да сключват междуинституционални споразумения, за да организират по общо съгласие реда и условията за взаимодействие при упражняване на функциите правомощията си. Според визираната разпоредба тези споразумения могат да имат обвързващ характер. В действителност междуинституционалните споразумения са роден в практиката нетипичен източник, който по смисъла на юриспруденцията на Съда на ЕС може да има правнообвързващо действие, ако такава е била общата воля на институциите, сключили споразумението. Според практиката на Съда с такива споразумения могат да се допълват предвидените в Учредителните договори условия на упражняване правомощията на институциите, в частност в случаите, когато тези правомощия са преплетени и водят до приемането на общ акт – законодателен акт, бюджет, международни споразумения и др.¹⁹ Преценката относно наличието на правнообвързващо действие на междуинституционалните споразумения следва да се прави *ad casum*, като намерението на институциите да се обвържат със задължителни правила следва да се преценява с оглед съдържанието на споразумението и конкретните му формулировки²⁰.

¹⁸ Вж. Решение от 7 май 1991 г., *Nakajima All Precision*, C-69/89, ECLI:EU:C:1991:186, т. 50. Решение от 15 юни 1994 г., *Комисията срещу BASF e.a.*, C-137/92 P, ECLI:EU:C:1994:247, т. 72–76.

¹⁹ Такива споразумения са например *Accord interinstitutionnel, du 6 mai 1999, entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission sur la discipline budgétaire et l'amélioration de la procédure budgétaire*, JOCE, 18.06.1999, № 172; *Déclaration commune du 4 mars 1975 par laquelle il est institué une procédure de concertation entre le Parlement et le Conseil applicable pour les actes qui ont des implications financières notables*, JOCE, 22.04.1975, № 89; *Déclaration commune du Parlement européen, du Conseil et de la Commission, du 4 mai 1999, sur les modalités pratiques de la nouvelle procédure de codécision (article 251 du Traité instituant la Communauté européenne)*, JOCE, 28.05.1999, № C 148.

²⁰ Вж. Решение от 27 септември 1988 г., *Гърция срещу Съвета*, 204/86, ECLI:EU:C:1988:450; Решение от 19 март 1996 г., *Комисията срещу Съвета*, C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114, т. 49–50; Решение от 12 май 1998 г., *Обединено кралство срещу Комисията*, C-106/96, ECLI:EU:C:1998:18, т. 5 и 26.

2.3. Уредбата в материята на общата външна политика предвижда прие­мането на определен кръг решения, които не могат да се разглеждат като актове по общата номенклатура на актовете по чл. 288 ДФЕС:

– чл. 26, пар. 1 ДЕС посочва, че Европейският съвет приема решения, като определя стратегическите интереси и общите насоки на Общата външ­на политика и политиката на сигурност (ОВППС);

– чл. 26, пар. 2 ДЕС определя, че Съветът разработва ОВППС, като оп­ределя решения, необходими за прие­мането и прилагането на тази политика;

– чл. 28, пар. 1 ДЕС определя, че Съветът приема решения с оглед пред­прие­мането на оперативни действия, необходими в рамките на развитието на международната обстановка;

– чл. 29 ДЕС предвижда, че Съветът приема решения, които определят подхода на Съюза по отделен въпрос от географско или тематично естество;

– чл. 42, пар. 4 ДЕС предписва, че решенията, свързани с общата поли­тика за сигурност и отбрана, се приемат от Съвета;

– чл. 43, пар. 2 ДЕС посочва, че Съветът приема решения за мисии из­вън територията на ЕС с цел поддържането на мира, предотвратяването на конфликти и укрепването на международната сигурност;

– чл. 46 ДЕС предвижда, че Съветът приема решения за установяване на постоянно структурирано сътрудничество в материята на ОПСО и учас­тие на държавите членки в него.

Предвид на чл. 24, пар. 1 ал. 2 ДЕС и чл. 275 ДФЕС решенията, при­емани в ОВППС, не се прилагат по общия режим, на който са подчинени актовете по чл. 288 ДФЕС. Съгласно чл. 24, пар. 1, ал. 2 ОВППС е предмет на специфични правила и процедури, като Съдът на ЕС не е компетентен по отношение на прилагането на разпоредбите от обхвата на тази област и актовете, приети въз основа на тях, с изключение на това да се произ­нася относно евентуалното нарушаване на общата интеграционна уредба, закрепена в ДФЕС с актове на ОВППС, както и да контролира законност­та на актове, с които се налагат ограничителни мерки на частни лица по съображения за външна политика и политика на сигурност²¹. Това конкрет­но предполага, че решенията, приемани в рамките на ОВППС, не могат да проявят същото юридическо действие, каквото имат решенията по чл. 288 ДФЕС, макар те да разкриват някои общи характеристики с тях. Макар да обвързват държавите членки и те да са длъжни да осигурят прилага-

²¹ Вж. Решение от 24 юни 2014 г. Парламентът срещу Съвета, C-658/11, ECLI:EU:C:2014:2025, т. 69–73; Становище 2/13 от 18 декември 2014 г., ECLI:EU:C:2014:2454, т. 252–257; Решение от 28 март 2017 г., Rosneft, C-72/15, ECLI:EU:C:2017:236, т. 60–68.

нето им по силата на принципа на лоялно сътрудничество, изпълнението на тези решения не може да бъде предмет на контрол по реда, предвиден в чл. 258–260 ДФЕС. Иначе казано, тяхното действие не е скрепено с възможността изпълнението на тези решения да се гарантира чрез общия способ за санкциониране нарушаването на правото на ЕС от държавите членки. От друга страна, въпросът дали решенията в областта на ОВППС се характеризират с примат спрямо вътрешноправната уредба не е изрично изяснен досега в практиката на Съда на ЕС. Доколкото се приемат въз основа на разпоредби на ДЕС, макар и по реда на особени процедурни правила, тези актове са част от общата европейска уредба и с оглед на чл. 4, пар. 3 ДЕС, както и с оглед спазване на съответните разпоредби на ДЕС, по прилагането на които са приети, те следва да имат примат над вътрешното право. Конкретните задължения на националните органи, произтичащи от принципа на примат на актовете и нормите на ЕС, биха могли да се проявят обаче само по отношение на актовете, определящи налагането на ограничителни мерки на частни лица, или на актовете, които се прилагат чрез последващи вътрешноправни мерки с правнообвързващо действие²². Що се отнася до възможността решенията, приемани в рамките на ОВППС, да проявят директен ефект, доколкото директният ефект се свързва с възможността актовете или нормите на правото на ЕС да са непосредствен източник на права и задължения в правната сфера на частноправните субекти, а прилагането на решенията на ОВППС предполага приемане на последващи мерки на равнището на ЕС или на държавите членки, то следва да се приеме, че актовете, приемани в особения режим на външната политика на ЕС, не проявяват такова действие²³.

2.4. В Договорите са предвидени изрично и други форми на произнасяне на институциите, които не са изрично свързани с номенклатурата на актовете по чл. 288 ДФЕС. Така например:

– в чл. 68 ДФЕС е предвидено Европейският съвет да определя стратегическите насоки на законодателното и оперативното планиране в Пространството на свобода, сигурност и правосъдие;

²² Вж. Решение по делото *Rosneft*, C-72/15, цит., т. 71. Доколко изискванията, свързани с принципа на примат, ще могат да се приложат в дадена конкретна хипотеза, разбира се, зависи и от това дали във вътрешното право ще бъдат предвидени ефективни способи на контрол за законност над националните мерки по прилагане на решенията от обхвата на ОВППС. Доколкото по прилагането на актовете на ОВППС, с които не се налагат ограничителни мерки, не съществува контрол пред Съда на ЕС, ефективното им действие е поставено изцяло в полето на преценка на държавите членки.

²³ *Ibid.*

- в чл. 121, пар. 2, ал. 1 ДФЕС е предвидено, че Съветът приема общи насоки на икономическите политики на държавите членки и на Съюза;
- в чл. 121, пар. 2, ал. 2 ДФЕС е предвидено, че Европейският съвет приема заключение относно общите насоки за икономическите политики на държавите членки и на Съюза;
- в чл. 148, пар. 2 ДФЕС е предвидено, че Съветът приема ежегодно основни насоки относно политиките по заетостта.

Чрез този вид произнасяния институциите следва да очертават определени общи насоки на политика и действия, които впоследствие биват реализирани чрез приемане на последващи актове на европейско или национално равнище, без същевременно да съществува строга релация на обвързаност между приетите общи насоки и последващите актове по тяхната реализация. Предвид на естеството на произнасянето на институциите във визираните хипотези е възможно тези форми на произнасяне да се разглеждат като нетипични актове.

3. Нетипични актове, непредвидени в Учредителните договори

3.1. Наред с изрично уредените в Договорите актове на институциите, които се отклоняват от предвидените форми на произнасяне по чл. 288 ДФЕС, в практиката са възникнали и други форми на произнасяне на институциите, които не отговарят на никой предвиден в първичноправната уредба акт. Така например в редица случаи Европейската комисия приема съобщения, насоки, инструкции, Парламентът и Съветът – резолюции и декларации, Европейският съвет – заключения. Сравнителният преглед на практиката на Съда относно нетипичните актове в правото на ЕС позволява да се заключи, че Съдът не изключва като общо положение възможността институциите да приемат актове, които не са изрично уредени в Учредителните договори²⁴. Същевременно ако такива актове са приети от една или друга институция, те могат да бъдат предмет на съдебен контрол, ако са предназначени да породят правни последици²⁵. Законосъобразността и правните последици от приемането на такива актове са обусловени от зачитането на две основни изисквания:

²⁴ ISAAC, Guy, Marc BLANQUET. *Droit général de l'Union européenne*, 9ième éd. Op. cit., p. 229.

²⁵ Решение по дело 22/70, Комисията срещу Съвета, цит., т. 42; Решение от 8 април 1992 г., Wagner, C-94/91, ECLI:EU:C:1992:181, т. 16 и 17; Решение от 16 юни 1993 г., Франция срещу Комисията, C-325/91, ECLI:EU:C:1993:245, т. 8 и 9; Решение от 20 март 1997 г., Франция срещу Комисията, C-57/95, ECLI:EU:C:1997:164, т. 7–10.

– нетипичният акт да не е приет в хипотеза, в която Договорите или акт на производното право изрично предвиждат приемането на други вид акт;
– да бъдат спазени общите изисквания за законност на актовете на институциите²⁶.

3.2. Според висшата интеграционна юрисдикция наименованието на един акт не е абсолютно определящо за неговата правна квалификация²⁷. Не е абсолютно определяща и процедурата, по която един акт е приет²⁸. Наред с наименованието и процедурата, с които се характеризира приемането на един акт, за да се преценят естеството и последиците от акта, следва винаги да се държи сметка за неговия предмет и за неговото съдържание²⁹. В тази логика, изправен пред спорове относно действителността на актове, приети от някоя институция извън изрично предвидените в Договорите форми, в които институциите могат да се произнасят, Съдът процедира да преценява *ad casum* законността на съответния акт и евентуалното наличие на правно-обвързващо действие. Така например преди междуинституционалните споразумения да бъдат изрично уредени в чл. 295 ДФЕС, Съдът на ЕС приема, че такива споразумения могат да бъдат сключвани между институциите на Съюза и че при определени условия те могат да породят правнообвързващо действие³⁰. В спорове в материята на регулиране на държавните помощи Съдът е приемал, че установени от Европейската комисия чрез писмо и меморандум правила по прилагане на първичноправната уредба също могат да имат обвързващо действие³¹. Същевременно Съдът изрично е изключил наличието на правнообвързващо действие или правен ефект при декларациите, които не намират израз в нормативното съдържание на правнообвързващи актове, както и на вътрешните инструкции на Европейската комисия. Що се отнася до декларациите, приемани от някоя институция във връзка с правнообвързващ акт, по които тя се произнася, висшата интеграционна

²⁶ Решение от 9 октомври 1990 г., Франция срещу Комисията, 366/88, ECLI:EU:C:1990:348, т. 7–11; Решение от 13 ноември 1991 г., Франция срещу Комисията, C-303/90, ECLI:EU:C:1991:424, т. 7–11; Решение по дело Франция срещу Комисията, C-57/95, цит., т. 25; Решение от 29 април 2004 г., Гърция срещу Комисията, C-278/00, ECLI:EU:C:2004:239, т. 98; Решение от 5 октомври 2000 г., Германия срещу Комисията, C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537, т. 62; Решение от 7 март 2002 г., Италия срещу Комисията, C-310/99, ECLI:EU:C:2002:143, т. 52.

²⁷ Решение от по дело Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a., 16/62 и 17/62, ECLI:EU:C:1962:47.

²⁸ Решение от 29 януари 1985 г., Binderer, 147/83, ECLI:EU:C:1985:26, т. 14.

²⁹ Решение от по дело Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes e.a., 16/62 и 17/62, цит.

³⁰ Решение от 19 март 1996 г., Комисията срещу Съвета, C-25/94, ECLI:EU:C:1996:114, т. 49–51.

³¹ Вж. Решение от 24 март 1993 г., CIRFS e.a. срещу Комисията, C-313/90, ECLI:EU:C:1993:111, т. 34–36.

юрисдикция е посочила: „...такава декларация не може да бъде взета предвид при тълкуване на разпоредба на производното право, когато [...] съдържанието на декларацията не намира никакъв израз в текста на съответната разпоредбата и поради това няма правно значение“³².

3.3. По отношение на вътрешните инструкции, насоки, указания и други подобни форми на произнасяне, ориентиращи дейността на административните структури на Комисията или друга институция на ЕС, Съдът е приел, че по принцип този род документи не пораждаат правни последици и не създават права или задължения в правната сфера на трети лица. Такива форми на произнасяне според Съда не представляват следователно актове, които сами по себе си пораждаат правно основание за обжалване по чл. 263 ДФЕС, в случаите, когато администрацията на съответната институция се отклони от тях³³. В отклонение от това общо положение обаче следва да се подчертае, че са налице случаи, в които висшата интеграционна юрисдикция е определяла, че подобни вътрешни инструкции са противопоставими на съответната институция, която ги е приела, като могат да представляват противоположен акт³⁴ или да имат обвързващо за нея действие при приемане на последващи правнообвързващи актове³⁵. В логиката на практиката на Съда подобни форми на произнасяне на институциите, ориентиращи дейността на подчинените им административни структури, могат да породят правен ефект, когато са публично оповестени и имат индикативен характер относно съдържанието на правна уредба, която тези институции прилагат спрямо трети лица. В такава хипотеза институциите не могат да се отклонят от дадените насоки относно прилагането на съответната уредба, без да обосноват надлежно причините за това. По думите на Съда на ЕС: „[ако] според постоянната съдебна практика една вътрешна инструкция или мярка от вътрешен характер като процедурни правила, определени от Комисията, не може да бъде разглеждана като уредба, съдържаща правни норми, които администрацията е обвързана винаги да спазва, тя установява практика на ориентиращи правила за поведение, от които администрацията не може да се отклони, без да посочи причините, които налагат това, тъй като противното представлява нарушение на принципа на равно третиране“³⁶.

³² Решение от 26 февруари 1991 г., Antonissen, C-292/89, ECLI:EU:C:1991:80, т. 18.

³³ Вж. Решение по дело Франция срещу Комисията, 366/88, цит., т. 9; Решение от 6 април 2000 г., Испания срещу Комисията, C-443/97, ECLI:EU:C:2000:190, т. 30–33.

³⁴ Решение по дело Франция срещу Комисията, 366/88, цит., т. 10–12;

³⁵ Решение от 30 януари 1974 г., Louwage срещу Комисията, 148/73, ECLI:EU:C:1974:7, т. 12; Решение от 9 октомври 1984 г., Adam e.a. срещу Комисията, 80 до 83/81 и 182 до 185/82, ECLI:EU:C:1984:306, т. 22.

³⁶ Решение по дело Adam e.a. срещу Комисията, 80 до 83/81 и 182 до 185/82, цит., т. 22.

3.4. Особен интерес представлява практиката на Съда относно съобщенията на Европейската комисия. Съобщенията на Европейската комисия са вид информационни документи, чрез които Комисията извършва различни дейности в кръга на функциите си, които не са насочени към пораждаването на преки правни последици³⁷. Така например чрез съобщенията Комисията установява т.нар. ръководни насоки в материята на защита на конкуренцията и държавните помощи. Според практиката на Съда на ЕС макар да нямат правнообвързващ характер, тези насоки са от значение при упражняване на правомощията на контрол, които Европейската комисия има в материята на конкуренцията и регулиране на държавните помощи³⁸. Съобщенията на Европейската комисия, чрез които се тълкува правната уредба или се заявяват нормотворчески намерения, се срещат често и в други области на обща политика на ЕС, като вътрешния пазар, земеделието, защитата на околната среда и др.³⁹

В общ порядък се открояват няколко основни групи съобщения на Европейската комисия:

– съобщения, чрез които се очертават насоки за бъдеща политика или се излагат законодателни намерения – от тази категория са например Белите и Зелените книги на Комисията⁴⁰;

³⁷ Вж. MELCHIOR, Michel. Les communications de la Commission. Contribution à l'étude des actes communautaires non prévus par les traités. – In: Mélanges Fernand Dehousse. La construction européenne. Vol. 2. Nathan-Labor, Paris-Bruxelles, 1979, p. 274 et seq; Вж. също DE SADELEER, Nicolas. Les actes hors nomenclature et le soft law européen. – In: Les sources du droit revisités. Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gerard, François Ost, Michel van de Kerchove (dir.). Vol. 1. Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 2012, p. 272.

³⁸ Вж. Решение от 5 октомври 2000 г., Германия срещу Комисията, C-288/96, ECLI:EU:C:2000:537, т. 59–64.

³⁹ Вж. LEFEVRE, Silvère. Les actes atypiques communautaires. Op. cit., p. 260 et seq.

⁴⁰ Зелените книги са практика, заимствана от британската политическа традиция, в рамките на която политическите документи, представяни от правителството пред парламента, се наричат *Green papers*. В практиката на Европейската комисия Зелените книги правят преглед на определена проблематика от значение за ЕС и поставят на обсъждане необходимостта от определени мерки и регулация в съответната проблематика. Те са насочени към консултирането на заинтересованите в съответната проблематика субекти с оглед формиране на окончателна позиция и конкретни предложения за политики и правна уредба от страна на Комисията. С оглед на това Зелените книги могат да бъдат определени като подготвителни документи, които се използват от Европейската комисия за целите на упражняване на правомощията ѝ в нормотворческия процес. Белите книги са израз на аналогичен подход в работата на Европейската комисия. Чрез приемането на Бяла книга в определена проблематика Комисията обикновено оповестява политиката, която смята да следва в съответната проблематика, и заявява на законодателните си намерения в по-дългосрочен план. Вж. SENDEN, Linda. *Soft Law in European Community Law*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 124 et seq.

– съобщения, чрез които се изразява становище по отделни въпроси от обхвата на компетентност на Комисията или по определени въпроси на политиките на ЕС⁴¹;

– съобщения, чрез които се прави се преглед на нормативната уредба или се тълкува неофициално правната уредба или практиката на Съда на ЕС по определени въпроси⁴².

Предвид на това, че макар като общо правило да нямат правнообвързващо действие, доколкото в редица случаи съобщенията на Европейската комисия се отнасят до тълкуване или прилагане на правната уредба на ЕС, Съдът на ЕС поддържа, че при определени условия те могат да имат правен ефект. Такъв правен ефект може да бъде налице, ако чрез съобщение Комисията е дала тълкуване на правната уредба и в частност на правомощия, които тя има по нейното прилагане, като по този начин е ограничила своята свобода на преценка. Според практиката на Съда на ЕС в такава хипотеза чрез приетите съобщения Комисията създава оправдани правни очаквания за частноправните субекти, които попадат под защитата, която осигурява принципът на правна сигурност, и съответно могат да бъдат противопоставени на Европейската комисия при спор относно последващ правнообвързващ акт, който е приела⁴³. Отклоняването на Комисията от дадени от нея чрез съобщение тълкувания на правната уредба, която прилага, може да представлява и нарушение на принципа на равно третиране, включително и в отношенията на Европейската комисия с държавите членки⁴⁴.

Може да се обобщи, че по смисъла на практиката на Съда на ЕС, когато разполага с право на свободна преценка при прилагане на нормативна уредба на Съюза, Комисията може да установява допълнителни правила по прилагането на тази уредба чрез приемането на съобщения или други, сродни на съобщенията форми на произнасяне, които не са правнообвързващи актове. Като тълкува собствените си правомощия и уредбата, която е овластена да прилага, Комисията ограничава свободата си на преценка и е обвързана в последващите правнообвързващи актове, които приема, да зачита дадените от нея тълкувания на нормативната уредба⁴⁵. Тя би могла

⁴¹ В някои източници на доктрината тези съобщения се определят като информационни съобщения – вж. MATTERA, Alfonso. *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*. Paris: Jupiter, 1988, p. 28 et seq.

⁴² Тези съобщения обикновено се определят като тълкувателни съобщения. Вж. MATTERA, M. *Le marché unique européen, ses règles, son fonctionnement*. Op. cit., с. 28 et seq.

⁴³ Вж. относно възможността за позоваване на подобен акт на Комисията Решение от 24 февруари 1987 г., Deufil, 310/85, ECLI:EU:C:1987:96, т. 20–22.

⁴⁴ Решение от 14 юли 2016 г., Kotnik e.a., C-526/14, ECLI:EU:C:2016:570, т. 35–40.

⁴⁵ Решение от 2 декември 2010 г., Holland Malt срещу Комисията, C-464/09 P, ECLI:EU:C:2010:733, т. 46–53.

да се отклони от дадени чрез съобщение тълкувания на собствените си правомощия и на нормативната уредба, която прилага, ако надлежно мотивира това в даден отделен случай, ако е приела и оповестила последващо тълкуване в друг смисъл или ако е налице изрично тълкуване на Съда на ЕС в друг смисъл⁴⁶. По думите на Съда:

„[209.] Съдът вече е постановил, произнасяйки се по отношение на мерки от вътрешен характер, приети от администрацията, че макар да не могат да бъдат определени като правни норми, които администрацията е винаги обвързана да спазва, те все пак представляват правила на практиката, от които администрацията не може да се отклонява в отделен случай, без да обоснове причини за това, съвместими с принципа на равно третиране. Такива мерки представляват акт с общ характер, чиято недействителност може да бъде инвокирана от длъжностни лица и други засегнати служители в подкрепа на искане за обявяване на недействителни на индивидуални мерки, приети въз основа на тях (вж. решение от 15 януари 2002, *Libéros v Commission*, C-171/00 P, т. 35).

210. Тази юриспруденция се прилага на още по-голямо основание за правила за поведение, които имат за цел да породят външни последици [извън сферата на институцията, която ги е приела], каквато е хипотезата с ръководните насоки по отношение на икономическите оператори.

211. Като приема такива правила за поведение и като съобщава чрез тяхното публикуване, че ще ги прилага занапред по отношение на случите, до които те се отнасят, въпросната институция се самоограничава в упражняването на своите правомощия на свободна преценка и не може да се отклони от тези правила под страх да в противния случай не бъде санкционирана за нарушаването на общите принципи на правото, като равенството в третирането или защитата на оправданите правни очаквания. Следователно не може да се изключи, че при определени условия и с оглед на тяхното съдържание такива правила за поведение, които имат общ характер, могат да породят правни последици⁴⁷.

3.5. От значение е също да се подчертае, че с оглед на досега развитата практика на Съда на ЕС не може да се изключи възможността за ангажиране на отговорността на ЕС за вреди, причинени на частноправни субекти от институция на ЕС чрез приемане на нетипични актове, които не

⁴⁶ Вж. Решение от 13 февруари 2003 г., Испания срещу Комисията, C-409/00, ECLI:EU:C:2003:92, т. 69. Вж. също Решение от 7 ноември 2007 г., Германия срещу Комисията, T-374/04, ECLI:EU:T:2007:332, т. 31; Решение от 18 май 2006 г., Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients срещу Комисията, C-397/03 P, ECLI:EU:C:2006:328, т. 19–25.

⁴⁷ Решение от 28 юни 2005 г., Dansk Røringindustri срещу Комисията, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P до C-208/02 P и C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408, т. 209–211.

разкриват правнообвързващо действие. Така например Съдът е приел, че Комисията може да въведе в заблуждение частноправни субекти чрез приемането на нетипичен акт, който тълкува неправилно нормативната уредба на ЕС, като по този начин им причини вреди⁴⁸. Приемането на нетипичен акт, който дава неправилно тълкуване на норми на правото на ЕС, може да доведе до ангажиране отговорността на Съюза за вреди, доколкото то представлява нарушение на принципа на защита на оправданите правни очаквания, допуснато при упражняване на функциите и правомощията на съответната институция. Подобно нарушение би позволило ангажиране на отговорността на ЕС, ако са налице всички необходими елементи за прилагане на института на извъндоговорната отговорност на Съюза⁴⁹.

Интерес представлява и въпросът възможно ли е да се ангажира отговорността на ЕС за вреди, причинени на частноправни субекти в резултат на отклоняване на някоя от институциите на Съюза, натоварени с нормотворчески правомощия, от предварително заявени чрез нетипичен акт нормотворчески намерения. Подобна хипотеза е разгледана от Съда на ЕС в делото *Compagnie Continental France* срещу Съвета⁵⁰. В него висшата интеграционна юрисдикция по същество допуска ангажирането на извъндоговорната отговорност на ЕС за вреди, причинени частноправен на субект поради отклоняване на нормативната уредба от предварително оповестени нормотворчески намерения, които имат за цел да ориентират поведението на икономическите оператори, макар да отхвърля иска в конкретната хипотеза поради липса на пряка причинно-следствена връзка⁵¹.

⁴⁸ Решение от 27 октомври 1987 г., *Noûouox* срещу Комисията, 176 и 177/86, ECLI:EU:C:1987:461, т. 5, 11–14. Делото има за предмет спор между служители на Европейската комисия и Комисията по повод на отказ да бъде изплатено ретроактивно обезщетение за извършени разходи за наемане на жилище при изпълнение на служебните задължения в град, различен от седалището на институцията. Служителите претендират да им бъдат изплатени разходи за жилище, ползвано през минал период от време, доколкото те не са упражнили правото си да искат изплащане на обезщетението, тъй като са били въведени в заблуждение относно това чрез предоставен им *Vade-Mecum* на Комисията, според съдържанието на който те не са имали такова право. Съдът приема, че е налице противоправно причиняване на вреда, доколкото Комисията действително е приела и предоставила на засегнатите лица нетипичен акт, който дава погрешно тълкуване на правната уредба, като същевременно не е направила необходимо то, за да поправи своевременно допуснатото чрез неправилното тълкуване положение.

⁴⁹ Вж. в същия смисъл *LEFEVRE, Silvère. Les actes atypiques communautaires. Op. cit., 275–280.*

⁵⁰ Решение от 4 февруари 1975 г., *Compagnie Continentale France* срещу Съвета, 169/73, ECLI:EU:C:1975:13. Делото е свързано с предявен от френско дружество иск за обезщетяване на вреди, причинени поради отклоняване на Съвета на ЕС от предварително оповестени чрез резолюция нормотворчески намерения при приетата впоследствие нормативна уредба.

⁵¹ *Ibid.*, т. 17–32.

3.6. Макар и в редки случаи висшата интеграционна юрисдикция е признавала и наличието на правнообвързващо действие на някои съобщения или сродни на тях нетипични актове, доколкото съдържанието им излиза извън обхвата на вече съществуващи актове на европейската правна уредба, а от друга страна, са насочени към пораждање на правни последици. Така например Съдът на ЕС постановява, че приети от Комисията насоки в материята на регулиране на държавните помощи могат да бъдат обвързващи за държавите членки, що се отнася до условията на разрешаване на помощи, които те предоставят⁵². Налице са и случаи, в които висшата интеграционна юрисдикция е обявявала за противоправни актове съобщения, приети от Европейската комисия, доколкото те излизат извън тълкуването на съществуваща правна уредба и целят да определят настъпването на правни последици отвъд предвидените в акта, предмет на неофициално тълкуване⁵³.

3.7. Право да се позовават на нетипичните актове имат субектите, за които те пораждат правомерни или неправомерни правни последици, както и тези субекти, за които необвързващи нетипични актове пораждат правен ефект, макар да нямат формално правнообвързващо действие. Това могат да бъдат както субекти, които са изрично определени като адресати на съответния акт, така и субекти, спрямо които се прилага правната уредба на Съюза, във връзка с която съответните нетипични актове са приети. Позоваването на нетипичните актове може да има за предмет както оспорване законността на съответния акт, така и противопоставянето му на институцията или институциите, приели акт с оглед на неговото спазване или с оглед приемане и прилагане на други правни актове в съответствие с дадените в нетипичния акт тълкувания или заявените в него намерения⁵⁴. То може да бъде свързано с тълкуване на норми от правото на ЕС, към съдържанието на които съответният нетипичен акт има отношение. В практиката на Съда е установено също, че необвързващите нетипични актове могат да бъдат предмет на преюдициално запитване⁵⁵. В случаите, в които с нетипични актове се тълкуват разпоредби на правото на ЕС, Съдът на ЕС не е обвързан от възприетото от друга

⁵² Решение от 15 октомври 1996 г., *IJssel-Vliet Combinatie*, C-311/94, ECLI:EU:C:1996:383, т. 44; Решение от 24 март 1993 г., *CIRFS e.a. c.* Комисията, C-313/90, цит., т. 24–36.

⁵³ Вж. Решение по дело Франция срещу Комисията, C-325/91, цит., т. 14–31.

⁵⁴ Вж. в същия смисъл *LEFEVRE, Silvère. Les actes atypiques communautaires*. Op. cit., p. 313 et seq.

⁵⁵ Вж. Решение по дело *Wagner*, C-94/91, цит., т. 16 и 17; Вж. също *LENAERTS, Koen, Dirk ARTS, Robert BRAY. Procedural Law of the European Union*. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 233.

институция неофициално тълкуване⁵⁶. Когато обаче е налице хипотеза на правнообвързващ нетипичен акт, с който дадена институция е определила допълнителни правила за упражняване на своите правомощия, или чрез нетипичен акт дадена институция е тълкувала свои правомощия, по отношение на които тя разполага с право на свободна преценка, Съдът би следвало да зачита допълнителните правила, които институцията сама е извела, или самоограничаването на правото на свободна преценка, което произтича от възприетото чрез нетипичен акт неофициално тълкуване⁵⁷. Същевременно във връзка със спорове, свързани с налагането на санкции за нарушения на правото на ЕС, висшата интеграционна юрисдикция изрично е определила, че Съдът и Общият съд не са обвързани от метода на определяне на размера на санкциите, посочен в съобщения на Европейската комисия⁵⁸.

В заключение следва да се има предвид, че с оглед на разпоредбите на чл. 296 ДФЕС някои автори поддържат, че след влизане в сила на Договора от Лисабон институциите би следвало да ограничат използването на нетипични актове⁵⁹. До настоящия етап Съдът на ЕС не е възприел подобен прочит на първичноправната уредба, макар подобни съображения вече да са навеждани пред него⁶⁰. Подобна позиция на висшата интеграционна юрисдикция е разбираема предвид на това, че чл. 296 ДФЕС се отнася изрично до законодателните актове, а не до всички правнообвързващи актове. От друга страна, приемането на нетипични актове вече е широко разпространена практика, която съответства на определени особености на институционалната система на ЕС, функционираща при приемане на актове между различни институции при участието на широк кръг институционални и неинституционални субекти, както и на специфичния ред на прилагане на правото на ЕС между европейските институции и органите на държавите членки.

⁵⁶ Решение от 20 ноември 2002 г., *Lagardère et Canal+* срещу Комисията, T-251/00, ECLI:EU:T:2002:278, т. 113.

⁵⁷ Решение от 5 ноември 1997 г., *Ducros* срещу Комисията, T-149/95, ECLI:EU:T:1997:165, т. 64.

⁵⁸ Решение от 18 септември 2003 г., *Volkswagen* срещу Комисията, C-338/00 P, ECLI:EU:C:2003:473, т. 147; Решение от 4 юли 2000 г., *Комисията срещу Гърция*, C-387/97, ECLI:EU:C:2000:356, т. 89.

⁵⁹ MARTUCCI, Francesco. *Droit de l'Union européenne*. Paris: Dalloz, 2017, с. 459.

⁶⁰ Решение от 17 септември 2013 г., *Съветът срещу Парламента*, C-77/11, ECLI:EU:C:2013:559.

Приемането на нетипични актове е предпоставено и от възприетия след 2000 г. нов подход на регулиране в рамките на институционалната система на ЕС, насочен към ограничаване на нормативната намеса, по-широко приобщаване на заинтересованите субекти и техни представителни структури към определянето на необходимите нормативни разрешения на равнището на ЕС и използването на различни форми на съвместна регулация и саморегулация⁶¹.

Използването на нетипични актове има своята оправданост и доколкото позволява да се гарантира ефективното прилагане на многообхватната уредба на ЕС в различни области на обществени отношения, като актовете на правната уредба на европейската интеграция се свържат с относимата съдебна практика на Съда на ЕС и правото на Съюза се представи по систематизиран и достъпен начин за субектите, спрямо които се прилага.

Появата и развитието на тази особена категория актове, както и широкото им използване от институциите на ЕС са още едно проявление на оригиналността на правната система на европейската интеграция, което красноречиво изразява прагматизма и ефективността, които от първите дни на интеграционния процес определят неговите правни форми и практиката по тяхното приложение. Този прагматизъм и ефективност, поставени в основата на правния порядък на ЕС, изискват регулирането на отношенията, влизайки в обхвата на европейската интеграция, да не бъде ограничавано до строго формализираните инструменти с правно-обвързващо действие, а да се ползват също подобни гъвкави и отворени форми на произнасяне на институциите на ЕС. Предвид на това, може основателно да се предполага, че независимо от измененията по чл. 296 ДФЕС, нетипичните актове със сигурност ще останат често срещан и значим способ на действие, чрез който институциите на европейската интеграция ще продължат да упражняват възложените им в рамките на ЕС функции.

⁶¹ European governance – A white paper, COM (2001) 428 final, (2001/C 287/01). – In: Official Journal of the European Communities, 12.10.2001; Accord interinstitutionnel “Mieux légiférer”, ОВ, С 321, 31.12.2003; Програма за действие за намаляване на административния товар в Европейския съюз, COM (2007) 0023; Разумно регулиране в Европейския съюз, COM (2010) 543. Вж. също DE SADELEER, Nicolas. Les actes hors nomenclature et le soft law européen. – In: Les sources du droit revisités. Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, Philippe Gerard, François Ost, Michel van de Kerchove (dir.). Vol. 1. Bruxelles: Presses de l’Université Saint-Louis, 2012, 255–256.

СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОГО ПРАВА РОССИИ: ОТ «БУКВЫ» КОНСТИТУЦИИ ДО АКТОВ ТОЛКОВАНИЯ¹

Доц. Евгений Аничкин, д.ю.н
*Заведующий кафедрой конституционного и международного права
Алтайский государственный университет (г. Барнаул, Россия)*

THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNATIONAL AND DOMESTIC LAW OF RUSSIA: FROM THE “LETTER” OF THE CONSTITUTION TO ACTS OF INTERPRETATION

Associate Professor, Doctor of Law Evgeny Anichkin
*Head of the Department of Constitutional and International Law
Altai State University (Barnaul, Russia)*

Abstract. The evolution of the norms of the Constitution of the Russian Federation on the relationship between international and domestic law in decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation and the Supreme Court of the Russian Federation is considered. Specific examples show the deviation of acts of interpretation from the literal meaning of the constitutional norm. The conclusion was made that the considered acts of interpretation are based on several key ideas: an emphasis on the unconditional priority of the Constitution of the Russian Federation, the need to distinguish between the normative content of an international treaty and acts of official interpretation of its norms, respect for international law with a simultaneous desire to preserve the constitutional identity of Russia.

Keywords: *constitution, international treaty, Constitutional Court of the Russian Federation, Supreme Court of the Russian Federation, official interpretation*

¹ Материал подготовлен при финансовой поддержке РФФИ в рамках научного проекта № 20-511-18002 «Иерархия и координация источников права в национальных правовых системах России и Болгарии».

Процессы интернационализации российского права, получившие свой импульс ещё в середине 90-х гг. прошлого столетия, стали одной из явных закономерностей развития отечественной правовой системы в постсоветский период. Несмотря на суверенитет Российского государства и самобытность национально-правовой системы нашей страны следует констатировать, что она испытывает заметное влияние международного права. Такое состояние обусловлено рядом факторов, в том числе общей тенденцией глобализации современного мира, стремлением России к усилению интеграции с зарубежными странами, а также положениями ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, способствующими консолидации наднационального и внутригосударственного права. При этом общее усложнение в последние годы международной обстановки, активная антироссийская санкционная политика и попытки изолировать нашу страну на международной арене сохранили в целом указанную закономерность развития отечественного права, но с некоторыми, обусловленными временем, коррективами.

В тоже время очевидно, что интернационализация в некоторых случаях может вступать в конфликт с государственным суверенитетом России и стремлением к обеспечению неприкосновенности основ конституционного строя и национальных интересов, сохранению правовой самобытности страны. Поэтому почти за 28 лет действия Конституции РФ конституционная практика, представленная правовыми позициями Конституционного суда РФ, Верховного суда РФ и текущим законодательством, частично отклонилась от «буквы» Конституции РФ, внесла некоторые важные нюансы в понимание конституционных положений о соотношении международного и внутреннего права.

В ч. 4 ст. 15 Конституции РФ установлено важнейшее положение: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Как видно, Конституция РФ исходит из включенности общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров в правовую систему России и приоритета (примата) последних над внутренним законодательством. Данный подход не является оригинальным и в настоящее время наблюдается во многих зарубежных странах (например, Франция, Бельгия, Швейцария, Чехия, Польша, Украина). Также он наблюдается в ч. 4 ст. 5 действующей Конституции Болгарии 1991 года.

Тем не менее однозначное, на первый взгляд, содержание указанной нормы, обусловило необходимость её смысловых уточнений в ходе раз-

вития конституционной практики. В связи с этим просматривается определённая эволюция в понимании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, не всегда совпадающая с буквальным смыслом этой конституционной нормы.

1) Конституционное правило ч. 4 ст. 15 Конституции РФ о приоритетном применении международного договора в случае противоречия его норм с нормами закона сформулировано и воспринимается как абсолютное, хотя практика выявила несколько исключений из него. Такого рода исключения вносят смысловые коррективы в указанную конституционную норму и сужают сферу её действия.

Во-первых, приоритет международного договора не распространяется на Конституцию РФ как основной закон государства, обладающий высшей юридической силой в рамках правовой системы России (ч. 1 ст. 15 Конституции РФ). Так, в Постановлении Конституционного суда РФ от 14 июля 2015 г. № 21-П было сформулировано две значимых правовых позиции по этому вопросу:

– Россия не вправе заключать международные договоры, не соответствующие Конституции РФ, а правила международного договора, если они нарушают конституционные положения, не могут и не должны применяться в ее правовой системе;

– постановления и правовые позиции Европейского суда по правам человека являются составной частью российской правовой системы, но подлежат реализации в рамках этой системы только при условии признания высшей юридической силы именно Конституции Российской Федерации².

Во-вторых, на соотношение международных договоров и внутренних нормативных правовых актов большое влияние оказывает уровень юридической силы международного договора. Как известно, Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» проводит различия между межгосударственными, межправительственными и межведом-

² Постановление Конституционного суда РФ „По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона „О международных договорах Российской Федерации“, частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы“ от 14.07.2015 №21-П – В: Собрание законодательства РФ, 2015, № 30, с. 4658.

ственными договорами (п. 2 ст. 3)³. Их дифференциация обусловлена не только различием в органах, заключающих договор, но разным уровнем юридической силы нормативных правовых актов, посредством которых договоры имплементируются в правовую систему России: межгосударственные договоры, как правило, в форме федерального закона о ратификации, а межправительственные и межведомственные договоры, напротив, – в форме соответствующих подзаконных нормативных актов. Следовательно, положения межгосударственного договора обладают более высокой юридической силой (а значит первичным применением), чем закон, в то время как иные международные договоры приоритетны лишь по отношению к нормативным правовым актам правительственного или ведомственного уровней. Данная правовая позиция нашла отражение в Постановлении Пленума Верховного суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» (п. 8)⁴.

В-третьих, приоритет международного договора действует по-разному в зависимости от порядка его реализации. Как известно, по данному критерию договоры подразделяются на самоисполнимые и несамоисполнимые. Самоисполнимый договор не требует издания внутригосударственных нормативных правовых актов для его применения и регулирует общественные отношения непосредственно. Действие несамоисполнимого договора зависит от принятия необходимых внутренних нормативных правовых актов, в связи с чем оно находится в зависимости от национального нормотворчества. Этот нюанс нашёл отражение в указанном п. 5 и 6 Постановления Пленума Верховного суда РФ от 10 октября 2003 г. Так, международные договоры, нормы которых предусматривают признаки составов уголовно наказуемых деяний, не могут применяться судами непосредственно, поскольку такими договорами прямо устанавливается обязанность государств обеспечить выполнение предусмотренных договором обязательств путем установления наказуемости определенных преступлений внутренним (национальным) законом (например, Единая конвенция о наркотических средствах 1961 года, Международная конвенция о борьбе с захватом заложников 1979 года, Конвенция о борьбе с незаконным захватом воздушных судов 1970 года). В связи с этим Пленум Верховного суда РФ уточняет:

³ Федеральный закон от 15.07.1995 № 101-ФЗ „О международных договорах Российской Федерации“. – В: Собрание законодательства РФ, 1995, № 29, с. 2757.

⁴ Постановление Пленума Верховного суда РФ от 10.10.2003 № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». – В: Российская газета, 2003, 2 декабря.

«международно-правовые нормы, предусматривающие признаки составов преступлений, должны применяться судами Российской Федерации в тех случаях, когда норма Уголовного кодекса Российской Федерации прямо устанавливает необходимость применения международного договора Российской Федерации (например, статьи 355 и 356 УК РФ)»⁵. Иными словами, приоритет незаключенного международного договора в течение некоторого времени может быть не реальным, а номинальным.

2) В одном из своих решений Конституционный суд РФ сформулировал правовую позицию о необходимости разграничивать нормативное содержание международного договора с участием России и акты официального толкования его норм. В Постановлении от 14.07.2015 г. № 21-П Суд отметил: «не исключается ситуация, когда международный договор с участием Российской Федерации первоначально соответствовал Конституции РФ, но впоследствии посредством одного лишь толкования был содержательно конкретизирован таким образом, что вступил в противоречие с положениями Конституции Российской Федерации; речь в таких случаях идет не о действительности или недействительности для России международного договора в целом, а лишь о невозможности соблюдения обязательства о применении его нормы в истолковании, приданном ей уполномоченным межгосударственным органом в рамках рассмотрения конкретного дела»⁶. В данной позиции просматривается существенное уточнение первоначального смысла конституционной нормы, фактическое привнесение в ее смысл новой составляющей.

Через полтора года после этого Конституционный суд вывел более конкретную правовую позицию по такому же вопросу в Постановлении от 19.01.2017 г. № 1-П. В соответствии с ней «Конституционный суд Российской Федерации не может поддержать данное Европейским судом по правам человека толкование положений Конвенции о защите прав человека и основных свобод, если именно Конституция РФ (в том числе с учётом её истолкования Конституционным судом РФ) более полно по сравнению с

⁵ Там же.

⁶ Постановление Конституционного Суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статьи 1 Федерального закона «О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней», пунктов 1 и 2 статьи 32 Федерального закона "О международных договорах Российской Федерации", частей первой и четвертой статьи 11, пункта 4 части четвертой статьи 392 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 13, пункта 4 части 3 статьи 311 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации, частей 1 и 4 статьи 15, пункта 4 части 1 статьи 350 Кодекса административного судопроизводства Российской Федерации и пункта 2 части четвертой статьи 413 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы" от 14.07.2015 №21-П. – В: Собрание законодательства РФ, 2015, № 30, с. 4658.

соответствующими положениями Конвенции в их понимании Европейским судом по правам человека обеспечивает защиту прав и свобод человека и гражданина»⁷. Как видно, Суд обособляет случаи, когда Основной закон устанавливает более высокий стандарт защиты прав и свобод личности в сравнении с международным договором в его официальной интерпретации уполномоченным наднациональным органом.

Позднее в 2020 г. на основании названной правовой позиции Конституционного Суда РФ были внесены поправки к Конституции России. Отныне ст. 79 дополнена положением, в соответствии с которым «решения межгосударственных органов, принятые на основании положений международных договоров Российской Федерации в их истолковании, противоречащим Конституции Российской Федерации, не подлежат исполнению в Российской Федерации».

3) Преобразующее значение по отношению к ч. 4 ст. 15 Конституции РФ имеет правовая позиция Конституционного суда РФ, содержащаяся в Постановлении от 05.02.2007 № 2-П. В нем, в частности, указано: «обще-признанные принципы и нормы международного права являются не только составной частью правовой системы России, но и имеют приоритет перед внутренним законодательством»⁸. В тоже время согласно буквальным положениям ч. 4 ст. 15 Конституции РФ речь идет о приоритете по отношению к законам только международных договоров РФ. Налицо расширение первоначального смысла конституционной нормы.

Итак, активное осмысление и смысловое развитие конституционного текста высшими судебными органами свидетельствует о том, что международно-правовой сегмент в рамках российской правовой системы занимает солидное место и находится в постоянной и тесной коммуникации с внутригосударственной правовой компонентой. Несмотря на разную содержательную направленность обозначенных правовых позиций Конституционного суда РФ и Верховного суда РФ, их объединяет несколько общих моментов: акцент на безусловном приоритете Конституции РФ, разгра-

⁷ Постановление Конституционного суда РФ «По делу о разрешении вопроса о возможности исполнения в соответствии с Конституцией Российской Федерации постановления Европейского суда по правам человека от 31 июля 2014 года по делу ОАО «Нефтяная компания «ЮКОС» против России» в связи с запросом Министерства юстиции Российской Федерации" от 19.01.2017 №1-П. – В: Сборник законодательства РФ, 2017, № 5, с. 866.

⁸ Постановление Конституционного суда РФ «По делу о проверке конституционности положений статей 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 381, 382, 383, 387, 388 и 389 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации в связи с запросом Кабинета Министров Республики Татарстан, жалобами открытых акционерных обществ «Нижнекамскнефтехим" и «Хакасэнерго», а также жалобами ряда граждан» от 05.02.2007 № 2-П. – В: Сборник законодательства РФ, 2007, № 7, с. 932.

ничество нормативного содержания международного договора с участием РФ и актов официального толкования его норм, уважительное отношение к международному праву с одновременным стремлением к сохранению конституционной самобытности России в условиях усиливающегося наднационального правового воздействия. Во многом этой мотивацией и обусловлено большинство указанных правовых позиций высших судебных органов, выступающих охранителями незыблемых основ российского права, среди которых суверенитет и высшая юридическая сила Конституции России. Ради этой высокой цели акты толкования в отдельных случаях демонстрируют отдаление от буквального текста Конституции РФ и в то же время выступают попытками ее адаптации к изменяющимся правовым реалиям.

ВЪПРОСИ НА ОБРАТНОТО ДЕЙСТВИЕ НА ЗАКОНА В ПРАКТИКАТА НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД

Проф. Екатерина Матеева, дн
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

SOME ISSUES OF THE LEGISLATIVE RETROACTIVITY IN THE CASE-LAW OF THE CONSTITUTIONAL COURT

Prof. Ekaterina Mateeva, Dr. Habil.
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. This article focuses on the concept of retroactive application of the new law within the meaning of established case-law of the Bulgarian Constitutional Court. It is emphasized upon the circumstance that the Bulgarian Constitution does not contain a general prohibition on attributing a retroactive effect of the law, in the absence of an explicit legislative guidance to the contrary (e.g. sec. 5, para 3 of the Constitution). The Constitutional Court finds that the principle stating that laws should have prospective effect should be derived from the rule of law as a constitutional principle (art. 4, para 1 of the Constitution). The present article examines the cases in which the Constitutional Court finds that the prohibition of the retroactive effect of the law is applicable in cases of retroactivity ‘strictu sensu’, where the trust in the stability of the legal system, legal certainty and acquired substantive rights are violated. According to the recent Constitutional Court’s case-law the retroactive effect of the law is incompatible with the rule of law whenever it: (a) violates the legal certainty and predictability of the legal framework as the main characteristics of the rule of law; (b) infringes or takes away rights already legally acquired or creates obligations and, in general, (c) affects the legitimate expectations of individuals and legal entities by altering pre-existing legal arrangements by reversing its effect back to the original date of the creation of legal relationships arising under prior legal provisions. The Constitutional Court has adopted the view that according to the principle of protection of legitimate expectations, related to legal certainty, legislative changes that are sudden, unexpected and disproportionate to constitutional standards must not be allowed.

Keywords: *retroactive effect of the law; Constitutional Court; legislative retroactivity ‘strictu sensu’; new law altering pre-existing legal arrangements beginning with the effective date of the new law; the rule of law (Rechtsstaat)*

I. Няколко предварителни думи

През изминалите три десетилетия Конституционният съд (КС) имаше многократно поводи да се произнесе относно юридическите признаци на обратното действие на закона и предпоставките за неговата допустимост. В редица свои решения, постановени на основание чл. 149, ал. 1, точка 2 от Конституцията (КРБ) по искане за установяване на противоконституционност на различни законодателни актове на Народното събрание, КС обоснова възгледа за съществуването на два вида ретроактивност на закона: *същинска (strictu sensu)* и *несъщинска*¹, и даде израз на различното си отношение към тяхната допустимост и условията за това. Съобразяването на това официално тълкуване предпоставя изясняване на възприетия от КС критерий за разграничение между тези два вида обратното действие на закона, а това на свой ред налага да бъдат проследени, макар и в най-едри щрихи, правните възгледи, под чието влияние се прокарва тезата за същинската и несъщинска ретроактивност на закона. Поради широтата на темата и необходимостта от съобразяване с изискванията относно обема на материала тук се обсъждат само някои по-важни положения и тълкувателни изводи относно ретроакцията на закона и незабавното му действие върху висящи неприключени правоотношения, възприети в богатата практика на конституционната ни юрисдикция, а в отделно изложение се прави опит за аналитично проследяване на позитивноправните разрешения и теоретични възгледи, повлияли върху концепцията на КС за двата вида ретроактивност на закона и различните предпоставки за тяхната допустимост в условията на правовата държава (чл. 4, ал. 1 от КРБ).

II. Основни положения в практиката на КС относно темпоралното действие на нормативните актове според установения от Конституцията правопорядък

Като изходна позиция КС приема, че поначало законът действа за в бъдеще и се прилага по отношение на факти и обстоятелства, които възникват след влизането му в сила. Правилото за действието на закона за в бъдеще КС извежда от принципа за правовата държава (върховенство

¹ Вж. най-общ преглед на практиката на КС по този въпрос у Шуманов, Виктор. Основни аспекти на принципа на правовата държава, относими към изискванията за съдържанието и действието на законовите разпоредби, според юриспруденцията на Конституционния съд на Република България. Точка XVII (достъпна на <http://gramada.org>, 1.10.2019 г.).

на правото)² по смисъла на Преамбюла и на чл. 4, ал. 1 от КРБ, а също и с аргумент от противното от разпоредбата на чл. 14, ал. 1 от Закона за нормативните актове (ЗНА), който допуска обратна сила да бъде придавана на правна норма само по изключение и само изрично. Правилото за действието на закона за в бъдеще е в съответствие и с разпоредбата на чл. 5, ал. 5 от КРБ, според което всички нормативни актове се публикуват и влизат в сила три дни след обнародването им, освен когато в тях е определен друг срок³. Повелята, че законовите норми действат занапред, се схваща като важна юридическа гаранция за предвидимостта на правния ред и като елемент от правната сигурност в качеството им на съществена характеристика на понятието за правовата държава⁴. От систематичното място в Глава първа „Основни начала“ на КРБ, което конституционният законодател е избрал за забраната за обратно действие на наказателния закон⁵ (чл. 5, ал. 3 от КРБ) и за разпоредбата на чл. 5, ал. 5 от КРБ, КС прави извод, че в основополагащо принципно положение е въздигната необходимостта адресатите на правните норми да съобразяват поведението си с предписанията на закона като гаранция, че държавата, към която принадлежат, е правова. Щом правовата държава означава еднакво подчиняване на всички субекти на действащия

² Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.). Това гледище е потвърдено и в най-новата практика на КС, но освен за „правова държава“ в него се говори за върховенство на правото като конституционен принцип по чл. 4, ал. 1 от КРБ – Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

³ Вж. точка IV от мотивите на Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г. (обн. ДВ, бр. 27 от 25.03.2014 г.). С Определение № 93 от 12.03.2021 г. по ч. адм. д. № 56/2021 г. на Административен съд – Видин, е прието, че е налице обратно действие на нормативния акт (наредба, приета от общинския съвет на основание чл. 8 от ЗНА във връзка с чл. 21, ал. 2 ЗМСМА) в хипотезата, при която общинският съвет е допуснал „предварително изпълнение на решението си за приемане на наредбата“, т.е. допуснал е по същество тя да произвежда регулативно действие, преди да е влязла в сила според правилата на КРБ, ЗНА и др. Струва ми се, че решаващият съдебен състав не е съобразил, че под обратно действие на нормативния акт не се разбира той да поражда регулативно действие още докато тече нормотворческият процес, т.е. още докато нормативният акт е в процес на приемане, преди изобщо да е обнародван по предвидения за това законов ред. Доктрината е изяснила, че „не се касае за обратно действие в смисъл, че законът се счита влязъл в сила не най-рано в деня на своето обнародване, а от един момент, който предшества неговото обнародване“. Вж. Фаденхехт, Йосиф. Българско гражданско право. Обща част. Отдел I: Обективно право, 1929. София, Фототипно издание, 1992, с. 140.

⁴ Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

⁵ В Решение № 12 от 13. октомври 2016 г. по конст. д. № 13/2015 г. (обн. ДВ, бр. 83 от 21.10.2016 г.) КС е имал повод да изтъкне, че в областта на наказателното право правната сигурност означава и относителна стабилност и последователност в законодателната уредба на наказателната репресия. Обратното затруднява субектите на правото да открият валидното правило към даден момент и спрямо това да осмислят своето поведение.

правопорядък⁶, то законът със съдържащите се в него правни предписания трябва да може да ръководи поведението на всеки правен субект⁷.

В практиката си КС изхожда от разбирането, че с КРБ не е въведена обща и с принципен характер забрана за придаване на обратно действие на новия закон във всички области на правото⁸. Законодателят е компетентен по преценка за законодателна целесъобразност да изменя правната уредба с оглед настъпили съществени изменения в обществените отношения, стига преходът да е плавен и да не засяга придобити субективни права⁹. Придаването на ретроактивен ефект на закона може да бъде обосновано със съображения за публичен интерес, особено ако става дума за правни норми, приети в процес на трансформиране на ценностния фундамент на обществото¹⁰. Законодателят е властен да определи свободно въпроса за границите на действие на законите във времето и по отношение на правоотношенията, които са възникнали при действието на отменения закон, но ще бъдат решени при действието на новия закон¹¹. За да действа новият материален

⁶ В този дух вж. Решение № 12 от 13 октомври 2016 г. по конст. д. № 13/2015 г. (обн. ДВ, бр. 83 от 21.10.2016 г.).

⁷ Решение № 8 от 27 май 2021 по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

⁸ Така изрично в мотивите на Решение № 8 от 27 май 2021 по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.). Но в Решение № 11 от 9 юли 1996 г. по конст. д. № 10 от 1996 г. (обн. ДВ, бр. 61 от 19.07.1996 г., попр. ДВ, бр. 87 от 15.10.1996 г.) КС е изразил едно по-различно виждане, а именно че поначало в българското право забраната за обратно действие на законите е общ принцип, който се извлича от понятието за правова държава (арг. от преамбюла и чл. 4, ал. 1 от КРБ). В разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от КРБ този принцип е изразен изрично само за наказателните закони. По отношение на другите закони изрична конституционна норма няма, но това не означава, че принципът е изключен за тях. Въпреки че той не е деклариран позитивно, както това е сторено например в чл. 2 от френския Граждански кодекс (ГК), неговото съдържание може да се извлече с аргумент за противното от чл. 14, ал. 1 ЗНА – „Обратна сила на нормативен акт може да се даде само по изключение, и то с изрична разпоредба“. Тази норма на ЗНА има характер на обществен ред и следва да се прилага служебно от правоприлагащите органи. Общо правило за автоматично обратно действие на новоприети правни норми няма. Обратното действие на правна норма може да бъде въведено само по изключение и само изрично. Обратното действие не може да се въведе по тълкувателен път, тъй като това би означавало намеса на правоприлагащ орган в правомощията на законодателя. Само последният е компетентен да каже дали новата уредба засяга факти и правоотношения, възникнали и приключили осъществяването си преди нейното влизане в сила.

⁹ Решение № 8 от 27 юни 2017 г. по конст. д. № 1/2017 г. (обн. ДВ, бр. 56 от 11.07.2017 г.). В същото време КС изрично е имал повод да подчертае, че няма как да бъде спазен принципът на върховенство на правото, ако законът може да бъде пренаписван според обстоятелствата, без да бъдат съобразени конституционно установените принципи и ценности, с които е обвързано обществото по негова собствена воля – така Решение № 12 от 13 октомври 2016 г. по конст. д. № 13/2015 г. (обн. ДВ, бр. 83 от 21.10.2016 г.).

¹⁰ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (Обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.)

¹¹ Точка IV от мотивите на Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.

граждански закон спрямо възникналите и приключили преди влизането му в сила материалноправни отношения, е необходимо законодателят изрично да им придаде обратна сила (арг. от чл. 14, ал. 1 от ЗНА)¹².

КС е имал случай да изтъкне, че принципът за правната сигурност не обуславя съществуването на забрана за изменение на нормативната уредба изобщо. Правомощието по приемане, изменение и отмяна на законите се включва в компетентността на законодателния ни орган според чл. 84, точка 1 от КРБ и той разполага при упражняването му с определена дискреционна власт¹³, стига в съответствие с принципа за защита на оправданите правни очаквания и правната сигурност да не се стига до внезапни, непредвидими и непропорционални на конституционните стандарти законодателни промени¹⁴. Посочената граница не бива да бъде прекрачвана, тъй като предвидимостта на правното регулиране е признак на правната сигурност, а оттук и на самото понятие за правова държава¹⁵. Необходимостта от предвидимост и стабилност на правната уредба се схваща в смисъла, който произтича от практиката на Европейския съд по

¹² Трайната съдебна практика приема, че изменението на закона не води до автоматично преуреждане на заварените правоотношения, нито има автоматично обратно действие, което е изключение и съобразно разпоредбата на чл. 14, ал. 1 от ЗНА следва да е изрично посочено – в този смисъл Решение № 700/11.04.2017 г., постановено по тър. № 692/2017 г. по описа на СГС; Решение № 16/19.01.2017 г., постановено по т.д. № 22/2017 г. на Бургаски окръжен съд; Решение № 199 ОТ 16.06.2017 г. по т. д. № 151/2017 г. на Окръжен съд – Стара Загора и др.

¹³ Вж. Решение № 9 от 1 юни 2010 г. по конст. д. № 4/2010 г. (обн. ДВ, бр. 44 от 11.06.2010 г.); Решение № 9 от 16 юни 1999 г. по конст. д. № 8/1999 г. (обн. ДВ, бр. 57 от 25 юни 1999 г.); Решение № 3 от 10 април 2003 г. по конст. д. № 22/2002 г. (обн. ДВ, бр. 36 от 18 април 2003 г.); Решение № 3 от 22 февруари 2010 г. по конст. д. № 18/2009 г. (обн. ДВ, бр. 36 от 18 април 2003 г.); Решение № 6 от 27 април 2010 г. по конст. д. № 16/2009 г. (обн. ДВ, бр. 35 от 11.05.2010 г.); Решение № 15 от 19 декември 2013 г. по конст. д. № 19 от 2013 г. (обн. ДВ, бр. 1 от 3.01.2014 г.).

¹⁴ Вж. така Решение № 8 от 27 юни 2017 г. по конст. д. № 1/2017 г. (обн. ДВ, бр. 56 от 11.07.2017 г.). В практиката си КС е имал нееднократно повод да се произнесе, че принципът на пропорционалността като мерило за конституционно допустима намеса на държавата в материята на конституционните права допуска тяхното ограничаване, но само за защита на друга конституционна ценност или конституционно оправдана цел – така Решение № 20 от 14 юли 1998 г. по конст. д. № 16/1998 г. (обн. ДВ, бр. 83 от 21.07.1998 г.); Решение № 1 от 26 март 2002 г. по конст. д. № 17/2001 г. (обн. ДВ, бр. 35 от 5.04.2002 г.); Решение № 15 от 21.12.2010 г. по конст. д. № 9/2010 г. (обн. ДВ, бр. 5 от 14.01.2011 г.); Решение № 2 от 31 март 2011 г. по конст. д. № 2/2011 г. (обн. ДВ, бр. 32 от 19.04.2011 г.); Решение № 14 от 4 ноември 2014 г. по конст. д. № 12/2014 г. (обн. ДВ, бр. 95 от 18.11.2014 г.); Решение № 2 от 12 март 2015 г. по конст. д. № 8/2014 г. (обн. ДВ, бр. 23 от 27.03.2015 г.); Решение № 7 от 17 септември 2019 г. по конст. д. № 7/2019 г. (обн. ДВ, бр. 75 от 24.09.2019 г.).

¹⁵ Решение № 10 от 13 септември 2012 г. по конст. д. № 15/2011 г. (обн. ДВ, бр. 73 от 25.09.2012 г.).

правата на човека (ЕСПЧ), като присъщата на върховенството на закона необходимост да се поддържа основателно доверие на гражданите в държавата и в създадения от нея правопорядък¹⁶.

Когато се приема нов закон или се изменя и допълва действащ нормативен акт, възможно е за в бъдеще да се променят обхватът и условията за упражняване на законово регламентирани права и свободи; възможно е те да отпаднат и вместо тях или заедно с тях да се предвидят нови субективни права и правни задължения. Законодателят не може да бъде ограничен завинаги да не променя законоустановени права и свободи, защото в противен случай не би могъл да адаптира обективния правопорядък към изменящите се обществени отношения. С оглед на това на Народното събрание, когато действа в рамките на конституционно определената му законодателна компетентност, следва да се признае възможността чрез изменение на действащото законодателство да преследва определена политическа и икономическа целесъобразност, наложена от променените социално-икономически условия в обществото в условията на преход, и те сами по себе си не подлежат на контрол за конституционност¹⁷.

Следвайки тази линия, КС е имал случай изрично да се произнесе, че обратното действие на закона, с изключение на забраната по чл. 5, ал. 3 от КРБ за търсене на наказателна отговорност за деяние, което не е било обявено за престъпление към момента на извършването му, не е изцяло несъвместимо с принципа на правовата държава, освен когато нарушава правната сигурност и предвидимостта на нормативната уредба като основни характеристики на правовата държава, когато накърнява или отнема вече правомерно придобити субективни права, съответно – когато

¹⁶ Вж. Решение от 22 юни 2004 г. на ЕСПЧ по делото *Broniowski v Poland* (жалба № 31443/96). В § 147 от мотивите решаващият състав е изтъкнал още, че принципът на законността предполага също така приложимите разпоредби на вътрешното право да бъдат достатъчно достъпни, точни и предвидими в прилагането им. В сходен смисъл относно повелята за предвидимост на правната уредба вж. също Решение от 30 май 2000 г. на ЕСПЧ по делото *Carbonara and Ventura v Italy* (жалба № 24638/94); Решение от 24 юни 2014 г. на ЕСПЧ по делото *Azienda Agricola Silverfunghi S.A.S. and Others v. Italy* (жалби № 48357/07, 52677/07, 52687/07).

¹⁷ В този смисъл Решение № 3 от 10 април 2003 г. по конст. д. № 22/2002 г. (обн. ДВ, бр. 36 от 18.04.2003 г.); Решение № 9 от 16 юни 1999 г. по конст. д. № 8/1999 г. (обн. ДВ, бр. 57 от 25.06.1999 г.); Решение № 15 от 19 декември 2013 г. по конст. д. № 19/2013 г. (обн. ДВ, бр. 1 от 3.01.2014 г.); Решение № 3 от 23 февруари 2010 г. по конст. д. № 18/2009 г. (обн. ДВ, бр. 18 от 05.03.2010 г.); Решение № 9 от 1 юни 2010 г. по конст. д. № 4/2010 г. (обн. ДВ, бр. 4 от 11.06.2010 г.); Решение № 11 от 30 април 1998 г. по конст. д. № 10/1998 г. (обн. ДВ, бр. 52 от 8.05.1998 г.); Решение № 6 от 27 април 2010 г. по конст. д. № 16/2009 г. (обн. ДВ, бр. 35 от 11.05.2010 г.) и др.

създава правни задължения, и изобщо, когато води до неблагоприятни последици за заварени случаи¹⁸. Извън тези хипотези придаването на обратно действие на закона не нарушава Конституцията и поначало нейните разпоредби не изключват правомощието на Народното събрание да приема правни норми с обратна сила¹⁹. Макар това да е сравнително по-рядко и принципно нежелателно явление²⁰, доколкото е от естество да засегне сигурността на оборота, все пак възможността да се преуреждат отношенията със закон с обратна сила не може да бъде отречена, защото поначало КРБ не изключва правомощието на законодателния орган да приема норми с обратна сила²¹. С оглед на това разпоредбата на чл. 14, ал. 1 от ЗНА допуска възможността по изключение да се придаде обратна сила

¹⁸ Решение № 7 от 29 септември 2009 г. по конст. д. № 11/2009 г. (обн. ДВ, бр. 80 от 09.10.2009 г.); Решение № 11 от 5 октомври 2010 г. по конст. д. № 13/2010 г. (обн. ДВ, бр. 81 от 15.10.2010 г.); Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г. (обн. ДВ, бр. 91 от 19.11.2010 г.); Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г. (обн. ДВ, бр. 27 от 25.03.2014 г.); Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

¹⁹ Вж. точка IV от мотивите на Решение № 9 от 20 юни 1996 г. на КС по конст. д. № 9/1996 г.; точка IV от мотивите на Решение № 10 от 15 ноември 2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

²⁰ В производството по допускане на касационно обжалване на въззивно решение по чл. 288 ГПК нееднократно е бил повдиган въпрос допустимо ли е ВКС по пътя на тълкуването да придава обратно действие на материалноправна норма, създавайки практика по реда на чл. 290 ГПК, след като законодателят по силата на императивната правна норма на чл. 14, ал. 1 на ЗНА не ѝ е придал такова действие. С Определение № 388 от 13.06.2014 г. по гр. д. № 2922/2014 г., Г. К., I г. о. на ВКС е отказано да се допусне исканото касационно обжалване по този въпрос с аргумента, че „предмет на обжалване не е решение на ВКС, в което да е било изразено подобно становище. Освен това само ОСГК, респ. ОСГТК на ВКС разполагат с правомощието да преценяват правилността на изразено по реда на чл. 290 ГПК от тричленен състав на ВКС становище по приложението на материалноправна или процесуалноправна норма, включително и досежно даденото по този ред тълкуване“. По аналогични въпроси вж. Определение № 318 от 26.05.2014 г. по гр. д. № 2557/2014 г., Г. К., I г. о. на ВКС; Определение № 365 от 09.06.2014 г. по гр. д. № 1384/2014 г., Г. К., I г. о. на ВКС; Определение № 389 от 13.06.2014 г. по гр. д. № 2870/2014 г., Г. К., I г. о. на ВКС; Определение № 612 от 17.11.2014 г. по гр. д. № 5762/2014 г., Г. К., I г. о. на ВКС и др. Заслужава да се отбележи, че на повдигнатия в практиката на касационната инстанция въпрос КС е дал отговор с Решение № 11 от 9 юли 1996 г. по конст. д. № 10 от 1996 г. (обн. ДВ, бр. 61 от 19.07.1996 г., попр. ДВ, бр. 87 от 15.10.1996 г.), в което е приел, че обратно действие на закона не може да се въведе по тълкувателен път, тъй като това би означавало намеса в правомощията на законодателя. Обратното действие на правна норма може да бъде въведено само по изключение и само изрично (арг. от чл. 14, ал. 1 ЗНА).

²¹ В този смисъл се е произнесъл КС в Решение № 7 от 2001 г. по к. д. № 1 от 2001 г., Решение № 9 от 1992 г. по к. д. № 4 от 1992 г., Решение № 18 от 1997 г. по к. д. № 12/1997 г., Решение № 10 от 15.11.2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. и др.

на нормативен акт, като това трябва да стане с изрична норма²²; а обратна сила на нормативен акт, издаден въз основа на друг нормативен акт, може да се даде само ако такава сила има актът, въз основа на който той е издаден (чл. 14, ал. 2 от ЗНА)²³. Наред с провеждането на правилото за действието на нормативните актове за в бъдеще Конституцията допуска възможността това положение да търпи изключения в случаите, при които законодателят счита, че трябва да се определи друг срок за влизане в сила на закона или на отделни негови разпоредби след тридневния срок от обнародването или преди този срок (арг. от чл. 5, ал. 5 от КРБ)²⁴. Доколкото *de lege lata* в нашия правопорядък съществува изрична императивна забрана за придаване на обратно действие на закона, тя е установена *само в отделни разпоредби на КРБ и действащото законодателство* и е обвързана с отрасловоправната специфика на подлежащите на регули-

²² Съдебната практика се придържа стриктно към принципа, че обратна сила на нормативен акт може да се даде само по изключение, и то с изрична разпоредба. С Решение № 6744 от 16.05.2011 г. по адм. д. № 15819/2010 г., III отд. на ВАС решаващият състав е констатирал, че нормативна разпоредба, придаваща изрично обратно действие на приетата през 2009 г. Наредба за условията и реда за установяване на жилищна нужда, в частта относно спазване на условията за настаняване, *не е налице* във вида, в който е приложена от административния орган. Поради това неправилно са преценявани и приложени правни последици спрямо извършени от жалбоподателя разпоредителни действия с недвижими имоти през 1997 г. и 2004 г., предхождащи приемането на посочената наредба. По-долната съдебна инстанция не е отчела, че административният орган е приложил действието и уредбата на подзаконов нормативен акт спрямо факти, настъпили преди неговото издаване, и е издал административен акт в нарушение на материалния закон. По друг повод с Определение № 3302 от 04.10.2016 г. по ч. гр. д. № 4222/2016 г. на Апелативен съд – София е прието, че тъй като застрахователният договор е сключен преди влизане в сила на Кодекса на застраховането (КЗ) от 2016 г., то разглеждането на претенциите във връзка с този договор следва да се осъществи по реда на чл. 226 от отм. КЗ, намиращ се в „Част четвърта“ на отм. КЗ. Аргументът е, че на нормата на чл. 498, ал. 3 от действащия КЗ от 2016 г. не е придадено с изрична разпоредба обратно действие съобразно изискването на чл. 14, ал. 1 ЗНА. По тълкуването на чл. 14, ал. 1 на ЗНА вж. също Решение № 40 от 31.03.2021 г. по адм. д. № 422/2020 г. на Административен съд – Ловеч.

²³ С Решение № 10363 от 13.10.2008 г. по адм. д. № 8368/2008 г., 5 чл. с-в на ВАС решаващият състав е приел правилно, че оспорената разпоредба от подзаконов нормативен акт (§ 11 от ПМС № 49 от 5 март 2007 г. за изменение и допълнение на Наредбата за таксите за използване на летищата за обществено ползване и за аеронавигационно обслужване в Република България, приета с ПМС № 280 от 1998 г. (обн. ДВ, бр. 2 от 1999 г.), издаден по делегация на чл. 122 от Закона за гражданското въздухоплаване (ЗГВ), няма обратно действие, тъй като посочената законова разпоредба, въз основа на която подзаконовият акт е издаден, няма обратна сила. Съгласно чл. 14, ал. 2 на ЗНА обратна сила на нормативен акт, издаден въз основа на друг нормативен акт, може да се даде само ако такава сила има актът, въз основа на който той е издаден.

²⁴ Вж. точка IV от мотивите на Решение № 10 от 15.11.2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

ране отношения²⁵. С разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от КРБ изрична забрана с отраслово ограничено приложно поле е въведена само за материалните наказателноправни норми, които предвиждат нови или по-тежки санкции в сравнение с отменените²⁶. Имат се предвид случаи, при които с новия наказателен закон бъдат инкриминирани определени деяния, които не са били въздигнати в престъпление от наказателния закон в сила към момента на извършването им²⁷, както и установяването на по-тежки по вид и/или размер санкции за деянието в сравнение с тези по стария закон²⁸. Целта е да не се влошава положението на наказателноотговорните лица²⁹. В духа на същата логика императивната разпоредба на чл. 14, ал. 3 от ЗНА не допуска да се дава обратна сила на разпоредби, които предвиждат санкции, освен ако те са по-леки от отменените³⁰. От забраната се обхваща

²⁵ Вж. и Шуманов, Виктор. Цит. съч., т. XVII.

²⁶ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.). В Решение № 12 от 13 октомври 2016 г. по конст. д. № 13 от 2015 г. (обн. ДВ, бр. 83 от 21.10.2016 г.) КС е изтъкнал, че разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от КРБ въвежда принципа на законоустановеност на престъплението. В българското право няма престъпления извън тези, които са уредени в НК. Това се отнася и до престъпленията против човечеството. Няма правна пречка НК да бъде допълнен с нови състави на престъпленията против човечеството, създадени по модела на Римския статут, но те не могат да имат обратно действие съгласно чл. 5, ал. 3 от КРБ. Относно принципа на чл. 5, ал. 3 КРБ *'nullum crimen nulla poena sine lege previa'* като едно от основните положения на правовата държава по чл. 4, ал. 1 КРБ вж. Решение № 3 от 23.02.2010 г. по конст. д. № 18 от 2009 г. (обн. ДВ, бр. 18 от 5.3.2010 г.). Относно принципа на законоустановеност на престъплението и неговата наказуемост, прогласен в разпоредбата на чл. 5, ал. 3 КРБ, вж. и ТР № 2 от 18.06.1999 г. по тълк. н. д. № 2/1998 г., ОСНК на ВКС. Относно значението на принципа за правовата държава за недопускане на обратно действие на наказателноправните норми вж. Belov, Martin, *Constitutional Law in Bulgaria*. Alphen aan den Rijn:Kluwer Law International, 2019, p. 24–25.

²⁷ Така Решение № 8 от 27 май 2021 по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.). Съдебната практика е имала повод да се произнесе, че всеки наказателен закон действа занапред и никой не може да бъде осъден за деяние, което не е било обявено за престъпление по време на осъществяването му (арг. от чл. 5, ал. 3 КРБ) – така Решение № 312 от 16.05.2003 г. по н. д. № 88/2003 г., П н. о. на ВКС.

²⁸ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.); Вж. и Решение № 10 от 15.11.2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

²⁹ Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.

³⁰ В Решение № 4588 от 03.04.2014 г. по адм. д. № 10317/2013 г., V отд. на ВАС решаващият състав е съобразил, че атакуваната норма е със санкционен характер, поради което съгласно чл. 14, ал. 3 на ЗНА обратно действие за нея не може да бъде предвидено, тъй като липсва по-неблагоприятна предходна санкционна норма от този вид, която да е отменена. Вж. и Решение № 2054 от 12.02.2013 г. по адм. д. № 4155/2012 г., V отд. на ВАС; Решение № 14290 от 04.11.2011 г. по адм. д. № 3532/2011 г., I отд. на ВАС; Решение № 16816 от 16.12.2013 г. по адм. д. № 9135/2013 г., VI отд. на ВАС; Решение № 971 от 15.07.2019 г. по адм. д. № 315/2019 г., шести състав на Административен съд – София област и др. От друга страна, в Решение № 2681 от 26.02.2021 г. по адм. д. № 13349/2020 г., I отд. на ВАС

придаването на обратна сила на норми, въвеждащи санкционни последици за действия/бездействия, които според закона към момента на тяхното извършване не са могли да бъдат квалифицирани като противоправни, съответно предвиждането на по-тежки по вид, размер и други характеристики юридически санкции в сравнение с предвидени за съответното деяние според закона към момента на извършването му.

Наред с това КС е имал повод да обоснове по тълкувателен път и недопустимостта на обратното действие на законови разпоредби с друга отрасловоправни принадлежност, които уреждат публичноправни отношения, в частност на новите *материални данъчноправни* норми³¹, както и на законови норми, които обявяват за *държавни* вземания, които не са имали такава правна квалификация въз основа на закона, при действието на който са възникнали³². Още преди десетилетия в Решение № 9 от 20 юни 1996 г. по конст. д. № 9/1996 г.³³ КС е изтъкнал, че данъчният закон действа *ex nunc*, от влизането му в сила занапред, което означава, че нормите, с които се въвеждат данъчни задължения или данъчни утежнения, трябва да бъдат създадени и влезли в сила преди времето, за което се отнасят. С аргумент от чл. 60, ал. 1 от КРБ КС приема, че трябва да се плащат данъци, които са вече *установени*, т.е. определена е цялата данъчна уредба във време, което предхожда съответния данъчен период – месец, година и т.н. Правилото за неретроактивност на данъчната норма се разглежда като проява на консти-

решаващият състав е намерил, че в процесния случай няма нарушение на чл. 14, ал. 3 от ЗНА за придаване на обратно действие на норми, каквото не е изрично посочено. С оспорените *Правила за определяне на размера на подлежащата на възстановяване безвъзмездна финансова помощ при установени нарушения на чл. 27, ал. 6 и 7 от Закона за подпомагане на земеделските производители по мерки от Програмата за развитие на селските райони 2007–2013 г.* е определен единствено размерът на подлежащата на възстановяване изплатена безвъзмездна финансова помощ поради установени нормативни и договорни нарушения при отчитане на степента, тежестта, продължителността и системността на допуснатото нарушение. С оглед на това не може да се приеме, че правилата са материалноправни предпоставка за налагане на подлежащата на възстановяване сума. В тази насока има и влязло в сила Решение № 3618/10.03.2020 г., постановено по адм. д. № 14154/19 г. на ВАС, първо отделение, с което са отхвърлени подадените жалби срещу посочените *Правила*.

³¹ Вж. Стоилов, Янаки. Правните принципи теория и приложение. София: Сиби, 2018, 247–248.

³² Вж. Решение № 22 от 10 декември 1996 г. по конст. д. № 24/96 г. (обн. ДВ, бр. 1 от 3 януари 1997 г.). Относно действието във времето на нормите на финансовото право вж. Пеннов, Сашо. Финансово право. Обща част. Учебен курс. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2021, с. 68 и сл., с. 78 и сл.

³³ Обн. ДВ, бр. 58 от 9.07.1996 г. Делото е образувано по искане за обявяване на противоконституционност на чл. 2, буква "а" от Закона за местните данъци и такси; чл. 6, ал. 1 от Приложение № 1, създадено с § 4 от Закона за изменение и допълнение на Закона за местните данъци и такси, и § 14 от същия закон.

туционните принципи за законността и правовата държава в областта на данъчното право³⁴, а те повеляват, че данъчнозадължените лица трябва да знаят предварително, преди настъпването на финансовата година, видовете данъци и техния размер, които следва да плащат. Принципното положение, че материалният данъчен закон не може да има обратен действие, намиращо недвусмислено потвърждение и в по-новата практика на КС (Решение № 10 на КС от 24.10.2013 г. по конст. д. № 8/2013 г.³⁵). КС е имал случай да подчертае, че правилото за неретроактивност на правните норми трябва да се прилага във всички случаи, когато се цели с новите правни норми ограничаване на субективни права или създаване на задължения за минало време, но то не важи за случаите, когато от новите нормативни актове се придобиват права³⁶. В този дух е и задължителната тълкувателна практика на Върховния административен съд (ВАС). В ТР № 1 от 18 май 2016 г. по тълк. д. № 3/2015 г. Общото събрание на съдиите от I и II колегии на ВАС е имало случай да се произнесе, че новата финансово-правна разпоредба (чл. 124а ДОПК, въведена със ЗИД на ДОПК³⁷, в сила от 15 февруари 2011 г.), уреждаща определянето на задължителни осигурителни вноски при осъществяване на данъчно-осигурителен контрол чрез ревизии при особени случаи, е неприложима за установяването на задължителни осигурителни вноски за периоди преди влизането ѝ в сила. Касае се за материално-правна законова норма, която има действие за в бъдеще, доколкото изрично не ѝ е придадено обратен действие в ЗИД на ДОПК, с която е въведена³⁸.

Що се отнася до обявяването с обратна сила за „*държавни*“ на вземания, които не са имали такава правна квалификация въз основа на закона, при действието на който са възникнали, КС е имал случай да прогласи за противоконституционен Закона за изменение и допълнение на Закона за държавния бюджет за 1996 г., обявяващ за държавни всички вземания от продажбата на природен газ по определени от Министерския съвет цени, доставени по търговски договори, разрешени по съответен ред, както и по международни договори и спогодби за периода на действието им, по които страна е Република България чрез овластения представител „Булгаргаз“ ЕАД³⁹. КС е приел, че целта и ефектът на оспорения закон – да обяви за

³⁴ Вж. точка III от мотивите на Решение № 9 от 20 юни 1996 г. на КС по конст. д. № 9/1996 г.

³⁵ Обн. ДВ, бр. 95 от 1.11.2013 г.

³⁶ Решение № 10 от 15 ноември 2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

³⁷ Обн. ДВ, бр. 14/2011 г.

³⁸ Вж. по-подробно Пенев, Сашо. Финансово право. Цит. съч., 82–83.

³⁹ Решение № 22 от 10 декември 1996 г. по конст. д. № 24/96 г. (обн. ДВ, бр. 1 от 3 януари 1997 г.).

държавни вземания, които не са били третираны като такива до приемането му, разкриват противоречието на този законодателен акт с основното конституционно начало за правовата държава, заложено в разпоредбата на чл. 4, ал. 1 от КРБ. Принципът на правовата държава означава, че основите на правопорядъка, заложи в Конституцията, се отнасят в еднаква степен и за органите на законодателната, изпълнителната и съдебната власт, както и за всички правни субекти. Естествена последица от този принцип е изискването за предварителна законоустановеност на държавните вземания. С още по-голямо основание това се отнася за третирането на дадено вземане в приходната част на държавния бюджет – то трябва предварително да е определено по законен път като „държавно“. КС приема, че оспореният закон е от естество да породи правни последици, които надхвърлят конституционно установените и допустими граници на държавна намеса в частноправната сфера. За юридическите лица частната собственост е условие за тяхната икономическа стабилност, за осъществяване на тяхната дейност и за постигане на целите, за които те са създадени⁴⁰. Частната собственост и на юридическите лица е неприкосновена (арг. от чл. 1 от КРБ). С оглед на това конституционно положение едно частноправно вземане, каквито са вземанията по § 1, ал. 1 от Закона за изменение и допълнение на Закона за държавния бюджет за 1996 г., не може да бъде обявено за държавно. То може да бъде принудително отчуждено, но само при условията на чл. 17, ал. 5 от КРБ при наличие на държавни нужди, които не могат да бъдат задоволени по друг начин и след предварително и равностойно обезщетение.

Сред законовите норми, по отношение на които КС счита за недопустимо каквото и да било отклонение от принципа за действие на закона за бъдеще, са нормите с устройствен и организационно-правен характер⁴¹. В началото на 90-те години КС намери повод да изтъкне, че с оглед съдържанието им и правните отношения, които регулират, устройствените закони могат да имат действие само занапред във времето⁴² и да се прилагат спрямо отношения, които възникват от осъществили се след влизането им в сила фактически състави. Тогава, обявявайки за противоконституционни разпоредбите на § 8 от ПЗР на отм. Закон за съдебната власт (ЗСВ)⁴³,

⁴⁰ Така Решение № 19 от 21 декември 1993 г. по конст. д. № 11/93 г. (обн. ДВ, бр. 4 от 14.01.1994 г.)

⁴¹ Така изрично Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.).

⁴² Решение № 8 от 15 септември 1994 г. по конст. д. № 9/1994 г. (обн. ДВ, бр. 78 от 27.09.1994 г.).

⁴³ Обн. ДВ, бр. 59/1994 г. Съгласно оспорения § 8 от ПЗР на отм. ЗСВ от 1994 г. съдиите и прокурорите, които не отговарят на изискванията за заеманата от тях длъжност, се освобождават от нея с влизането на този закон в сила, а според § 11 с.з. членовете на Висшия

КС постанови, че незабавното прилагане спрямо заварени правоотношения на нововъведените законови изисквания относно продължителността на юридическия стаж, необходим за назначаване на съдии и прокурори, представлява по същество *незачитане на придобитата по чл. 129, ал. 3 от КРБ несменяемост на тези заварени съдии и прокурори*, които не отговарят на установените в ЗСВ нови изисквания за продължителност на общия и специален юридически стаж. Решаващият аргумент в подкрепа на извода за противоконституционност на оспорената разпоредба КС черпи от обстоятелството, че най-важната правна гаранция за независимостта на съдиите, прокурорите и следователите е тяхната несменяемост. Това тясно специално правно качество ги прави независими от другите държавни органи при осъществяване на техните правомощия. Несменяемостта на съдиите, прокурорите и следователите представлява публичноправно качество, което се придобива и изгубва при определени от КРБ условия. При определяне със закон на условията и реда за назначаване и освобождаване от длъжност на съдиите, прокурорите и следователите, съобразно чл. 133 от КРБ законодателят е бил длъжен да се съобрази с конституционно установената гаранция за независимост в чл. 129, ал. 3 от КРБ. Като не е сторил това, законодателят е приел една противоконституционна норма – тази на § 8 от ПЗР на отм. ЗСВ. Що се отнася до аргументите за обявяване на противоконституционност на оспорения § 11 от ПЗР на отм. ЗСВ, КС е изтъкнал, че доколкото прилагането му предпоставя прекратяване дейността на досегашния ВСС, а разпоредбите на чл. 22 от отм. ЗСВ не предвиждат основание за предсрочно прекратяване на мандата на всички членове на ВСС, то нововъведеното изискване за пет години специален юридически стаж за член на ВСС не би могло да бъде основание за прекратяване на органа или на мандата за изборните му членове. Тази норма е от устройствен характер и има действие само напред във времето. Недопустимо е с преходна разпоредба да се нарушава императивно определен мандат⁴⁴.

И в по-ново време КС е имал възможност да потвърди разбирането си, че законите с устройствен характер могат да имат действие само за в бъдеще. В Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г.⁴⁵ КС е обявил за противоконституционна нормата на § 16 от ПЗР на ЗИД на Закона за

съдебен съвет (ВСС) се избират в едномесечен срок от влизането на закона в сила, като определянето на срок за избиране на членовете на ВСС предпоставяше прекратяване дейността на досегашния ВСС, въпреки че това не беше изрично постановено.

⁴⁴ Решение № 8 от 15 септември 1994 г. по конст. д. № 9/1994 г. (обн. ДВ, бр. 78 от 27.09.1994 г.), точка III от мотивите.

⁴⁵ Обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.

националния архивен фонд (ЗНАФ)⁴⁶, съдържащ правила с устройствен характер, които внасят изменения в организационната структура, устройството и органите за управление (правомощията на председателя) на Държавна агенция „Архиви“⁴⁷. Проектозаконът е приет от Народното събрание на 21 юли 2010 г. и е обнародван в „Държавен вестник“, бр. 59 от 31 юли 2010 г., а оспорената пред КС разпоредба на § 16 от ПЗР на ЗИД на ЗНАФ предвижда той да влезе в сила на 12 юни 2010 г., т.е. 48 дни преди обнародването му съобразно правилата на чл. 5, ал. 5 от КРБ. КС е намерил, че е конституционно недопустимо тези норми да внасят изменения в организационната структура, устройството и управлението на правен субект (в случая – юридическо лице на публичното право) преди момента на обнародването на нормативния акт по установения ред. Извън това фактически невъзможно е създаването, реорганизирането, съществуването или осъществяването на правомощия от такава институция или неин орган на управление преди датата на обнародването на съответния нормативен акт⁴⁸. Възможността по изключение и с изрична норма да бъде придадена обратна сила на закон (чл. 14, ал. 1 от ЗНА) означава според КС, че законът ще се приложи по отношение на факти, които са настъпили преди влизането му в сила, независимо дали до този момент са били уреждани от друг закон, или новият закон ще ги въздигне в юридически факти. При обратното действие новият закон, образно казано, се „връща назад във времето“, за да признае ново правно действие на факти (събития, обществени отношения), станали преди неговото влизане в сила. В процесния случай обаче КС е отхвърлил тезата, че с оспорения § 16 от ПЗР се придава ретроактивно действие на нормите на ЗИД на ЗНАФ, тъй като не може да има обратно действие, независимо от основанията за това, в случаите, когато се обявява дата на влизане в сила на закон, предхождаща приемането и обнародването му, с който следва да се създадат нови юридически факти⁴⁹. КС е приел с основание, че при обсъжданата разпоредба

⁴⁶ Обн. ДВ, бр. 59 от 31.07.2010 г.

⁴⁷ Заслужава да се уточни, че с Решение № 8 от 27.05.2010 г. по конст. д. № 2/2010 г. (обн. ДВ, бр. 43 от 08.06.2010 г., в сила от 12.06.2010 г.) КС е обявил ЗИД на ЗНАФ изцяло за противоконституционен, намирайки че оспореният законодателен акт е приет при наличие на нарушения на законодателната процедура (с арг. от чл. 4, ал. 1 и чл. 11, ал. 1 във връзка с чл. 88, ал. 1, изр. второ от КРБ). На 14.06.2010 г. група народни представители внасят нов законопроект вх. № 054-01-55 за изменение на ЗНАФ. Законопроектът, с изключение на § 16 (предмет на конст. д. № 2/2010 г.), засягащ момента на влизане в сила на изменението, повтаря изцяло съдържанието на изменението на ЗНАФ (ДВ, бр. 103/2009), обявено за противоконституционно с Решение № 8 от 27.05.2010 г. на КС. Проектозаконът е приет от Народното събрание на 21.07.2010 г. и обнародван в ДВ, бр. 59 от 31.07.2010 г.

⁴⁸ Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г.

⁴⁹ В този смисъл вж. и Фаденхехт, Йосиф. Цит. съч., с. 140.

на § 16 става въпрос за противоречащо на конституционните повели (чл. 4, ал. 1, чл. 5, ал. 5 и др. от КРБ) действие на законодателния орган „с цел да се легализират за минало време структурни промени, извършени в изпълнение на обявения за противоконституционен ЗИД на ЗНАФ⁵⁰ с Решение № 8 от 27.05.2010 г. по конст. д. № 2/2010 г.⁵¹, в сила от 12.06.2010 г., с оглед на което е прогласил нейната противоконституционност.

Основното приложно поле на обратното действие на закона КС вижда в сферата на гражданското законодателство, като изтъква, че два вида гражданскоправни норми имат винаги обратно действие⁵². На първо място се сочат *тълкувателните норми*⁵³. Според КС на тях е присъщ винаги регроактивен ефект, тъй като те разкриват точния смисъл и съдържание, вложени от законодателя в тълкуваната разпоредба от момента на приемането ѝ⁵⁴. Пример в това отношение би могъл да бъде Законът за тълкуване на чл. 47 от Закона за чужденците в Република България, който е в сила от 27.12.1998 г.⁵⁵,

⁵⁰ Обн. ДВ, бр. 103/2009 г.

⁵¹ Обн. ДВ, бр. 43 от 08.06.2010 г.

⁵² Вж. Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.).

⁵³ Относно компетентността на Народното събрание да тълкува със закон разпоредбите на приети от самия него закони, КС е имал повод да изтъкне, че в глава III от КРБ, посветена на Народното събрание, липсва конституционна норма, която изрично да разрешава или забранява на законодателния орган да тълкува законите. От това, както и от формулираните в чл. 84, т. 1 от КРБ законодателни компетенции, между които да приема, изменя, допълва и отменя законите, следва, че Народното събрание може и да ги тълкува. Последващото поясняване и прецизиране формулировката на законова норма чрез тълкуване така, че ясно да се разбират вложените в нея още при първоначалното ѝ създаване смисъл, обхват и предназначение е възможно, от която няма конституционни причини Народното събрание да бъде лишено. За да се придаде еднаква сила и значимост на тълкувателния акт с тези на тълкувания, необходимо е формата на двата акта да е една и съща – така Решение № 13 от 29 май 2001 г. по конст. д. № 2/2001 г. (обн. ДВ, бр. 51 от 5.06.2001 г.). Относно теоретичния спор по въпроса имат ли тълкувателните норми обратно действие, вж. Русчев, Иван. Нормативните актове източник на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 286 и цитираните там автори. Авторът поддържа, че тълкувателните норми не са същински норми, а разпоредби, които не представляват правила за поведение на правните субекти, тъй като не внасят нищо ново в разпоредбите, които тълкуват. С оглед на това в случая се касае не за обратно, а за нормално действие на тълкуваната разпоредба, което тя притежава още от момента на влизането си в сила.

⁵⁴ Така Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.).

⁵⁵ Обн. ДВ, бр. 153 от 1998 г. В Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. КС е изтъкнал, че разпоредбата на чл. 47 от Закона за чужденците в Република България, предизвикала приемането на оспорвания Тълкувателен закон, е отменена с § 35 от приетия, междувременно и влязъл в сила от деня на обнародването му в ДВ, бр. 42 от 27.04.2001 г. Закон да изменение и допълнение на ЗЧРБ. Не е била постановена отмяна на Закона за тълкуване на чл. 47 ЗЧРБ, предмет на производството пред КС. Предвид посоченото

съгласно параграф единствен от неговите Заключителни разпоредби, този закон за тълкуване има действие от влизане в сила на Закона за чужденците в Република България, макар самият закон за тълкуване да е обнародван в „Държавен вестник“ едва в края на 2000 г. (ДВ, бр. 108 от 29.12.2000 г.⁵⁶).

Вторият вид правни норми, които КС сочи като такива, на които винаги е присъщо обратно действие, са *гражданскопроцесуалните норми*⁵⁷. Съображението на конституционната ни юрисдикция е, че те се прилагат не само по делата, които тепърва ще се образуват след влизането им в сила, но и незабавно, по вече образувани и висящи спорове⁵⁸. Особеността в темпоралното действие на процесуалните норми се изразява в предимството на новия процесуален закон пред стария и се обяснява с презумпцията, че тези изменения са израз на стремежа да се осигури по-добро правосъдие в сравнение с това, осигурявано от досегашната уредба⁵⁹. Струва ми се, че

ченото новонастъпило законодателно разрешение (отмяна на тълкуваната норма) и липсата на изрична отмяна на Закона за нейното тълкуване, пред КС се е поставил въпросът доколко отменената разпоредба на чл. 47 ЗЧРБ води до отмяна на целия Тълкувателен закон. По този въпрос КС приема, че доколкото Тълкувателният закон съдържа и други, извън тълкувателните норми, имплицитно включени в общо формулираното искане за обявяване противоконституционност на целия закон, те като част от предмета на искането могат и следва да бъдат проверени. За такива норми съдът следва да се произнесе по същество. Отмяната на посочената норма обезсмисля тълкуването, от което следва, че Тълкувателният закон в частта за изречения от първо до пето включително е без предмет. Тълкувателната норма в тази част няма самостоятелно значение и приложение извън и независимо от тълкуваната, междуременно отменена норма на чл. 47 ЗЧРБ, поради което производството следва да се прекрати. Различно е значението на изречение шесто от изцяло оспорения Тълкувателен закон, което предвижда, че „съдебен акт по същество, постановен по жалба срещу заповед, издадена на основание чл. 40, ал. 1, т. 2 във връзка с чл. 10, ал. 1, т. 1, на основание чл. 42 или на основание чл. 10, ал. 1, т. 1 от Закона за чужденците в Република България, е нищожен и не поражда правни последици“. КС е намерил, че с тази част от Тълкувателния закон Народното събрание като орган на законодателната власт е упражнило повече от конституционно предоставените му с чл. 84, чл. 85 и чл. 86 от КРБ правомощия. Възприетият с посоченото изречение шесто законодателен подход по отношение на постановените досега и влезли в сила съдебни решения сочи на своеобразно правораздаване от законодателния орган. Затова КС го е счел за очевидно неконституционно като нарушаващо принципите на правовата държава, на разделението на властите и на независимостта на съдебната власт (чл. 4, чл. 8 и чл. 117, ал. 2 от КРБ). Аргументът на КС е, че липсва конституционна норма, която да допуска законодателният орган да се произнася по валидността на съдебни актове, постановени от независимата съдебна власт по конкретни индивидуални спорове.

⁵⁶ Изм. ДВ, бр. 51 от 5.06.2001 г.

⁵⁷ Вж. мотивите на Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.).

⁵⁸ Пак там.

⁵⁹ Вж. Силяновски, Димитър, Живко Сталев. Граждански процес. Том I. София: Наука и изкуство, 1958, 17–19; Бъров, Борис. Учебник по гражданско право с увод в правото. Свищов: Книгоиздателство на фонда „Научни цели“ при ВУССН, 1948, с. 61.

в случая КС смесва обратното действие на закона с действието на новия закон върху висящи (заварени) правоотношения (вж. чл. 34 от Указ № 883 за прилагане на ЗНА)⁶⁰. Обстоятелството, че новият процесуален закон намира незабавно приложение към всички производства, които са заварени от него като неприключили, висящи към момента на влизането му в сила, **не** означава, че той има обратно действие⁶¹. Така е, защото новият процесуален закон се прилага **не** по отношение на минали, приключили осъществяването си факти, а само към настоящи факти в рамките на наличния висящ правен спор и по отношение на процесуалноправните действия в рамките на образуваното вече производство, които се извършват след влизане в сила на новия закон. При процесуалноправните норми говорим за незабавно действие, тъй като то се проявява по отношение на неприключили до влизането им в сила производства, при които юридически факти са възникнали в миналото, но още не са настъпили и завършили правните им последици, когато влиза в сила новият закон (Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.). Че не е налице обратно действие на новия процесуален закон спрямо висящи дела, показва и обстоятелството, че той не намира приложение по отношение на извършените при действието на стария (отменения) процесуален закон процесуални действия/бездействия и породените от тях правни последици, които са приключени до влизане в сила на новия закон. Правната им сила ще се преценява единствено съобразно закона, при действието на който те са били извършени. Новият процесуален закон не се прилага спрямо минали свършени факти, т.е. такива, които са приключили своето осъществяване и вече са породили присъщите им правни последици съобразно стария закон, но започнатите по стария процесуален закон производства се довършват по новия⁶². Впрочем в мотивите към точка 2 от Решение № 3 от 28 април 2020 г. по конст. д. № 5/2019 г.⁶³ по повод тълкувателния

⁶⁰ За разграничението между тях вж. Фаденхехт, Йосиф. Цит. съч., с. 140 и сл., с. 171 и сл.; Бъров, Борис. Цит. съч., с. 58 и сл.; Василев, Любен. Гражданско право на Народна република България. Обща част. Трето преработено и допълнено издание. София: Наука и изкуство, 1956, с. 61 и сл.; Таджер, Витали. Гражданско право на НРБ. Обща част. Дял I. Второ издание. София: Софи-Р, 2001, с. 204 и сл.; Павлова, Мария. Гражданско право. Обща част. Второ преработено и допълнено издание. София: Софи-Р, 2002, с. 100 и сл.; Русчев, Иван. Нормативните актове източник на частното право. Цит. съч., с. 272 и сл., с. 276 и сл., с. 280 и сл.; Ташев, Росен. Обща теория на правото. Основни правни понятия. Четвърто преработено и допълнено издание. София: Сиби, 2010, 165–167; Колев, Тенчо. Теория на правото. София: Сиела, 2015, с. 238 и сл.; Вълчев, Даниел. Лекции по обща теория на правото. Първа част. София: Сиела, 2016, 204–205 и др.

⁶¹ Фаденхехт, Йосиф. Цит. съч., с. 189; Силяновски, Димитър, Живко Сталев. Цит. съч., с. 17 и сл., също изтъква, че е неточно да се каже, че процесуалният закон има обратно действие.

⁶² Силяновски, Димитър, Живко Сталев. Цит. съч., с. 19.

⁶³ Обн. ДВ, бр. 42 от 12.05.2020 г.

въпрос „какво е действието на решението на Конституционния съд, с което се обявява противоконституционност на закон по отношение на заварени правоотношения и висящи съдебни производства с оглед разпоредбата на чл. 151, ал. 2, изр. трето от КРБ“ КС е изразил виждането си за понятието *действие спрямо заварени правоотношения* на решението за обявяване на един закон за несъответен на Конституцията. Прието е, че понеже такъв закон губи своето действие за в бъдеще, се запазват възникналите от прилагането му правни последици в рамките на правоотношения, приключили до влизане в сила на решението на КС⁶⁴. Действието на това решение на КС не може да се разпростре върху вече уредените по окончателен начин от обявения за противоконституционен закон правоотношения. Те не се засягат пряко от акта на конституционната юрисдикция, за да се гарантира правната сигурност. За разлика от приключените при действието на противоконституционния закон правоотношения, *спрямо заварените, неприключени правоотношения*, които са възникнали при действието на обявения за противоконституционен закон, но по отношение които той не е произвел по окончателен начин регулативния си ефект, решението на КС действа занапред, *ex tunc*, като отнема регулативната способност на обявения за противоконституционен закон и така въздейства незабавно върху правния резултат⁶⁵. Вижда се, че КС е дал ясен израз на разбирането си за разликата между обратното действие на един юридически акт и действието му върху висящи правоотношения, които са възникнали преди влизането в сила на акта, но не са неприключили осъществяването си и не са били ликвидирани вече към този момент.

Измененията в процесуалните закони предизвикват редица усложнения при висящите производства, свързани нерядко с промяна на правила относно родовата или функционалната подсъдност, видовете допустими доказателствени средства, реда за събиране на доказателствата, изчисляването на срокове за обжалване и др.⁶⁶ Така е, защото процесуалните действия, които трябва да бъдат извършени след влизане в сила на новия процесуален закон, ще следва да се извършат съобразно правилата, предписани от новия, а не от стария закон, при който самото производство е образувано. Именно за да избегне такива усложнения, законодателят традиционно изключва при същото на процесуалноправните норми незабавно действие върху висящи правоотношения, като във всички процесуални закони предвижда в пре-

⁶⁴ Необходимо е уточнението, че Народното събрание може да постанови друго по реда на чл. 22, ал. 4 от Закона за Конституционния съд (ЗКС).

⁶⁵ Вж. мотивите към точка 2 от Решение № 3 от 28 април 2020 г. по конст. д. № 5/2019 г. (обн. ДВ, бр. 42 от 12.05.2020 г.).

⁶⁶ За тях вж. по-подробно Силяновски, Димитър, Живко Сталев. Цит. съч., 18–19.

ходните и заключителните им разпоредби правила, според които производството по делата, образувани по искиви молби/жалби/касационни жалби, постъпили до влизане в сила на новия процесуален закон, се разглеждат от същите съдилища по досегашния ред за разглеждане на делата (арг. от § 1а, § 2 ПЗР на ГПК⁶⁷; § 4, § 7 ПЗР на АПК⁶⁸; § 5, ал. 2 и 3 и др. ПЗР на ДОПК⁶⁹; § 3 ПЗР на НПК). Незабавното действие на новия процесуален закон следва да бъде изключено с изрична законова норма, поради което, ако такава липсва в него, нормите му проявяват незабавното си регулативно действие по отношение на всички неприключили при влизането му в сила производства, попадащи в неговия предмет на регулиране⁷⁰.

III. Ретроактивност „*strictu sensu*“ и така наречената несъщинска ретроактивност според практиката на КС

В практиката си КС изхожда от едно широко понятие за обратно действие на закона, в което вместила два вида ретроактивност: а) **ретроактивност „*strictu sensu*“**, изразяваща се в обратно действие на закона – когато същият преурежда юридическите факти от момента на тяхното проявление до завършен фактически състав, с който е приключило правоотношението, и б) **несъщинска (привидна) ретроактивност**, каквато е налице в случаи-

⁶⁷ Определение № 495 от 30.12.2008 г. по гр. д. № 2309/2008 г., III г. о. на ВКС; Определение № 561 от 11.12.2008 г. по гр. д. № 4173/2007 г., Г. К., I г. о. на ВКС; Определение № 157 от 26.03.2018 г. по гр. д. № 1115/2017 г., Г. К., II г. о. на ВКС; Решение № 370 от 24.04.2009 г. по гр. д. № 1394/2008 г., Г. К., IV г. о. на ВКС; Решение № 198 от 13.03.2009 г. по гр. д. № 6482/2007 г., Г. К., I г. о. на ВКС и др.

⁶⁸ С разпоредбите на § 4, ал. 3 ПЗР на АПК се предвиди новосъздадените административни съдилища да започнат да образуват дела, считано от 1 март 2007 г. Съгласно § 4, ал. 1 и 2 ПЗР на АПК всякаштите административни дела в районните и окръжните съдилища, образувани преди датата на влизане в сила на АПК на 12 юли 2006 г., както и административните дела, образувани в същите съдилища от влизане в сила на АПК (12 юли 2006 г.) до 1 март 2007 г. следваше да бъдат довършени по действащия до влизане в сила на АПК ред. Тъй като правило в този смисъл не беше предвидено за образуваните, но незавършени към 12 юли 2006 г. административни производства, съдебната практика прие, че те следва да бъдат довършени по правилата на новия АПК съобразно принципа за незабавното действие на процесуалните норми върху висящи правоотношения – Определение № 1467 от 4.02.2010 г. по адм. д. № 9446/2009 г. на IV отдл на ВАС. Вж. по-подробно Еленков, Александър, Ангел Ангелов, Асен Дюлгеров, Атанаска Дишева, Лозан Панов, Мария Казанджиева, Соня Янкулова, Теодора Николова, Юлия Ковачева. Административнопроцесуален кодекс. Систематичен коментар. София: Труд и право, 2013, 41–42.

⁶⁹ За действието на новите процесуалноправни норми спрямо заварени (висящи) производства по ДОПК вж. Пенев, Сашо. Финансово право. Цит. съч., с. 83.

⁷⁰ Вж. бележка под линия № 68.

те, когато нововъведен правен режим се прилага незабавно, преуреждайки за в бъдеще заварени правоотношения, които не са приключили⁷¹. Макар формално да подвежда тези два вида ретроактивност под едно общо *родово понятие* за обратно действие на закона, в практиката си КС провежда разграничение между тях, приемайки, че хипотезата на прилагане на новия закон към заварено правоотношение не е равнозначна на обратно действие на новия закон⁷².

Като **същинско обратно действие на закона** КС квалифицира хипотезите, при които „законът преурежда юридическите факти от момента на тяхното проявление до завършен фактически състав, с който приключва едно правоотношение“⁷³. Когато новият закон преурежда вече настъпили правни последици от юридическите факти, е налице хипотеза на обратно действие на закона⁷⁴. В духа на изложеното разбиране КС е имал повод да изтъкне, по-конкретно, че сме изправени пред обратно действие на закона, когато се прави нова правна преценка на последиците по едно вече възникнало при различна правна уредба субективно право. При това се нарушава общ принцип – забраната за обратно действие на законите, което води до отмяна на права⁷⁵, особено когато за заварените случаи ще настъпят неблагоприятни последици⁷⁶. И в други случаи КС е квалифицирал като същинско обратно действие само хипотезите, при които новият закон засяга придобити права или погасени задължения⁷⁷. В този ред на мисли КС се е произнасял, че Конституцията не допуска ретроактивно действие на закона само когато същото е насочено към ограничаване на придобити права или създаване на правни задължения за минало време,

⁷¹ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (Обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.); Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

⁷² Решение № 9 от 20 юни 1996 г. на КС по конст. д. № 9/1996 г.; Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г. (обн. ДВ, бр. 91 от 19.11.2010 г.); Решение № 10 от 15 ноември 2011 г. на КС по к. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

⁷³ Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г. (обн. ДВ, бр. 91 от 19.11.2010 г.);

⁷⁴ В аналогичен дух съдебната практика, обективирана в Решение № 9206 от 27.07.2016 г. по адм. д. № 3461/2016 г., VI о. на ВАС, е застъпила схващането, че последващото въздигане на факт, с който в момента на настъпването му законът не е свързвал правни последици, в юридически такъв и привързването към него на определени правни последици означава придаване на обратно действие на закона за факти, осъществили се преди неговото приемане.

⁷⁵ Решение № 8 от 12 май 1999 г. по конст. д. № 4 от 1999 г. (обн. ДВ, бр. 47 от 21.05.1999 г.)

⁷⁶ Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г.

⁷⁷ Решение № 4 на КС от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.; Решение № 8 от 2017 г. на КС по конст. д. № 1/2017 г.

но не и когато се предоставят нови права⁷⁸ или се намаляват съществували юридически санкции или тежести.

КС е имал също така повод да изтъкне, че разпоредбата, съгласно която се прекратяват всякакви производства, образувани по вече подадени жалби, противоречи на изискванията на правовата държава за зачитане на придобити права, за правна сигурност и предвидимост. Като предоставя на засегнатите лица право на защита на техните права по исков ред, самият законодател предпоставя, че неправомерно са засегнати техни придобити права чрез обратната сила, с която се прекратяват производствата по вече подадени от тях жалби срещу засягащи ги административни актове, вместо забраната за обжалване на съответната категория административни актове да важи занапред, както изискват принципите на правовата държава⁷⁹.

И в най-новата си практика, обективирана в Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г.⁸⁰, постановено по повод искане за установяване на противоконституционност на няколко групи разпоредби от ЗИД на Закона за банковата несъстоятелност (ЗБН), засягащи главно извършени правни действия по попълване на масата на несъстоятелността и осребряването на имуществото на обявена в несъстоятелност търговска банка⁸¹, КС

⁷⁸ Така Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г. Във връзка с хипотезата, при която чрез обратното действие на закона се предоставят нови субективни права на правните субекти, съдебната практика, обективирана в Решение № 834 от 06.08.2004 г. по гр. д. № 1787/2002 г., III г. о. на ВКС, е имала повод да приеме, че новата уредба на пенсионните отношения, която е елемент от фактическия състав на правото по чл. 222, ал. 3 КТ, се прилага за всички случаи след 1.01.2000 г. Придаденото от законодателя обратно действие на подзаконния нормативен акт, с което се цели синхронизиране датата на приложението му с този на основния закон, се разпростира върху всички области на правото, които имат отношение към него. С обратното действие, придадено на подзаконния нормативен акт спрямо основния нормативен акт, е създадена една правна фикция, която приравнява правата, възникващи по силата на неговата уредба, като че ли са съществували по-рано, считано от 01.01.2000 г. Това е познат и разрешен похват в гражданското ни право, с който се запълват празнини в обществения регламент или се създава нов, който е по-благоприятен за ползващите се правни субекти (арг. от чл. 14, ал. 3 ЗНА). Няма оправдание уредбата на чл. 68 КЗОО, доразвита с Наредбата за пенсиите (НП), която е елемент от фактическия състав на правото по чл. 222, ал. 3 КТ, да не бъде приложена в процесния казус, при положение че действа към датата на разглеждане на делото.

⁷⁹ Решение № 8 от 12 май 1999 г. по конст. д. № 4 от 1999 г. (обн. ДВ, бр. 47 от 21.05.1999 г.)

⁸⁰ Обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.

⁸¹ По-специално, предмет на искането за установяване на противоконституционност са § 5, ал. 1-4, § 6, ал. 1 и 2, § 7 и § 8 от ПЗР на ЗИД на ЗБН (обн. ДВ, бр. 22 от 2018 г., доп. ДВ, бр. 33 от 2019 г., в сила от 19.04.2019 г.), чл. 60а, ал. 1 ЗБН (обн. ДВ, бр. 22 от 2015 г., доп. ДВ, бр. 33 от 2019 г., в сила от 19.04.2019 г.), § 1, т. 7 от ДР на ЗБН (обн. ДВ, бр. 22 от 2015 г., в сила от 24.03.2015 г.), § 16 от ЗИД на ЗБН (обн. ДВ, бр. 61 от 2015 г., в сила от 11.08.2015 г.), чл. 60б, ал. 1, 2 и 3 от ЗБН (обн. ДВ, бр. 22 от 2018 г., в сила от 16.03.2018 г.) и § 1, т. 9 от ДР на ЗБН (обн. ДВ, бр. 22 от 2018 г., в сила от 16.03.2018 г.).

е потвърдил разбирането си, че същинско обратно действие има законът, който преурежда определени юридически факти от момента на тяхното проявление до завършен фактически състав, заличавайки или променяйки вече настъпили правни последици съобразно закона, действал при възникване на фактите⁸². Такъв ретроактивен ефект *strictu sensu* КС е констатирал например при тълкуването на оспорените разпоредби на § 6 от ПЗР на ЗИД на ЗБН, предвиждащи относителна недействителност на вече извършени прехвърляния или поредица от прехвърляния на акции и/или дялове от търговски дружества, извършени от длъжници на търговската банка в несъстоятелност след поставяне на банката под особен надзор; на правилото на § 5 от ПЗР на ЗИД на ЗБН, който възстановява в полза на търговската банка в несъстоятелност вече заличени обезпечения в нейна полза в периода от поставянето ѝ под особен надзор до датата на откриване на процедурата по осребряване на имуществото на банката⁸³; на § 16 от ПЗР на ЗИД на

⁸² В този дух вж. също Решение № 12 от 11.11.2010 г. по конст. д. № 15 от 2010 г.; Решение № 14 от 21.12.2010 г. по конст. д. № 17 от 2010 г.; Решение № 10 от 15.11.2011 г. по конст. д. № 6 от 2011 г.; Решение № 5 от 11.05.2017 г. по конст. д. № 12 от 2016 г.

⁸³ КС правилно е съобразил, че обявените с обратна сила за недействителни действия по заличаване на учредени в полза на банката в несъстоятелност обезпечения са били извършени *правомерно* от лица с публичноправни функции и длъжностни лица (квестори, временни и постоянни синдици на търговската банка), които по дефиниция са назначени да бранят обществен интерес. С оглед на това несъвместимо с правната сигурност е обявяването с обратна сила на извършените от тези длъжностни лица правни действия за заличаване на учредени в полза на банката обезпечения и обосноваването на обратното действие на закона със защита на обществен интерес. Такава обосновка е изтъкната в мотивите към Законопроект № 457-01-75/ 26.10.2017 г., с който е приет атакуваният § 5. Там се казва, че „предлаганите изменения в Закона за банковата несъстоятелност са продиктувани от обществен интерес“. Наред с това КС с основание е констатирал, че самата редакция на разпоредбата на § 5 относно възстановяването с обратна сила на обезпеченото главно вземане, както впрочем и тази на § 60б, ал. 2 ЗБН, е дотолкова неясна, че е по същество неразбираема и нейната неяснота не може да бъде преодоляна от правоприлагащия орган по тълкувателен път. Това прави посочените разпоредби негодни да проявят регулативната им функция в материята, до която се отнасят, а именно попълването на масата на несъстоятелността на търговската банка. Вж. още мотивите на Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.). Следва да се подчертае, че несъвместимо с принципа на правовата държава е в законите да се формулират разпоредби, „предварително ампутирани в юридически план и с неясно предназначение“ – така Решение № 11 от 5 октомври 2010 г. по конст. д. № 13/2010 г. (обн. ДВ, бр. 81 от 15.10.2010 г.). В постоянната си практика КС винаги е указвал на необходимостта законовите разпоредби в условията на правовата държава да са ясни, точни, непротиворечиви, разбираеми, прецизни, недвусмислени и взаимосвързани, за да могат правните субекти да изведат от тях предписания модел на поведение – така Решение № 9 от 30 септември 1994 г. по конст. д. № 11/1994 г. (обн. ДВ, бр. 87 от 25.10.1994 г.); Решение № 5 от 26 септември 2002 г. по конст. д. № 5/2002 г. (обн. ДВ, бр. 95 от 8.10.2002 г.); Решение № 3 от 21 март 2012 г. по конст. д. № 12/2011 г. (обн. ДВ, бр. 26 от 30.03.2012 г.); Решение № 5 от 19 април 2019 г. по конст. д. № 12/2018 г. (обн. ДВ, бр. 36 от 03.05.2019 г.). Освен това КС е взел предвид, че

ЗБН⁸⁴ и § 7 от ПЗР на ЗИД на ЗБН⁸⁵, според които разпоредбите на съответните закони за изменение и допълнение на ЗБН се отнасят и до откритите до датата на влизането им в сила производства по несъстоятелност, т.е. на практика до това на КТБ, тъй като при действието на този закон други търговски банки не са обявени в несъстоятелност; на § 8 от ПЗР на ЗИД на ЗБН⁸⁶, според който разпоредбите на чл. 59, ал. 5, 6 и 7 от ЗБН, с които се въвеждат нови основания за относителна недействителност на вече извършени прихващания от банката или от неин кредитор след началната дата на неплатежоспособността, се прилагат, считано от 20 юни 2014 г., като кредиторите се вписват служебно в първоначалния списък на приетите от

разпоредбата на § 5 от ПЗР на ЗИД на ЗБН възстановява обезпеченията, учредени в полза на обявената в несъстоятелност банка, без да е необходимо провеждане на искове за обявяване недействителността на извършените прихващания и други действия за погасяване на вземането. Ефектът от разпоредбата е, че третите лица – приобретатели на съответното имущество, се оказват обвързани от този резултат, *без да разполагат с каквато и да е възможност за защита*. Отчетено е също, че по правната си природа обезпечението има несамостоятелен, акцесорен характер, тъй като се явява функция на друг, главен дълг, а оспорената разпоредба *не урежда изрично възстановяване на главното задължение*, което я прави неясна и така я превръща в източник на правна несигурност. Най-сетне, КС е приел, че правилото на § 5 накърнява собственическите права на лица, които вече не са длъжници на банката, както и на трети лица – частни правоприменици на длъжниците, които са поставени в положение да търпят принудително изпълнение върху имуществото си, без да имат задължения към банката.

⁸⁴ Обн. ДВ, бр. 61 от 2015 г.

⁸⁵ Обн. ДВ, бр. 22 от 2018 г.

⁸⁶ КС е констатирал, че разпоредбите на § 5 и на § 8 ПЗР ЗИД на ЗБН са функционално свързани, в смисъл че правилото на § 5 „възкресява“ учредени в полза на търговската банка в несъстоятелност обезпечения, заличени в резултат на валидно извършени прихващания (в този смисъл ал. 2 предвижда, че правилото на ал. 1 не се прилага в случаите, при които обезпеченото вземане на банката е погасено чрез парично плащане), които § 8 преуреджда с обратна сила, давайки възможност да се водят искове за тяхната относителна недействителност на основания, които законът не е предвиждал при тяхното извършване. По този начин се заличават вече настъпили правни последици, които са били съобразени със закона, действал при настъпването им (според първоначалната редакция на чл. 59, ал. 5 от ЗБН „недействително по отношение на кредиторите на несъстоятелността освен за частта, която кредиторът би получил при разпределението на осребреното имущество, е прихващането, извършено от длъжника след началната дата на неплатежоспособността, независимо от това кога са възникнали двете насрещни вземания“). Съобразено е също, че преуредените по този начин правоотношения засягат *вече придобити права* от частноправни субекти – както длъжници на банката в несъстоятелност, които са се освободили от задълженията си чрез прихващане със свои насрещни вземания към банката, така и трети лица, придобили от тях права върху свободно от обезпечения имущество, впоследствие по силата на закона оказало се обременено с обратна сила с обезпечения в полза на банката, при което ал. 4 на § 5 изрично предвижда, че тези обезпечения са противопоставими на всяко трето лице независимо от начина на придобиване на имуществото. Вж. мотивите на Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

синдика вземания⁸⁷ и т.н. За да постанови противоконституционността на оспорените разпоредби на § 5, ал. 1–4, § 6, ал. 1 и 2, § 7 и § 8 от ПЗР на ЗИД на ЗБН, на чл. 60а, ал. 1 ЗБН, § 16 ЗИД на ЗБН и чл. 60б, ал. 1, 2 и 3 ЗБН, КС е констатирал, че преуреждането на посочените в тях юридически факти чрез заличаване или изменение на вече породените и финализирани според принципа „*tempus regit actum*“ техни правни последици води до накърняване по един конституционно нетърпим начин на имуществената сфера на множество засегнати правни субекти – длъжници на обявената в несъстоятелност търговска банка, но също и трети лица, явяващи се техни частни правоприменници. От гледна точка на правните си последици атакуваните пред КС разпоредби на чл. 60а, ал. 1 и чл. 60б, ал. 1, 2 и 3 от ЗБН постигат по същество правния ефект на абсолютната нищожност. Това е счетено от КС за несъвместима, непропорционална и явно надхвърляща конституционно допустимата мяра на навлизане в чужда правна сфера за попълване на масата на несъстоятелността, доколкото в общата уредба на несъстоятелността тази цел се постига преобладаващо посредством института на *непротивопоставимостта на действия и сделки*, проявяващ ефект спрямо кредиторите на

⁸⁷ КС е заключил с основание, че като придава обратно действие на уредените в чл. 59, ал. 5 ЗБН основания за относителна недействителност на извършени от банката или от нейни кредитори прихващания, разпоредбата на § 8 от ПЗР на ЗИД на ЗБН накърнява доверието не само в правната уредба, но и в действията на държавните органи, овластени и натоварени с поддържане на доверието във финансовата стабилност на банките като част от стабилността на държавата. На практика с разпоредбата на § 8 се дава с обратна сила нова правна преценка на юридическите актове на банковия регулатор (Решение № 104 от 15 август 2014 г. на Управителния съвет на БНБ) и предприетите въз основа на тях правни действия на квесторите на БНБ по извършване на платежни операции с цел погасяване на банкови заеми към поставената под специален надзор търговска банка, като при пълно погасяване на вземане по банков заем предприемат необходимите действия по заличаване на обезпеченията по кредита. В тези актове на банковия регулатор липсват ограничения относно вида на платежните операции за погасяване на задълженията към банката и такива не произтичат от действалото към момента законодателство. С оглед на това към този момент не е съществувала нормативна пречка квесторите на банката да приемат изявления на длъжници на банката за прихващане на задълженията им по кредити с насрещни вземания, които са придобили от вложители в банката. Тези актове на банковия регулатор в рамките на неговата компетентност са създали оправдани правни очаквания за лицата, които в изпълнение на решението ѝ са предприели законосъобразни правни действия за погасяване на задълженията си, които очаквания са пренебрегнати по конституционно недопустим начин от приетия по-късно закон. Обявяването на тези действия с обратна сила за недействителни противоречи на принципа за правна сигурност и предвидимост на правните последици от юридическите актове, извършени правомерно съобразно действащото към съответния момент законодателство. Вж. допълнителни съображения в мотивите на Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

масата на несъстоятелността⁸⁸ (чл. 646–649 от Търговския закон (ТЗ)⁸⁹. Възприемайки този извод, КС дава ясен израз на разбирането, че принципът на правната сигурност, повеляващ стабилност на правните сделки и предвидимост на правните последици от различните юридически факти, налага още при сключване на сделките да са известни на страните предпоставките за обявяването им за нищожни или за относително недействителни⁹⁰. Предвид това КС е счел с основание за несъвместимо с правната сигурност заличаването с обратна сила на правните последици от законосъобразно извършени прихващания съобразно закона, който е бил в сила към момента на извършването им (чл. 103–105 от ЗЗД) и който никога не е бил изменен в тази му част от неговото влизане в сила през 1951 г. Също такава недопустимо противоречие с правната сигурност КС е видял в обременяването по силата на закона с противопоставими на трети лица тежести на имущества, придобити от тях

⁸⁸ Вж. по-подробно Григоров, Григор. Несъстоятелност. София: Сиби, 2017, с. 293 и сл., с. 300; Стефанов, Стефан, Ралица Топчиева, Диана Митева, Бистра Николова. Актуални въпроси на производството по несъстоятелност. Второ преработено и допълнено издание. София: Труд и право, 2015, с. 284 и сл., с. 308 и сл., с. 333 и сл., с. 382 и сл., с. 386 и сл.

⁸⁹ Най-новата съдебна практика, обективизирана в Решение № 11 от 22.06.2021 г. на ВКС по гр. д. № 977/2020 г., II г.о., е имала повод да постанови, че спецификите на относителния характер на недействителността (непротивопоставимостта) по чл. 646 и чл. 647 ТЗ се крият преди всичко в особеностите на юридическия факт, който я поражда (откриване на производство по несъстоятелност), както и в кръга на лицата, които могат да се позовават на нея – синдикът, а при доказаното му бездействие – всеки кредитор на масата на несъстоятелността. Касае се поначало за валидни сделки, които обвързват страните по тях до момента на влизане в сила на решение, с което е уважен иск по чл. 646 или по чл. 647 ТЗ. Влязлото в сила решение, с което се уважава иск по чл. 646 или по чл. 647 ТЗ, поражда правни последици на две правни плоскости. От една страна, в отношенията между кредиторите на масата на несъстоятелността и длъжника се приема (фингира), че материалноправното положение е такова, каквото е съществувало отпреди сключване на сделката, респ. извършване на действието, което ги уврежда или застрашава удовлетворяване на вземанията им. От друга страна, законът брани интересите на договарялото с несъстоятелния длъжник трето лице срещу възникналото неоснователно разместване на имуществени блага, като урежда изрично ред за възстановяване на правното положение такова, каквото то е било преди сключване на сделката. В хипотезата на прехвърлено вещно право по сделката същото се връща в патримониума на третото лице по силата на решението по чл. 646 или чл. 647 ТЗ. Когато вещното право не се намира вече в масата на несъстоятелността към датата на постановяване на съдебното решение за прогласяване на сключената сделка за непротивопоставима, в полза на третото лице възниква правото да се присъедини като кредитор в производството по несъстоятелност. Налага се извод, че за разлика от класическата абсолютна нищожност на сделката, в хипотезата на непротивопоставимост на сделката или действието по чл. 646, или по чл. 647 ТЗ изискуемостта на вземането на третото лице възниква от датата на влизане в сила на съдебното решение за обявяване на сделката за непротивопоставима (относително недействителна), а не от датата на нейното сключване (както би било при нищожността).

⁹⁰ Вж. и Решение № 4 от 11 март 2014 г. по конст. д. № 12/2013 г. (обн. ДВ, бр. 27 от 25.03.2014 г.).

свободни от обезпечения преди влизане на атакувания закон в сила. Противоречие с повелята за правна сигурност КС е съзрял и в неограничената по период от време и брой прехвърляния възможност за предявяване на искиове срещу трети лица, които нямат и не са имали правоотношения с банката, насочени към връщане в масата на несъстоятелността на придобито от тях имущество; също и в предвиждането с обратна сила на основания за относителна недействителност на сделки, при чието извършване лицата са се доверили на действащото към този момент законодателство, което тогава не е предвиждало такива правни последици и др. Защитата на конкуриращ частен интерес, какъвто е този на вложителите и на останалите кредитори на обявена в несъстоятелност търговска банка, не може да бъде легитимно основание за ограничаване или отнемане на конституционни права на други частноправни субекти. В този смисъл КС е намерил, че оспорените законови разпоредби накърняват по конституционно нетърпим начин гарантираното от КРБ право на собственост в широкия смисъл на това понятие, схванато като притежание на имущество изобщо, и в частност на вземания⁹¹. По изложените съображения КС е постановил, че оспорените законови разпоредби противоречат на установения в чл. 4, ал. 1 от КРБ принцип на правовата държава⁹².

Според КС не съществува пречка да бъде придадено обратно действие на законова норма, щом тя не засяга придобити субективни права, стабилността на правовия ред и закона и не създава нови санкции или не увеличава (утежнява) съществуващи санкции още повече когато предвидената от закона ретроакция на новата норма е обусловена от извънредни обстоятелства и е мотивирана с полза от по-висш обществен интерес⁹³.

Що се отнася до несъщинското обратно действие на закона, КС приема, че „всеки нов граждански закон заварва и възникнали при действието на отменения закон юридически факти, които не са погасени, и в тези случаи се поставя въпросът за обратното действие на новия граждански закон“⁹⁴. Несъщинското обратно действие е налице, когато „нов граждански закон заварва възникнали при действието на отменения закон юридически факти, които не са погасени“⁹⁵. При несъщинското обратно действие, според схващанията на КС, на новия закон се придава действие спрямо възникнали и съществуващи

⁹¹ Вж. Решение № 22 от 12 октомври 1996 г. по конст. д. № 24/1996 г. (обн. ДВ, бр. 1 от 3.01.1997 г.); Решение № 17 от 16 декември 1999 г. по конст. д. № 14/1999 г. (обн. ДВ, бр. 113 от 28.12.1999 г.); Решение № 7 от 10 април 2001 г. по конст. д. № 1/2001 г. (обн. ДВ, бр. 38 от 17.04.2001 г.); Решение № 7 от 29 септември 2009 г. по конст. д. № 11/2009 г. (обн. ДВ, бр. 80 от 09.10.2009 г.).

⁹² Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

⁹³ Решение № 10 от 15.11.2011 г. по конст. д. № 6 от 2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

⁹⁴ Точка IV от мотивите на Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.

⁹⁵ Пак там.

правоотношения, които са „заварени“ (Решение № 4 от 11 март 2014 г. по конст. д. № 12/2013 г.). Несъщинска ретроактивност има, когато възникнали в миналото, преди влизане в сила на новия закон правоотношения продължават да се осъществяват и при действието на новия закон⁹⁶. Новият граждански закон с придаването му на незабавно действие спрямо заварените производства може да преуреди по нов начин породените преди влизането му в сила юридически факти и правоотношения, като ги измени за в бъдеще съобразно неговите разпоредби, но това винаги ще е обусловено от съображения за справедливост и целесъобразност⁹⁷. В някои свои решения КС дава ясен знак, че макар да говори за „несъщинско *обратно действие*“ (*курсивът мой* – Е. М.), той провежда ясно разграничение между действието на новия закон спрямо заварено правоотношение и ретроакцията на закона. Така в Решение № 10 от 24 октомври 2013 г. по конст. д. № 8/2013 г.⁹⁸ КС е изтъкнал, че хипотезата на приложение на новия закон към заварено правоотношение не е равнозначна на обратно действие на новия закон. В тази част се прави ясното разграничение между хипотезата на обратно действие на закона, когато той преурежда юридическите факти от момента на тяхното проявление до завършен фактически състав, с който приключва едно правоотношение, и хипотезата, при която новият императивен правен данъчен режим урежда за в бъдеще завареното правоотношение, което не е приключило. В аналогичен дух КС е препотвърдил необходимостта от отчитане на различията между обратното действие на закона и незабавното действие на новия закон върху заварени правоотношения в точка IV от мотивите на Решение № 4 от 11 март 2014 г. по конст. д. № 12/2013 г., а също и в Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.⁹⁹ В него изрично е подчертано, че ретроактивността *strictu sensu* следва да се различава от незабавното действие на новата законна норма върху заварени правоотношения, когато юридическите факти, които са настъпили до влизането ѝ в сила, не са завършили действието си и тези правоотношения продължават да се развиват. Конституционният съд, опрян и на практиката на Съда на Европейския съюз (СЕС)¹⁰⁰, отбелязва,

⁹⁶ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.).

⁹⁷ Точка IV от мотивите на Решение № 4 от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.

⁹⁸ Обн. ДВ, бр. 95 от 1.11.2013 г.

⁹⁹ Обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.

¹⁰⁰ Вж. Решение на СЕС (Трети състав) от 13 юли 1989 по дело № 5/1988, *Hubert Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft*, [1989] ECR 2609, ECLI:EU:C:1989:321. В § 18 от мотивите СЕС е изтъкнал, че основните права, признати от Съда, не са обаче абсолютни, а трябва да бъдат схващани във връзка с тяхната социална функция. От това следва, че упражняването на тези права може да бъде ограничено, по-специално в рамките и в контекста на една обща организация на пазара, доколкото тези ограничения действително отговарят на преследваните от Общността цели от общ интерес и не съставляват непропорционална на преследваната цел намеса, която да накръпява съдържанието на тези права.

че „позицията на законодателя относно това как да разреши конфликта за времето действие на стария и новия закон от конституционноправна гледна точка не е въпрос на случайност или произволно решение, а такъв на претегляне на конкуриращи се ценности. Законодателните разрешения от такъв тип трябва да са резултат от преценка за конфликта на ценностите през призмата на пропорционалността. За преценката на законодателното разрешение относно хронологичния конфликт на законите значение имат и такива обстоятелства, каквито са обществената потребност от въвеждането на нови законодателни решения в дадена материя“.

В практиката си КС е имал повод да проведе разграничение между обратното действие на закона и фигурата на така нареченото от него „преобразуване на правоотношение“¹⁰¹. Според възприетото от КС разбиране при тази фигура е налице „преуреждане на съществуващи правоотношения в случаите, когато се променят страните по тях поради структурни промени или когато обществена потребност изисква нови правоотношения със заварени от промените служители (на МВР) да възникнат бързо и при облекчени условия. В тези хипотези законодателят предвижда по изключение да промени характера на съществуващи правоотношения на група служители на МВР, като сведе до минимум изискванията към тях при създаване на новите правоотношения и максимално да намали времето за назначаването им за държавни служители или за сключване на трудови договори, за да не се затрудни нормалното функциониране на определени структури на МВР и оттам да се създаде опасност от засягане на конституционни права на други граждани“¹⁰². Целта на анализиранията правна конструкция КС вижда в това да се гарантират правата на заварените от законодателните промени служители, като по такъв начин се елиминира хипотетичната опасност съществуващото правоотношение да бъде прекратено *ex lege*, а ново да не бъде създадено по редица причини от обективен или субективен характер¹⁰³. Техниката на „преобразуване на правоотношение“ според КС се прилага от законодателя с цел съобразяване на статуса на служителите със задължителните общи изисквания по Закона за администрацията и Закона за държавния служител,

¹⁰¹ Решение № 8 от 27 юни 2017 г. по конст. д. № 1/2017 г. (обн. ДВ, бр. 56 от 11.07.2017 г.).

¹⁰² Пак там.

¹⁰³ Пак там. В тази връзка КС е подчертал, че всеки нов закон по правило крие известна опасност от създаване на правна несигурност, той трябва да не е в разрез с принципа на защита на оправданите правни очаквания. Но и когато е в разрез с принципа на защита на оправданите правни очаквания, новият закон трябва да бъде съобразен с принципа на пропорционалността при преобразуване на правоотношения с оглед на отнеги привилегии (да не води до загуба на работа и да запазва достигнатите рангове и възнаграждения; да не въвежда нови изисквания към заварените от законовите изменения служители, което би било в разрез с принципа на защита на оправданите правни очаквания).

относими към всички държавни служители и служители в държавната администрация, без да се налага освобождаване от длъжност на съответните държавни служители, адресати на атакуваните пред КС разпоредби, или без да се ограничават техни права¹⁰⁴. Внесените със закона за изменение и допълнение промени в заварената правна регламентация имат незабавно действие и засягат само занапред правата и задълженията на служителите с преобразувани правоотношения, като законодателят се е стремил да съхрани придобития „социален пакет“ права и да уреди правните последици от възникване на правоотношенията по Закона за държавния служител и по Кодекса на труда за попадащите в обхвата на измененията държавни служители на МВР съобразно принципа на материална справедливост като елемент на правовата държава¹⁰⁵. С това КС утвърждава принципното положение, че във всички случаи преуреждането на заварени правоотношения от новия (изменящия) закон може и трябва да става по начин, който да не засяга придобити права¹⁰⁶.

IV. Практическо значение на разграничението между същинско и несъщинско обратно действие на закона според практиката на КС

Практическото значение на разграничението между същинско и несъщинско обратно действие на закона КС вижда в това, че забраната за обратно действие на правните норми се отнася за същинската ретроакция на закона, доколкото тя се допуска само по изключение¹⁰⁷ и при спазване на повелята за изричното ѝ постановяване от правна норма (вж. и чл. 14, ал. 1 от ЗНА). Макар КРБ да не съдържа обща и принципна забрана за обратно действие на правните норми във всички области на правното регулиране, КС е имал нееднократно възможност да изтъкне, че такава забрана „произтича от върховенството на правото като конституционен принцип по чл. 4, ал. 1 от КРБ и е приложима към хипотезите на ретроактивност *strictu sensu*, когато се нарушава доверието в правната система, правната сигурност и придобитите права“¹⁰⁸. КС намира, че Конституцията не допуска същинско ретроактивно действие на закона, когато то е насочено към ограничаване на придобити права или създаване на задължения за минало време, но не и когато се предоставят нови права (Решение № 4 от 11 март 2014 г. по

¹⁰⁴ Решение № 8 от 27 юни 2017 г. по конст. д. № 1/2017 г.

¹⁰⁵ Решение № 8 от 27 юни 2017 г. по конст. д. № 1/2017 г.

¹⁰⁶ Решение № 11 от 5 октомври 2010 г. по к. д. № 13/2010 г. (обн. ДВ, бр. 81 от 15.10.2010 г.).

¹⁰⁷ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г. (обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.).

¹⁰⁸ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

конст. д. № 12/2013 г.)¹⁰⁹. И по друг повод КС се е възползвал от възможността да отрече допустимостта на същинското обратно действие, когато се засяга доверието в правната система, когато се нарушава правната сигурност и когато се нарушават придобити субективни права (Решение № 5 от 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.). Отношението си към същинското обратно действие на закона КС препотвърди и неотдавна с Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г.¹¹⁰, в което отрече неговата допустимост, когато се накърняват или отнемат правомерно придобити субективни права, когато се създават правни задължения за субектите и изобщо, когато ретроакцията на закона води до неблагоприятни последици за заварени случаи.

Що се отнася до несъщинската ретроактивност на закона, същата е счтена от КС за принципно допустима и възможна, когато „законодателните цели не могат да бъдат надхвърлени от интереса на индивида в продължаващото действие на предишния закон“¹¹¹. В мотивите на Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.¹¹² КС е подчертал, че докато ретроактивност *strictu sensu* е допустима само по изключение, то несъщинска ретроактивност е по правило възможна, когато законодателните цели не могат да бъдат надхвърлени от интереса на индивида в продължаващото действие на предишния закон. Незабавното прилагане на закона е съвместимо с принципа на закрила на правната сигурност, когато е подходящо и необходимо, за да бъде постигната преследваната от закона цел и се остане в границите на разумно приемливото при цялостно балансиране на „излъганото доверие“, значимостта и спешността на основанията за законодателните промени. Несъщинската ретроактивност на новия закон ще надхвърли конституционно допустимата граница само тогава, когато актът на законодателя не е подходящ или не е необходим за постигане на целите на промяната, или ако интересът на засегнатите субекти има тежест, по-голяма от тази на основанията на законодателя да извърши промените.

За хипотезите, оставащи извън изрично прогласената от чл. 5, ал. 3 от КРБ и отделни норми на действащото законодателство¹¹³ императивна забрана за обратно действие на закона, принципната недопустимост на същинската (*strictu sensu*) ретроактивност на закона КС извежда по тълкувателен път от върховенството на правото като конституционен принцип (чл. 4, ал. 1 от КРБ)¹¹⁴, повеляващ изискванията за правна сигурност, предвиди-

¹⁰⁹ Обн. ДВ, бр. 27 от 25.03.2014 г.

¹¹⁰ Обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.

¹¹¹ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹¹² Обн. ДВ, бр. 40 от 19.05.2017 г.

¹¹³ Вж. чл. 14, ал. 3 ЗНА.

¹¹⁴ Решение № 8 от 27 май 2021 по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

мост, стабилност и последователност на законовите норми. Тях КС схваща като тези от най-важните елементи на богатото и многопластово съдържание на понятието за правовата държава по чл. 4, ал. 1 от КРБ¹¹⁵, които имат значение и за обосноваване на забраната за ретроакцията на закона. КС е дал израз на схващането си за съдържанието на понятието „правова държава“, като е приел, че в „материален смисъл“ правовата държава е държава на справедливостта, а във формален смисъл тя е държава на правната сигурност, където съдържанието на правния ред е ясно и недвусмислено определено¹¹⁶. Правовата държава във формален смисъл КС схваща като държава на правната сигурност, което налага законите да са ясни, точни и непро-

¹¹⁵ В точка I от мотивите на Решение № 1 от 27 януари 2005 г. по конст. д. № 8/2004 г. (обн. ДВ, бр. 13 от 8.02.2005 г.) е изтъкнато, че принципът за правовата държава като водещо начало в съвременната конституционна държава има исторически оформило се съдържание и динамичен, стойностно обвързан и многоаспектен характер. Не бива да се допуска принципът за правовата държава да бъде неписъщо натоварван, при което всякакво правно нарушение да бъде квалифицирано като противоречащо на правовата държава, а оттук – ясното съдържание и приложимост на принципа да бъдат накърнени. В европейското правно пространство широко се споделя разбирането за правовата държава, което включва както принципа за правната сигурност (формалния елемент), така и принципа за материалната справедливост (материалния елемент). Тези основни характеристики на правовата държава се проявяват като водещи максими в различните клонове на действащото право. Съвкупността от формалните и материалните елементи дава многопластовото съдържание на конституционния принцип и откроява неговата специфика. „Правова държава“ означава упражняване на държавна власт на основата на Конституция, в рамките на закони, които материално и формално съответстват на Конституцията и които са създадени за запазване на човешкото достойнство, за постигане на свобода, справедливост и правна сигурност. Възможна е и конкуренция, дори конфликт между отделни компоненти, тъй като всеки от тях, за да бъде приложим, е снабден с гаранции за реализацията си. Най-често такова напрежение се констатира между постулата за правна сигурност и изискването за справедливост, особено в периоди на преход, както и при динамично законодателство. Без изрично да ги именува, което не е пречка те да бъдат надлежно открити, Конституцията съдържа както формалните, така и материалните компоненти на правовата държава. Те образуват една смислена съвкупност, в която си взаимодействат. Вж. също Решение № 4 на КС от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г.; Решение № 8 от 2017 г. на КС по конст. д. № 1/2017 г. За развитието на възгледите относно понятието за правовата държава в практиката на нашия КС вж. Друмева, Емилия. За правовата държава в практиката на Конституционния съд. Цит. съч., 3–8; Стоилов, Янаки. Правните принципи, Цит. съч., 245–251; Марчева, Деяна. Конституционният принцип на правовата държава. София: Нов български университет, 2021, 86–134; Христов, Христо. Правовата държава в България в светлината на правото на ЕС и ЕКЗПЧОС – между предписанията и реалността. – В: Промените в българската правна система през призмата на международните отношения, международното право и правото на Европейския съюз (1989–2019). Сборник в чест на проф. д-р Йорданка Зидарова. Васил Пандов, Боряна Мусева (съставители). София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2021, с. 320 и сл.

¹¹⁶ Решение № 4 на КС от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013. В същия дух вж. и Решение № 3 от 28 април 2020 г. по конст. д. № 5/2019 г. (обн. ДВ, бр. 42 от 12.05.2020 г.).

тиворечиви¹¹⁷. Това означава, че нормотворческата дейност в условията на правовата държава следва да се осъществява така, че законите разпоредби да са правнологически съгласувани и да не съдържат взаимноизключващи се правни предписания, които да предвиждат неразбираеми и неясни правни положения, тъй като това сериозно би затруднило и пречило правотоприлагането и изпълнението на закона¹¹⁸.

Именно от повелята за правна сигурност и стабилност на правопорядъка като характеристики на правовата държава, изискващи „трайно и последователно като концепция законодателно регулиране на обществените отношения“¹¹⁹, се извежда принципната недопустимост на обратното действие на закона, доколкото същото е от естество да накърни правната сигурност¹²⁰. В частност, произнасяйки се относно действието във времето на новия материален данъчен закон по отношение на осъществили се в миналото правопораждащи юридически факти, които са породили правни последици (възникнали правни отношения, приети/издадени правни актове), КС е имал случай да подчертае, че правилото за неретроактивност на данъчноправната норма е именно проява на конституционния принцип за правовата държава и законността в областта на данъчното право¹²¹.

¹¹⁷ Решение № 7 от 16 юни 2005 г. по конст. д. № 1/2005 г. (обн. ДВ, бр. 52 от 24.06.2005 г.); Решение № 1 от 27 януари 2005 г. по конст. д. № 8/2004 г. (обн. ДВ, бр. 13 от 8.02.2005 г.); Решение № 4 от 11 март 2014 г. по конст. д. № 12/2013 г. (обн. ДВ, бр. 27 от 25.03.2014 г.).

¹¹⁸ Решение № 9 от 30 септември 1994 г. по конст. д. № 11/1994 г. (обн. ДВ, бр. 87 от 25.10.1994 г.); Решение № 5 от 29 юни 2000 г. по конст. д. № 4/2000 г. (обн. ДВ, бр. 55 от 7.07.2000 г.); Решение № 8 от 4 юли 2012 г. по конст. д. № 16/2011 г. (обн. ДВ, бр. 53 от 13.07.2012 г.); Решение № 3 от 6 март 2014 г. по конст. д. № 10/2013 г. (обн. ДВ, бр. 24 от 18.03.2014 г.).

¹¹⁹ Вж. Решение № 3 от 8 юли 2008 г. по конст. д. № 3/3008 г. (обн. ДВ, бр. 63 от 15.07.2008 г.)

¹²⁰ Прави впечатление, че в точка IV от мотивите на Решение № 4 на КС от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г. правната сигурност и стабилност са посочени веднъж като „характеристики на правовата държава“, а малко по-надолу в текста принципът на правната сигурност, принципът за забрана на същинското обратно действие на закона и принципът за закрила на законно придобитите права са квалифицирани като „производни от принципа на правовата държава“ (същото е възприето и в Решение № 10 от 29 септември 2016 г. по конст. д. № 3/2016 г.; Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г.; Решение № 7 от 29 септември 2009 г. по конст. д. № 11/2009 г.; Решение № 7 от 19 юни 2012 г. по конст. д. № 2/2012 г.). Въпреки известната правнологическа непоследователност не може да се отрече, че във вижданията на КС самото понятие за правова държава е в неделима функционална връзка с повелята за стабилност и предвидимост на правната уредба, а това означава, че за да могат нормените адресати да съобразят поведението си със съдържанието на правните предписания, те трябва да ги познават, т.е. необходимо е същите да са влезли в сила преди проявяването на юридическите факти и пораждането на присъщите им правни последици за субектите.

¹²¹ Вж. Решение № 11 от 9 юли 1996 г. по конст. д. № 10 от 1996 г. (обн. ДВ, бр. 61 от 19.07.1996 г., попр. ДВ, бр. 87 от 15.10.1996 г.).

Все с принципа на правовата държава, и по-специално с изискванията за предвидимост и стабилност на правната уредба, КС е обосновал изискването „за предварителна законоустановеност на държавните вземания“ в Решение № 22 от 10 декември 1996 г. по конст. д. № 24/1996 г.¹²² Тълкувайки разпоредбите на § 1 от Закона за изменение и допълнение (ЗИД) на Закона за държавния бюджет за 1996 г., с които се обявяват за държавни „всички вземания към юридически лица и еднолични търговци от продажби на природен газ по определени от Министерския съвет вътрешни цени, доставени по търговски договори, разрешени по съответния ред, както и по международни договори и спогодби, включително и по Ямбургската спогодба, за периода на действието им, по които страна е Република България чрез овластения представител – „Булгаргаз“ ЕАД“, КС е приел, че целта и ефектът на закона – да обяви за държавни вземания, които не са били третираны като такива до приемането му (курсивът мой – Е. М.), – разкрива противоречието на атаквания закон (ЗИД) с основното конституционно начало на правовата държава по чл. 4, ал. 1 от КРБ. КС е дал израз на схващането си, че принципът на правовата държава налага органите на законодателната власт да зачитат изискването за предварителна законоустановеност на държавните вземания, в смисъл че, „когато се касае за третирането на дадено вземане в приходната част на държавния бюджет, то трябва предварително да е определено по законен път като държавно вземане“. С оглед на това КС постановява, че оспореният нов закон (ЗИД) е свързан с пораждането на правни последици, които надхвърлят конституционно установените и допустими граници на държавна намеса в свободната стопанска инициатива на частноправните субекти (чл. 19, ал. 1 от КРБ). Така е, защото този ЗИД въвежда нова правна уредба на заварени граждански правоотношения, като обявява възникнали преди влизането му в сила частноправни вземания за държавни, предизвиквайки по такъв начин правни последици с характер на принудително одържавяване, но без спазване на установените от чл. 17, ал. 5 от КРБ и закона условия за това. Законосъобразността на държавните дейности, вкл. нормотворчеството, е и изискване за тяхната стабилност и предвидимост, на което правната сигурност е последица (Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.).

¹²² Обн. ДВ, бр. 1 от 3.01.1997 г. По повод Решение № 22 от 10 декември 1996 г. по конст. д. № 24/1996 г. в доктрината е повдигнат основателният въпрос трябва ли това изискване за предварителна законоустановеност на държавните вземания, обосновано от КС с принципа за правовата държава, да се схваща като безусловно, или трябва да подлежи на конкретна преценка при оспорване пред КС на всяка подобна норма. Поставяйки този въпрос, модерната ни доктрина в лицето на Янаки Стоилов (Правните принципи. Цит. съч., с. 248) изтъква, че за предпочитане е да се търси баланс между правата на данъкоплатците и общото осигуряване на правата на гражданите чрез по-гъвкаво упражняване на фискалната политика от изпълнителната и законодателната власт.

Правната сигурност и стабилността на уредбата са характеристики на правото държава, която изисква трайно и последователно в концептуално отношение законово регулиране на обществените отношения¹²³.

Обсъждайки закрилата срещу ретроакцията на закона в контекста на принципа на правото държава¹²⁴, КС изтъква недопустимостта на засягане с новия закон на вече придобити субективни права¹²⁵, като постановява, че свободното усмотрение при отнемане на придобити граждански субективни права е несъвместимо с правото държава; в противен случай в областта на частноправните отношения биха се създали непредвидимост и непредсказуемост, несъвместими с пазарното стопанство, което Конституцията въвежда (вж. чл. 19 от КРБ)¹²⁶. По повод искане за прогласяване на противоконституционността на § 127 от ПЗР на ЗИД на Закона за лекарствените средства и аптеките в хуманната медицина¹²⁷, предвиждаща, че в срок от три месеца от влизане в сила на изменението на закона аптеките, открити от събирателни и командитни дружества и от кооперации на фармацевти, преустановят дейността си и се закриват, КС е приел, че: (1) постановеното закриване на аптеки представлява посегателство върху притежаваното от търговеца предприятие и в широк смисъл на думата е посягане върху правото на собственост по чл. 17 от КРБ, както и че (2) става дума за сфера на международноправно и конституционно защитени субективни права, които съгласно чл. 57, ал. 1 от КРБ не могат да бъдат отнемани с последващ законодателен акт.

И по друг повод с Решение № 12 от 11 ноември 2010 г. по конст. д. № 15/2010 г.¹²⁸ КС е прогласил противоконституционност на законова разпоредба, с която се отменят придобити субективни права по съображения, че се нарушава общ принцип – забраната за обратно действие на закони, от които за заварените случаи ще последват неблагоприятни правни последици (отнемане на придобити права). КС специално е подчертал, че „дори тогава, когато се приема, че материалният граждански закон по изключение може да има обратна сила, това не следва да се приложи за основните конституционни права, каквото е правото на отпуск по чл. 48, ал. 5 от КРБ. Когато възникнало

¹²³ Така точка IV от мотивите на Решение № 4 на КС от 11 март 2014 г. на КС по конст. д. № 12/2013 г. с позоваване и на Решение № 3 от 2008 г. по конст. д. № 3/2008 г. (обн. ДВ, бр. 63 от 15.07.2008 г.); вж. също Решение № 10 от 15 ноември 2011 г. по конст. д. № 6/2011 г. (обн. ДВ, бр. 93 от 25.11.2011 г.).

¹²⁴ Вж. Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹²⁵ Вж. Решение № 3 от 8 юли 2008 г. по конст. д. № 3/3008 г. (обн. ДВ, бр. 63 от 15.07.2008 г.)

¹²⁶ Вж. точка 2 от мотивите на Решение № 3 от 27 април 2000 г. по конст. д. № 3/2000 г. (обн. ДВ, бр. 37 от 5.05.2000 г.).

¹²⁷ Обн. ДВ, бр. 10 от 4.02.2000 г.

¹²⁸ Обн. ДВ, бр. 91 от 19.11.2010 г.

основно право на гражданите не може да породи правни последици, предвидени в закона, действащ към момента на възникване, а с обратно действие на правна норма се предвидят неблагоприятни за титуляра на субективното право последици, се нарушава правната сигурност и предвидимост, а те са задължителни елементи от съдържанието на правовата държава, гарантиращи правата на личността и свободното развитие на човека.

Като изгражда последователно възгледа си за пределите на допустимост на обратното действие на закона в условията на правовата държава, КС е имал не един и два повода да се позове на правото на ЕС, изтъквайки, че закрилата срещу обратната сила на правните норми е елемент от принципа на правната сигурност, изведен от Съда на Европейския съюз (СЕС) като фундаментален принцип на общностния правопорядък¹²⁹. От практиката на СЕС нашият КС черпи допълнителни аргументи в подкрепа на извода си, че ретроакцията на закона е от естество да накърни доверието на засегнатите частноправни субекти в стабилността на правното положение¹³⁰. Като се позовава на редица решения на СЕС¹³¹, КС споделя по същество изводите му¹³² относно недопустимост на такива правни мерки с ретроактивен ефект, които накърняват общественото доверие в стабилитета на обезпеченото от институциите на ЕС правно положение на засегнатите лица, освен когато „делта, която трябва да бъде постигната, го изисква и когато легитимните интереси на засегнатите са съобразени по подходящ начин“¹³³. На тази основа КС приема, че конституционно нетърпимо като нарушаващо принципа на правовата държава е законът да предвиди с обратно действие неблагоприятни правни последици за лицата, чието поведение е било съобразено с

¹²⁹ Вж. Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.; Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

¹³⁰ Вж. Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.; Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

¹³¹ Вж. решение на СЕС от 3.05.1978 г. по делото *August Töpfer & Co. GmbH v Commission of the European Communities*, Case 112/77, ECR (1978) 1019, ECLI:EU:C:1978:94, решение на СЕС от 14.05.1975 г. по делото *Comptoir national technique agricole (CNTA) SA v Commission of the European Communities*, Case 74-74, ECR (1975) 533, ECLI:EU:C:1975:59 и др.

¹³² Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹³³ КС се е позовал също на решението на СЕС от 25.01.1979 г. по делото *A. Racke v Hauptzollamt Mainz*, Case 98/78, ECR (1979) 69, § 20, ECLI:EU:C:1979:14, в което се казва, че „въпреки че принципът за правна сигурност съставлява пречка за действието на общностна правна мярка преди момента на обнародването на акта за нейното приемане, възможно е все пак това да се допусне по изключение, ако целта, която трябва да бъде постигната, изисква това и легитимните интереси на засегнатите лица са надлежно съобразени“. Посочено е също решението на СЕС от 4.10.2001 г. по делото *Stichting “Goed Wonen” v Staatssecretaris van Financiën*, Case C-326/99, ECR (2001) I-6831, §§ 32–34, ECLI:EU:C:2001:506, отнасящо се до темпоралното действие на материални данъчноправни норми, предвиждащи облагане с ДДС.

действащата към съответния момент нормативна уредба; в противен случай правните субекти не биха могли да имат доверие в установения от законите правопорядък, а това би ги лишило от мотивация и интерес да подчиняват поведението си на установените правила¹³⁴. КС се ръководи от принципното положение, че правната сигурност и стабилност са характеристики на правовата държава, която изисква трайно и последователно законодателно регулиране на обществените отношения¹³⁵.

Все с оглед изискванията на принципа на правовата държава за зачитане на законно придобити права на субектите, за правна сигурност и предвидимост е била прогласена и противоконституционността на разпоредба, по силата на която се прекратяват висящи производства, образувани по подадени преди влизане в сила на новия закон жалби¹³⁶. По-конкретно, КС е приел, че разпоредбата на § 17 от ПЗР на ЗИД на Закона за преобразуване и приватизация на държавните и общински предприятия¹³⁷, съгласно която се прекратяват висящите производства, образувани по вече подадени жалби, противоречи на изискванията на правовата държава за зачитане на придобити права, за правна сигурност и предвидимост. Като предоставя на засегнатите лица право на защита на техните права по исков ред, самият законодател предпоставя, че неправомерно са засегнати техни придобити права чрез обратната сила, с която се прекратяват производствата по вече подадени от тях жалби срещу засягащи ги административни актове, вместо забраната за обжалване на съответната категория административни актове да важи занапред, както изискват принципите на правовата държава¹³⁸.

¹³⁴ Така Решение № 8 от 27 май 2021 по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

¹³⁵ Решение № 1 от 27 януари 2005 г. по конст. д. № 8/2004 г. (обн. ДВ, бр. 13 от 8 февруари 2005 г.); Решение № 4 от 8 юли 2008 г. по конст. д. № 3/2008 г. (обн. ДВ, бр. 63 от 15.07.2008 г.). Вж. също Решение № 3 от 23 февруари 2017 г. по конст. д. № 11/2016 г. (обн. ДВ, бр. 20 от 7.03.2017 г.), в което КС е потвърдил трайно установената си практика относно същността на правовата държава, в смисъл че правовата държава в материален смисъл е държава на справедливостта, а във формален смисъл тя е държава на правната сигурност, където съдържанието на правния ред е ясно и недвусмислено определено. Законсообразността на държавното управление е конституционно изискване, което го прави предвидимо, а това е предпоставка за правната сигурност. Правната сигурност и стабилност са характеристики на правовата държава, която изисква трайно и последователно законодателно регулиране на обществените отношения. Израз на законността в правовата държава е спазването на Конституцията, която е върховен закон и останалите закони не могат да ѝ противоречат. Държавата е правова, когато се управлява според Конституцията и законите, а те, от своя страна, трябва да са ясни, точни и непротиворечиви на Конституцията – така Решение № 5 от 26 септември 2002 г. по конст. д. № 5/2002 г. (обн. ДВ, бр. 95 от 8.10.2002 г.); Решение № 8 от 4 юли 2012 г. по конст. д. № 16/2011 г. (обн. ДВ, бр. 53 от 13.07.2012 г.).

¹³⁶ Решение № 8 от 12 май 1999 г. по конст. д. № 4/1999 г. (обн. ДВ, бр. 47 от 21.05.1999 г.)

¹³⁷ Обн. ДВ, бр. 12 от 1999 г.

¹³⁸ Решение № 8 от 12 май 1999 г. по конст. д. № 4/1999 г.

По повод искане за прогласяване на противоконституционност на законови норми, чието същинско обратно действие е от естество да накърни принципа за правна сигурност в условията на правовата държава по чл. 4 от КРБ, КС е имал не един и два повода да изрази разбирането си за понятията „правна предвидимост и сигурност“. В своите актове той ги схваща като „измерения на правовата държава, в съответствие с които е конституционно недопустимо законодателят впоследствие да налага неблагоприятни последици за правните субекти“¹³⁹, които са действали точно в съответствие с действащата към онзи момент правна уредба. С оглед на това КС е изтъкнал, че да се отнемат придобити права с обратна сила, е противно на повелята за предвидимост и сигурност в условията на правовата държава по чл. 4 от КРБ¹⁴⁰. В тази връзка КС е направил важното уточнение, че предвидимостта е изискване към формирането и осъществяването на законодателната политика, без обаче този признак да бъде абсолютизиран¹⁴¹ и да се фетишизира. В периоди на преход или на кризи¹⁴²

¹³⁹ Така Решение № 7 от 29 септември 2009 г. по конст. д. № 11/2009 г. (обн. ДВ, бр. 80 от 9.10.2009 г.).

¹⁴⁰ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹⁴¹ В сходен дух, че изискването за стабилност и предвидимост чрез позоваване на принципа на правовата държава не бива да е безусловно, вж. Стоилов, Янаки. Правните принципи. Цит. съч., с. 248.

¹⁴² Вж. например Закон за мерките и действията по време на извънредното положение, обявено с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г. и за преодоляване на последиците (загл. доп. – ДВ, бр. 44 от 2020 г., в сила от 14.05.2020 г., обн. ДВ, бр. 28 от 24.03.2020 г., последно доп. ДВ, бр. 77 от 16.09.2021 г.), който е обнародван в ДВ на 24 март 2020 г., а влиза в сила със задна дата – на 13 март 2020 г. Основанието за това отклонение от конституционно установените принципи положени относно влизането на закона в сила (чл. 5, ал. 5 от КРБ) е, че посоченият законодателен акт урежда мерките и действията по време на извънредното положение на територията на Република България и за преодоляване на последиците след отмяната на извънредното положение (арг. от чл. 1). За особеното действие на този закон върху частноправните отношения вж. Голева, Поля. Въпроси на частното право в условията на извънредно положение. – В: Търговско и облигационно право, 2020, № 4–5, ЕПИ онлайн; Василева, Цветелина. Обществените поръчки в условията на пандемията и предприетите законодателни промени. – В: Търговско и облигационно право, 2020, № 4–5, ЕПИ онлайн; Георгиев, Александър. Новите законодателни мерки за преодоляване на последиците след края на извънредното положение. – В: Собственост и право, 2020, № 6. ЕПИ онлайн; Бакалова, Валентина. Спиране и удължаване на сроковете в производствата по ЗУТ по време на извънредното положение и след неговата отмяна. – В: Собственост и право, 2020, № 6, ЕПИ онлайн; Петров, Деян. Изменение на договори в условията на икономическа криза – способности и предизвикателства. – В: Търговско и облигационно право, 2020, № 7, ЕПИ онлайн; Хорозов, Георги. Договорните отношения в условията на пандемията. – В: Търговско и облигационно право, 2021, № 1. ЕПИ онлайн; Хорозов, Георги. Недействителност на споразуменията за изменение или прекратяване на договори в резултат от извънредно положение или извънредна епидемична обстановка. – В: Търговско и облигационно право, 2021, № 4. ЕПИ онлайн и др.

законодателната политика в определени области, например в социалната сфера, преживява не само плавни и предвидими изменения, а може да се стигне до „конкуренция между справедливостта и стабилността на социалната закрила“¹⁴³.

Все във връзка с действието на закона във времето и зачитането на конституционно оправданите очаквания КС изхожда от разбирането, че никъде в КРБ не се въвежда изискване за неизменяемост на законодателството, следователно „не може да има и конституционно легитимирано очакване, че когато отпаднат обективните основания за дадено предимство, законодателят няма да промени своята преценка“¹⁴⁴. В практиката на КС „леgitимните очаквания“ се свързват с правната предвидимост и сигурност и предполагат определени конституционни или законово предвидени предпоставки, когато основният закон препраща към законодателна уредба на дадена материя¹⁴⁵. Разбирането си за съдържанието на понятието „конституционно оправдани очаквания“ КС е имал възможност да разкрие в светлината на въплътения в чл. 19 от КРБ принцип за равенство на частноправните субекти по отношение на правото на свободна стопанска инициатива и осъществяването на стопанската дейност при условията на възприетия у нас пазарен икономически модел¹⁴⁶. От разпоредбите на чл. 19, ал. 2 и 3 от КРБ, предписващи, че законът създава и гарантира на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия за стопанска дейност, като предотвратява злоупотребата с монополизма, нелоялната конкуренция и защитава потребителя и че инвестициите и стопанската дейност на български и чуждестранни граждани се закрилят от закона, КС е обосновал тълкувателния извод, че свободният пазар и конкуренцията изискват равнопоставеност на всички правни субекти¹⁴⁷. С оглед на това законодателят следва да гарантира еднакви правни условия на стопанските субекти за осъществяване на икономическа дейност. Конституционно закрепеният принцип за равенство на частноправните субекти по отношение на правото им на

¹⁴³ Вж. Решение № 10 от 13 септември 2012 г. по конст. д. № 15/ 2011 г. (обн. ДВ, бр. 73 от 25.09.2012 г.); Решение № 1 от 27 януари 2005 г. по конст. д. № 8/2004 г. (обн. ДВ, бр. 13 от 8.02.2005 г.)

¹⁴⁴ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹⁴⁵ Пак там.

¹⁴⁶ Решение № 13 от 31 юли 2014 г. по конст. д. № 1/2014 г. (обн. ДВ, бр. 65 от 06.08.2014 г.)

¹⁴⁷ В мотивите на цитираното решение КС е изтъкнал по-специално, че „свободният пазар и конкуренцията изискват равнопоставеност на всички субекти – физически и юридически лица, в това число и организирани от държавата. Конституцията в чл. 19, ал. 2 предписва на държавата да изгради система на правно регулиране на стопанската дейност, която да гарантира на всички граждани и юридически лица еднакви правни условия, както когато започват стопанска дейност, така и по отношение на нейното организиране и осъществяване“.

свободна стопанска инициатива е основата, от която в практиката на КС се извежда правото на стопанските субекти легитимно да очакват законът да им предоставя и гарантира еднакви правни условия за стопанска дейност¹⁴⁸. Това схващане на КС за конституционно оправданите очаквания отразява възприетото от СЕС разбиране, че закрилата на легитимните очаквания на субектите¹⁴⁹ е свързана с принципа на правна сигурност, който изисква стабилност и предвидимост на правната уредба¹⁵⁰.

В очертаания дух КС прие и напоследък, че когато компетентен орган с публични властнически правомощия създаде със свои юридически актове оправдани правни очаквания за правните субекти, които в изпълнение на актовете на този орган са предприели законосъобразни правни действия за погасяване на задълженията си и след това с приетия по-късно закон тези действия бъдат обявени с обратна сила за недействителни, налице е пренебрегване на легитимните правни очаквания на субектите по един конституционно недопустим начин¹⁵¹. Този извод на КС е в съзвучие с разбирането на СЕС, че „всеки правен субект, у когото административен орган е създал основателни очаквания с конкретни уверения, които му е дал, има право да се позове на принципа за оправданите правни очаквания“¹⁵². В конкретния случай КС е съобразил правилно, че придаденото по силата на оспорената законова норма¹⁵³ обратно действие на основанията за относителна недействителност¹⁵⁴ на извършените от търговска банка или от нейни кредитори прихващания настъпва повече от три години, след като разпоредбите, съобразно които са извършени прихващанията, са влезли в сила и са произвели вече правните си последици¹⁵⁵. С оглед на това КС е квалифицирал като конституционно недопустимо придаването

¹⁴⁸ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

¹⁴⁹ Вж. решение на СЕС от 24 март 2011 г. по делото *ISD Polska and others v Commission*, C-369/09 P, ECR (2011) I-2011, ECLI:EU:C:2011:175; също и решение от 5 май 1981 г. по делото *Dürbeck v Hauptzollamt Frankfurt a. M.* 112/80, ECR (1981) 1095, ECLI:EU:C:1981:94.

¹⁵⁰ Вж. решение на СЕС от 15 февруари 1996 г. по делото *Duff and others v Minister for Agriculture and Food*, C-63/93, ECR (1996) I-569, ECLI:EU:C:1996:51.

¹⁵¹ Така Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. (обн. ДВ, бр. 48 от 8.06.2021 г.).

¹⁵² Вж. решение на СЕС от 5 март 2015 г. по делото *Europäisch-Iranische Handelsbank v Council*, C-585/13 P, ECLI:EU:C:2015:145

¹⁵³ Става дума за § 8 от ПЗР на ЗИД на Закона за банковата несъстоятелност (обн. ДВ, бр. 22 от 2018 г., доп. ДВ, бр. 33 от 2019 г., в сила от 19.04.2019 г.).

¹⁵⁴ Вж. чл. 59, ал. 5, 6 и 7 ЗБН.

¹⁵⁵ В Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г. КС е съобразил, че оспорената разпоредба на § 8 относно момента на прилагане на чл. 59, ал. 5, 6 и 7 ЗБН – считано от 20 юни 2014 г. (датата на поставяне на търговската банка под особен надзор) е приета повече от три години, след като тези разпоредби са влезли в сила съобразно правилото на чл. 5, ал. 5 от КРБ и са произвели действие занапред.

на обратно действие на закон, независимо от основанията за това, когато се обявява начална дата на действие на закона, предхождаща приемането и обнародването му в „Държавен вестник“¹⁵⁶. Такова законодателно решение е в противоречие с императивната повеля на чл. 5, ал. 5 от КРБ, според която всички нормативни актове се публикуват и влизат в сила след обнародването им. С оглед на това, следвайки и утвърдената практика на СЕС, КС е постановил¹⁵⁷, че допускането с обратна сила да се изменя темпоралното действие на един вече приложен закон с цел преуреждане на вече приключени правоотношения, възникнали въз основа на същия този закон, води до накърняване по конституционно нетърпим начин на принципите на правна сигурност и на защитата на оправданите правни очаквания на субектите¹⁵⁸.

Но, опрян отново на постоянната практика на СЕС¹⁵⁹, КС приема, че принципът на правна сигурност и закрила на легитимните очаквания не означава, че икономически активните субекти следва да възприемат всяка промяна в нормативната уредба като произволна и неоправдана и да черпят легитимността на своите очаквания за стабилност на уредбата от обстоятелството, че са били третирани с предимство на пазара към даден момент и да се надяват, че това положение ще се запази и за в бъдеще¹⁶⁰. КС споделя тълкувателния извод от практиката на СЕС, че ако един добросъвестен и внимателен субект, осъществяващ стопанска дейност, може да предвиди приемането на определена мярка от дадена институция на ЕС, която ще засегне неговите интереси, то той не би мо-

¹⁵⁶ Доктрината (Фаденхехт, Йосиф. Българско гражданско право. Цит. съч., с. 140) отдавна е изяснила, че понятието „ретроактивност на закона“ не може да се разбира в смисъл, че законът се счита влязъл в сила от един момент, който предшества неговото обнародване, защото това е правен абсурд, забранен от Конституцията. Вж. и Решение № 14 от 21 декември 2010 г. по конст. д. № 17/2010 г. (обн. ДВ, бр. 101 от 28.12.2010 г.).

¹⁵⁷ Решение № 8 от 27 май 2021 г. по конст. д. № 9/2020 г.

¹⁵⁸ Този извод на КС е опрян на константната практика на СЕС, обективизирана в решение от 29 април 2004 г. по делото *Gemeente Leusden and Holin Groep*, съединени дела C-487/01 и C-7/02, ECR 2004, I-5337, ECLI:EU:C:2004:263; решение от 26 април 2005 г. по делото *Goed Wonen*, C-376/02, ECR 2005, I-3445, ECLI:EU:C:2005:251; решение от 14 септември 2006 г. по делото *Elmeke*, съединени дела C-181/04 г. до C-183/04 г., ECR 2006, I-8167, ECLI:EU:C:2006:563; решение от 9 юли 2015 г. по делото *Salomie and Oltean*, C-183/14 г., ECLI:EU:C:2015:454.

¹⁵⁹ Вж. решение на СЕС от 27 септември 1979 г., *Eridania v Minister of Agriculture and Forestry*, 230/1978, ECR (1979) 2749, §§ 21(22) (EL1979:II/00340 SVIV/00513 FIIV/00547 ES1979/01353) ECLI:EU:C:1979:216; решение на СЕС от 16 май 1979 г., *Ditta Angelo Tomadini Snc v Amministrazione delle finanze dello Stato*, 84/1978, ECR (1979) 1801, § 21 (EL1979:I/00903 ES1979/00945) ECLI:EU:C:1979:129; решение на СЕС от 28 октомври 1982 г. по делото *Werner Faust v Commission*, 52/1981, ECR (1982) 3745, §§ 26-27, ECLI:EU:C:1982:369 и др.

¹⁶⁰ Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

гъл да се позовава на принципа за закрила на легитимните очаквания, ако мярката бъде приета¹⁶¹. На тази основа, като отчита обстоятелството, че принципът за легитимните правни очаквания има различно проявление в отделните стопански сектори¹⁶², КС заключава, че това, което прави очакванията оправдани, е тяхната обосновааност. Те трябва да се основават на индивидуализирано обвързване от страна на публичната власт, а не на общата законодателна рамка и следва да бъдат формирани от субектите добросъвестно, с дължимото внимание и при полагане на дължимата грижа. Следователно „очакването, че законът ще изисква или разрешава нещо утре, основано единствено на факта, че то се изисква или разрешава днес, е напълно лишено от основание“¹⁶³.

V. Няколко заключителни думи

Направеният аналитичен преглед дава основание да се заключи, че винаги, когато бъде поставен в практиката на КС, проблемът за обратното действие на закона и условията и границите на неговата допустимост се обсъжда в светлината на принципа за правовата държава (чл. 4, ал. 1 от КРБ), и по-специално с оглед повелята за правна сигурност, зачитане на придобитите права, защита на оправданите правни очаквания, предвидимост и стабилност на уредбата в условията на установения от Конституцията и законите правопорядък. КС изхожда от разбирането, че правилото за действие на закона за в бъдеще (*ex nunc*) произтича от върховенството на правото (правовата държава) като конституционен принцип. Правилото за неретроактивността се схваща като елемент от правната сигурност и като важна гаранция за предвидимост на правовия ред.

КС провежда разграничение между *обратно действие на закона* (на-речено от него „същинско обратно действие“ или „ретроактивност *strictu sensu*“), каквото е налице при преуреждане на осъществили се в миналото юридически факти, които са породили и приключили окончателно прав-

¹⁶¹ Вж. решение на СЕС от 11 март 1987 г. по делото *Van den Bergh en Jurgens v Commission*, 265/1985, ECR (1987) 1155, § 44, ECLI:EU:C:1987:121; решение на Първоинстанционния съд (първи разширен състав) от 5 август 2003 г. по съединени дела T-116/01 и T-118/01 *P & O European Ferries (Vizcaya), SA and Diputación Foral de Vizcaya v Commission of the European Communities*, ECLI:EU:T:2003:217.

¹⁶² По-специално, КС е подчертал в мотивите на Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г., че изключително трудно е да се обосновават легитимни правни очаквания в сектори, които по принцип са подложени на чести законови промени, какъвто несъмнено е сектор енергия от възобновяеми източници (ВИ).

¹⁶³ Така Решение № 5 от 11 май 2017 г. по конст. д. № 12/2016 г.

ните си последици преди влизане в сила на новия закон, и *действието на новия закон върху висящи правоотношения* (наречено „несъщинска, привидна ретроактивност“), при което нововъведена правна уредба преурежда незабавно от влизането си в сила, но само за в бъдеще, едно заварено от нея правоотношение, което е възникнало от осъществил се при действието на отменен закон юридически факт, но още не е приключено при влизането в сила на новата уредба и попада занапред под нейното регулативно действие. Практическото значение на това разграничение намира израз в различното отношение на КС към допустимостта на всеки от тези два вида действие на закона по време и предпоставките за това. По различни поводи КС е имал възможност да потвърди виждането си, че КРБ не съдържа обща, с принципен характер забрана за обратно действие на правните норми и че с изключение на изрично предвидените в Конституцията и закона случаи (напр., чл. 5, ал. 3 от КРБ, чл. 14, ал. 3 от ЗНА), придаването на обратно действие на нормативен акт, стига да е постановено с изрична законова норма¹⁶⁴, поначало не е несъвместимо с правната държава, освен когато нарушава правната сигурност, предвидимостта на нормативната уредба и доверието в правната система като основни характеристики на правната държава, а също и когато накърнява или отнема надлежно придобити субективни права, съответно създава с ретроактивен ефект нови правни задължения, каквито не са били предвидени по закона, при действието на който се е осъществил правопораждащият юридически факт и са се породили и приключили окончателно неговите правни последици. Тези принципни положения КС привързва към *същинското обратно действие на закона* („ретроактивност *strictu sensu*“), т.е. към случаите, при които новият закон преурежда юридически факти, проявили се при действието на стария (отменения) закон и предизвикали своите правни последици, които са вече приключени преди влизане в сила на новия закон. Докато същинското обратно действие на закона се счита допустимо само по изключение, по силата на изрична законова норма (чл. 14, ал. 1 от ЗНА) и при спазване на посочените по-горе ограничители, произтичащи от многопластовото съдържание на принципа за правната държава (върховенството на правото), то *незабавното действие на новия закон по отношение на висящи неприключени правоотношения*, означавано в практиката на КС като „*несъщинско обратно действие*“, се счита по правило за съвместимо с принципа за закрила на правната сигурност, когато е необходимо за постигане на преследваната от законодателя цел и уредбата остане в границите на разумно приемливото при осигурен

¹⁶⁴ Арг. от чл. 14, ал. 1 от ЗНА.

баланс между доверието в стабилността на уредбата, от една страна, и значимостта и спешността на законовите промени, от друга. По такъв начин КС възприема повелята за подходящо и балансирано съобразяване на легитимните интереси на субектите от практиката на СЕС, която извежда идеята за закрила срещу ретроактивното действие на правните норми от общия за правопорядъка на държавите членки и правото на ЕС принцип на правна сигурност.

РАЗПОЗНАВАНЕ НА БЛАНКЕТНИТЕ НОРМИ В НАКАЗАТЕЛНИЯ КОДЕКС И НА ИЗТОЧНИЦИТЕ, КЪМ КОИТО ОТПРАЩАТ

Гл. ас. д-р Ива Пушкарова
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

IDENTIFICATION OF THE CRIMINAL CODE BLANC PROVISIONS AND THE LEGAL ACTS THEY REFER TO

Ch. ass. Iva Pushkarova, PhD
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. Most criminal provisions are blanc – they establish one or more elements of the *corpus delicti* of the respective crime by referring to provisions in non-criminal act thus limiting the judicial powers to elaborate on these elements’ legal meaning. However, courts are obliged to authentically recognise the referred-to provision which is rather complicated by 1) its not being expressly cited in most cases thus requiring interpretation of the reference made by the blanc provision; and 2) the sometimes confused state of the non-criminal legislation which seemingly offers a number of possible referred-to provisions or a system of linked provisions. In addition, courts do not always recognise the (cross)reference or the authentic referred-to provision due to deficient case-law practices. The article outlines and explores the practical issues arising from the legislative technique of the blanc provision in a strive to improve judicial practice.

Keywords: *blanc provision, legal sources, legal reference, adoption, forced labour, medical misdemeanors, crimes against the interests of insolvent companies’ creditors, money laundering*

1. Въведение

Голяма част от разпоредбите на Особената част на НК съдържат бланкетни диспозиции. За един или повече от признаците на престъплението – най-често на обективния му състав и по-рядко на субективната страна¹ извън вината – те отправят към разпоредба или система от разпоредби извън кодекса, като в повечето случаи последните не са изрично посочени, а определянето им най-често силно да се влияе от фактите по случая.

Тази традиционна и основна за наказателното нормотворчество техника разкрива множество добре проучени в теорията предимства, сред които нормативна икономия, прецизно криминализиране на множество деяния с разнообразно проявление и баланс между потребността едновременно от стабилност на престъпния състав и от гъвкавост на наказателноправната защита съобразно динамиката на специалното законодателство². Въпреки масовата употреба на бланкетни норми в НК, не достигат актуални изследвания на съдебната практика по прилагането им. Тази техника изисква висока законотворческа и правораздавателна компетентност, тъй като е високочувствителна както към взаимодействието на националното наказателно законодателство с наднационални и отраслови правни стандарти, така и към адекватността и променливостта на специалната уредба, вкл. наличие на нормативни празноти, излишества, неяснота и съткновения в нея, които потенциално внасят несигурност в прилагането на наказателната норма.

Така възникват две групи рискове. Първо, да не бъде разпознат изобщо бланкетният характер на диспозицията и съдът да предприеме тълкуване на признаците ѝ в качеството им на пряко и изцяло установени от наказателната норма. Второ, да не бъде разпознат автентичният източник, към който бланкетната норма отправя, и да бъде заместен с друг. И в двата случая се достига до прилагане на закона с нормативно съдържание в отклонение от законодателния замисъл със съответните последици за законоустановеността на престъплението и стабилността на съдебната практика.

¹ Например признаците „расистки“ и „ксенофобски“ подбуди от съставите на чл. 116, ал. 1, т. 11 и чл. 131, ал. 1, т. 12 НК отправят към Рамково решение 2008/913/ЛВР на Съвета от 28.11.2008 г. относно борбата с определени форми и прояви на расизъм и ксенофобия посредством наказателното право, а първият и към пар. 1 от Закона за защита срещу дискриминацията.

² Груев, Л. Бланкетни наказателноправни норми. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 1997; Стойнов, Ал. Наказателно право. Обща част. Второ изд., София: Сиела, 2019, с. 95; Пушкарова, И. Използване на наказателна репресия за превантивни и регулативни цели: проблеми при наказателноправната защита на административни режими и дублиране на състави на административни нарушения и престъпления. – В: 50 години Закон за административните нарушения и наказания – история, традиции, бъдеще. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2020.

Настоящото изследване си поставя за цел да изведе базисен методологичен модел на попълване на бланкетната диспозиция, като очертае всяка от групите рискове с конкретни примери от практиката в опит да допринесе за нейното усъвършенстване.

2. Разпознаване на бланкетния характер на диспозицията

Затрудненията възникват главно при диспозиции, в които признак е описан с терминология на специално законодателство или сходен синонимен израз. Проблемите могат условно да се разделят в две групи.

2.1. Първо, използваното от бланкетна наказателна разпоредба понятие да не бъде разпознато като отраслов правен термин, а като собствено понятие на наказателния закон, чието съдържание се установява чрез тълкуване при пълна аналитична свобода на съда, т.е. нормата да не се счете за бланкетна, въпреки че е.

В такъв временно разпространен пример от практиката на някои районни прокуратури понятието „**принудителен труд**“, което съставите на трафика на хора обвързват с един от видовете експлоатационни цели (чл. 159а и сл. НК), се тълкува като труд, към който пострадалият е мотивиран със сила или заплашване³. По отношение на този признак обаче разпоредбите на НК отправят към определението по чл. 2 от Конвенция № 29 на МОТ, според което принудителният труд е „всяка работа или служба, изисквана от едно лице под страх от някакво наказание, която работа или служба това лице не е приело да извършва доброволно“. В допълнение бланкетната норма препраща и към други международни актове (напр. Конвенция № 105 на МОТ), директиви на ЕС (напр. Директива 2011/36/ЕС) и интерпретационни документи, които доразвиват определенията с уточнения и конкретни хипотези, задължавайки националните юрисдикции на държавите членки да ги третират като принудителен труд⁴. Съдът има свобода да тълкува определението и конкретизиращите го актове, като избира кои да ползва за

³ В по-старата практика понятието се е смесвало и с принудителна проституция (напр. Обвинителен акт на РП-Кюстендил по н.о.х.д. № 377/2004 г. на РС – Кюстендил).

⁴ Според Задължителните насоки на МОТ за трафика на хора и експлоатацията на принудителния труд от 2005 г. такива хипотези са: възлагане на труд чрез физическо или сексуално насилие или заплашване с такова; ограничаване на придвижването на работника или задържането му на работното място или в обкръжаващата го зона, включително когато трудът е мотивиран от „зависимост поради дълг“; забавяне на възнаграждение или отказ от заплащането му; отнемане и задържане на документи за самоличност, така че работникът да не може да напусне работното място, нито да докаже самоличността и правното си положение; заплаха с предаване на органите на властта; принудително оказване на услуги и др.

попълване на бланкетната норма според обстоятелствата по случая, но не и да ги замества със собствени дефиниции⁵.

2.2. Втората група затруднения се отнася до риск използваното понятие погрешно да бъде свързано с отраслов термин поради словесно сходство, без да бъде разпозната разликата в правното съдържание. В тези случаи нормата е неправилно възприета като бланкетна по отношение на описания с това понятие признак, въпреки че не е такава.

В такъв твърде очевиден пример нормата на чл. 249 НК не е бланкетна по отношение на признака „**платежен инструмент**“, тъй като понятието е дефинирано в чл. 93, т. 24 НК. Разпоредбата на чл. 249 НК препраща към това определение⁶, а не към определенията в отрасловите закони, независимо че те могат да бъдат по-подходящи по конкретни случаи. Те биха могли да се ползват при интерпретацията на наказателноправната дефиниция, но не могат да я изместят при попълване на бланкета.

Подобна е хипотезата с признака „**условия на домашно насилие**“, който е определен в чл. 93, т. 31 НК. Нормите на Особената част, които го използват, не са бланкетни, но употребеното в дефиницията понятие „**домашно насилие**“ е бланкетно и за него тя препраща към отрасловите закони.

Все още не са напълно преодолените трудности, произтичащи от разликите в понятията за **владение** и **държане** във вещноправен смисъл и по смисъла, вложен в състави на престъпления против собствеността, стопанството, дейността на държавни органи, общоопасни престъпления и др. Нормите на НК, които съдържат признаците „владение“ (обективна страна) и „държи“ (изпълнително деяние), не са бланкетни. Наказателноправните понятия описват обективно фактическо положение на власт върху имуществения предмет на престъплението независимо от възможното ѝ квалифициране и като владение или държане по смисъла на Закона за собствеността. Последните представляват правни институти с определени обективни и субективни характеристики, които поради тях поражда определени вещноправни последици и са относими към по-трайни състояния на вещите.

Смесването на наказателноправните и вещноправните понятия за владение/държане породи специфично изкривяване в практиката върху подкупите, чиито състави не са бланкетни относно изпълнителните деяния. Според него **активният подкуп по чл. 304, ал. 1 и чл. 304а НК**, изразен в даване на дара или облагата, е довършен, когато предметът му премине във владението на длъжностното лице, а това според редица съдебни решения предполага това

⁵ Такова уместно тълкуване в Решение № 1/06.01.2014 г. по в.н.о.х.д. № 728/2013 г. на ОС – Хасково, въпреки отсъствието на изрично позоваване на Конвенция № 29 или на Насоките от 2005 г.

⁶ Решение № 324/12.03.2013 г. по н. д. № 232/2013 г. на СГС.

лице да го приеме изрично или мълчаливо. Ако например дарът е оставен в кабинета на длъжностното лице в негово отсъствие и без неговото знание и съгласие, докато това лице не го приеме или откаже, ще е налице довършен опит към даване, а не довършено даване. Това разбиране изхожда от вещноправния смисъл на владението, според който простото оставяне на една вещь някъде невинаги преустановява владението за този, който я оставя. Така се стига до екзотични и напълно погрешни наказателноправни изводи, че довършеността на активния подкуп ще зависи от поведението на трето лице, което противоречи както на законоустановеността на престъплението, така и на принципа за лична наказателна отговорност⁷. Обратно, в наказателноправен смисъл дадената вещь е напуснала фактичката власт на онзи, който я е дал, от момента, в който е поставена в положение тази власт да бъде приета от длъжностното лице, вкл. чрез прякото ѝ предоставяне в такава власт независимо от субективното отношение и обективно поведение на длъжностното лице. В този смисъл е и отговорът, който дава ВКС в ТР № 1/12.03.2021 г. по т. д. № 1/2019 г. на ОСНК: довършеността на активния подкуп настъпва с прекъсването на фактичката власт на дееца върху облагата и предоставянето ѝ на длъжностното или на друго лице по начин, който му позволява безпрепятствено да изрази отношението си към нея, като я приеме или откаже. Кой от двамата – даващият или длъжностното лице, владее или държи вещта по смисъла на Закона за собствеността, е без наказателноправно значение.

За признаците на **предмета на убийствата**, обозначаваан като „друго“ (чл. 115 и др. НК) или „рожда“ (чл. 120–121 НК), в литературата е изказано мнение, че съответните наказателни състави са бланкетни⁸. Оттук, след като несъмнено пострадалият е бил „жив“ към началото на умъртвяването, за изясняване на този признак – например при предполагаемо посегателство върху дете в хода на раждането му или веднага след него – се привличаха дефинициите от нормативния медицински стандарт „Акушерство и гинекология“ (пар. 1, т. 8 от Наредба № 32/2008 г., пар. 1, т. 7 от Наредба № 12/21.07.2014 г., пар. 1, т. 8 Наредба № 19/2014 г.)⁹. Според тях това е чо-

⁷ Подробно в Пушкарлова, И. Някои проблеми на съдебната практика върху основните състави на подкупа. – В: Сборник доклади от Национална научно-практическа конференция: Системно-структурни подходи за подобряване на противодействието срещу корупционни престъпления в Република България, ЮЗУ, 11–12.11.2019 г., Благоевград.

⁸ Ставру, Ст. Правото на живот на „неродените“ живи човешки организми и неговата наказателноправна защита. – В: Предиизвикай правото, 19.10.2017 г.

⁹ Вж. напр. Присъда № 2/16.01.2018 г. по н.о.х.д. № 856/2017 г. на ОС – Варна, потвърдена относно квалификацията с Решение № 127/09.07.2018 г. по в.н.о.х.д. 121/2018 г. на АС – Варна, оставено в сила с Решение № 199/12.01.2021 г. по н. д. № 769/2020 г. на І н. о. на ВКС, където дете в процес на раждане е прието за годен предмет на непредпазливо убийство, тъй като са налице признаци на кръвна циркулация.

вешки „плод, който проявява признаци на кръвна циркулация“. Поради отмяна на действащата наредба в цялост¹⁰, към момента отпращането следва да бъде към добрите медицински практики на основата на стандартите по МКБ, ревизия Х, въведени с Наредба № 42/2004 г. за въвеждане на класификационни статистически системи за кодиране на болестите и проблемите, свързани със здравето, и на медицинските процедури¹¹. В резултат на промените в отрасловата нормативна регулация следователно се променят източниците, попълващи бланкета. Описаната аналитична конструкция обаче е само частично вярна. **Приобщаването на медицинските определения за „жив“ човек е основателно** – той не подлежи на цялостно наказателно-правно тълкуване поради липса на собствен наказателноправен критерий за установяването му, **но се извършва на основата не на нормативно отпращане от бланкетна диспозиция, а на собствено наказателноправно тълкуване на признаците на пострадалия, за установяване на които законът ползва общоупотребяемо понятие в описателна диспозиция.**

2.3. И двете обсъждани тук групи затруднения могат да предизвикат грешки при съчетание на недобро познаване на специалното законодателство, от една страна, и на обекта на защита, осигурявана от наказателната норма, от друга. Известно е, че наказателноправната закрила се разпростира върху цялата правна система и е тясно свързана с всички останали правни отрасли. За да бъде компетентно прилагана, познаването на специалните закони и тяхното прилагане е неизбежно.

Когато се охраняват обществени отношения, предмет на отраслово регулиране, какъвто е масовият случай, а и предвид широката употреба на бланкетното нормотворчество, вероятно е уместно презумптивното възприемане на нормата като бланкетна при съмнение. **Въпросът се изследва към момента на прилагането ѝ** независимо от евентуално застъпване в практиката до момента становища. Появата на определение в специалното законодателство относно признак на състава ще неутрализира съдебните му интерпретации и ще направи бланкетна норма, която до момента не е била такава.

В такъв пример понятието „**финансова операция**“ от състава на изпирането на пари (чл. 253, ал. 1 НК) все още не получава свързаност с единствената си нормативна дефиниция по Глава 5 от Регламент (ЕС) № 549/2013 г.,

¹⁰ Решение № 11894/7.11.2016 г. по адм. д. № 4272/2016 г., II отд. на ВАС, оставено в сила с Решение № 2499/28.02.2017 г. по адм. д. № 14584/2016 г., петчленен с-в – II колегия на ВАС. Ставру, Ст. Наказателноправна защита на живота в утробния му стадий. – В: Теза, 2012, № 3.

¹¹ Шаркова, М. Анализ на правната уредба, засягаща разграничението между раждане и аборт (непубликувана).

въведена в правната система през 2013 г.¹² В практиката след появата ѝ понятието не е изяснявано и явно се приема за общоразбираемо на основата на натрупаната до момента практика. Анализът обаче показва колебания на квалификацията при сходни факти. Като финансова операция се квалифицират главно банкови преводи, превалутиране, внасяне и теглене на пари, но те – както и различни плащания на договорни основания и дори предоставянето на заеми¹³ – получават и алтернативна квалификация като „сделка с имущество“¹⁴, доколкото обективират насрещна престация по сделки за придобиване на вещи, а в групи решения се говори и за несъществуващ признак „финансова операция с имущество“¹⁵. Тази нестабилност в съдържанието на признака „финансова операция“ показва, че той продължава да се подлага на тълкуване, а не се попълва с дефиницията на регламента¹⁶.

Прецизният анализ на обществените отношения, засегнати от престъпния състав, е основен източник на отговори дали диспозиция-

¹² „Финансова е всяка операция с финансови активи и пасиви между резидентни институционални единици и между тях и нерезидентни институционални единици. Финансовата операция между институционални единици представлява едновременно създаване или ликвидироване на финансов актив и на насрещен пасив или промяна в собствеността на финансов актив, или поемане на пасив. Понятието описва нетното придобиване на финансови активи или нетното натрупване на пасиви за всеки вид финансов инструмент. Подобни операции възникват като срещуположни на нефинансови операции, както и като операции, включващи само финансови инструменти.“ „Финансовите активи се състоят от всички финансови претенции, собствен капитал и компонента от монетарното злато в златни кюлчета. Финансовите активи служат за съхраняване на стойност, представляваща полза или поредица от ползи за икономическия собственик от притежаването или използването на активите през определен период от време. Те са начин за пренос на стойности от един отчетен период към друг. Ползите се реализират посредством плащания, които обикновено са валута и прехвърляеми депозити.“ Подробно в Пушкарова, И. Изпиране на пари. Разграничение от близки до него престъпления. – В: Теза, 2014, № 8 и 9.

¹³ Обвинителен акт по н.о.х.д. № 12/2012 г. на ОС – Габрово.

¹⁴ Решение № 568/12.03.2014 г. по н.д. № 903/2013 г. на I н.о. на ВКС; Присъда № 62/16.12.2016 г. по н.о.х.д. № 591/2015 г. на ОС – Плевен; Присъда № 33/12.07.2016 г. по н.о.х.д. № 816/2015 г. на ОС – Плевен; Присъда № 7/10.01.2019 г. по н.о.х.д. № 5702/2016 г. на СГС.

¹⁵ Формите на изпълнителното деяние по чл. 253, ал. 1 НК са „извърши финансова операция“ и „извърши сделка с имущество“. Предметът на финансовата операция са пари и приравнени финансови активи, а не какви да е имущества.

¹⁶ В указания на ВКС (Решение № 198/29.01.2019 г. по н.д. № 1265/2017 г. на I н.о. на ВКС), с които обжалваното въззивно решение е частично отменено и делото е върнато в отменената си част на АС – В. Търново, се акцентира на необходимостта от отговор на въпроса дали простото получаване чрез парични преводи на предмета на предикатното престъпление измама съставлява извършване на финансова операция. Въззивната инстанция е отговорила положително на основата на тълкуване, а не попълване (Решение № 100/09.08.2019 г. по в.н.о.х.д. № 37/2019 г. на АС – В. Търново).

та е **бланкетна**. Установяването на съдържанието на признака „**майка**“ от състава на умишленото убийство по чл. 116, ал. 1, т. 3 НК добре илюстрира значението на този анализ за преодоляване на усложненията при разпознаване дали диспозицията е бланкетна, или описателна по отношение на признаците на пострадалата.

В литературата и практиката не изглежда да се спори, че признакът по принцип се попълва с дефиницията по чл. 60, ал. 2 от Семейния кодекс и идентифицира пострадалата като жената, родила дееца¹⁷. Пропускът майката да бъде определена като „рождена“ обаче показва, че законът има предвид жената, юридически призната за майка, която може и да е различна от тази, която го е родила. Обект на закрила не са единствено биологичните родствени връзки на произход, а родителските отношения, които възникват и се развиват между майка и дете в хода на отглеждането му и при упражняването на правото на семеен живот. Признакът „майка“ следователно не се определя решаващо от фактическото положение на родство и сочи не просто правно качество на предмета на престъплението, а приобщава отношенията с дееца, в които пострадалото лице участва поради това си качество, към обекта на квалифицираното убийство¹⁸.

Това поставя въпроса **дали признакът обхваща и осиновителките и дали видът на осиновяването има значение?**

И при двата вида осиновяване между осиновителката и осиновения „възникват права и задължения като между роднини по произход“, а родителските права и задължения „преминават“ върху осиновителката (чл. 101/чл. 102 от Семейния кодекс). Само пълната осиновителка обаче получава юридическото качество майка (чл. 101, ал. 2 СК), което рождената майка губи с прекратяването на всички правоотношения на произход с осиновения¹⁹. Така доколкото пълната осиновителка получава правно признание за единствена майка на осиновения, тя се „приравнява“ на биологичната и несъмнено се ползва със закрилата по чл. 116, ал. 1, т. 3 НК. Такава е позицията и на съдебната практика²⁰. Ако разпоредбата на НК се възприеме

¹⁷ Стойнов, Ал. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека. София: Сиела, 2006, с. 52 и сл. Постановление № 2/1957 г. на Пленума на ВС.

¹⁸ Пак там. Вж. и Решение № 194/06.12.2021 г. по в. гр. д. № 506/2021 г. на ОС – Добрич („произходът (както от бащата, така и от майката) е биологична връзка, която придобива правно значение само ако бъде установена чрез посочените от закона способности“).

¹⁹ За този извод с оглед целите на попълването на бланкета няма значение остатъчното запазване например на пречките за сключване на брак поради родство по чл. 7, ал. 2 СК, тъй като тяхното основание включва фактическото родство.

²⁰ Напр. Присъда № 55/06.10.2005 г. по н.о.х.д. № 199/2005 г. на ОС – Силистра (убийство на осиновителка, квалифицирано като майцеубийство).

за бланкетна, тя следователно би отпратила към чл. 101 СК, ако убитата е пълна осиновителка.

По отношение на непълната осиновителка обаче въпросът изглежда спорен в самото отраслово законодателство и именно той налага обсъждане дали понятието „майка“ от чл. 116, ал. 1, т. 3 НК не следва да получи собствено наказателноправно тълкуване в качеството си на общоупотребяемо и ангажирано с обекта на наказателна закрила, а не бланкетно. Макар непълната осиновителка да получава родителските права и задължения, рождената майка запазва родителското качество и правна връзка с детето си. Възможните разрешения са две.

Според първото становище, застъпвано традиционно от старата съдебна практика и от теорията²¹, едно лице може да има само една юридическа майка и при непълното осиновяване това е жената, която го е родила. Независимо от правата си на родител и на семеен живот с детето, непълната осиновителка не е майка (не е посочена в акта за раждане като такава) и признакът по чл. 116, ал. 1, т. 3 НК не се отнася до нея. Разбирането отдава предимство на кръвното родство, от което исторически изхожда наказателноправният упрек към умишленото отнемане на живота на жената, дала живот на убиеца. Този подход естествено доминира в правна система, която не изобилства на семейноправни институти, допускащи признаване на родителско качество или родителски права на други лица. Наказателноправната закрила на непълната осиновителка би била осигурена от основния състав на убийството, като създадените семейни отношения с дееца биха отегчили отговорността при индивидуализацията ѝ. Наказателноправното им значение би било сведено до това, което имат фактически положения на родителско отглеждане, все едно липсва осиновяване.

Според второто възможно становище, което се развива с повече основателност в правна система с разнообразни семейноправни институти, създаващи родителски отношения, при равни други условия с предимство следва да се ползват семейните отношения, които осиновяването установява между пострадалата и дееца, а не правното качество майка, което при наличие на непълно осиновяване се признава на друга жена. Това разбиране достига до допускането, че един човек може едновременно да има две майки и че тъкмо това е положението при непълното осиновяване. Грубо казано, правният статус на майката, представляващ единство на родителско качество и родителска власт, не е предоставен изцяло на една жена – пълна осиновителка/рождена майка, а е „поделен“ между две жени. Всяка от тях има правна връзка с дееца като родител и поради това всяка следва да получи равна

²¹ Постановление № 2/1957 г. на Пленума на ВС. Стойнов, А., пак там.

наказателноправна закрила – рождената майка поради нейното качество и непълната осиновителка поради отношенията, които има с дееца.

Личното предпочитание на автора клони към това второ разбиране като по-справедливо от гледище на принципа на равнопоставеност на гражданите пред закона с оглед защитаваните от чл. 116, ал. 1, т. 3 НК обществени отношения. То обаче отвежда с повече убедителност към извод, че в съвременността признакът „майка“ е собствено понятие на НК, за чието тълкуване могат да се привличат семейноправни институти, за да бъде то прецизно осмислено предвид обекта на закрила, но то не се попълва пряко от семейноправни дефиниции. Макар интерпретацията на чл. 116, ал. 1, т. 3 НК като бланкетен текст да е също възможна, тя би затруднила еманципацията на наказателната защита от понятия, които в отрасловото законодателство обслужват други цели и могат да получават разнопосочно тълкуване.

Предимство на предлаганата тук обяснителна логика е и годността ѝ да даде прости и предвидими разрешения на усложнения, произтичащи от международен елемент в субекта и обективната страна на убийството. Известно е, че ако признак, подлежащ на попълване, е засегнат от международен елемент, наказателноправната норма може по принцип да отпрати към чуждо законодателство²². Това отпращане обаче не винаги е пряко и може да се управлява поливариантно от стълкновителни норми и норми за защита на обществения интерес, чиито разрешения са подчинени на цели на отрасловата регулация, а не на НК. Така ако чуждо законодателство сочи за родител жена, която не е родила дееца и не го е осиновила, включително редом с рождената майка/осиновителка, следва ли да получи защитата по чл. 116, ал. 1, т. 3 НК и зависи ли отговорът от интерпретирането на нормата като бланкетна? Въпросът засяга действието на институти, които не са познати на българското семейно право, каквито са например сурогатството, споделеното майчинство и др. Как ще се разреши отпращането, ако е вярно, че понятията „баща“ и „майка“ в българското семейно право описват родител от определен пол²³, но чуждо право не дефинира видове родители по полов признак?

²² Такъв безспорен пример е пътнотранспортно престъпление, извършено от български гражданин в чужбина. При преценка на български съд дали стореното е престъпление по НК, за попълване на изпълнителното деяние – „наруши правилата за движение“ (чл. 342, ал. 1 НК) – ще се привлекат националните закони за регулиране на автомобилния транспорт по местоизвършване на деянието. Вж. практиката по такива случаи, цитирана от Груев, Л., цит. съч.

²³ Напр. Решение № 1114/04.05.2004 г. по гр. д. № 1038/2018 г. на САС: след като майката е жена, баща може да е само лице от мъжки пол. По случая датска поданичка, самоопределяща се като жена, претендира да е баща на дете, с чиято майка (българска гражданка) е имала брачно съжителство. След разделялата им рождената майка се върнала в България заедно с детето без съгласието на молителката. Според датското законодателство двете жени

Ако признакът „майка“ по чл. 116, ал. 1, т. 3 НК се разбира като собствено понятие на наказателния закон, квалификацията няма да зависи от отговорите на поставените въпроси в отрасловото законодателство, а от присъствието на родителски правоотношения в конкретния обект на посетителството и тълкувателната позиция на наказателния съд. Ако се изходи от разбирането, че едно лице може да има двама родители от един пол, няма пречка за майка по смисъла на чл. 116, ал. 1, т. 3 НК да бъдат считана всяка от двете жени, упражняващи съвместно майчинство, а не само тази от тях, която е родила/осиновила деца. Аналогично, съдът би бил свободен да приеме за майка (и) жената, вписана на основание договор за сурогатно майчинство в издаден в чужбина акт за раждане, а не жената, родила деца²⁴.

3. Разпознаване на източника, към който бланкетната диспозиция препраща

Водещият критерий, който управлява разпознаването на попълващия източник, е неговата конкретност и адекватност спрямо обекта на защита.

Независимо от ранга на нормативния акт, в който се намира попълващата норма, колкото по абстрактна е тя, толкова по-слабо вероятно е НК да препраща към нея или само към нея.

Така например за признаците на изпълнителното деяние във формата „замърси“ разпоредбата на чл. 352 НК препраща към отраслови дефиниции за замърсяване на околната среда. Общата е предложена от пар. 1, т. 5 от Закона за опазване на околната среда²⁵, но за някои от изброените в чл. 352 НК

упражняват съвместно майчинство като родители на детето. На основание чл. 12 във вр. чл. 7 b, g от Хагската конвенция за гражданските аспекти на международното отвлечане на деца молителката търси незабавното връщане на детето в Дания като държава по обичайното му местопребиваване. Молбата е отхвърлена като неоснователна.

²⁴ Такава хипотеза в Определение № 394/30.04.2019 г. по гр. д. № 1285/2019 г. на IV гр. о. на ВКС. С Решение № 208/02.10.2018 г. по гр. д. № 5274/2018 г. на РС – Кюстендил, потвърдено с Решение № 2832/03.12.2018 г. по гр. д. № 5274/2018 г. на САС, е допуснато пълно осиновяване на седемгодишно дете с неустановено бащинство в полза на съпруга на майката А. В. – българска гражданка. Детето е заченато в България чрез асистирана репродукция (от генетичен материал на А. В. и на британски гражданин) и родено във Великобритания от друга жена (сурогатна майка), където му е издаден акт за раждане, удостоверяващ А. В. като негова майка.

²⁵ „Замърсяване на околната среда“ е промяната на качествата ѝ вследствие на възникване и привнасяне на физически, химически или биологически фактори от естествен или антропогенен източник в страната или извън нея, независимо дали се превишават действащите в страната норми.

отделни компоненти на околната среда съществуват самостоятелни дефиниции за замърсяване. Такова е определението за замърсяване на почвата в качеството ѝ на компонент на околната среда по пар. 1, т. 5 от Закона за почвите²⁶. Наказателната норма ще препрати към него, ако предмет на замърсяване са почви.

В същия смисъл **водещи са не правната сила на нормата, а нейното съдържание и обхват**. Бланкетът може да се попълва и със стандарти, като добри лекарски, счетоводни и търговски практики, „грижа на добрия стопанин/търговец“ и др. За да участват в основанието за ангажиране на наказателна отговорност, тези стандарти следва да имат обвързваща, най-често нормативна сила за субекта, но няма нужда да обитават актове с висок нормативен ранг.

В такъв пример лекар от спешно отделение е признат за виновен в непредпазливо причиняване на смъртта на пациент, комуто поставил грешна диагноза – остър гастрит и дуоденит вместо остър миокарден инфаркт – поради немарливо изпълнение на лекарската дейност (чл. 123, ал. 1 НК). Диагнозата е поставена в края на нощната смяна на основата на субективните оплаквания на пациента за силни болки в гърдите и горната част на стомаха и сведения, че предната вечер бил приел пикантна храна при празнуване на Гергьовден. Не му било проведено задължителното пълно изследване на здравословното състояние (преглед) съгласно Правилата на БЛС за добра медицинска практика и критерий 3.1.2 от Наредба № 41/21.12.2005 г. за утвърждаване на „медицински стандарти по обща медицинска практика“, нито било отхвърлено предположението за спешност съгласно изискванията на т. 1.3.2.3, Раздел I, Глава I на Наредба № 45/26.08.2010 г. за утвърждаване на медицински стандарт „Спешна медицина“, като лекарят пропуснал и да изгради диференциално-диагностичен план и да определи необходимостта от използване на допълнителни диагностични методи съгласно т. 2.1, подт. 1 и 2 от Раздел I, Глава I от същата Наредба²⁷. Съдът попълнил признаците на „немарливо изпълнение на правнорегламентирана дейност“ със задължителни стандарти на съсловната лекарска организация и стандарти, установени в подзаконовни актове, а не с общите клаузи на здравните закони, въвеждащи общи задължения за лекарска добросъвестност.

Когато отрасловото законодателство предлага дефиниция, НК препраща към нея, но когато дефинициите са повече, аналитичното установяване на правилната трябва да се съобрази както с фактите по случая, така и с

²⁶ „Замърсяване на почвите“ е процес на натрупване на вредни вещества в почвите от естествен и/или антропогенен източник, чиито свойства и концентрации причиняват нарушаване на техните функции, независимо дали се превъзват действащите в страната норми.

²⁷ Присъда № 12/01.03.2013 г. по н.о.х.д. № 2/2013 г. на ОС – Силистра.

целите, за които всяка от конкуриращите се дефиниции е въведена в специалното законодателство. **При равни други условия по-подходяща би била онази, която не е тясно подчинена единствено на целите на акта, в който се намира, или не се намира в акт, чийто предмет на регулиране се отклонява от обекта на закрила на наказателната норма.**

Ако по правилата на отрасловото законодателство даден акт или норма изключва действието на друг акт или норма в хипотезата, засегната от фактите по конкретния случай, НК не може да препрати към изключения акт или норма.

4. Законодателни грешки при изграждане на бланкетната норма

Техниката на бланкетната норма рационализира криминализацията и изисква едновременно добро познаване на фактическите проявления на общественоопасното явление и евентуално относими към него правни конструкции в специалното законодателство, които изцяло или частично го обхващат. Основен проблем е вграждането в наказателната норма на правни понятия, чиито отрасли дефиниции описват явления, явно различни от онези, които наказателният законодател има предвид. **Това винаги означава, че е сгрешен признакът** – той или не следва да бъде ословесен с правно понятие, а с описание на фактическо положение (т.е. по отношение на него диспозицията трябва да е описателна, а не бланкетна), или правното понятие е друго и отправя към друг (адекватен) източник.

Такива очевидни и необяснимо трайни грешки са например формулирането на субекта по основните състави на престъпленията против кредиторите (чл. 227б-д НК) като „**търговец**“²⁸, и признаците „**преобразуване на търговско дружество**“, „**сделка с търговско предприятие**“ и със „**свързани лица по смисъла на ДОПК**“ (чл. 255а, ал. 1 НК)²⁹.

Несъмнено законодателното намерение не е да ограничи субектът на престъпленията по Раздел Ia на Глава пета на Особената част до едноличния търговец – единственият търговец по смисъла на ТЗ, който в качеството си на физическо лице може да бъде наказателноотговорен. В опит да коригира грешката законодателят въвежда допълнителен особен субект по чл. 227б, ал. 2 – лице, което управлява и представлява търговеца. То оба-

²⁸ Вж. критика на разпоредбите от раздела в Груев, Л. Престъпления против кредиторите. София: Сиби, 2002.

²⁹ Подробно вж. Пушкарова, И. Данъчните престъпления по чл. 255–255а и чл. 256 от НК: някои проблеми на съдебната практика. – В: Съвременно право, 2, 2015.

че трябва да има и задължение самостоятелно да инициира производство по несъстоятелност. Употребата на множествено число при определяне на субекта е смущаваща, тъй като търговската практика допуска съвместно упражняване на управителните и представителните права, но наказателна отговорност не се носи за колективно поведение. Извън това практиката веднага се разделя по въпроса задължени ли са лицата, които управляват и представляват дружеството, да поискат откриване на производство по несъстоятелност без предварително решение на съответния управителен орган. Според едното становище такова искане е относимо към прекратяване на търговеца и следователно е правомощие от компетентността на орган на дружеството. Тогава бездействието на управителите е несъставомерно. Според другото становище, възприето от ВКС³⁰, субектите по чл. 227б, ал. 2 НК са длъжни да поискат откриване на производство по несъстоятелност и без да има съответно решение на общото събрание или на друг колективен орган на управление.

Съставът на чл. 227б НК страда и от празнота в признаците на обективната страна, тъй като с изискването за спиране на плащанията нормата отправя само към основанието по чл. 607а, ал. 1 ТЗ. Съгласно втората алинея на чл. 607а ТЗ, въведен след криминализацията по чл. 227б НК, производство по несъстоятелност се открива и при свръхзадълженост на определени видове търговци, но бездействието на съответно задължените да поискат откриването му лица в тази хипотеза не е съставомерно.

По-нататък използваните в чл. 255а, ал. 1 НК описания на методите за изпълнение на деянието показват неразбиране на понятийния апарат на отрасловия закон. **Преобразуването на данъчнозадълженото юридическо лице** по чл. 261 и сл. от ТЗ е сложен фактически състав, построен върху система от колективни юридически действия, който не може да бъде нито инициран, нито изпълнен еднолично от физическо лице. Самото преобразуване настъпва от акт на съд, който преди това проверява данъчния статус на преобразуваното лице и това представлява пречка данъци да бъдат укрити. Явно законодателят има предвид фактически, а не правни действия, които погрешно е описал като „преобразуване на търговско дружество“, създавайки бланкетна, а не описателна диспозиция.

Същия недостатък разкрива признакът „**сделка с търговско предприятие**“ по чл. 255а, предл. 2 от НК. Съгласно чл. 15 ТЗ предприятието като съвкупност от права, задължения и фактически отношения се прехвърля в писмена нотариално заверена форма. През 2003 г. и 2017 г. са предвидени допълнителни гаранции срещу схеми за увреждане на кредиторите чрез

³⁰ ТР № 5/22.12.2014 г. по т. д. № 5/2014 г. на ОСНК.

сделки с цели предприятия на задължители търговци (чл. 15, ал. 2–5 ТЗ). Може да се предполага, че законодателят по-скоро е имал предвид сделки, променящи собственика, а не явлението по чл. 15 ТЗ.

От своя страна сделката „свръзани лица по смисъла на ДОПК“ е под специален данъчен режим поради относително по-голямата вероятност да е симулативна. Поради мерките, предприети от отрасловия закон в защита на фиска, тези сделки са по-неудобни за престъпно укриване на данъци. Наказателният законодател вероятно е имал предвид сделка между съучастници, които са „свръзани“ фактически.

Накратко, грешките при изграждане на бланкетните норми в обсъжданите тук примери произтичат от несъгласуваност на използваните от НК понятия с търговскоправната им уредба.

Изгубили всякакво нормативно съдържание са бланкетни норми, отправящи към вече несъществуваща регулация, охраняваща заличени обществени отношения (напр. чл. 225 НК, относим към защитата на плановата икономика от навлизането на пазарни практики). Задължение на законодателя е формално да ги отмени, тъй като присъствието им в закона би могло да обърка систематичното тълкуване на други разпоредби.

В заключение, законотворческата динамика и нормативното взаимодействие на отделните правни отрасли се отразява на действието на нормите от Особената част на НК, които пряко отправят към специално законодателство (бланкетни) или то се привлича за тълкуване на наказателноправни понятия. Бланкетният характер на дадена наказателна норма е динамична характеристика, която зависи от отрасловия понятиен апарат и дефиниции към момента на прилагането ѝ и от тяхната относимост към обекта на защита.

ФАКТИЧЕСКА И ЮРИДИЧЕСКА СИЛА НА ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО

Людмила Костова
*редовен докторант по „Обща теория на правото“
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

FACTUAL AND LEGAL FORCE OF THE SOURCES OF LAW

Lyudmila Kostova
*PHD student in Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. The source of law is a concept with a controversial status in The Theory of law, which embodies both legal and factual problems. It is often presented as an ambiguous concept divided between the field of the legal and the factual. This dual nature of this sources of law is one of the reasons for the denial of the need for the concept. Here, however, its significance for resolving significant conflicts in the modern world is revealed. The source of law is a criterion for overcoming significant social and legal contradictions. In times of crisis, legal concepts are a stable point of agreement, but their content acquires a new perusal and is rationalised through new prisms. It is inevitable that turbulence in society will affect the concept and its functions in the legal system, especially when it itself clearly combines diverse characteristics.

Keywords: *sources of law, legal force, factual force, rules of conduct, competition rules*

1. Въведение

В правната теория няма спор по въпроса дали изобщо е налице взаимодействие между правото и различни извънправни фактори и в такъв смисъл между нормативното и фактическото. Фактическото, състоянието на обществото и обществените отношения на мир или криза оказват влияние на правото, на неговото съдържание, на интензивността на създаването на нови правила, на вида и тежестта на предвидените санкции. Полемичният момент се състои в това кои от тези процеси на взаимодействие засягат общата теория на правото и влизат в обхвата на нейния предмет, доколко

оказват влияние на понятията, с които теорията борави, на компонентите на правната система, на тяхното взаимодействие. Настоящият труд се занимава с дефиниране на параметрите на взаимодействието между нормативното и фактическото по отношение на източниците на правото. Това е въпрос и от методологично естество. Източникът на правото е понятие със спорен статут в теорията, което вплъзвава както проблеми от юридическо, така и от фактическо естество. То често се представя като гранично понятие, поделено между полето на юридическото и на фактическото. Тази двойствена природа на източниците е една от причините да се отрича необходимостта от понятието у някои автори. Тук обаче се разкрива неговото значение за разрешаване на съществени конфликти в съвременния свят. Източникът на правото представлява критерий за преодоляване на значими обществени противоречия. Във времена на криза правните понятия са стабилна точка на консенсус, но и тяхното съдържание придобива нов прочит и бива преосмисляно през нови призми. Неизбежно е турбуленциите в обществото да въздействат на понятието и неговите функции в правната система, особено когато то самото ярко съчетава разностранни характеристики.

2. Изложение

Двойствената природа на източниците на правото – между нормативното и фактическото

Източниците на правото представляват производната точка, основание-то и оправданието на съществуването на правото, на неговото съдържание и на обвързващата му сила. Така правните норми придобиват характеристиката валидност, юридическа сила, но също и легитимност спрямо адресатите им. Тази роля да валидира и легитимира правилата за поведение източникът осъществява с оглед на някакво нормативно и фактическо основание. Той се материализира в предвиден от закона акт и в резултат на осъществяването на законовата процедура, а функционирането му отразява факта на утвърждаването му сред адресатите. Така източникът на правото осигурява както съществуването, така и оправданието на правните правила и в този смисъл е основно правно понятие, на което се основава правото. Именно тази двойна роля да отразява и законовата процедура, и обществените факти му придава и двойствен характер.

При анализа на природата на източниците на правото проф. Росен Ташев ги представя по такъв двойствен начин. На първо място от тях произхожда юридическата сила на правните норми. Наред с това самите източници са „част от фактическата действителност“, „утвърдени обществени

практики“¹. Авторът обяснява природата на източниците по особен начин. Той счита, че едва нормите, съдържащи се в тях, са част от нормативната действителност, но самите източници са част от фактическата действителност. Така отношението между източниците на правото и правните норми е като условие „социална причина“ за юридическата сила на правните норми. За разлика от други позитивистки възгледи, в разбирането си за източниците на правото той смекчава границата между нормативно и фактическо, представяйки това правно понятие с двойствена природа. От една страна, именно като *правно* понятие поради значимата му функция да придава валидност на правните норми, най-съществената им характеристика. От друга страна, като явление от фактическата действителност – „материалните „носещи елементи“ на всяка правна система“², осигуряващи нейния материален израз и битие.

Източникът на правото е определящо понятие, което насочва изобщо кои измежду всички правила за поведение са правни норми. На следващо място, той определя и това кои измежду всички правни норми принадлежат към даден правен ред. Правната норма е „вид социална норма – общо, абстрактно и условно правило за поведение, което притежава логическо единство, съдържа се в признат за правната система източник, поради което притежава юридическа сила и действие, а изпълнението ѝ е осигурено чрез прилагането на правна санкция“³. Можем да забележим, че съществуват правни или социални норми, които отговарят на дефиницията за такива от гледна точка на техните регулативни характеристики. Те са видове социални норми, съдържащи правила за поведение, относими до неиндивидуализиран кръг от адресати, прилагащи се неограничен брой пъти във времето и снабдени с (не)благоприятни последици с оглед спазването им. В света на нормативното съществуват множество норми, но източникът на правото определя кои от тях са правни норми, той е решаващ фактор. Поради това макар да притежават регулативния капацитет на правните норми, те се считат за такива единствено доколкото принадлежат към дадени правни системи и са такива единствено от тяхна гледна точка и при функционирането им в техните рамки. В случай че не принадлежат към дадена правна система, от нейната гледна точка те следва да бъдат определени по различен начин, но не и като правни норми. Така източникът на правото изразява отношение на принадлежност на правилото за поведение към съответния правен ред. Освен това той издава и по-широки характеристики на правото във връзката му с фактическото.

¹ Ташев, Р. Обща теория на правото. Основни правни понятия. София: Сиби, 2010, с. 30.

² Пак там, с. 22.

³ Пак там, с. 153.

Наследената от Имануел Кант догма за твърдото разделение между фактичкото и нормативното полага основите на правния позитивизъм. Разпознаването на фактичкото е очевидно, то е въпрос на констатация на възприятието, даденост за разума, докато за нормативното следва да се създадат критерии за разпознаване. Тази догма е част от методологическата основа на позитивизма, защото насочва към начина на разпознаване на обекта на изследване на правната наука. В този смисъл, когато се ползва понятието фактическо в контекста на анализа на проблема за източниците на правото, се има предвид околната среда, заобикаляща правото, факта на утвърждаването и прилагането на дадени източници на правото. Така, от една страна, стои разделението между нормативно и фактическо като позитивистки метод на правната наука, а от друга, двояката същност на източниците на правото, която съчетава както нормативното, така и фактичкото. Това разминаване между метода на науката и характера на понятието е сред основните причини за отричането на необходимостта му за правната теория от някои автори като Ханс Келзен. Ролята му играят други правни понятия, които притежават ясно юридическо съдържание. В неговото геометрически стройно представяне на структурата на правото основната норма замества източника на правото. Веригата на валидността води винаги до тази основна норма на върха на пирамидата, от която черпят валидността си всички правни норми. При Хърбърт Харт тази роля на източник на правото се заема от правилата за разпознаване. Основната норма и правилата за разпознаване представляват крайни точки в правната система, с които се привързват и черпят валидността си всички правни норми и които сами не се свързват с нищо друго.

Основната норма не е норма в типичния смисъл на понятието, а предположение, т.е. част от сферата на рационалното, логическото. Понятието за основната норма изразява методологическата последователност на теорията, като отделя нормативното от фактичкото. Основната норма е „завесата, която не допуска моралните и социологическите аргументи в анализа на юридическата валидност“⁴. Тази норма играе ролята на източник на правото с вътрешен характер, който обосновава собствено валидността на всички правни норми, без да се черпи сама сила нито от някакви фактически предпоставки за това, нито от морални такива, нито от други елементи от правната система. Така тя отделя и фактичкото, и морала от правото чрез разделянето на ефективността от процедурността и легитимността от валидността. Както отбелязват различни автори обаче,

⁴ Гройсман. С. Защо законите ни задължават? Сравнение между теориите за правната нормативност у Цеко Торбов и Ханс Келзен. – В: Законът на правото или правото на закона. София: Нов български университет, департамент „Право“, 2015, с. 8.

при все това възниква известно методологично отклонение. Така например Джоузеф Раз, защитавайки позитивноправния подход, отправя тук и своите възражения⁵. Основната норма съществува, доколкото също притежава някаква степен на ефективност поради нейното значение за правния ред. Валидността изразява нормативни връзки на зависимост, докато ефективността – причинно-следствени връзки на правото с факти, като този на утвърждаването на дадена норма или съвкупността от норми в правоприлагането или в правосъзнанието. Така ефективността е категория на фактическото и същевременно жизнена характеристика на основната норма, която стои на върха на пирамидата от норми. В това се състои споменатият методологически проблем, понеже зад основната норма се крие факт, а на неговата основа се полага цялото право. Според Джоузеф Раз единственият начин да се избегне свързването на правната система с външната за нея среда, включително фактическото, е представянето на връзките в правната система не като прави линии – под формата на пирамида. Такива връзки винаги водят до крайна точка, която изразява и вътрешни, но и външни на правото връзки. Затова той предлага представянето на структурата на правото като квадрат, в който всяка част е свързана с други части на същата система⁶. По този начин правната система може да се представи като самовъзпроизвеждаща се цялост и зависеща само от себе си, като затворен кръг, от който се извеждат всички възможни въпроси и отговори. Вероятно и това разрешение не слага точка на спора, понеже самият Раз представя в крайна сметка отново ефективността⁷ в основата на съществуването на правната система, която от своя страна е от фактическо естество, а не от чисто юридическо. Сред непозитивистите също има възражения в тази посока. „Подобна критика – че правото не може само да се валидира, ще открием и у Ц. Торбов.“⁸ Затова при отстояването на методологическата чистота самият Ханс Келзен подчертава, че основната норма е единствено *условие* за валидността на правните норми, но не и нейна причина⁹. Така той дистанцира отново нормативното от фактическото, като показва, че макар и да може да се установи някаква връзка между тях, то тя не е причинно-следствена, не е решаваща и определяща, а единствено изразява условие.

⁵ Раз, Дж. Цит. съч., с. 136.

⁶ Раз, Дж. Цит. съч., с. 137.

⁷ Раз, Дж. Цит. съч., с. 195.

⁸ Гройсман. С. Цит. съч., с. 4.

⁹ Вълчев, Д. Валидност и легитимност в правото. София: Сиела, 2003, с. 258; Kelsen, H. General Theory of Law and State, 2005, p. 119.

Келзен и Харт представят основната норма и правилата за разпознаване като вид норми или вид правила наред с всички останали норми и правила в правото. Те отбелязват, че всъщност те не са като всички останали, а притежават повече специфики, отколкото сходства. Съществена разлика между основната норма, от една страна, и източниците на правото, от друга, се състои и в това доколко се признава или отрича връзката между нормативното и фактическото. Източникът на правото като понятие признава в една или друга степен тази връзка като причина за валидността на правните норми, която е от социално естество. Докато другият подход представя източника на правото (чрез основната норма) като вътрешен за правото, като част от неговата структура, част от затворената система на правото, която се самовъзпроизвежда.

Целият спор по отношение на естеството и ролята на източниците на правото в крайна сметка се организира около основанието на правото, независимо дали то се търси, или отрича от съответния автор. Понятието за източници на правото съсредоточава отговора именно на този въпрос.

Роля на източника на правото

Според някои възгледи правната норма притежава свойствата сама да определя полето си на приложение и обхвата на действието си според територията, лицата и във времето. От друга страна, тези регулативни характеристики се определят от източника на правото, към който тя принадлежи. Фокусът обаче при „чистите“ теории на правото логично е насочен към правните норми, които се представят като чисто нормативно явление, и по-малко към източниците на правото, които освен принадлежността на нормите към правната система издават и по-широки характеристики на правото и връзките му с фактическото. Съществуват и други разбирания, придаващи на източника на правото различна роля. В теорията си проф. Ташев го представя като понятие с първостепенно значение, поради това че именно той придава валидността на нормите, съдържащи се в него.

Историята на понятието в правната наука разкрива различната му роля в рамките на концепциите за правото. Източниците на правото получават нова систематизация в процеса на кодификация в Европа от XIX в. Именно по това време се оформя и представата за правото като система. Макар и правото да е могло да бъде представено систематично и преди това, особеността на термина правна система е съзнателното представяне на правото като самовъзпроизвеждаща се структура, зависима единствено от вътрешни, нормативни фактори и връзки. Това се отразява и на разбирането

за източниците на правото. Съвременният възглед за правото като система представя и източниците като изцяло нормативни явления, принадлежащи към тази система (с вариации при различните автори). Примери за това са представянето на източниците чрез основната норма и правилата за разпознаване. Понятието за източник на правото съгласно позитивистките възгледи изразява системността на правото, неговата структурираност, определена единствено от нормативен тип връзки. То съдържа идеята за правото като обособена от околния свят система. Същевременно източникът представлява единствената допирна точка на правната система и фактическото. Поради това той концентрира в себе си връзките на правната система и околния ѝ свят, с което се избягва свързването на другите елементи на правната система с външни за нея фактори. Така при това разбиране източникът на правото утвърждава обособеността на правната система.

Историческият преглед на развитието на разбиранията за понятието за източник на правото разкрива и възгледи, според които той се разполага изцяло извън правото. Източникът възплъщава връзката на правото с околния свят и черпи сили именно от него. Тук можем да означим различни явления като източници – Божията воля (например представянето на правото като човешкия закон, който е следвало да отговаря на Божия закон – Тома Аквински), Космоса, човешкия разум, държавата¹⁰, справедливостта, обществото, природния порядък. Макар и терминът източници на правото да не е съществувал в по-ранните исторически периоди и посочените явления да не са се наименовали по същия начин, те притежавали характеристиките на източниците на правото и играели тази роля. Тези източници съсредоточавали в единство основанието за съществуването и легитимността на правните правила, обвързвайки ги с даден авторитет, ценност, висша воля.

Така според отношението на конкретната теория на правото към фактическото могат да се различат **два вида** източници на правото – вътрешни и външни. Вътрешните източници на правото принадлежат към такъв тип теория, според която основанието за съществуването на правните норми е вътрешноприсъщо тяхно качество. То произхожда от нормативни връзки, например веригата на валидността. При тях е характерно, че валидността е основното присъщо на правните норми качество, което изразява тяхното съществуване и обвързващо действие и че произхожда от непрекъснатата верига на валидността, свързваща нормите с една основна норма. От друга страна, външните източници на валидност са всички такива източници,

¹⁰ Вълчев, Д. Цит. съч. Авторът анализира посочените основания.

които черпят основанието си в явления, принадлежащи извън правната система – божество, космос, държава, общество, справедливост, обществен консенсус и т.н. В такъв смисъл те имат не юридически, а фактически характер. Така тези източници, описвани от естественоправната школа или от правната социология, не се вписват в позитивноправното понятие за източниците на правото. Причината е, че те не представят правото систематично, според посочения смисъл, като самостоятелна и отделена от външната среда система. Външният източник на правото не ограничава въздействието на външните фактори спрямо правото както при вътрешните източници, а служи като клапан и отваря правото навън, към околната среда.

Признаването или отричането на ролята на източника на правото в правната система зависи до голяма степен от принципното отношение на автора към разделението между нормативно и фактическо. Факторът тук е доколко се признава, че въздействието на външни спрямо правната система фактори ѝ оказват въздействие и доколко това въздействие попада в обекта на изследване на теорията на правото. Ако авторът представя картината на „чистото право“, което е зависимо единствено от вътрешните му закономерности, е твърде вероятно да не отрежда самостоятелна или значима роля на понятието за източник на правото. Докато предпочитанието на автора да представя по-широки връзки на правната система със средата, в която то функционира, включени в предмета на изследване на правната наука, вероятно води до признаването на понятието за източник за правото като водещ спрямо това за правната норма.

В настоящия труд се поддържа тезата, че източникът на правото е определящ за валидността на правните норми, поради това че изразява по-широките връзки на правото и на правната система като самостоятелна система със средата, в която правото функционира. Тези връзки са решаващи за придаването на валидността. Той има значение и за легитимността, макар и да не е единствен фактор за нея.

Стойността на понятието за източник на правото в настоящата разработка е да дава разрешения в някои проблематични области. Това са случаите, в които се поставя под въпрос кои правила измежду множеството социални правила, противоречиви и интензивни, са годни да ни обвържат с методите на юридическата принуда и кои не. Разрешаването им може да стане единствено посредством понятието за източник на правото. Дадени правила могат да се считат за правни, доколкото принадлежат към някакъв източник на правото. Той може да спомогне разрешаването на значими социални конфликти, възникващи на основата на различни видове правила в една сфера на регулация и противоречиво съдържание и методи за реализация, някои от които социални норми, а други – правни норми.

Дюркем за кризата

В книгата си „Самоубийството“ (*Le Suicide*) френският социолог Емил Дюркем анализира причините да се избере подобен фатален край за човека. Вероятно съвременният прочит на причините би се съсредоточил предимно на индивидуалните психични фактори, които водят до отчаяние и доброволен отказ от живот. Дюркем обаче анализира социалните фактори, които за него са решаващи. Като цяло особеността на науката социология по неговото време е, че тя има за обект широк спектър от разнообразни явления в човешкия свят и обществото, обяснявани чрез тяхната обществена страна. Сред факторите, допринасящи за самоубийството, относими до правото, се изтъква следното. Авторът смята, че в обществото трябва да се постигне не максимална степен на регулация, която в крайната си степен е свръхрегулация, прекомерно много правила за регулиране на живота, нито липсата на всякакви правила – аномия. Според него регулацията на поведението трябва да е в оптимална степен – т.е. един баланс, който да страни от двете крайности. В тази връзка именно тези две крайности се описват като едни от факторите за самоубийството – свръхрегулацията и аномията. И двете състояния водят човека и обществените отношения до дисбаланс, объркване, упадък. Самоубийството следва да бъде разбрано образно, като символ на някаква хронична слабост на правните системи и самоунищожителност, възникващи при дадени условия. То е лош знак за състоянието на дадено общество, вид обществена криза, която се отразява и на поведението на отделния индивид. Понастоящем при различните кризисни ситуации в дадена сфера на обществения живот и разпростиращи се в множество други сфери можем да се открием в ситуация, сходна на модела, описан от Дюркем. По повод интензивността на отношенията, подлежащи на регулация, се създават множество правила. Люшкаме се между свръхрегулацията, прекомерното количество правила от различно естество – както правни норми, така и други видове норми, и аномията – липсата на норми за нови ситуации. Констатираме го по повод търсенето на разрешения относно постоянно и неконтролируемо възникващите нови практически ситуации, които изпреварват регулацията и за които няма ясно нормативно разрешение. Множеството и различни по вид и съдържание правила в еднакви области на регулиране се конкурират помежду си. Това обърква регулацията и води до взаимното им неутрализиране и в този смисъл до липсата на правила. Съществен фактор за това е липсата на ясни правила за конкуренция между правила за поведение от различен вид – юридически и неюридически, което намалява както легитимността, така и ефективността им и по този начин става равнозначно на липсата на регулация. Всеки опит за разрешаване на конкуренцията на правила е субективен и оспорим, непочиващ на здрава основа.

Така свръхрегулацията като състояние на нормативното и на обществените отношения се разглежда в негативния ѝ смисъл, когато е породена от хаоса и хаотична по действие, противоречива, предписваща различно или даже противоположно поведение в сходни хипотези. Именно в този смисъл има много тънка граница между свръхрегулацията и липсата на всякакви правила. Известно разрешение се предлага в настоящия труд. Следва да се прецени кои от всички правила, претендиращи, че са юридически, в действителност са такива и кои не са и следователно не могат да действат като такива в противовес с предписаното от правни норми. Направената преценка следва от юридическата им валидност, годност да обвързват, да се прилагат със средствата на правото. Тази преценка се прави според това доколко тези правила са част от източниците на правото. Тяхната сила и взаимна конкуренция зависи от йерархията на източниците на правото. Следва да се търсят и начини за преодоляване с правни средства на скритата конкуренция на правила. Това са случаите, при които в дадени области ефективно действат неюридически правила за поведение, които не са забранени от правото – не формулират модели за поведение, влизащи в пряко противоречие с правните такива, но при тяхното разгръщане и съвкупно действие влизат в конфликт с установеното от правни норми и правни принципи в същата сфера на регулация.

Заражда ли се особен вид източници на правото?

При анализа на споменатата скрита конкуренция на правила за поведение предстои изследването на нови неюридически правила, които влизат в конкуренция с правните норми. Означаваме в началото тези правила като социални норми – правила, съдържащи модел на дължимото поведение и снабдени с неблагоприятни последици, своеобразни санкции при неизпълнението им. Нека констатираме, че към момента наблюдаваме някои *неюридически* правила или социални норми, които:

А. Наподобяват действието на правните норми

Това са правила, които наподобяват структурата на правната норма и оттам нейния механизъм на действие. В анализа ще се ползва примерът с Изпълнителна заповед на Службата за контрол на чуждестранните активи на Министерството на финансите на САЩ, издадена въз основа и в изпълнение на Глобалния закон „Магнитски“ за отчетност при нарушаване на човешките права¹¹ (накратко – закон „Магнитски“). С него се налагат

¹¹ Executive Order 13818, the Global Magnitsky Human Rights Accountability Act by the U.S. Department of the Treasury’s Office of Foreign Assets Control.

санкции на няколко български граждани поради твърдението за участието им в корупционни практики. Нормите му притежават своя хипотеза – условия, при които се изпълняват, и санкция – неблагоприятни последици при неизпълнението, както и мълчалива диспозиция, съдържаща същинското правило за поведение. Те притежават обратно действие, защото придобиват сила към момент, следващ реализирането на дадено поведение и му дават последваща оценка. Така диспозицията, същинското правило за поведение е лишено от предвидимост, понеже то не може да бъде изпълнено доброволно с цел да се осуети настъпването на предвидените санкции. Наред с това санкцията, изразяваща се във въвеждането на ограничения на стопанската дейност, договорните отношения и т.н., притежава възмезден, а не възстановителен характер. Поради това посочените норми наподобяват на наказателноправните норми, и то с обратно действие. Те са част от правната система на друга държава и принадлежат към нейните източници на правото. Но предвиденото действие на тези норми претендира надскачането на пределите на посочената правна система, като се разпростира и в рамките на други правни системи. Впоследствие ще се изследва доколко тези норми имат действие и валидност в рамките на други правни системи.

Друг актуален пример за правила, които наподобяват действието на правни норми, но не са такива, е задължението за ваксиниране. То представлява социална норма, чието конструиране ще бъде аргументирано. При него е налице диспозиция, същинско правило за поведение. Тя е снабдена с неблагоприятни последици, различни от класическата санкция, предвиждаща лишаването или ограничаването на упражняването на права. Тези последици представляват фактическа невъзможност за упражняване на дадени права, което превръща изпълнението на същинското правило за поведение във фактическо условие за възникването или упражняването им. Неизпълнението на това условие не довежда до лишаването или до ограничаването на правата, поради това че не е налице правно основание за това. Свообразната санкция се изразява във фактическото суспендиране на правото – то нито изчезва от правния мир, нито юридически е ограничено, но са налице фактически основания, които препятстват реализацията му. Тук задачата не е да се засяга въпросът за биологичното действие на ваксините, който е медицински. Тя е да се изследват дадени неюридически правила за поведение, които водят до такъв интензитет на убеждение и вменияване на дълг, че без да се основават на юридическо правило, наподобяват неговия принудителен характер. Същинското правило за поведение, диспозицията, съдържа задължение за ваксиниране, а санкцията е невъзможността фактически да се упражняват различни права – на работа, на свобода на придвижването, на свобода на събиранията и т.н. Различни частноправни и публичноправни субекти приемат

подобни юридически актове, в които ваксинирането се предвижда като условие за допускането на осъществяване на различни дейности. Така частноправни субекти, предлагащи транспортни и образователни услуги, стоки, работни места, предвиждат в общите си условия снабдяването със сертификат като условие за ползването от дадено благо. Правителствата също приемат юридически актове в различни сфери със същия смисъл. Сертификатът се издава при доказателство за ваксиниране, преболедуване или липса на заболяване в алтернатива. В различните държави тези изисквания варират по отношение на възможността за алтернативи, както и на тяхната цена и на други обстоятелства, например процентът на ваксинирани лица. Принудата се състои в наличието на своеобразна санкция при неваксиниране, която има както финансов, така и личен, професионален аспект. По отношение на алтернативите на ваксинирането също може да се забележи, че изпълнението им може да коства прекомерен ресурс от време, средства, в зависимост от конкретната ситуация могат да се окажат трудоемки, скъпи, прекомерно засягащи телесния интегритет и дори невъзможни за изпълнение или противоположни.

Следва да се уточни, че посочените социални норми са различни от правните норми, както и от общите условия на частноправни субекти, които предвиждат ваксинирането като една от алтернативните опции за ползването от различни права. Те обаче към момента не въвеждат юридическо задължение за ваксиниране. Неюридическите правила за поведение, създаващи подобно задължение, се основават на посочените източници на правото, но не се съдържат единствено в тях. Те се извличат от съвкупността от всички посочени юридически правила и задължения, предвиждащи подобно поведение, които в тяхното общо действие и относимостта им до основни права формулират едно задължение. Това правило за поведение и задълженията, произтичащи от него, могат да се определи като социална норма. Основанието ѝ е фактическо – високата заплаха за здравето, настъпваща при липсата на следване на предвидения модел за поведение.

В настоящия случай се ползват посочените два примера с цел да се покаже начинът, по който се конструират дадени социални норми. Те могат да се извлекат от съвкупното действие на различни общи или индивидуални правила за поведение по логически път и с оглед ефективността на тяхната принудителност.

Изводът за наличие на социална норма се подкрепя и при сравнението между правната норма и паралелната ѝ социална норма. От гледна точка на юридическото правило пред адресата на нормата стои изборът дали да го спазва и да се ползва от благоприятните последици, обвързани с неговото изпълнение, или да не го спазва, но и да не се ползва от тях. Но от гледна точка на социалната норма наличието на свободен избор за следване на нормата

е оспорим. Изпълнението на моделите за поведение, посочени в социалните норми, е условие за ползване от основни права, а тяхното неизпълнение влече като неблагоприятна последица засягането на други основни права. С оглед на персоналната и социалната функция на основните права те са жизнени за личността и за обществените отношения, понеже определят характера им и качеството на живот. Така доколкото ползването на тези права осигурява даден индивидуален и социален статус, който е жизнено необходим, то поставянето на изискване за ваксиниране е условие не просто за извършване на някакви дейности, а разполагането с даден личен и социален статус. Това е по-сериозна последица, рефлектираща в по-широк мащаб, отколкото лишаването от конкретни възможности за поведение в конкретни хипотези.

Б. Произтичат от даден източник и притежават произтичащи от него фактическа валидност и легитимност

Принадлежността на правилата за поведение към даден легитимен източник представлява основание, утвърждаващо даден модел като годин да обвързва, да създава права и задължения. Така при закона „Магнитски“ основният аргумент за обвързващата сила на неговите норми е опасността за свободния пазар от участници, практикуващи корупционни практики, и неговата защита. При фактическото задължение за ваксиниране аргументът, източникът на основание за въвеждането на тези правила е опасността за човешкото здраве. Той е медицински, рационален и политически и се основава на резултатите от медицинските изследвания на заболяването и политическата програма, предприета за възпирането на разпространението му, ограничаването на вредните ефекти от него и лечението. Така аргументът за въвеждане на правилата за поведение от различни субекти, предоставящи услуги на потребителите, е защитата на здравето и живота. Тези основания се оказват *източници на правила за поведение*, различни от правни норми по смисъла на българското право.

Наред с това тези източници притежават известна легитимност. За целите на настоящия труд ще приемем, че легитимността на правилата за поведение и на техния източник представлява авторитет, участващ в мотивационния процес за изпълнение от страна на адресатите. Това означава, че легитимността на източника и съответно на правилото за поведение, съдържащо се в него, се основава на произхода и създаването му от точно даден субект. В посочените примери този субект не е овластен от съответния правен ред да създава общи правила за поведение, но въпреки това фактически създава такива и се ползва с някакъв авторитет по отношение на създаването на реда в обществото. С подобен международен авторитет се ползват някои държави. Това се отнася и до различни компании, предоставящи

масови услуги, поради това че те създават както услугите, така и условията за тяхното ползване. За наличието на легитимност можем да съдим от тяхната ефективност, която ще бъде разгледана в следващата подточка. Когато ефективността на дадени правила за поведение е висока, съотносимо към ефективността на юридическите правила за поведение в същата сфера на регулация, това показва, че макар източникът на правилата за поведение да не се основава на формалните законови процедури, то се ползва с авторитет, който ги легитимира като годни да обвържат адресатите им.

Посочените източници на правила за поведение имат близост с характеристиките на материалния източник на правото. По тази линия е налице сходство между източника, който легитимира посочените социални норми, и някои от видовете източници на правото. В теорията могат да бъдат открити различни определения на понятието за източник на правото. Утвърденото понятие за източниците на правото е т.нар. формално понятие за източник на правото, според което те представляват „утвърдените в една система на правото процедури и актове като критерий за валидността за съдържащите се в тях правни норми“¹². Според проф. Росен Ташев обаче освен него има и материални източници на правото. „В материален смисъл източник на правото са тези факти от природната или социалната действителност, които представляват причини или основания [...] за възникването и съществуването на правото.“¹³

Така в заключение можем да установим, че посочените социални норми се легитимират и валидират от източници, които наподобяват източниците на правото по някои от своите характеристики.

В. Наличието на по-голяма ефективност на социалните норми спрямо правни норми в същата област на регулиране

Ефективността представлява степента на утвърждаването, на фактическото приложение на източника на правото и на правилата за поведение, съдържащи се в него, на вероятността практически да настъпят неблагоприятни последици при неизпълнението му. Ефективността не е само социологическа категория, която е резултат от прилагането на количествени показатели, но и правна категория. Тя се отчита при преценяването на валидността, съществуването на правната система като цяло. Както при Ханс Келзен валидността на правната система и на правната норма са разделени¹⁴. Посочените социални норми притежават ефективност поради утвърждаването на предвидените в тях условия като релевантни за полз-

¹² Ташев. Р. Цит. съч., с. 28.

¹³ Ташев. Р. Цит. съч., с. 27.

¹⁴ Вълчев, Д. Цит. съч., с. 251.

ването от основни права. Те даже притежават към даден кризисен период по-голяма ефективност от правните норми поради основанието им, което има висок мотивиращ ефект. По-голямата ефективност на социалните норми означава обаче по-ниска ефективност на правните норми или даже временното им фактическо суспендиране. Така дори ако в даден кризисен, временен период правните норми в дадена област са неефективни, за обществените отношения това е равносилно на липсата на правна уредба в областта и уреждането от друг вид социални норми, които печелят в конкуренцията. Ситуацията е сходна с тази, описана от Дюркем. В посочените примери за социални норми е налице такава ефективност поради няколко фактора – техният автоматизъм и вида и тежестта на предвидените санкции.

Така тази ефективност произхожда от наличието на автоматизъм на настъпването на неблагоприятните последици. При примера със закона „Магнитски“ е налице известен автоматизъм. При неспазването на правилото за поведение биха последвали негативни последици за неговите адресати, които обаче няма да бъдат въведени от компетентните органи, предвидени в правния ред на Република България. Ще последват последици, които са резултат от реализацията на процедури от чуждестранни длъжностни лица извън предвидените в правната ни система, поради което не разполагат с такава компетентност по нашето право. Те претендират приложимост и реално разполагат с такава в рамките на българския правен ред, макар от своя страна той да не предвижда възможност за контрола и оспорването им. Тези процедури и актовете, които произхождат от тях, биха наподобявали непреодолима сила спрямо българския правен ред – в него не са предвидени никакви правила, признаващи съществуването им. Автоматизъм е налице при сериозната заплаха за живота и здравето в случай на неизпълнение, възникваща не вследствие на приложен акт, а по силата на природен, биологичен закон, т.е. автоматично, от факта на неизпълнението на правилото за поведение. Именно негативната последица от личен характер, засягаща телесния интегритет, живота и здравето на лицето и обществото, е фактическото основание за правилото.

Второто основание е видът на санкцията и пропорционалната ѝ тежест. Както вече беше посочено, санкцията е автоматизирана и освен това притежава сериозна тежест, отнасяща се до засягането на основни права. Пропорцията спрямо неизпълнените задължения може да бъде спорна в дадените примери поради липсата на предвидимост на същинското правило за поведение или, от друга страна, поради медицинската несигурност от резултатите от изпълнението на правилото за поведение. В крайна сметка една юридическа санкция като глобата например би могла да бъде сравни-

телно по-лека от санкцията, настъпваща при неизпълнение на посочените социални норми. При закона „Магнитски“ юридическата санкция би била по-благоприятна поради по-ограничения ѝ обхват единствено на територията на действието на правната система поради наличието на предвидимост при юридическото изискване за предварително известяване на адресатите за нормата за нейното съдържание, както и липсата на юридически санкции по българското право, изразяващи се в гражданската смърт. Даже и при изтърпяване на наказание лишаване от свобода лицето не се лишава от всичките си права за участие в обществения и стопанския живот. При задължителното ваксиниране поради това, че неговите алтернативи предвиждат наред с финансовия аспект и редовно нарушаване на неприкосновеността на човешкото тяло, което от медицинска гледна точка е рисково, вероятно и непрепоръчително особено след дълъг период на приложение. И същевременно санкцията е тежка и настъпваща по силата на биологичен закон – т.е. с непредвидима степен на сигурност. Това е и психологическият аргумент за изпълнение, произхождащ от страха от неизвестното.

Следва разясняването на понятието тежест на санкциите. Правните норми съдържат различни санкции, с които се обезпечава следването на установените модели за поведение. Тези санкции биват различни видове, както имуществени, така и лични. Налице са обаче и законоустановени граници, които не следва да бъдат преминавани при прилагането на санкциите. От друга страна, при посочените неюридически правила е налице висока ефективност поради естеството на тяхната санкция и пропорцията на нейната тежест спрямо нейните цели. Възниква проблемът, че тези санкции не са ясно и единно установени като видове, основанията за тях не са предвидени предварително. Така не се гарантира нито принципът на равнопоставеността, че еднакви случаи ще бъдат разрешавани по еднакъв начин, нито принципът на предвидимостта – че санкция може да бъде наложена единствено за поведение, което е предвидено и предварително известно на адресатите и те са имали възможност да изберат дали да го последват. Не са налице никакви гаранции, че посочените социални норми отговарят на основни принципи на правото. Възниква проблем и когато санкциите като вид се считат за недопустими от правния ред, но се съдържат в социалните норми, които претендират действие в същия този правен ред. Например някои санкции могат да наподобяват на споменатата гражданска смърт – лишаването не само от разполагането или упражняването на конкретни права, но изобщо заличаването на лицето от правния мир.

Ефективността на социалните норми се изразява в сигурността на последиците при неизпълнение и тяхната строгост и тежест за всеки адресат.

Г. Влизат в конкуренция с правни норми

На последно място въпрос със съществена значимост е наличието на конкуренция между предписанията на социалните норми и на правните норми в същата област на регулация. Когато прибавим тази характеристика към предходните, а именно че подобни правила за поведение имат действие, наподобяващо действието на правните норми, принадлежат към някакви легитимни източници и имат по-висока ефективност от правните норми в същата сфера, може да се забележи колко е значим анализираният проблем. Оказва се, че в дадени сфери на обществените отношения са налице правила за поведение, които се конкурират помежду си, което води до свръхрегулация. Това е един от пороците на обществото, които Емил Дюркем посочва като причина за дисбаланса в него. Тези правила за поведение се отнасят до еднакви хипотези, но предвиждат различни диспозиции, а наред с това неюридическите правила за поведение предвиждат по-тежки санкции и имат по-голяма ефективност. Налични са две диспозиции за една и съща хипотеза, които са в противоречие помежду си и предвиждат противоположно поведение – разрешителна срещу забранителна норма например.

Както уточнихме с примерите, при закона „Магнитски“ е налице правило за поведение, предвиждащо мълчалива диспозиция и санкция, лишена от предвидимост. Наред с това естеството на санкцията е тежко, поради това че наподобяват на гражданската смърт. Тези санкционни мерки срещу лицето претендират действие и следва да се изпълняват в Република България, но същевременно прилагането им не е предвидено в рамките на нейната правна система. Норма на най-високо конституционно равнище предвижда стриктни ограничения при прилагането на наказания, които в случая не се съблюдават. Съгласно разпоредбата на чл. 5, ал. 3 от Конституцията на Република България „Никой не може да бъде осъден за действие или бездействие, което не е било обявено от закона за престъпление към момента на извършването му“.

По отношение на другия пример със задължението за ваксиниране. Описахме наличието на диспозиция, която предписва ваксиниране на всички лица, както и санкция, която се състои в различни неблагоприятни последици при неизпълнение на предписаното поведение, пречатваща упражняването на основни права. Възниква противоречие с правна норма, доколкото медицинските ефекти не са научно сигурни. Съгласно разпоредбата на чл. 29, ал. 2 от Конституцията на Република България „Никой не може да бъде подлаган на медицински, научни или други опити без неговото доброволно писмено съгласие“.

При констатирането на противоречие между правните норми и социални норми при прилагането им на практика тези противоречия по необходимост ще бъдат разрешавани – дали според тяхната йерархия, или според

ефективността им. Реализирането на тези правила за поведение ще доведе до разрешаване на конкуренция в полза само на едното от тях с оглед на това, че съдържанието им често е взаимно изключващо се. От друга страна, няма предвидени правила за разрешаването на конкуренцията между посочените норми, понеже те не принадлежат към една и съща регулативна система. Правният ред изключва всички други правила, които му противоречат, а от своя страна посочените социални норми също претендират безалтернативност. При липсата на колизионни норми би се стигнало до разрешаването на конфликта според някакви непредвидими критерии. В крайна сметка по вероятност в тези ситуации превес взема критерият ефективност. Както бе посочено, неюридическите правила притежават по-голяма ефективност в някои кризисни ситуации, базираща се на различни фактори, и конкуренцията на правила на практика се решава в тяхна полза. Наред с това при наличието на разнородни правила с противоположни предписания за поведение в крайна сметка се стига до взаимното им неутрализиране. Не може едновременно да се изпълни забранителна и разрешителна норма. От психологическа гледна точка се подкопава стабилността на мотивацията за изпълнението им. Именно това е описаната от Емил Дюркем ситуация на двете крайности. Освен като наличие на свръхрегулация, представената ситуация едновременно с това може да се нарече и състояние на аномия – по неговата терминология. За него нито наличието на твърде много правила за поведение, нито липсата на такива отговаря на идеала за хармонична регулация, а ние рискуваме точно това.

Различните разбирания, според които е налице източник на правото

В началото конструирахме неюридически правила за поведение и техните източници чрез ползваните примери и изтъкнахме отношението им към понятието за формалните източници на правото. Нарекохме условно тези правила факти, доколкото не представляват норми в рамките на българския правен ред. Нарекохме ги след това социални норми, доколкото те представляват правила за поведение, различни от правните норми на съответната правна система. В следващия анализ обаче ще бъде разгледан и трети аспект – доколко според някои теории същите правила за поведение са *юридически* правила поради принадлежността им към *източник на правото*. От значение е разглеждането на различни факти, фактори от фактическо естество, съдържащи се в източниците на правото, и начина им на въздействие при създаването на източниците на правото.

Правната социология анализира по-широки връзки между фактическите предпоставки и правото. Според Петражицки съществуват два вида право – интуитивно и официално. Интуитивното право представлява тези норми

за поведение, които изхождат от вътрешното убеждение на лицата, докато официалното право – нормите, които са скрепени с институционална принуда¹⁵. Правото за Петражицки, което се възприема и от Гурвич, има атрибутивно-организационна функция¹⁶ – функционирането му се обяснява чрез взаимните права и задължения. Така разграничителният критерий между правото и другите явления е според това откъде произхожда задължението – отвътре (убеждения, дълг, съвест) или отвън (чрез институция). Ако ползваме този критерий по отношение на посочените примери, то са налице задължения, които произхождат отвън – от някаква авторитетна институция в широк смисъл, независимо дали тя има статута на държавен орган, или изобщо на субект, компетентен да създава общи правила за поведение. От тази гледна точка се оказва, че в посочените примери са налице *юридически* задължения, а не просто дълг, възникнал на основата на социална норма. Задълженията и санкцията, която грози лицата в случай на неизпълнение, не са поставени в зависимост от личната съвест и убеждение на лицата. Напротив, налице е санкция, която представлява условие за упражняване на права, за ползване на блага, които се полагат на лицето. Подобна норма не е плод на свободно решение и чиста съвест, но на принуда, доколкото даже в случай че поведението, изискуемо от нормата, се споделя като правилно от неговия адресат, извършването му е свързано с някакви, каквито и да било последици, поради което не се предприема безусловно. (Така според Кант свободната постъпка се проявява само там, където стремежът е насочен към нея сама по себе си, безусловно, без оглед на последиците от нея.) При нежелание да се изпълни моделът на поведение в посочените норми лицата нямат възможност да предприемат друго правомерно поведение, което да им позволи да упражняват съответните права, да компенсират възникващите щети. Това също говори за принудителния характер на нормата. Още повече, изпълнението на модела за поведение не представлява условие за придобиването на права и блага, които са от изключителен, луксозен характер, а напротив, става въпрос за такива, свързани със здравето и живота, със свободата на инициатива и други подобни, които попадат в категорията на естествените права и се полагат на всяко лице поради факта на неговото рождение. Следователно според тази социологическа теория посочените за пример норми за поведение са правни норми.

Сред представителите на ранния правен позитивизъм също може да бъде намерено обяснение. Такова представлява например командната теория на Джон Остин, според която правото представлява фактът на надмощие и власт на дадено лице, на което адресатите обичайно отдават подчинение. Ако дораз-

¹⁵ Наумова. С. Социология на правото. София: Юриспрес, 2000, с. 179.

¹⁶ Пак там, с. 173.

вием тази идея по отношение на източниците на правото, то те са властта на суверена и съдържат правила за поведение, които са създадени от такъв суверен.

Следва да се има предвид, че при съвременните условия този възглед, приравняващ посочените източници изцяло на източници на правото, е проблематичен. Сам по себе си този критерий не може да дефинира самостоятелно източниците на правото поради прекомерно широкия обхват на понятието, което дава. При споменатата приета понастоящем дефиниция за източника на правото формалният признак е водещ. Тази дефиниция е пригодна за съвременните условия, при които са налице множество правила за поведение с множество източници, свръхрегулация на поведението на индивидите, както бе отбелязано. Поради това е необходим безспорен и ясен формален критерий, който на първо място разграничава правните от неправните правила, но не се занимава толкова с тяхното легитимиране така, както естественоправният възглед. Но с постоянния процес на усложняване на обществените отношения и на взаимодействието между различните видове правен ред възниква въпросът доколко това формално понятие вече не е тясно и не съумява да обхване всички източници на юридически правила. Така понятието за източник на правото ще отчита формалните характеристики, но взимайки предвид и функционалните характеристики на правото.

От друга страна, посочените правила и източниците, към които принадлежат, наподобяват в голяма степен някои характеристики на източниците на правото. При сравнение може да се установи в кои сфери са налице допирни точки помежду им и в кои са основните различия, пречатстващи категоризирането им като източници на правото според съвременните разбирания. Приликите бяха посочени – наличието на действие в рамките на съответния правен ред, в случая – в правния ред на Република България, ефективност, принадлежност към източник, легитимиращ действието им, както и уреждане на отношенията в области, които попадат в материалния обхват на правни норми и влизане в конкуренция с тях. Така може да се обобщи, че приликите между тези източници на правила за поведение и източниците на правото се основават на функционални характеристики – тези източници и правила за поведение действат в реалността като квази източници на правото и квази юридически правила. Различията се състоят основно във формалните характеристики. Тези източници на правила за поведение:

1. Не са материализирани в актове, които даденият правен ред изисква и признава.
2. Не са приети при спазването на процедурите, предвидени в източниците на правото на съответния правен ред.
3. Не са приети от органи, които имат компетентност да приемат общи правила за поведение в съответната правна система.

Поради липсата на посочените предпоставки те не подлежат на контрол за конституционосъобразност или законосъоб-

разност по отношение на приемането и прилагането им. Не може да бъде определена йерархичната им зависимост спрямо правните норми от съответния правен ред. Посочените различия във формалните характеристики на тези източници на правила за поведение са решаващи за това да определим, че понастоящем те не принадлежат към източниците на правото от гледна точка на българския правен ред, следователно не са правни норми. И да продължим, напротив, налице са някакви източници на правила за поведение, наподобяващи юридическото действие, прилагащи се ефективно в регулацията на обществените отношения и влизащи в конфликт с правни норми, разрешаван в полза на неюридическите правила.

Така е налице противоречие между функцията на посочените особени източници на правила и тяхната принадлежност. Тези източници функционират като източници на правото в рамките на дадена правна система, но не принадлежат към признатите от същата правна система такива.

Сред представителите на правния позитивизъм има и други виждания, при анализа на които можем да потвърдим характера на посочените източници на правила като източници на правото. Росен Ташев говори за особен вид източници на правото или, по-точно, за фаза на тяхното съществуване – *източници на правото, които са в процес на утвърждаване*¹⁷. Можем да разглеждаме тази категория източници на правото като примиряваща противоборството между двата възгледа – единия, който отрича на подобни явления статута на източници на правото, следователно и статута на правни норми на правилата, съдържащи се в тях, и другия, който изцяло ги приравнява на пълноценни източници на правото. Следва да се има предвид, че когато проф. Ташев говори за източници на правото в процес на утвърждаване, той счита, че те притежават формална юридическа сила, но не и ефективност, реална приложимост, т.е. фактическа сила. Според автора това се дължи на липсата на утвърждаване на тези източници на правото в правната система и в обществените отношения, които тя регулира. Така макар тези източници да притежават формална сила, адресатите на нормите, принадлежащи към такива неутвърдени източници на правото, фактически не се позовават на правилата, съдържащи се в тях.

Варианти за определение на новите правила и техните източници

Тук възниква въпросът може ли представеното от проф. Ташев противоречие между формалната и фактическата сила на източниците на правото да се интерпретира и в обратния смисъл? Съществуват ли източници на правото, притежаващи фактическа сила, но не и формална сила? Дали по-

¹⁷ Ташев. Р. Цит. съч. с. 34.

добни явления бихме означили именно като източници на правото? Така при ползването за пример източници на правила за поведение е налице противоречие между фактичката и формалната им сила, между функцията и принадлежността им. В такъв случай възможно ли понятието за източници на правото в процес на утвърждаване да примири посоченото противоречие – на разминаването между функционалната и формалната страна на източниците на правото? Тези източници на правила за поведение са исторически нови, поради което може да им бъде призната фактическа сила, но не и формална, поради това че те са в процес на утвърждаване в обществените отношения, които регулират, но не са предвидени от българския правен ред. Следва да се има предвид обаче, че въвеждането на категорията на нов вид източник на правото, който все още се утвърждава, би довело и до известна ревизия на самото понятие за източниците. Така дефиницията на източниците на правото ще се обогати и разшири, като към понятието ще се прибавят и нови явления от действителността. В дефиницията ще се прибави допълнителна тежест на функционалната характеристика на източниците спрямо формалната. Така източник на правото би се определил като основанието и оправданието на съществуването на правото, съдържанието му и на неговата обвързваща сила, който е възприет в дадена правна система според нейните процедури и актове.

Възможен е и друг вариант на логика – да откажем да квалифицираме посочените явления като източници на правото, поради това че не отговарят на сега приетата дефиниция и не притежават формалната им характеристика. В такъв случай при констатирането на други явления, които ефективно функционират като източници на правото, те ще бъдат отречени, но ще се наложи да бъдат отчетени. Ще се окаже, че отвъд източниците на правото са налице и други фактори от фактическо естество, факти или квази източници, които създават правила за поведение и влизат в конкуренция с правните норми. Правната социология ползва понятието за *нормативни факти*¹⁸, от които са и правните факти, а правните норми се определят за вид факти, като се съчетават в едно понятие и фактическото, и нормативното при определянето на правото. В този смисъл споменатите социални норми притежават някаква правна стойност, макар и да не могат да бъдат приравнени изцяло на източници на правото, съответно правилата, съдържащи се в тях – на правни норми. Да се признае обаче, че те притежават някакво правно значение, е почти неизбежно именно поради функционалната им характеристика. Те се отнасят до субективни права и юридически задължения и съдържат санкции, засягащи такива. Тази

¹⁸ Наумова. С. Цит. съч., с. 179.

двойственост на понятията създава известна нестройност в подредбата на правните понятия в теорията, както и намалява значението на самите източници на правото, като им противопоставя други алтернативи със сходно действие и извън техния обхват.

Практически проблеми и разрешения

При настоящето по-динамично състояние на обществените отношения може да се спори дали възникват нови видове източници на правото. Със сигурност обаче е налице процес на интензифициране на взаимодействието между различни видове правен ред. Така наблюдаваме взаимодействие между правните системи на различни държави, без то да се осъществява в рамките и по правилата на международното публично право или правото на Европейския съюз. Посочените правни системи притежават собствени механизми и правила за взаимодействие между правните системи на различните държави, участващи в тях. Особеното, което наблюдаваме в момента, е непосредственото взаимодействие между правните системи на различни държави, без то да се осъществява на основата на приети от тях правила. Така при закона „Магнитски“, без да сключен някакъв международен договор за сътрудничество в областта на наказателното право например или държавите да участват в някакъв тип общност, по правилата на която да се предоставя подобна компетентност, една държава приема закон, който претендира да действа в чужда правна система директно, а също има реална ефективност както в нея, така потенциално и в множество други правни системи.

При едно потенциално разрешение на проблема може да се създаде български закон, който да интегрира тези правила в българската правна система. По този начин може да се счете, че вече формален източник на правото ще съдържа тези правила за поведение и те ще притежават валидност в рамките на българската правна система. Целта може да е и защита от въведените санкции. Известен проблем обаче отново остава. Това имплементиране на правила за поведение в даден правен ред наподобява изпълнение на задължения, приети по линията на международното публично право, чрез международни договори или на правото на Европейския съюз чрез приети директиви. Законът, който имплементира тези правила, ще възприеме санкционните последици срещу посочените в закона „Магнитски“ лица. Приемането на български закон с този предмет на регулиране ще коригира единствено едно формално противоречие, създавайки липсващия формален източник на правото и с цел защита от ефекта на материални източници на правото. Но реално източник на правото остава законът „Магнитски“, който притежава юридическа сила и ефективност, а българският закон само

я опосредява или урежда последващи правни последици, възприемайки изцяло съдържанието му, включително санкциите и основанията за прилагането им. Това е така, понеже не е налице юридическо задължение за Република България да приеме български закон, да приобщи мерките, приети в закона „Магнитски“ в българската правна система със собствен източник на правото. Инициативата за това не е по свободно усмотрение от страна на българските компетентни органи, а по подбуда с външен произход – да се уредят дадени правни последици, които вече са породили неизбежното си действие. Следващият проблем е, че подобни задължения по правило възникват на основата на международни договорености, приети предварително, или на съюзното право. Така правото на Европейския съюз повелява да се приемат национални мерки за имплементирането на правни норми с български източници на правото с оглед постигането на посочената в директивите цел за хармонизиране на различните видове правен ред. Директното действие и пряката и непосредствена приложимост наподобява ефекта на регламентите на правото на Европейския съюз. Резултатът е еднакво съдържание на правилата за поведение в различни правни системи. Наред с това обхватът на закона „Магнитски“ принадлежи към наказателноправната област, която е чувствителна сфера поради по-тежкото затягане на права на лицата. В крайна сметка може да се каже, че законът „Магнитски“, макар и да не е част от източниците на българската правна система, има директен ефект в нея, без да е налице класическо правно основание за това.

Наред с интензифицирането на взаимодействието между различните видове правов ред налице е и интензифициране на взаимодействието между различни видове норми – социални и правни. Както бе посочено, при прилагането им възниква конкуренция. Такава е налице, въпреки че конституционните норми са формулирани по-общо и абстрактно, докато правилото за ваксиниране е формулирано конкретно. Бяха посочени социални норми, които влизат в противоречие с правните норми, недопускащи задължително ваксиниране.

Заклучение

В рамките на различните правни теории посочените правила за поведение може да се разглеждат като факти, като социални норми или даже като правни норми. Те влизат в конфликт с правни норми, но липсват ясни правила за неговото разрешаване. Посочените правила имат валидност в дадени области и обществени отношения, но не попадат в познатите правни категории. Това е причината за несигурност по въпроса дали подобни правила да бъдат разглеждани от правната теория, дали изобщо попадат в

обхваща на правната наука, както и дали науката и практиката ще признаят правното им действие. Според настоящата разработка те принадлежат към проблематиката на общата теория на правото най-малкото поради наличието на практически проблеми, които следва да бъдат разрешени както от теорията, така и от практиката при действието на тези правила.

За да констатираме възникването на нови видове източници на правото, следва те да се утвърдят в правната система и обществените отношения. Тогава дефиницията на източниците на правото, която в момента преимуществено е формалната, ще се обогати с елементи от материалното понятие за тях.

Юридическата сила на източниците на правото представлява техният правен ефект, който се измерва посредством правния ефект на нормите, съдържащи се в него. Но юридическата сила на източниците на правото съдържа в себе си и фактическия аспект. Фактическата им сила се изразява в ефективността на нормите и принципите, съдържащи се в него, регулативния капацитет, тяхната признатост и утвърденост, зачитане при разрешаването на различни потенциални социални конфликти. Така двата аспекта функционират съвместно. Формалната характеристика, юридическата сила, лишена изцяло от ефективността, от фактическа сила на източниците на правото, ощетява регулативната сила изобщо. И обратното, когато източникът на правото и правилата, съдържащи се в него, притежават единствено фактическа сила, само по себе си това не е достатъчно за формулирането на източник на *правото* и действието му като такъв. Конструирани социални норми и източниците, към които принадлежат, притежават правно действие, макар и лишени от типичната формална сила. Но не можем да не отчетем отнасянето им до юридически категории чрез засягането на субективни права и юридически задължения чрез поставянето на фактически условия пред упражняването им.

От тази гледна точка тези източници на правото функционират при ново преосмисляне на съотношението между фактическо и нормативно. Така критерият е доколко правилата за поведение в тях фактически засягат субективни права и юридически задължения. Този критерий допълва формалния критерий – принадлежност към даден правен. Посоченият критерий е функционален критерий според това дали съответното правило функционира според механизма на регулиране на правната норма и дали рефлектира върху правната сфера на лицата.

Тук отново се връщаме до някои основни характеристики на правото, изведени по-горе, които са свързани с атрибутивно-организационния му характер. Правото притежава както формални, така и функционални характеристики, които в своето съвкупно действие изграждат регулативните му характеристики.

IV.

**АНАЛИЗИ НА ОТДЕЛНИ
ИЗТОЧНИЦИ НА ПРАВОТО**

СУДЕБНЫЕ АКТЫ КАК ИСТОЧНИКИ ПРАВА РОССИИ

Проф. Виталий Сорокин, дюн
Алтайский государственный университет (г. Барнаул, Россия)

JUDICIAL ACTS AS SOURCES OF RUSSIAN LAW

Professor, Doctor of Law Vitaly Sorokin
Altai State University (Barnaul, Russia)

Abstract. The article substantiates the conclusion that it is quite possible to recognize the normative value of acts of higher judicial instances actively issued in the current period. Judicial practice, on the other hand, cannot be considered an independent source of law, since during the transitional period it only reproduces the generally accepted provisions of the legal doctrine.

Keywords: *source of law, judicial acts, precedent, legal doctrine*

1. Введение

Интенсивное развитие общественных отношений в переходный период не позволяет традиционным субъектам правотворчества своевременно откликаться на требования времени, что обуславливает появление новых субъектов правотворческой деятельности, а значит, новых для данной правовой системы источников права. Так, в переходных странах романо-германской правовой семьи допускаются попытки использования судебного и административного прецедентов.

Судебный прецедент представляет собой решение суда по конкретному делу, которое имеет статус эталона при разрешении аналогичных дел в последующем. **Административный прецедент** есть решение по конкретному делу административного органа, которое служит общеобязательным образцом для разрешения всех последующих дел такого же рода. Анализируя практику различных государств, можно выделить следующие признаки правового прецедента: 1) являет собой юрисдикционное решение либо его часть по конкретному правовому спору; 2) данному решению придается значение общей нормы, т.е. его значение выходит за рамки конкретного дела; 3) прецедентная норма может быть неписаной.

В последние десятилетия в российской юридической науке наметились тенденции, свидетельствующие об изменении отношения к прецеденту. Некоторые ученые заявляют либо о необходимости использования прецедентов в отечественной правовой практике, либо о факте существования судебного прецедента¹. Последнее связывают с деятельностью Конституционного суда Российской Федерации. Однако в соответствии со ст. 43 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде» этот судебный орган отказывает в принятии обращения к рассмотрению в случае, если по предмету обращения им ранее было вынесено Постановление, сохраняющее свою силу. *Следовательно, Постановления Конституционного суда не могут рассматриваться в качестве прецедента, т.к. данный орган не принимает дело к аналогичному производству, просто иные органы государственной власти должны привести свои правовые акты в соответствие с решением Конституционного суда.*

Сторонники прецедентной системы отмечают ее эластичность за счет гибкости правового регулирования, быстрого реагирования права на меняющиеся социальные условия, преодоления формализма. А. В. Наумов полагает необходимым «признание за судебным прецедентом роли источника уголовного права», ибо «только судебный прецедент может ответить на вопрос о том, каково конкретное содержание оценочного понятия, употребленного при конструировании уголовно-правовой нормы». А. В. Цихоцкий приходит к более радикальному выводу: «...всегда, когда в суде восполняется пробел в праве, суд творчески развивает закон, создавая правовой прецедент». Здесь авторы допускают подмену понятий нормативно-правового и казуального регулирования. Казуальное регулирование как раз и является осуществляемым на основе норм права воздействием на конкретных субъектов права путем установления применительно к ним определенных по содержанию субъективных прав и юридических обязанностей. Оно призвано конкретизировать общие (в том числе оценочные) положения норм права по отношению к конкретным обстоятельствам. *Осуществляя казуальное регулирование, суды не создают новых норм права и тем более прецедентов, т.к. каждое судебное решение обязательно только для сторон конкретного правового спора и данного судебного органа. То обстоятельство, что решения отечественных судов избегают оценочных понятий, лишает их основных признаков нормативного акта – нормативного обобщения и системности.*

¹ Колоколова, Э., Е. Мартынич. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике. – В: Российская юстиция, 1994, № 12, 20–22; Наумов, А. В. Судебный прецедент как источник уголовного права. – В: Российская юстиция, 1994, № 1, 8–11; Кучин, М. В. Судебный прецедент как источник права. – В: Российский юридический журнал, 1998, № 4, 81–86.

2. Основной текст

Российской правовой системе правовой прецедент как источник права не присущ. И его внедрение в условиях переходного периода повлечет тяжкие последствия для правовой целостности. Дело в том, что для восприятия правового прецедента придется разрушать традиционные для России правовую и судебные системы, а также способы осуществления государственной власти и правовую психологию общества. Как бы ценен ни был тот или иной источник права, он не способен превысить объективные потенции своего действия. А в российской правовой системе нет тех условий, которые необходимы для существования прецедентного права. Вряд ли в переходных условиях можно согласиться на столь радикальные перемены правовой системы, чтобы в России начать введение общего или прецедентного права. Вряд ли оправданна ломка вековых правовых традиций и эклектическое соединение разных правовых систем в условиях общей дезорганизации правовой действительности. Ведь прецедентная система имеет свои негативные стороны (в настоящее время в Англии насчитывается около 800 тыс. прецедентов и каждый год прибавляется примерно 2 тыс. новых, что составляет 300 сборников по внутреннему и европейскому праву). Со временем пользование таким источником права даже при совершенных электронных системах поиска окажется невозможным.

Далее уместно определить пределы использования иных актов судебных органов государства в качестве источников переходного права. Возможно ли вообще в переходный период признавать за судебной властью наличие нормотворческой компетенции? Принцип разделения властей помимо прочего предполагает распределение нормотворческой компетенции между ветвями власти. Впрочем, данную компетенцию нельзя поделить поровну, поэтому компетенция законодательного органа будет иметь решающее значение. Издание нормативно-правовых актов есть средство осуществления государственной власти, поэтому органы законодательства, управления и правосудия в разной мере используют это средство. Представительная власть издает нормативно-правовые акты высшей юридической силы. Исполнительная власть принимает во исполнение законов подзаконные нормативные акты. Выявив логику распределения нормотворческой компетенции между ветвями власти, предположим, что судебные органы государства также издадут нормативно-правовые акты, юридическая сила и природа которых своеобразна.

В советской юридической науке велся спор относительно нормативной природы актов высших судебных инстанций. А.Ф. Черданцев, например, категорически отрицал правотворческую функцию судебных органов. Од-

нако отрицание обязательности актов высших судебных инстанций лишило бы их статуса органов государственной власти. Между тем Конституцией Российской Федерации 1993 г. на Верховный суд (ст. 126) и Высший арбитражный суд (ст. 127) возложены функции осуществления судебного надзора за деятельностью нижестоящих судов и дачи разъяснений по вопросам судебной практики. Такие разъяснения обычно оформляются в форме Постановлений Пленумов. Особые юридические свойства этих Постановлений позволяют отнести их к разновидности нормативно-правовых актов. Они обязательны для нижестоящих судов, в реальности с ними не могут не считаться все субъекты права, участвующие в судебном разбирательстве. По мнению А.Ф. Черданцева, постановления высших судебных инстанций «не являются источниками права, не должны содержать нормативной новизны, не направлены на установление, изменение или отмену норм права». Однако, занимаясь *обобщением и унификацией судебной практики, высшие судебные инстанции не могут не создавать новых правовых норм в условиях неполноты позитивного права*. Постановления Пленумов Верховного и Высшего арбитражного судов содержат разъяснения применяемых судами нормативно-правовых актов. Но это отнюдь не означает, что сами эти разъяснения не носят творческого характера и не могут развивать и дополнять деятельность других субъектов нормотворчества. Суд не может отказывать заинтересованным лицам в судебной защите их прав и законных интересов по причине пробельности переходного права. И высшие судебные инстанции помогают нижестоящим судам квалифицированно выполнять свои функции, издавая нормативные Постановления Пленумов.

Нормативная природа этих актов объясняется также сутью толкования права и аналогии права, используемых высшими судебными инстанциями. Е.В. Васьковский усматривал задачу толкования нормы права в развитии ее смысла. Гражданский кодекс Швейцарии 1907г. позволяет судье решать дело так, как «если бы он был законодателем» (ст. 1). Действительно, в отсутствие необходимых норм права либо при ненадлежащих правовых нормах суду не остается ничего другого как сформулировать новое правило для разрешения правовых споров. В процессе толкования, таким образом, может достигаться новое знание о содержании норм права. Например, если следовать грамматическому толкованию Закона Российской Федерации «О приватизации жилищного фонда в Российской Федерации» от 4 июля 1991 г., то можно признать, что приватизация жилого помещения считается состоявшейся лишь в момент регистрации договора о приватизации жилья. Однако Верховный суд Российской Федерации, исходя из социальных целей приватизации — закрепить переход государственного жилого помещения в собственность его нанимателя, по существу, установил иное правило:

наследодателю, выразившему при жизни волю на приватизацию занимаемого жилого помещения, но не оформившего договор о приватизации жилья по причине смерти, не может быть отказано в праве собственности на данное жилое помещение. В процессе толкования права суды учитывают постоянно развивающиеся в переходный период общественные интересы, отходя от духа изначального права. При аналогии права, используемой судами, решение конкретных юридических конфликтов осуществляется на основе общих принципов и смысла права, что также порождает судебное нормотворчество. В литературе обращается внимание на подчиненную роль разъяснений судов по отношению к применяемой ими норме права. Но соподчинение нормативно-правовых актов свидетельствует лишь о необходимости соблюдения иерархических связей между ними и не означает игнорирования юридической силы нижестоящих нормативно-правовых актов. Заметим попутно, что **толкование права и применение аналогии права высшими судебными инстанциями приводит к появлению новых норм права, поскольку ими осуществляется нормативное обобщение судебной практики, воплощающееся в общеобязательные правовые акты (Постановления Пленумов). Те же формы деятельности нижестоящих судебных инстанций полностью укладываются в рамки казуального регулирования и нормативного значения не имеют.** Решения нижестоящих судов не рассчитаны на многократное применение в отношении неопределенного круга лиц. Значит, далеко не каждое решение суда есть решение нормотворца.

И.А. Покровский в начале XX в. установил своеобразную закономерность истории права: отрицательное отношение общества к юридическому позитивизму всякий раз приводит к тому, что суд наделяется правом восполнять и даже исправлять закон. Однако даже при сочетании подходов позитивистской и естественно-правовой доктрин нормативный характер актов высших судебных инстанций имеет место. Природа этих актов не позволяет сводить их функции только к правосполнению, ведь в отсутствие необходимых норм позитивного права высшие судебные инстанции могут их создать. Когда в имеющихся нормативно-правовых актах не закреплено норм, требуемых для разрешения юридических споров, либо эти нормы сформулированы неясно, высшие судебные инстанции создают новые нормы права. В положениях Постановлений Пленумов Верховного и Высшего арбитражного судов можно обнаружить, как в любых других правовых нормах, гипотезу, диспозицию и санкцию. Так, в п. 15 Постановления Пленума Верховного суда Российской Федерации от 27 января 1999 г. «О судебной практике по делам об убийстве» установлено правило: «Суд вправе в данном судебном заседании изменить квалификацию действий подсудимого с

п. «а» на п. «н» ч. 2 ст. 105 УК РФ и наоборот, если это не ухудшает его положения и не нарушает права на защиту. Во всех остальных случаях изменение судом обвинения с одного пункта на другой пункт ч. 2 ст. 105 УК РФ без возвращения дела на следствие недопустимо».

Постановления Пленумов Верховного и Высшего арбитражного судов, таким образом, можно включить в иерархию нормативно-правовых актов государственной власти. Ряд авторов определяет их место на подзаконном уровне правового регулирования². Однако в переходный период высшим судебным инстанциям вполне можно позволить принимать постановления по предмету закона. Обобщая судебную правоприменительную практику, высшие суды способны правильнее и оперативнее законодателя устранить пробел в переходном законодательстве. Однако при появлении законодательных актов постановления высших судебных инстанций нужно будет всякий раз приводить в соответствие с ними.

Особое место среди актов высших судебных инстанций занимают постановления и определения Конституционного Суда. В отечественной теории и практике нет однозначного ответа на вопрос о юридической природе и силе этих правовых актов. Разброс мнений внушительный: от признания за ними лишь характера научных рекомендаций до отнесения их к источникам новых конституционных норм. Признание решений Конституционного Суда Российской Федерации политико-правовыми рекомендациями явно противоречит официальному статусу этого высокого Суда.

Конституционный суд нередко в литературе именуют «негативным законодателем» ввиду полномочий этого органа проверять соответствие конституции нормативно-правовых актов и нормативных договоров. Конституционный суд «выбраковывает» неправовые нормативные акты. Однако в его статусе можно обнаружить и позитивные законодательные полномочия. Это выражается в рекомендациях законодателю осуществить необходимое нормативно-правовое регулирование в соответствии с правовыми позициями Конституционного суда. В этих случаях правовые позиции Конституционного суда являются своеобразными моделями будущих правовых норм. Кроме того, ч. 5 ст. 125 Конституции Российской Федерации предоставляет Конституционному Суду по запросам Президента, Совета Федерации и Государственной Думы Федерального Собрания, Правительства, органов законодательной власти субъектов Федерации давать толкование Конституции. В ходе данной интерпретационной практики Конституционный суд выполняет очевидную правотворческую функцию. Подчас эта интерпрета-

² Каргашев, В. Н. Интерпретационная практика в правовой системе общества: новые подходы. – В: Юридические записки Ярославского госуниверситета, Ярославль, 1997, Вып. 1, 29–30.

ция существенно расходится с позицией законодателя и правоприменителей. Итоговые решения Конституционного суда являются окончательными, не подлежат обжалованию, вступают в силу немедленно после провозглашения и действуют непосредственно.

«Жесткость» Конституции и неполнота законодательства объективно повышает роль Конституционного суда в текущем развитии правовых норм. Можно утверждать, что решения Конституционного суда стали источником не только конституционного права, но и всех отраслей российского права. Это обстоятельство косвенно признается в законопроектной деятельности. Проект закона Республики Дагестан «О нормативно-правовых актах Республики Дагестан» называет постановления Конституционного суда Российской Федерации. Среди источников избирательного права Закон Новосибирской области «Об избирательной комиссии Новосибирской области» выделяет решения Конституционного Суда РФ и уставного суда области.

Поскольку в соответствии со ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном суде Российской Федерации» решения этого суда действуют непосредственно и не требуют подтверждения другими органами и должностными лицами, а их опубликование осуществляется в том же порядке, какой установлен для федеральных законов, постольку юридическая сила итоговых решений и правовых позиций Конституционного суда может быть приравнена к силе законодательных положений. М.А. Митюков высказал предположение об идентичном характере юридической силы Конституции и постановлений Конституционного суда: «Современную Конституцию Российской Федерации в широком смысле слова фактически составляют не только текст Конституции РФ 1993 г., но и развитие ее положений в федеральных конституционных законах и постановлениях Конституционного суда об официальном и казуальном толковании Основного закона». *Однако в силу конституционного принципа разделения властей Конституционный суд не может рассматриваться в качестве полноценного законодательного органа. Итоговые решения и правовые позиции Конституционного суда носят производный, вторичный характер по отношению к Конституции и не могут ей противоречить. Следовательно, место постановлений Конституционного суда в иерархии нормативно-правовых актов находится между Конституцией, с одной стороны, и иными законодательными актами, с другой стороны.*

Реальность такого положения можно проиллюстрировать на примерах практики Конституционных судов всех современных переходных государств. Например, Конституционный суд Венгрии на первых порах своей деятельности ограничивал себя в свободе толкования Конституции (реше-

ние № 31/1990). Согласно данному решению Конституционный суд Венгрии высказался против широкого толкования Конституции страны, что, по мнению этого органа, может привести к подмене Конституционным Судом функций законодательной и даже исполнительной власти и может вылиться в своего рода «правление Конституционного Суда». Тем не менее уже в 1997 г., давая конституционное толкование по вопросу назначения референдума, Конституционный суд Венгрии снова расширил свою юрисдикцию. В Постановлении Конституционного суда Республики Молдовы от 17 февраля 1998 г. о признании неконституционными ряда статей Закона от 7 апреля 1994 г. «О статусе депутата Парламента» говорится, что предоставление депутатам Парламента Молдовы льгот и преимуществ (единовременного выходного пособия в размере всех выплат депутату за десять месяцев, целевого банковского кредита на сумму до 100 тыс. леев со сроком погашения 15 лет, бесплатного медицинского обслуживания) противоречит общеправовому принципу равенства всех граждан республики перед законом и публичными властями без каких-либо различий. Суд констатировал также, что «законы, призванные упорядочивать и устанавливать гармоничные отношения в обществе, должны содержать общепризнанные правовые принципы, чтобы применяемая правовая система и защищаемые законом интересы действовали адекватно и сообразно объективным реальностям в обществе». Во всех этих случаях Конституционные Суды опирались не на конкретные статьи Конституции, а на общеправовые принципы и смысл действующего законодательства. Это свидетельствует о самостоятельной роли Конституционного суда в правотворческой деятельности.

Признавая нормотворческий характер актов высших судебных инстанций, стоит отрицательно отнестись к признанию за судебной практикой статуса источника переходного права. Авторы, усматривающие правомерность выделения данного источника, нередко смешивают судебную практику с актами высших судебных инстанций, что не выдерживает критики. Высшие судебные инстанции в своих постановлениях, заключениях и определениях не формируют, а обобщают судебную практику нижестоящих судов. Даже в тех случаях, когда высший судебный орган создает новую норму права, не основываясь при этом на какой-либо судебной практике, вряд ли можно заключить, что он сам как раз и формирует эту практику. Ведь судебная практика фактически представляет собой типичные судебные решения по конкретным делам, являющиеся результатом длительного, однообразного судебного правоприменения. Акт же высшей судебной инстанции не идентифицируется аналитическим путем на основе обобщения массы разнообразных правовых актов, принятых за более или менее длительный интервал времени, а представляет собой завершённый нормативно-правовой документ.

Судебную практику нельзя сводить и к разрозненным судебным решениям индивидуального характера, ибо она представляет собой результат теоретического обобщения таких решений с целью выявления типичного, повторяющегося единообразия. Но даже это обстоятельство не позволяет согласиться с группой ученых, ратующих за признание судебной практики самостоятельным источником права³. А.Т. Боннер указывает на то, что в некоторых случаях имеющийся правовой вакуум необходимо преодолеть с помощью сложившейся практики судов. «Такая практика, – пишет автор, – по существу представляет собой не что иное, как юридический обычай». Однако судебная практика **не имеет собственного нормативно-правового, источникового содержания. Нарбатывая судебную практику, суды в одних случаях кладут в основу своих решений свободное усмотрение, в других – правовую доктрину. Во многих случаях за судебной практикой фактически скрываются типичные стереотипы правосознания судей.**

В Постановлении Пленума Верховного суда от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» непосредственно указывается на расширение судейского усмотрения. Оно, в свою очередь, усиливает элементы личного отношения судьи, его правосознания. В связи с этим признание судебной практики (сиречь – правосознания судей) источником права в переходный период таит серьезную угрозу для правопорядка. После Октябрьской революции 1917 г. реформаторские силы стремились к одномоментному слому всего прежнего законодательства и, чтобы выйти из создавшегося кризисного положения, сделали ставку на правосознание как основной источник права. При этом были востребованы идеи Л. Петражицкого из его психологического учения об «интуитивном праве». Последовавшая за этим судебная практика обернулась тотальным произволом. Позднее Конституционный суд Российской Федерации, основываясь на собственном правосознании, не нашел превышения власти Президента в ведении по его Указу широкомасштабной войны в Чечне без объявления чрезвычайного положения и без санкции Федерального Собрания Российской Федерации. Еще Гегель отмечал: «если юристы пришли к мысли, что покончить с коллизиями можно, предоставив многое усмотрению судей, то такой вывод значительно хуже, т.к. решение, принятое только судом, было бы произволом». Судам всех уровней в переходный период нельзя предоставлять полной свободы усмотрения, ибо ничем не ограниченная интерпретационная практика

³ Лившиц, Р. З. Судебная практика как источник права. В: Журнал российского права, № 6, 1997, 49–57; Судейское усмотрение. М., 1999, с. 261; Адилкариев, Х. Судебная практика как источник нормотворчества. – В: Советская юстиция, № 23, 1989, 14–15.

равнозначна произволу. В основание своих решений судам нужно закладывать положения правовой доктрины (если по конкретному вопросу нет четкого законодательного указания). Другими словами, под так называемой судебной практикой необходимо подразумевать не свободу усмотрения судьи, а правовую доктрину. *В условиях пробельности переходного права положения доктрины наиболее приемлемы и «безопасны» при разрешении конкретных юридических коллизий. Правовая доктрина выступает в этом случае непосредственно источником права, который оформляется в актах правоприменительной деятельности.*

Правовая доктрина («дух права» и смысл законодательства) как раз и является центральным звеном, своего рода стержнем системы источников права. Именно правовые идеи образуют наиболее глубокий слой правовой материи, ее общую основу. Это имеет существенное значение для толкования переходного права и принятия правовых решений в условиях многочисленных правовых пробелов.

Сама по себе правовая доктрина лишена механизма реализации содержащихся в ней положений, но благодаря воплощению в акты судебной практики и иные правовые акты она может служить непосредственной юридической основой для разрешения юридических споров. Через суды и иные правоприменительные органы правовая доктрина реально входит в действующее право. Впрочем, не исключается непосредственно регулирующее значение правовых идей и вне судебного опосредования. Итак, *правотворчество суда ограничено доктринальными пределами: судья не свободно творит право в ходе правоприменительной практики, а скорее находит оптимальную для данного казуса правовую идею, которой он придает формально-определенный вид.* В частности, в ч. 3 ст. 8 Закона Российской Федерации «Об арбитражном суде» от 28 апреля 1995 г. установлено: «В случае отсутствия законодательства, регулирующего спорное отношение, арбитражный суд использует законодательство, регулирующее сходные отношения, а при отсутствии такого законодательства исходит из общих начал и смысла законодательства». При всей самостоятельности судебных и иных правоприменительных органов они не должны руководствоваться своими субъективными впечатлениями, ибо основой их решений является дух действующего правопорядка в целом, его начал, выраженных в законе. В Гражданском кодексе Швейцарии 1907 г. содержится норма, обязывающая судей «строго следовать общепринятой доктрине и традиции» (ст. 1).

Через судебную практику как форму раскрываются основные начала, «дух» становящейся правовой системы, нашедшие не всегда полное закрепление в законодательстве. Правовая доктрина как источник права позволяет использовать надпозитивные подходы.

Конституционные Суды имеют возможность выводить правовые принципы из смысла конституционных положений. Например, в ст. 57 Конституции Российской Федерации устанавливается обязанность каждого платить «законно установленные налоги и сборы». Данная норма не предназначалась для регулирования уплаты иных платежей, в частности, страховых взносов в Пенсионный фонд. Однако из смысла ст. 57 Конституции РФ может быть выведен правовой принцип, в соответствии с которым, во-первых, любые обязательные платежи должны быть «законно установлены» и, во-вторых, эти законы, если они ухудшают положение плательщиков, не имеют обратной силы.

Правоприменительные органы, разрешая индивидуальные и коллективные правовые споры, не создают новую норму сами, а выявляют ее в ткани общепринятой правовой доктрины. На этом основано право судебных органов признавать определенные притязания субъектов правовыми в случае, если они не отражены в действующем законодательстве, но входят в сферу правового регулирования. **Принципы права, аккумулирующие дух переходной правовой системы в той или иной отрасли правового регулирования, со строго юридической точки зрения, не являются правилами поведения, но имеют общеобязательный характер. Из принципа права можно вывести необходимое, но пока не закрепленное, правило поведения. Принципы права оказывают, таким образом, непосредственное регулирующее воздействие на общественные отношения, являясь той правовой базой, на основе которой происходит формирование конкретного правила для решения дела.** Например, 14 января 1992 г. Конституционный суд Российской Федерации принял Постановление по проверке конституционности Указа Президента РСФСР «Об образовании Министерства безопасности и внутренних дел РСФСР» 1991 г. Признавая неконституционность норм данного Указа, Конституционный суд сделал вывод, что содержание оспариваемого акта в целом не соответствует конституционному принципу разделения властей, подчиняющему действия (акты) всех высших органов государственной власти и должностных лиц. Поскольку на момент рассмотрения дела в Конституционном суде в действующей Конституции РСФСР 1978 г. принцип разделения властей прямо не был зафиксирован, Суд посчитал, что названный принцип выступает нормой вне зависимости от его непосредственного закрепления в тексте Основного Закона. В этой связи Конституционный суд Российской Федерации констатировал, что Указ Президента противоречит положениям Конституции РСФСР в части несоответствия системе «сдержек и противовесов» принципа разделения властей в правовом государстве, который имеет также доктринальное значение для законодателя.

В условиях пробельности переходного права главные правовые идеи, лежащие в основе действующей правовой системы, приобретают решающее значение. Правовая доктрина становится стержнем, определяющим звеном, влияющим на все стороны правовой жизни в переходный период. Правовые идеи предваряют нормотворческий процесс и опосредуют его результаты. Общепринятые в данном переходном обществе правовые идеи напрямую входят в правовую систему, в объективированную материю права. Не нуждающиеся в формальном закреплении в силу своей общепризнанности, доктринальные положения заполняют пустоты писаного права и гибко реагируют на изменения общественных отношений. Нормативно-правовые акты переходного периода изобилуют прагматическими новеллами, порождаемыми порой преходящими ситуациями и в силу этого неспособными в полной мере раскрыть свои регулятивные возможности. *А правовая доктрина как господствующая юридическая теория, которую государственные органы объявляют общеобязательной, предлагает переходному обществу систему устойчивых ориентиров непрерывного правового регулирования.*

Правовая доктрина занимает в рамках правовой идеологии место официально поддерживаемой системы идей, воплощающихся в общепринятых юридических понятиях и общепризнанных правовых идеалах, принципах и ценностях. Р. Давид указывал, что «доктрина в наши дни, так же как и в прошлом, составляет очень важный и весьма жизненный источник права. Эта ее роль проявляется в том, что именно доктрина создает словарь и правовые понятия, которыми пользуется законодатель». Однако новые социальные интересы, находя отражение в господствующей правовой идеологии (правовой доктрине), определяющим образом влияют не только на процесс правотворчества, но и на весь строй правовой системы переходного общества. В доктрине определяется смысл идеалов правового развития, например, «правовой государственности», раскрывается содержание используемых в законодательстве оценочных терминов – «справедливость», «суверенитет» и др.

По своему генезису правовая доктрина представляет собой господствующий в переходный период тип юридического мышления и правопонимания, отражающий духовный уклад и одухотворенные традиции народа, а также правовые взгляды ведущих правоведов. Путем доктринального регулирования происходит «онаучивание» переходного права, развертывание его интеллектуально-гуманистического содержания. Теоретико-правовые разработки, получившие официальную и общественную поддержку, становятся концепцией правовой реформы и начинают влиять на правовое развитие в определенном идеологическом направлении. К правовой доктрине как источнику права апеллируют субъекты правовой деятельности, обращаясь

к формуле «по утвердившемуся в научной литературе мнению». *Доктринально устойчивые юридические цели и принципы правового регулирования служат постепенному преобразованию общества.*

Правовая доктрина представляет собой концентрированное выражение нового, формирующегося накануне перехода научного юридического мировоззрения. А.П. Герасименко разграничивает юридические и идеологические правовые системы, утверждая, что последние насыщены доктринальным содержанием⁴. Но в этом состоит удел всех правовых систем, и переходная правовая система – не исключение. Являясь центром системы источников переходного права, правовая доктрина выступает атрибутивным элементом любой правовой системы.

Непосредственно-регулятивную роль правовой доктрины как источника переходного права можно рассмотреть на примере общепризнанных принципов международно-правовых документов, включаемых во внутринациональное законодательство. Отметим, что новый Уголовный кодекс Российской Федерации 1996 г. прямо называет источником уголовного права только общепризнанные принципы и нормы международного права (ст. 1). Общепризнанными можно считать принципы международного права, имеющие силу, юридически обязательную для всех государств. Такие принципы считаются юридически обязательными, если они принимаются и признаются международным сообществом государств. М. Шау полагает, что общепризнанные принципы права – «это определенные общие правовые положения, характерные для многих различных правопорядков». В условиях пробелов в национальном праве и в случаях провозглашения верховенства общепризнанных принципов права последние обретают юридическую силу в границах данного государства. В процессе сближения правовых систем и унификации новейших конституций общепризнанные принципы права как синтез общечеловеческих ценностей, становятся приоритетным источником правового регулирования. В основе общепризнанных принципов права лежит всеобщая заинтересованность государств в наличии общеприемлемого правового решения постоянно растущих проблем.

В национальном переходном праве правоприменительные органы не могут по объективным причинам ограничиваться позитивными нормами и поэтому активно используют общеправовые принципы. В своем Постановлении от 27 января 1995 г. Конституционный суд Российской Федерации отнес к общеправовым принципам «справедливости, юридического равенства, гарантированности государством прав и свобод человека и гражда-

⁴ Герасименко, А. П. Юридические и идеологические правовые системы. Москва, 1996, с. 209.

нина, возмещения государством всякого ущерба, причиненного личности незаконными действиями государственных органов, должностных лиц. Эти принципы обладают высшей степенью нормативной обобщенности, – указывает Конституционный суд, – определяют содержание конституционных прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на всех субъектов права». *Фактически на начальном этапе переходного правового развития право представляет собой комплекс принципов, предшествующих изданию нового отраслевого законодательства.* Непосредственное применение правовых принципов становится неизбежным в переходных условиях, когда либо отсутствуют требуемые нормативно-правовые акты, либо следование им чревато эрозией правопорядка. В переходный период доктринальное регулирование осуществляется не только непосредственно, но и путем формального закрепления в нормативно-правовых актах. Так, согласно ст. 6 Гражданского кодекса Российской Федерации правоприменитель обязан исходить из «требований добросовестности, разумности и справедливости».

Обобщая вышеизложенное, можно признать нормотворческое значение актов высших судебных инстанций, активно издаваемых в нынешний период. Судебная же практика самостоятельным источником права рассматриваться не может, поскольку в переходное время она лишь воспроизводит общепринятые положения правовой доктрины.

ПРИНЦИПЫ КАК ИСТОЧНИК МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА: ПРОБЛЕМЫ ОПРЕДЕЛЕНИЯ И РЕАЛИЗАЦИИ¹

Доц. Рафаил Насыров, кюн
Алтайский государственный университет (г. Барнаул, Россия)

PRINCIPLES AS A SOURCE OF INTERNATIONAL LAW: PROBLEMS OF DEFINITION AND IMPLEMENTATION

Assoc. Rafael Nasyrov, PhD
Altay State University (Barnaul, Russia)

Abstract. The article is devoted to the principles of international law as a special source of law. The problem of defining and implementing the principles of international law is considered. It is substantiated that special attention should be paid not only to determining the content of each individual principle of law, but, above all, to the practice of their implementation and combination with each other. The question of double standards in determining the content and implementation of the principles of international law was raised. It is concluded that the principles and norms of international law are conventional in their essence, i. not only established, but also implemented in the process of continuous communication of states as carriers of sovereign power.

Keywords: *principle of law, principles of international law, combination of principles of law, conventionality of international law, double standards*

С точки зрения формальной логики понятия «принципы права» и «принципы международного права» должны соотноситься как общее и особенное. Обычно принципы права определяются как «исходные (базовые) нормативно-правовые требования (императивы, субимперативы и т.п.), обладающие значительным уровнем абстрагирования и фундаментальности, устойчивости и стабильности, легально выраженные в нормативных правовых актах и иных формах права»². Предполагается, что принципы права как исходные

¹ Исследование выполнено при финансовой поддержке РФФИ и Национального научного фонда Болгарии № 20-511-18002 Болг_а «Иерархия и координация источников права в национальных правовых системах России и Болгарии».

² Карташов, В. Н. Принципы права: понятие, структуры, функции. – В: Юридические записки Ярославского государственного университета: Принципы права. Ярославль: ЯрГУ, 2006, с. 3.

идеи и начала, определяют содержание всех юридических норм, цели и процесс их реализации. Основная цель данной статьи – обосновать, что корень проблемы лежит не только в определении содержания каждого отдельного принципа права, но в практике их реализации и в их сочетании друг с другом, что особенно ярко проявляется в сфере международных отношений.

Следуя совету мудрого Гегеля, для раскрытия сущности того или иного понятия, прежде всего, необходимо уяснить его внутреннюю противоречивость. Проблема в том, что идеи нравственности и справедливости, из которых вытекают все иные принципы (гуманизма, свободы, прав человека, равенства, демократии и т.д.) носят общесоциальный характер, а не только юридический. Допустимо сказать, что законодатель на своем особом формально-нормативном языке не способен аутентично раскрыть содержание этих принципов, а лишь закрепляет, условно говоря, призыв следовать им. Категорический императив можно считать, условно говоря, «суперпринципом» в праве: «Выбирать только так, чтобы максимы, определяющие наш выбор, в то же время содержались в нашем волеии как всеобщий закон»³. В этих словах содержится возвышенно звучащее требование быть нравственным, что соответствует древнему «золотому» правилу морали – «Поступайте по отношению к другому так, как вы хотели бы, чтобы он поступал по отношению к вам».

Гегель признает категорический императив И. Канта возвышенным и в такой же степени абстрактным: «Требование, чтобы принцип мог быть также определением всеобщего законодательства, предполагает уже содержание, и если бы оно было, то применение его не составляло бы труда. Здесь же еще отсутствует само основоположение, и критерий, заключающийся в том, что не должно быть противоречия, ничего не дает»⁴. Речь о том, что проблема лежит не в плоскости волевого признания или непризнания принципов нравственности и справедливости, а в определении того, какие действия в той или иной ситуации соответствуют указанным принципам. Гегель критикует И. Канта и называет его категорический императив формальным, уклоняющимся от реальной сложности ситуаций нравственного выбора: «Если моральное сознание объявляет *чистый долг* сущностью своих поступков, то эта чистая цель есть подтасовка сути дела; ибо в том-то и состоит сама суть дела, что чистый долг заключается в простой абстракции чистого мышления и свою реальность и содержание он имеет только в определенной действительности»⁵. Это означает, что проблема

³ Кант, И. Основы метафизики нравственности. Критика практического разума. Метафизика нравов. Санкт-Петербург: Наука, 1995, с. 100.

⁴ Гегель, Г. В. Ф. Философия права. Москва: Мысль, 1990, с. 177.

⁵ Гегель, Г. В. Ф. Феноменология духа. Москва: Академический проект, 2008, с. 489.

нравственного выбора не может быть разрешена в абстрактных формулировках: «Всеобщее, отсутствие самопротиворечивости есть нечто пустое, которое в области практики так же мало, как и в области теории, доходит до некоторой реальности... У Канта ничего другого не оказалось, кроме формы тождества, которая есть закон абстрактного рассудка. Защищать свое отечество, способствовать счастью ближнего есть [у Канта] долг не из-за содержания, а потому, что это – долг»⁶.

Юристам, воспринимающим право как сложную и практически ориентированную систему регуляции общественных отношений, должно быть присуще двойственное и отношение к принципам и доктринам: с одной стороны, – «Принципы – это *идеи и начала права!*», а, с другой стороны, – «Принципы – это *всего лишь идеи и начала права, но еще не само право* как реально действующая система упорядочения общественных отношений». Метафорически принципы и идеи права характеризуют как фундамент права, и очевидно, что без фундамента не может быть дома; но стоит всегда иметь в виду, что фундамент – это основа здания, но еще не сам дом. Сказанное не означает принижение роли принципов и доктрин в праве. Но юристы должны осознавать, что в политико-правовом дискурсе ссылки на идеи и начала права могут носить конъюнктурно-тактический и соответственно субъективно-утилитарный характер. В последние три десятилетия российское общество убедилось в этом, как в контексте внутренней, так и внешней политики.

И. Кант призывал: «Относись к человеку всегда как к цели и никогда – как к средству». Эта принципиальная гуманистическая установка непосредственно повлияла на формулировку ст. 2 Конституции РФ 1993 г.: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства»⁷. В этой статье Конституции воплощена абсолютная гуманистическая манифестация. Постановка же вопроса о критическом восприятии этой формулировки может вызвать подозрение в стремлении принизить филантропическую направленность этого конституционного положения. Поэтому, прежде всего, необходимо констатировать, что истинность высказывания, в том числе (и тем более) законодательного, не определяются только его пафосом. Методология данного исследования основывается на признании до сих пор неусвоенного в должной мере факта, что истинность тезиса в гуманитарных науках и социальной практике определяется не только его

⁶ Гегель, Г. В. Ф. Лекции по истории философии. Книга 3. Санкт-Петербург: Наука, 2001, с. 501.

⁷ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. – В: Российская газета, 1993, 25 дек.

содержанием, а зависит от социального контекста и реального результата. Если возникает проблема сочетания прав и интересов нескольких индивидов и социальных групп, что и составляет само содержание общественной жизни, его практику, то возникает вопрос: «Так кто же из них и чьи права и свободы являются высшей ценностью?». В целом, формулировка ст. 2 явилась результатом не столько содержательных и глубоких размышлений о высшей социальной ценности, сколько проявления «эффекта маятника», стремления противопоставить прежнему социализму и коллективизму абстрактный индивидуализм. Хотя декларации, определяющие высшие социальные ценности, сменились, но наблюдалось игнорирование прав и интересов не просто отдельных граждан, а целых социальных групп и всего общества. Если прислушаться к политической риторике 90-х гг., это произошло не вопреки, а благодаря ссылкам на принципы права, в том числе на абсолютную ценность каждого отдельного человека.

Также возвышенно, в духе признания существования общечеловеческих универсальных норм и ценностей была сформулирована ч. 4 ст. 15 Конституции РФ: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью её правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора»⁸. В конце XX века Россия, допустив развал «империи зла» – СССР и резко сменив идеологические установки, искренне и (как стало понятно сейчас) слишком поспешно открыла объятия «цивилизованному» миру. Постепенно, с большим трудом, как бы ни веря вначале своим глазам, российское общественное мнение стало замечать и признавать, что в открывшемся их взору «мире без СССР» правят не идеи и принципы, а интересы и сила. Настойчивая пропаганда демократии, прав и свобод, открытости и т.д., звучащая из уст «доброхотов» России, оказалась лишь элементом прагматической установки по «разжижению» российской государственности и превращению самостоятельного субъекта международной политики в послушный объект «либеральной глобализации». Известный российский философ Б.В. Марков признал: «После военной компании в Югославии даже российская интеллигенция начала несколько подозрительно относиться к борьбе за права человека, ранее считавшихся вековой мечтой свободомыслящей части общества. Дело в том, что под лозунгом осуществления этих прав проходила «Перестройка», результатом которой стало

⁸ Конституция Российской Федерации. Принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г. – В: Российская газета, 25 дек. 1993.

резкое падение уровня жизни людей и нарушение основных, завоеванных после Октября 1917 г, прав человека на труд, образование, жилье, лечение и т.п. Свобода без социальной защиты обернулась для многих законопослушных, наделенных моральным сознанием граждан зависимостью от беспринципных дельцов, эксплуатирующих с целью личного обогащения ресурсы родины. Точно также аргумент о нарушении прав человека в Югославии расценивается как политический прием, вуалирующий подлинную причину войны. Многие видные диссиденты выражают раскаяние в связи с тем, что их борьба и их имя были использованы для начала «демократических» преобразований в России»⁹.

Обратим внимание, что категорический императив И. Канта адресован каждому носителю правосознания: «Каждое разумное существо как цель сама по себе должно иметь возможность рассматривать себя в отношении всех законов, которым оно когда-либо может быть подчинено, также как устанавливающее всеобщие законы»¹⁰. С одной стороны, по своему содержанию принципы права носят всеобщий, метанарративный характер, но, с другой стороны, эти принципы непосредственно содержатся в сознаниях отдельных индивидов и отражаются в их соответствующих (особенных) мировоззрениях и практиках. Существуют метанарративы в виде всеобщих идей и принципов, но нет субъекта, высказывания которого об идеях и принципах носили бы гарантированно универсальный характер. По словам философов, ни у одного субъекта нет монопольного права на метанарратив, т.е. на эталонную формулировку идей и принципов и их толкование¹¹.

Вновь повторим, что внутреннее противоречие содержится в самом определении принципов права, в котором термины «идея» и «начало» употребляются во множественном числе. Поэтому особенный, а не универсальный смысл ссылок на идею или дух права проявляются в том, что субъект, обосновывая истинность своей точки зрения, может апеллировать к тому или иному принципу. Ярким примером сказанного является Декларация о независимости Косово, которая была принята 17 февраля 2008 г. не на референдуме, а на заседании Скупщины Косово. Вопреки Резолюции № 1244

⁹ Марков, Б. В. Философская антропология: очерки истории и теории. Санкт-Петербург: Лань, 1997, 32–33.

¹⁰ Кант, И. Указ. соч., с. 98.

¹¹ Выступление от имени какого-либо «метанарративного субъекта», например, всего общества (народа) ведет к отождествлению индивида (или социальной группы) с этим «метанарративным субъектом»; в разгар яacobинской диктатуры М. Робеспьер завил: «Я не льстец, не правитель, не трибун, не защитник народа: я сам народ!». Точно также и в межгосударственных отношениях: выделяются группы стран, которые монополизируют право толкования общепризнанных принципов и норм международного права, т.е. выступают от имени всего международного сообщества.

от 10 июня 1999 года Совета Безопасности ООН, западные правительства признали Декларацию 2008 г., ссылаясь на принцип самоопределения народа. Тогда как итоги голосования в Крыму 16 марта 2014 года по вопросу о будущем статусе и государственной принадлежности полуострова, не признаются на основе принципа территориальной целостности государств. Признаем, что обширный перечень принципов международного права, закрепленный в Уставе ООН, Декларации о принципах международного права 1970 г., Хельсинским Заключительным актом 1975 г., Итоговом документе Венской встречи 1989 г., на практике оказываются, говоря образно, «колодой карт», из которой участники международных отношений «вытаскивают» те или иные принципы исходя из начал целесообразности и выгоды.

Таким образом, истинность каждого принципа международного права в отдельности не вызывает сомнений, но проблема лежит в плоскости их сочетания, в возможности злоупотребления «двойными стандартами» и в том, что, условно говоря, «коллективный Запад» стремится обеспечить себе статус субъекта «метанарративных суждений» о принципах права.

Часто не замечают внутреннюю противоречивость следующих распространённых рассуждений: «Исторически права человека могли развиваться и в результате буржуазных революций получить универсальный характер для ряда регионов мира, в частности в Североамериканских Соединённых Штатах, западной Европе, благодаря постепенному прогрессу по пути к свободе, которая раскрепощает личность и обеспечивает формальное равенство всех перед законом»¹². Но склонность провозглашать и затем следовать «универсальным принципам» в пределах четко определенных «регионов» и составляет сущностную характеристику западной политико-правовой культуры. Если обратиться к недавней истории, то почему осознание «универсальности» этих прав не могло сделать невозможными, например, непревзойденную по своему цинизму политику Великобритании в отношении Китая, приведшую в XIX в. к «опиумным» войнам, или отношение США к индейцам и неграм в собственной стране?

Известные события в Венгрии и Чехословакии 50-60-х гг. прошлого века считаются непосредственной частью истории СССР. Но в это же время произошли аналогичные по сути, но несопоставимые по жертвам события, о которых почему-то не принято вспоминать. После Второй мировой войны желание Франции сохранить контроль над своими колониями привело к гибели в 1947 г. около 100 тысяч жителей Мадагаскара, а к началу 1961 г. в Алжире было убито свыше 1 млн. человек, а 2 млн. находились в концен-

¹² Права человека: Учебник для вузов. (Отв. ред. Е. А. Лукашевой.) Москва: Норма, 2003, с. 20.

традиционных лагерях¹³. Нобелевский лауреат А. Швейцер в работе, опубликованной в 1960 году, негодовал: «Двадцать лет назад в парламенте одной из стран Европейского континента было как должное воспринято ... выступление, в котором о массовой гибели депортированных негров от голода и эпидемий говорилось как о «падеже», словно речь шла о скоте»¹⁴.

Все было бы просто, если бы речь шла о делах минувших, но принцип двойных стандартов в иных формах продолжает успешно использоваться отдельными странами и в настоящее время. Заслуживает внимания и «восхищения» умение Запада не вполне всерьез (реальная жизнь сложнее) относиться к собственным же декларациям. Реализация идей и принципов либерализма внутри западных странах и вне их определяется началами утилитаризма и целесообразности. Риторика о правах и свободах, как правило, использовалась и используется с учетом ее уместности, то есть являлась частью прагматической оценки той или иной политической ситуации. В 1967 г. З. Бжезинский в докладе для работников прессы и радио заметил: «Прежде всего нам не следует предаваться идеологии. Мы всегда представляли собой прагматичное общество, свободное от идеологических оков»¹⁵. Американский политолог указал на следующую слабость СССР, приведшую его к поражению в холодной войне: «Ограничения идеологического характера также подрывали созидательный потенциал Советского Союза, делая его систему все более косной, а его экономику все более расточительной и менее конкурентоспособной в научно-техническом отношении»¹⁶. Советская элита слишком всерьез воспринимала идеологические аспекты политики, а Запад очень умело представил свое противостояние СССР как борьбу двух идеологических систем, хотя в действительности это был геополитический конфликт двух типов цивилизаций – метрополии и державы.

Монополизировав для себя статус «эталонных» государств, Запад и сейчас в своей политике продолжает исходить, прежде всего, из начал прагматизма и геополитической экспансии. А. Сен констатирует: «Запад доминирует в современном мире, и, хотя имперская власть прежних правителей сошла на нет, доминирование Запада остается по-прежнему сильным – в некоторых отношениях оно даже сильнее, чем прежде... В империи Coca-Cola

¹³ История зарубежных стран после второй мировой войны. Москва: Международные отношения, 1964, с. 343, 360.

¹⁴ Швейцер, А. Культура и этика. Москва: Прогресс, 1973, с. 46.

¹⁵ Цит. по: Гранов, В. Д., П. С. Гуревич, А. Т. Семченко. В поисках духовной опоры. Москва: Международные отношения, 1981, с. 13.

¹⁶ Бжезинский, З. Великая шахматная доска. Господство Америки и её геостратегические императивы. Москва: Международные отношения, 2003, с. 19.

и MTV солнце не заходит никогда»¹⁷. Экономисты, говоря о современном мировом экономическом порядке и политике западных стран, констатируют: «Между идеологическими и прагматическими основаниями возникают весьма серьезные нестыковки... Словом, когда рыночные свободы расходятся с интересами экономически сильных государств, ими легко пренебрегают»¹⁸.

Особенности принципов международного права предопределены скорее не их содержанием, а способами и формами закрепления и, прежде всего, механизмом реализации. Изучение этих аспектов функционирования принципов и норм международного права, как особого сегмента всей системы права, позволяет констатировать присущее международному праву не просто своеобразие, а сущностное отличие от внутригосударственного права. Упрощенное, поверхностно-идеологическое понимание соотношения международного и внутригосударственного права нашло отражение в формулировке ч. 4 ст. 15 Конституции РФ 1993 г., что негативно отразилось как во внешней, так и во внутренней политике российского государства. Даже высокопрофессиональные юристы-практики были втянуты в этот процесс идеологической трактовки соотношения международного и внутригосударственного права. Так, в Постановлении Верховного суда РФ № 8 от 31 октября 1995 г. «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» не столько закреплялось, сколько провозглашалось: «Судам при осуществлении правосудия надлежит исходить из того, что общепризнанные принципы и нормы международного права, закрепленные в международных пактах, конвенциях и иных документах (в частности, во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных, культурных правах), и международные договоры Российской Федерации являются в соответствии с ч. 4 ст. 15 Конституции Российской Федерации составной частью ее правовой системы». В. Н. Карташов вполне правомерно указывает на то, что в этом постановлении были смешаны различные по своей сути акты международного права. Кроме того: «Перечень международных актов, указанных в постановлении № 8, является открытым. Это создает неопределенность для российских судов в выборе той или иной формы международного права, в которой могут закрепляться его общепризнанные принципы и нормы»¹⁹.

¹⁷ Сен, А. Указ. соч., с. 265.

¹⁸ Грани глобализации: трудные вопросы современного развития. Москва: Альпина-Паблицер, 2003, с. 143.

¹⁹ Гегель, Г. В. Ф. Философия права. Москва: Мысль, 1990, с. 366.

Этот негативный опыт последних десятилетий в истории России подталкивает к признанию дуалистической концепции соотношения международного и внутригосударственного права. Вновь укажем на требования формальной логики, в частности на категории содержания и объема понятия: если какое либо явление не характеризуется всем набором признаков содержания данного понятия, то оно и не может быть включено в объем этого понятия. Так, в содержание общего понятия права традиционно включаются признаки общеобязательности и обеспеченности возможностью государственного принуждения. Это означает, что само формально-юридическое понятие права и механизм его действия предполагает наличие суверена (государства), т.е. субъекта в единственном числе, как носителя верховной и независимой власти. Ясно, что общее определение права обобщает признаки именно внутригосударственного права, в отношении которого можно говорить о наличии общего правового пространства, режима законности и состояния правопорядка, в основе которых факт существования единого суверена. Если один субъект права посягает на личность или имущество другого, то это не предполагает, что потерпевший в отношении правонарушителя может совершить точно такие же действия; право на самооборону и самозащиту строго определено и ограничено. Потерпевший обращается к суверену в лице суда и, по выражению римских юристов, обязан следовать правилу – «*Res iudicata pro veritate habetur*» («Судебное решение принимается за истину»). Субъекты внутригосударственного права могут ставить вопросы о практике реализации закона, но не могут отрицать целесообразность и общеобязательность самого закона. Тогда как нормы международного права в основном содержатся в межгосударственных договорах, и условием их обязательности для одной стороны является исполнение договора другой стороной.

С точки зрения сказанного международное право имеет совершенно иную природу; Г. Ф. Гегель пишет: «Над государствами нет претора, в лучшем случае их отношения регулируются третейскими судами и посредниками, да и то лишь от случая к случаю, т.е. согласно особенной воли»²⁰. Одним из условий реализуемости принципов международного права выступает принцип взаимности. Так, в отличие от Конституции РФ 1993 г., в ст. 55 Конституции Франции 1958 г. прямо закреплено: «Договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, с момента их опубликования имеют силу, превышающую силу внутренних законов, при условии применения такого договора другой стороной». Разумеется, в международном праве существуют нормы и принципы (международное

²⁰ Гегель, Г. В. Ф. *Философия права*. Москва: Мысль, 1990, с. 366.

гуманитарное право), которые носят императивный характер, т.е. они не должны нарушаться данным государством, если даже отрицаются его оппонентом в международном конфликте.

Таким образом, принципы и нормы международного права конвенциональны по своей сути, т.е. не только устанавливаются, но и реализуются в процессе непрерывной коммуникации государств как носителей суверенной власти. Реалистический взгляд на международные отношения требует признания – это сфера непрерывного и противоречивого столкновения особых интересов суверенных государств. В основе обеспечения глобального мира лежит непрерывный процесс достижения компромисса; как принято утверждать в современной неклассической (постнеклассической) методологии исследования социальных явлений, истина не просто достигается в споре, а само состояние постоянно воспроизводимого диалога является формой существования истины.

РЕШЕНИЯ НА ВАС И НА АДМИНИСТРАТИВНИТЕ
СЪДИЛИЩА, С КОИТО СЕ ОТМЕНЯТ КАТО
НЕЗАКОНОСЪОБРАЗНИ (РЕСП. СЕ ПРОГЛАСЯВА
НИЩОЖНОСТТА) НА ПОДЗАКОНОВИ
НОРМАТИВНИ АКТОВЕ ПО ЧЛ. 193, 195 АПК

Проф. Иван Русчев, дюн
член-кореспондент на БАН
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет

DECISIONS OF THE SUPREME ADMINISTRATIVE
COURT'S AND THE ADMINISTRATIVE COURTS,
BY WHICH THE BY-LAWS UNDER ART. 193, 195
OF THE ADMINISTRATIVE PROCEDURE CODE

Prof. Ivan Ruschev, PhD, DCs, Doctor Habil
Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Faculty of Law
Member of the Bulgarian Academy of Sciences

Abstract. This statement discusses current problems of the decisions of the Supreme Administrative Court and the administrative courts, which are annulled as illegal, resp. – by-laws are declared null and void under Art. 193, 195 of the Administrative Procedure Code. Their belonging to the secondary sources of law is examined and they are distinguished from the so-called primary sources. The subject of discussion are questions about the legal nature of the decisions under Art. 193, 195 of the Administrative Procedure Code APC; normative administrative acts, as an object of administrative judicial control. Current problems have been studied: the effect of the decisions of the administrative courts or the Supreme Administrative Court under Chapter X of the Administrative Procedure Code, the effect ex nunc of their entry into force, on one of the most controversial issues in the doctrine – about the effect and legal consequences of this type of court decisions – declaratively or constitutively. A position is taken on the current issue of compensation for damages caused by the action of a canceled or declared null and void by-law administrative act in accordance with the controversial but mandatory practice of the related interpretative decisions of the General Assembly of Judges of the Supreme Administrative Court, resp. – at the General Assembly of the Civil and Commercial Departments of the Supreme Court of Cassation.

Keywords: *Decisions of the Supreme Administrative Court and the administrative courts, by which they are annulled as illegal, resp. – by-laws are declared null and void under Art. 193, 195 of the Administrative Procedure Code; constitutive or declaratory effect of these decisions of the administrative courts or the Supreme Court; the compensation of damages caused by the action of a revoked or declared invalid by-law administrative act*

Увод

Темата за източниците на правото (ИП) въобще е огромна, основополагаща не само за отделните отрасли и клонове на частното право – тя е фундаментална за цялото право. Проблемите на източниците (преимуществено на частното право и най-вече новите, появили се при действието на Конституцията от 1991 г.) ме привличат отдавна. Опитах да систематизирам резултатите от дотогавашните свои изследвания още през 2008 г., когато издадох монографията „Нормативните актове – източници на частното право“¹, с която се и хабилитирах като професор. Оттогава много автори взеха отношение по отделни аспекти на източниците, включително по така определяни от мен като **вторични източници на частното право**. А през последната година и половина се изписа доста – най-вече по действието на решенията на Конституционния съд (РКС) върху съществуващи закони. Натрупа се характерна нова практика – и на КС, и на ВАС, включително изоставяща считаното за непререшимо тълкуване на КС в Р. № 22 от 1995 г. за отменителното действие на неговите решения, обявяващи противоконституционността на закон (resp. за възстановителното действие на решенията по чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ спрямо разпоредбите, отменени с обявения за противоконституционен текст на по-новия закон).

В определения ограничен обем ще се опитам да очертая основните разбираня, посоки, в които се развива доктрината и практиката през последните почти 30 години, и, разбира се, да посоча своите виждания. Ограниченият обем налага да се спра само на едната група от т.нар. вторични източници на правото – **решенията на Върховния административен съд и на административните съдилища, с които се обявяват за нищожни или се отменят подзаконови нормативни актове (гл. X, раздел III АПК)**.

¹ Русчев, И. Нормативните актове – източници на частното право София: Албатрос, 2008, с. 352.

I. Няколко уточнения относно съдържанието на понятията, с които борави настоящото изложение

Широко разпространено е разбирането, че източниците на правото могат да бъдат определени като **форма, предвидена от самото право, в която нормите му съществуват**². Поначало последните съществуват само доколкото могат да бъдат изведени чрез тълкуване от разпоредби, съдържащи се в актове, приети по изрично предвидена процедура и признати от правния порядък за източници на правото³.

1. Във формалноправен смисъл източникът на обективното право представлява **волеизявление на държавен орган или на овластени от закона организации или лица, извършено съобразно установен от правото ред и насочено към създаване на правни норми**. За да бъдат причислени към източниците на правото, тези актове трябва да притежават качеството **нормативност**, т.е. да **съдържат общи абстрактни правила за поведение**, адресирани поначало към персонално неограничен кръг от субекти и предназначени да се прилагат толкова пъти, колкото в правната действителност се проявят фактите, обхванати в хипотезиса на правната норма. В този смисъл необходимо уточнение е, че законът като основен източник на обективното право не е акт, който създава правни норми, а само **материален носител** на тези норми – той само ги въвежда в правната действителност, изменя ги, извежда ги от нея, като ги прекратява. Онова, което създава закона, е **волята на законодателя**, тя е правообразуващата го сила и в този смисъл **самият закон** като източник на правото, носител на разпоредби, от които се извличат правила за поведение, **по-скоро е последица, резултат от волеизявлението на своя създател**.

2. Именно по тази си насоченост *към създаване на общи абстрактни правила за поведение* източниците на обективното право се различават от **източниците на гражданското правоотношение**, които са ЮФ, насочени към пораждање на конкретни субективни права и правни задължения⁴ и най-общо регулират правоотношения между конкретни правни субекти.

3. За тема на доклада си съм подбрал някои от актуалните проблеми главно на определяните като **вторични източници на правото решения на ВАС и на административните съдилища (относно наредбите на общинските съвети по чл. 8 ЗНА)**, с които се отменят като **незаконосъ-**

² В този смисъл напр. Ташев, Р. Новите източници на българското право. София: ЛИК, 1996, с. 15.

³ Това, разбира се, не важи за т.нар. неписани източници на правото, единствен представител от които днес според нашата правна система като че ли остава правният обичай.

⁴ Таджер, В. Гражданско право на НРБ. Обща част, дял I, второ издание, София: Софи-Р, 2001, с. 116.

образни (респ. се прогласява нищожността) на подзаконовни нормативни актове по чл. 193, 195 АПК. Другата група вторични източници на правото – решенията на Конституционния съд по чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ, с които се прогласява противоконституционност на закон, вече са разгледани на друго място⁵.

Тя предполага най-напред изясняване на въпроса защо те се определят като вторични, респ. кои са първичните източници на правото?

II. Място на решенията на ВАС и на административните съдилища (относно наредбите на общинските съвети по чл. 8 ЗНА), с които се отменят като незаконосъобразни (респ. се прогласява нищожността) на подзаконовни нормативни актове по чл. 193, 195 АПК в системата на източниците на правото

Решенията на административните съдилища, с които се отменят (респ. се обявяват за нищожни) подзаконовни нормативни актове (чл. 193 АПК), както на тези на Конституционния съд, обявяващи противоконституционност на законови разпоредби, са актове, постановени при осъществяване на контролна компетентност от органи, които нямат нормотворчески правомощия (КС, ВАС) по повод изпълнение на тяхната „възпираща“ и „балансираща“ функция. Няма спор, че тези решения не са нормативни актове. Те са юрисдикционни по природата си и макар да не съдържат разпоредби, са източници на правото, тъй като по подобие на т.нар. „*норми относно норми*“ (всъщност разпоредби относно разпоредби) въздействат върху разпоредби (като ги отменят или обявяват за нищожни: с решението на административен съд – чл. 193 АПК, или лишават от правно действие – РКС по чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ), а оттам – косвено въздействат и върху нормите, които се извеждат от тези разпоредби.

Предвид този им белег теорията се колебае към кой вид източници да ги отнесе – към първичните или към вторичните⁶. За да бъде определено мястото им обаче, следва да се изясни самият критерий за деление на източниците на правото на първични и вторични, доколкото даваните за тях

⁵ Русчев, И. Решения, обявяващи противоконституционност на законови разпоредби (чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ). – В: Правото и бизнесът в съвременното общество (Развитие на частното право за усъвършенстване на бизнеса). Сборник доклади на Националната научна конференция, организирана от Катедра „Правни науки“ на Икономическия университет – Варна, проведена на 22.10.2021 г. в зала 1 на Икономическия университет – Варна, и чрез видеоконферентна връзка. Варна: Наука и икономика, 2021, 11–40.

⁶ Нормативните актове – източници на частното право. София: Албатрос, 2008, с. 43 и сл.

в доктрината ни дефиниции се нуждаят от сериозно прецизиране. Без да се спирам подробно на тях, ще отбележа само, че делението на първични и вторични е удачно по-скоро като **критерий за разграничение между разпоредби, а не на актове като цяло**, тъй като в противен случай би излязло, че и онези актове, които въвеждат други разпоредби в действие, също са несамостоятелни, а оттам – най-често и вторични.

Делението обаче на самите източници на правото въобще на първични или вторични, има друг критерий. Това следва да е компетентността, респективно **видът на издаващия ги орган** – дали той има **нормотворческа или юрисдикционна компетентност**. Така **първични източници на правото са:**

- **всички нормативни актове** – и първични и вторични (**разграничавани според материята, която уреждат, т.е. според предмета им на регулиране – по същество или върху други разпоредби**), както **законови**, така и **подзаконови**; такива на държавни органи или на органи на местно самоуправление;

- Към тях спадат обаче и **част от актовете на съсловните организации, натоварени с публични функции** (издавани **въз основа на изрична нормотворческа компетентност**).

Вторични източници на правото пък са:

- **решения на КС**, с които се обявява **противоконституционността на закон** (чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ);

- **решения на административни съдилища**, с които се обявява **нищожността или се отменят като незаконосъобразни подзаконови нормативни актове** (чл. 193, 195 АПК);

Вторични източници на правото са онези актове, които въздействат върху вече съществуващи нормативни актове, като спират или отнемат действието на неговите разпоредби, лишават ги от правна сила, изменят, допълват, отменят. Докато **първични ще бъдат онези източници на правото, които ще въздействат не върху разпоредби, а пряко върху поведението на адресатите.** Тоест **критерият за деление на източниците въобще – на първични и на вторични, е различен от този за класифициране на нормативните актове като първични или вторични.**

Като първични нормативни актове следва да бъдат определени Конституцията, законите, уреждащи материя, която не е изрично резервирана на конституционно равнище като подлежаща на законова регулация, ПМС, с които се дава първична уредба на обществени отношения по чл. 6, т. 2 ЗНА. **Вторични нормативни актове** от своя страна пък ще бъдат под-

законовите нормативни актове по приложение на акт от по-висока степен, респ. – тези, с които се отменят влезли в сила нормативни актове.

От своя страна като по-широко (родово) понятие първичните нормативни източници включват всички първични и вторични нормативни актове, както и недържавните нормативни актове на съсловните организации, натоварени с публични функции. Разграничителен критерий при разделянето на **нормативните актове** (видово понятие) от **нормативните източници** **въобще** (родово понятие) е **компетентността**, респективно – **видът на органа**: дали те са издадени от орган с чисто нормотворческа компетентност, или представляват юрисдикционни актове. Затова **първични нормативни източници** ще бъдат всички нормативни актове, вкл. онези с чисто отменително действие (с които се отменят други, съществуващи и влезли в действие), както и такива по прилагането на нормативни актове от по-висока степен, вкл. актовете на съсловни организации, натоварени с публични функции, издадени въз основа на изрична нормотворческа делегация, които също представляват недържавни нормативни източници. Като **вторични нормативни източници** пък ще бъдат определени именно решенията на КС, с които се обявява противоконституционността на закон (чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ), решенията на административни съдилища, с които се обявява нищожността или се отменят като незаконосъобразни подзаконови нормативни актове (чл. 193, 195 АПК). Особеното за въздействието на тези юрисдикционни актове върху влезли в сила източници на частното право се изразява в лишаване (отнемане) правното действие на съдържащите се в тях ПН (разпоредби). Доколкото обаче тези вторични норми, източници, не съдържат разпоредби, при тях не се касае за „разпоредби относно разпоредби“.

Това преустановяване на правното действие може да стане било: **(а)** чрез отмяна на нормативните актове (по-скоро на разпоредбите, от които се извеждат правни норми) с решението на ВАС по чл. 193, 195 АПК, с които се прогласява нищожността или се отменят като незаконосъобразни подзаконови нормативни актове, или **(б)** посредством решение на КС по чл. 149, ал. 1, т. 2 КРБ, с което се обявява противоконституционността на закон, като бъде отнето правното действие на правни норми, без да бъде обезсилен законът, от който те се извеждат. За тези вторични нормативни източници притежаването на нормотворческа компетентност от органите, които ги постановяват, не е задължителна предпоставка, както това е при нормативните актове.

III. Правна същност на решенията на Върховния административен съд и на административните съдилища, с които се обявяват за нищожни или се отменят подзаконовни нормативни актове (гл. X, раздел III АПК)

Съгласно чл. 120, ал. 1 КРБ съдебните органи контролират актовете и действията на изпълнителните органи. Така конституционно установената обща клауза признава право на всеки гражданин и ЮЛ⁷ да обжалва по съдебен ред всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените в закон⁸.

1. Обект на съдебно-административния контрол за законосъобразност

Такива са всички, освен изрично изключените със закон⁹ подзаконовни нормативни административни актове, издавани (респ. приемани) от изрично овластените за целта субекти (чл. 1, т. 1 АПК): това са ПМС по чл. 114 КРБ (както самостоятелните, приемани на основание чл. 6, т. 2 ЗНА, така и тези, с които се въвеждат в правната система правилници и наредби на МС); самите правилници и наредби, издавани по приложението на закон в неговата цялост (чл. 7, ал. 1 ЗНА) или на отделни негови разпоредби, или други систематични части¹⁰ (чл. 7, ал. 2 ЗНА); правилниците и наредбите със същото

⁷ В Р. № 21/1995 г. по к. д. № 18/1995 г. КС обобщава, че „за прилагането на чл. 120, ал. 2 от Конституцията е необходимо и достатъчно актът да е административен; да засяга граждани и/или юридически лица; да не е изключен изрично със закон от кръга на съдебно обжалваемите актове“. В същия смисъл Р. № 404/2001 по а. д. № 1581/2000 г., 5-чл. с-в на ВАС. Подобна е и позицията, изразена в по-новата административна практика. Така според мотивите към Р. № 13476 от 06.11.2018 г. по адм. д. № 9106/2017 на ВАС, разпоредбата на чл. 120, ал. 2 от КРБ определя обжалваемост на всички административни актове, но при задължителното условие обжалваният акт да засяга лицето, което го обжалва. Този конституционен принцип е заложен в разпоредбите на чл. 147, ал. 1 и чл. 186, ал. 1 от АПК, т.е. съдът има задължението да преценява наличието на правен интерес по всеки отделен казус.

⁸ Такива са посочените в чл. 2, ал. 2 и чл. 128, ал. 3 АПК, както и други, съдържащи се в специални закони.

⁹ Жалбата, респ. протестът, срещу неподлежащ на съдебно оспорване акт е недопустима и следва да бъде оставена без разглеждане – чл. 159, т. 1 във вр. с чл. 196 АПК. Произнасянето по такава жалба води до недопустимост и на съдебно решение и е основание за касирането му – чл. 209, т. 2 АПК.

¹⁰ Допълнителната жалба, с която оспорва целия подзаконов нормативен акт, ако с първоначалната жалба е била обжалвана само част от него, е недопустима, тъй като специалното производство по чл. 185 и сл. АПК не допуска изменение на искането, без то да бъде обявено в Държавен вестник. Така изрично Р. № 6282 от 12.05.2014 г. по адм. д. № 11061/2013 на ВАС.

предназначение, издавани от министри на основание чл. 115 КРБ, както и от ръководители на ведомства без статут на министерства, непосредствено подчинени на МС въз основа на изрично законово овластяване¹¹. На основание чл. 125, ал. 2 КРБ компетентен да разгледа споровете за законност на нормативните административни актове, издавани от МС и от министри, е ВАС. Според допълнения през 2018 г. чл. 132, ал. 2, т. 2 АПК¹² на ВАС като първа инстанция са родово подсъдни оспорвания срещу актовете на МС, на министър-председателя, на заместник министър-председателите и на министрите, с ограничението – когато са „издадени при упражняване на конституционните им правомощия по ръководство и осъществяване на държавното управление, в случаите предвидени в закон, както и когато тези органи са делегирали правомощията си на съответните длъжностни лица¹³ (с цел ВАС да бъде разтоварен от първоинстанционни дела)¹⁴. Последните са родово подсъдни на административните съдилища. Ето защо когато министърът действа напр. като орган по назначаването, неговият акт няма да попада в хипотезата на чл. 132, ал. 2 т. 2 АПК и актът за прекратяване на служебното правоотношение на държавен служител или този за налагането на дисциплинарно наказание ще бъде оспорван пред административния съд като първа инстанция, а не пред ВАС.

¹¹ Според Хрусанов, Д. общата и специалната клауза – понятия, отразяващи съответно възможността или забраната за обжалване пред съд, са приложими **само** към индивидуалните административни актове. В този смисъл според автора е неправилно да се твърди, че с чл. 120, ал. 2 КРБ общата клауза е била разширена, като в нея са били включени и нормативните административни актове, а по-скоро, че КРБ „надхвърля“ общата клауза, тъй като предвижда оспорване на „всички“ административни актове, т. е. и на нормативните (Оспорване на административни актове. София: Сиби, 2002, 92–94). Напротив – според Решение № 1094/2001 г. по а. д. № 8833/2000 г., 5-чл. с-в на ВАС „с чл. 120, ал. 2 от Конституцията на Република България е въведена т.нар. „непълна клауза“ за обжалване на административните актове – гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон“, от което проличава, че в понятието „обща клауза“ съответният състав на Съда вмения възможността за обжалване на **всички административни актове без изключение**. Това разединение в терминологичния апарат на теорията и практиката едва ли има съществени практически измерения, но понятийната чистота и прецизност са безспорни достойнства за всяка национална правна система и стремежът към тях трябва да бъде непрекъснат.

¹² ЗИД АПК, ДВ № 77 от 2018 г., в сила от 1.01.2019 г.

¹³ Съгласно мотивите към РКС № 8 от 23.04.2018 г. по к. д. № 13/2017 г. разпоредбата на чл. 125, ал. 2, предл. първо от Конституцията задължава ВАС да се произнася като първа инстанция по спорове за законността на административните актове, издадени от МС и от министрите при упражняване на конституционно възложените им функции и правомощия по ръководството и осъществяване на държавното управление.

¹⁴ Янкулова, С. Промените в Административно-процесуалния кодекс. София: Труд и право, 2018, с. 215.

В групата на нормативните административни актове (НАА – легално понятието се използва като синоним на подзаконови нормативни актове) влизат не само визираните в чл. 75 АПК, но и нормативните актове на общинските съвети, с които се уреждат, съобразно актове от по-висока степен, обществени отношения с местно значение (чл. 76, ал. 3 АПК). Последните (по-точно – единствено наредбите на Общинския съвет) се оспорват пред съответния административен съд (арг. чл. 45, ал. 3 ЗМСМА във вр. с чл. 132, ал. 1, т. 1 АПК), доколкото в специален закон не е предвидено друго. Контролът за тяхната законосъобразност, осъществяван от административният съд, не се отличава по същество от този на ВАС върху незаконосъобразни подзаконови административни актове на МС и на министри, а процедурата и последиците на този контрол са аналогични.

Кога е налице нормативен административен акт? Основният критерий за определянето дали даден административен акт е нормативен, е неговото съдържание (а след това – и критериите за форма, наименоване и производство по приемането и обнародването им). Нормативните административни актове са подзаконови административни актове (ПНА), от съдържащите се в които разпоредби се извличат административноправни норми, отнасящи се до неограничен и неопределен брой адресати и проявяващи многократно правното си действие.

По-голяма част от нормите, въвеждани в действие от тези подзаконови нормативни актове обаче, **не** регламентират административноправни отношения (в смисъл – отношения между неравнопоставени субекти на административното право), т.е. такива, възникващи по повод организирането и осъществяването на дейността по държавно управление. Буквалното тълкуване на чл. 75, ал. 1 АПК¹⁵ би довело до чувствително стесняване на обекта на контрол, а оттам – до лишаването на правните субекти от съдебна защита срещу незаконосъобразна правотворческа дейност на администрацията. По този повод в доктрината се твърди, че чл. 75, ал. 1 АПК силно стеснява приложното поле на чл. 120, ал. 2 от Конституцията, предвиждащи правото на всички граждани и юридически лица да **обжалват всички административни актове**, които ги засягат, освен изрично, а според някои – е в очевидно противоречие с нейния чл. 56, гарантиращ правото на защита на всеки гражданин, когато са нарушени или застрашени негови права или законни интереси.

¹⁵ Според чл. 75, ал. 1 АПК нормативен административен акт е подзаконов нормативен акт, който съдържа административноправни норми, отнася се за неопределен и неограничен брой адресати и има многократно правно действие.

2. Субекти на контрола за законосъобразност на нормативните административни актове

Чл. 186, ал. 1 АПК дава възможност граждани, организации и органи да обжалват нормативен административен акт пред съд винаги когато техни права, свободи или законни интереси са засегнати или могат да бъдат засегнати от него, или за които той поражда задължения. **Заинтересувани лица** съгласно РКС № 21 от 1995 г. и чл. 186, ал. 1 АПК са всички правни субекти, които атакуваният акт **засяга** по смисъла на чл. 120, ал. 2 КРБ, като нарушава или застрашава техни права или законни интереси. Това **засягане** се изразява в нарушаването на правна норма от по-висок ранг, на която обжалваният административен акт противоречи.

В практиката се приема, че **пряко засягане** е налице, когато със самия акт **могат да бъдат засегнати** или **са засегнати** съществуващи субективни права и законни интереси, регламентирани от материалното право, т.е. когато се изменят, отменят или ограничават права, създават се нови или се разширяват съществуващи правни задължения, или когато административният акт създава права на трето лице, с което уврежда оспорвания или за които той поражда задължения, както и когато създава невъзможност за упражняване на субективни права, за които законът предвижда издаването на административен акт¹⁶. В този смисъл **засягането на правата не означава непременно настъпване на вреди за правните субекти** като предпоставка за обжалването, а една **възможност за засягане на правата**. Така нормативните административни актове може да се обжалват не само когато пряко са нарушени права, но и при предстоящо засягане на права¹⁷. Това материалноправно основание легитимира **процесуалния интерес** от съдебното обжалване на нормативния административен акт за неограничен кръг от лица – негови потенциални адресати. Оттук – основание да се атакува такъв акт е обстоятелството, че чрез прилагането му, респ. опасността от такова, се нарушава (респ. застрашава) законността, т.е. **незаконсъобразността му сама по себе си**. Именно това е **общият**¹⁸ **интерес**, който създава

¹⁶ Така Р. № 7903 от 27.05.2019 г. по адм. д. № 3322 / 2018 на ВАС.

¹⁷ Вж. РКС № 5 от 17.04.2007 г. по к. д. № 11/2006 г. (относно конституционсъобразността на чл. 143, ал. 4 и чл. 186, ал. 1 от АПК). И в най-новата практика се приема, че правилото на чл. 186, ал. 1 АПК допуска засягането да е не само реално, съществуващо към момента на оспорването, но и да създава възможност за предстоящо засягане на права. В този смисъл са мотивите към Р. № 11069 от 16.07.2019 г. по адм. д. № 349/2019 на ВАС.

¹⁸ Под „общ“ интерес се има предвид „споделен“ от всички, важим за всички правни субекти интерес, а не някакъв абстрактен обществен такъв. Не се касае за колективно, неделимо титулувано от обществото право, а за конкретно субективно право, притежавано от всеки правен субект. Близко до това разбиране е формулировката, възприета в Решение

активна легитимация за обжалване на незаконосъобразни подзаконов нормативни актове буквално на „всеки“ правен субект¹⁹.

Според чл. 186, ал. 1 и 2 АПК производството започва по жалба на **заинтересуваните лица** или по протест на прокурор, като законът не ограничава във времето оспорването на подзаконов нормативни актове (чл. 187, ал. 1 АПК). Тази възможност е относима само към действащите, но не и към отменени нормативни административни актове, тъй като те вече не са част от действащото право²⁰. С отмяната на оспорения подзаконов нормативен акт се счита, че е отпаднал правният интерес от оспорването му, а оттам – съдебното производство по това оспорване и постановеното съдебно решение са недопустими. Приема се дори, че е без правно значение дали в новоприетите и/или изменените части се съдържат текстове, подобни или идентични с оспорените, тъй като новите редакции на разпоредбите могат да се оспорват на самостоятелно правно основание при спазване разпоредбите на чл. 181 и сл. от АПК²¹.

3. Основания за оспорване на подзаконовите нормативни актове

Подзаконов нормативни актове могат да бъдат атакувани единствено по отношение на тяхната законосъобразност (не и целесъобразност). Тя предполага кумулативното спазване на пет изисквания за валидно действие, извлечени *per argumentum a contrario* от чл. 146 АПК („основания за оспорване“): 1. компетентност на приелия, респ. издалия акта орган; 2. нормативно изисквана форма; 3. съответствие с материалноправните нормативни разпоредби (т.нар. законосъобразност по същество); 4. съответствие с административнопроизводствените правила по издаването на акта; 5. съобразяване с целта на закона. С новосъздадения чл. 192а, изр. второ АПК законодателят изрично посочва момента, към който съдът проверява материалната

№ 404/2001 г. по а. д. № 1581/2000 г., 5-чл. с-в на ВАС, че „правата, които могат да бъдат засегнати от него, са не само конкретни материални права или интереси, произтичащи от обжалвания акт, но и общи (к. м.) граждански права, включително и правото всички нормативни актове, изграждащи правната система на държавата, да бъдат конституционно- и законосъобразни“.

¹⁹ Правният интерес е абсолютна процесуална предпоставка за възникване и упражняване на процесуалното право на жалба в съдебно-административното производство, който е основан на прякото и непосредствено въздействие на атакувания акт в правната сфера на съответния субект. Р. № 7903 от 27.05.2019 г. по адм. д. № 3322 / 2018 на ВАС.

²⁰ Р. № 7332 от 16.05.2019 г. по адм. д. № 14285 / 2018 на ВАС.

²¹ Р. № 7107 от 14.06.2016 г. по адм. д. № 3775 / 2016 на ВАС.

законосъобразност на нормативния административен акт – този на постановяване на съдебното решение²² (докато по отношение на компетентността на органа – това е моментът на издаване на акта). Така ако до приключване на устните състезания пред съда законът, с който трябва да се съобразява нормативния административен акт, е изменен, настъпва нов юридически факт. В съдебния процес той не може да бъде игнориран, за да се изпълни изискването на чл. 15 ЗНА за непрекъснатост на съответствието на подзаконския нормативен акт със закона. Затова чл. 196 АПК, като препраща към разпоредбите за оспорване на индивидуалните административни актове, изрично изключва приложението в този случай на ал. 1 на чл. 142 АПК, но не и на нейната ал. 2. Според нея установяването на нови факти от значение за делото след издаване на акта се преценява към момента на приключване на устните състезания²³.

Тази новела се критикува в коментарната литература²⁴. От една страна, се изтъква, че правилото на чл. 192а АПК поставя нов проблем, а именно – **към кой момент съдът следва да извърши проверка на останалите изисквания** за форма, за спазване на административнопроизводствените правила и за съобразяването с целта на закона, още повече при изричното изключване на чл. 142, ал. 1 в чл. 196 АПК. От друга страна, **новата разпоредба не разрешава никакво противоречие между чл. 15 ЗНА и чл. 142, ал. 1 и ал. 2 АПК във вр. с чл. 196 АПК**, защото **такова не е налице**. Защото ако законът, по отношение на който следва да се извърши преценката за материалната законосъобразност на подзаконския нормативен акт, не е изменен от датата на издаване на подзаконския нормативен акт до датата на приключване на устните състезания, очевидно моментът, към който съдът извършва преценката, не се отразява на тази преценка, защото законът е един и същ. Ако след издаване на подзаконския нормативен акт законът е променен, приложение намира разпоредбата на чл. 142, ал. 2 АПК, защото промяната на закона е нов факт от значение за делото и съдът е длъжен да прецени този нов факт към датата на приключване на устните състезания. А той е нов факт от значение за делото, защото именно чл. 15 ЗНА регламентира изискването за непрекъснатото съответствие на подзаконския нормативен акт със закона.

²² Още по този въпрос вж. в мотивите към РКС № 5 от 19.04.2019 г. по к. д. № 12/2018 г. (относно конституционността или липсата на такава в някои нови разпоредби за административното правораздаване).

²³ РКС № 5 от 19.04.2019 г. по к. д. № 12 / 2018 г. (относно конституционността или липсата на такава в някои нови разпоредби за административното правораздаване)

²⁴ Янкулова, С. Промените в Административно-процесуалния кодекс. София: Труд и право, 2018, с. 217 и сл.

Нарушението на някое от тези изисквания се определя като порок в административния акт, съставляващ основание за неговото оспорване, като съдът може да отмени оспорения административен акт поради нарушаване на всяко едно от основанията по чл. 146 АПК дори да не е поискано от оспорващия, както и да обяви нищожността на акта. Разбира се, за да се отрази на действителността на последния, т.е. за да се определи като порок, нарушението трябва да бъде съществено или особено съществено. А то е съществено, когато е дало или е могло да даде отражение върху съдържанието на административния акт, т.е. върху волеизявлението на административния орган²⁵. Разграничението на нарушенията и оттук на пороците на съществени и особено съществени се прави с оглед вида недействителност – унищожаемост, при която актът има валидно правно действие до отмяната му от надлежния орган, респ. нищожност, при която актът изначално не поражда правни последици.

4. Действие на съдебното решение, с което се отменя или се прогласява нищожността на нормативния административен акт

Независимо дали с жалбата или протеста срещу нормативен акт се иска отмяната му или обявяването му за нищожен, и в двата случая съдът е длъжен служебно да провери всички основания за законосъобразност на акта, без да е обвързан от релевираните в жалбата или протеста. Постановеното решение е окончателно. С уважаването на жалбата (протеста) съдът отменя като незаконосъобразен подзаконовия нормативен акт, респ. прогласява нищожността му (чл. 193 АПК). Съдебното решение, с което се обявява нищожност или се отменя подзаконовият нормативен акт (ако срещу него няма подадени в срок касационна жалба или протест или те са отхвърлени от второинстанционния съд), се обнародва по начина, по който е бил обнародван актът, влиза в сила от деня на обнародването му и е задължително за всички. В хода на производството съдът може да спре действието на атакувания нормативен акт с определение, което също подлежи на обнародване.

От чл. 195, ал. 1 АПК може да се изведе **правната природа на съдебното решение за отмяна на нормативния административен акт**. Щом с решението съответният административен акт окончателно се извежда от правния мир, то **съдебното решение също притежава нормативен харак-**

²⁵ Така ТР № 2/1991 г. ОСГК на ВС. В същия смисъл и Лазаров, К. Недействителност на административните актове. София, 2000, с. 11.

тер. С оглед изискването на чл. 2, ал. 1 ЗНА този специфичен тип „отрицателна правотворческа компетентност“ е предоставен на административните съдилища по силата на изричната разпоредба на АПК, даваща им **правомощието да се произнасят по оспорен нормативен административен акт.** Същият характер има и **влязлото в сила решение на административния съд, с което подзаконовият нормативен акт на Общинския съвет се отменя и следователно не просто няма да се прилага, но и въобще престава занапред да съществува в правния мир.** Заради **този им ефект решението на ВАС и на административните съдилища, с които се обявяват за нищожни или се отменят подзаконовите нормативни актове,** следва да се определят **като вторични държавни нормативни източници**²⁶.

4.1. Действието на съдебното решение е *ex nunc*

4.1.1. От разпоредбата на чл. 195, ал. 1 АПК, според която подзаконовият нормативен акт се смята за отменен от влизане в сила на съдебното решение, следва, че то няма обратно действие. Решението не премахва породените от акта правни последици от датата на неговото издаване, ето защо то има действие само занапред (*ex nunc*)²⁷. До влизането в сила на съдебното решение²⁸, с което нормативният административен акт бива отменен или обявен за нищожен, той се ползва с оборимата презумпция за законност и поражда правните си последици. По тази причина **ТР № 2 от 27.06.2016 г.** по адм. д. № 2/2015 г. на Общото събрание на съдиите във ВАС прие, че вредите, причинени на граждани и на юридически лица при или по повод изпълнението (действието) на подзаконов нормативен акт в периода, преди той да бъде отменен като незаконосъобразен или обявен за нищожен, не подлежат на обезщетяване по реда на чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ.

Следва да се счита преодоляна по-старата практика, според която, за разлика от отмяната на нормативния акт от органа, прогласяването на нищожността има ретроактивно действие, т.е. от момента на издаването му, а не от момента на влизане в сила на съдебното решение, с което тя е прогла-

²⁶ Контролът за законосъобразност на ПНА се осъществява освен абстрактно (концентрирано) от ВАС, още и инцидентно (дифузно). Съгласно чл. 15, ал. 2 ЗНА (възпроизведена и в чл. 5, ал. 1 АПК), ако постановление, правилник, наредба или инструкция противоречат на нормативен акт от по-висока степен, правораздавателните органи прилагат по-високия по степен акт. При дифузния контрол обаче обвързващата сила е само за страните по делото, а прилагането на по-високия по степен нормативен акт става служебно, и то в рамките на конкретния правен спор.

²⁷ Определение № 7493 от 12.07.2007 г. по адм. д. № 6197/2007 г. на ВАС, 5-членен състав, както и Определение № 190 от 07.01.2009 г. по адм. д. № 15562/2008 г. на ВАС, V отд., Определение № 7157 от 25.05.2011 г. по адм. д. № 3821/2011 г. на ВАС, 5-членен състав).

²⁸ Решение № 9239 от 09.07.2020 г. по адм. д. № 2185/2018 на ВАС.

сена (така напр. Р. № 6331 от 10.05.2013 г. по адм. д. № 3229/2013 г. на ВАС, 5-членен състав). С едно силно дискуссионно ТР – № 2 от 19.11.2014 г. по тълк. д. № 2/2014 г., ОСГТК на ВКС прие, че щом АПК изрично регламентира действието на отменителното решение на съда от момента на влизането му в сила и след обнародване, при това без да го свързва с действието на оспорения нормативен акт (уредено отделно в чл. 190, ал. 1 АПК), няма основание правните последици от акта, действал при висящо негово оспорване, да се считат за ненастъпили. Нищожните актове поначало не пораждаат правни последици, но в случая законодателното разрешение е съобразено с характера на оспорвания акт като нормативен. Това, меко казано, странно разбиране се мотивира със специалния характер на чл. 190, ал. 1 във вр. чл. 195 АПК като правила, регулиращи действието на правен източник. При прогласена нищожност, включително в чл. 195, ал. 2 АПК, законът изрично е определил правните последици от акта като „възникнали“ и на следващо място е посочил, че административният орган, а не съдът, е компетентен за преуреждането им. Ето защо и съгласно чл. 196 АПК в случая не намира приложение общата уредба за правомощията на административния съд при нищожност или отмяна на административен акт по чл. 173 АПК, нито общите правила, свързани с последиците от това. Ефектът на решението на административния съд е преустановяване занапред действието на съответните правни норми на подзаконовите нормативни актове поради отричане на юридическата им сила.

4.1.2. Оспорването на подзаконовия административен акт не спира неговото действие, освен ако съдът не постанови изрично друго (чл. 190, ал. 1 АПК). И определението на административния съд **за спиране** действието на подзаконовия административен акт, и решението за неговата отмяна се обнародват по същия начин, по който е бил обнародван и актът. Което сочи еднаквата им степен на задължителност и сила от този момент.

4.1.3. Оспорването на подзаконовия административен акт не е обуславящо по смисъла на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК за спиране на висящото гражданско дело, спорът по което е пряко свързан с приложението на оспорения подзаконов акт.

По въпроса дали административното дело по оспорване на подзаконовия административен акт е обуславящо за спиране (по смисъла на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК) на висящото гражданско дело, спорът по който е пряко свързан с прилагането на оспорения нормативен административен акт, съществуваше противоречива съдебна практика. Така според една група съдебни решения, връзка между делата по смисъла на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК не е налице, тъй като: 1) съдебното решение за отмяна на ПНА има действие от деня на влизането му в сила и няма обратно действие, т.е. правните последици, възникнали от ПНА, се запазват и правоотношенията между страните

по гражданския спор ще бъдат уредени съобразно него – чл. 195 АПК; 2) правните последици от отменения или обявен за нищожен подзаконов нормативен акт трябва да бъдат уредени от съответния административен орган и този изрично регламентиран ред за уреждане на правните последици, предоставен на административния орган, а не на гражданския или на административния съд, води до липса на преюдициалност на адм. дело спрямо висящия граждански спор.

Според другото становище предпоставките на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК за спиране на висящото гражданско дело са налице, тъй като: 1) обявяването на нищожността има обратно действие от момента на издаване на нормативния акт, а не от момента на влизане в сила съдебното решение за прогласяването ѝ; 2) при обявена нищожност на подзаконов акт следва да се счете, че същият въобще не е породил правни последици и това обстоятелство трябва да бъде съобразено от гражданския съд, който решава въпрос, свързан с приложението му.

Така изложените съждения към това становище не са съвсем коректни, доколкото (както вече бе изтъкнато) чл. 195, ал. 1 АПК при уреждане действието на решението на административния съд не прави разлика дали оспореният акт е незаконосъобразен, или нищожен. Подзаконовият нормативен акт се смята за отменен от деня на влизането в сила на съдебното решение (чл. 195, ал. 1 АПК). И макар и по правило (поне в цивилистичната доктрина) нищожните актове поначало не поражда правни последици, то в случая законодателното разрешение на чл. 195, ал. 1 АПК може да се счете по-скоро за съобразено с характера на оспорвания акт като нормативен (както е приел ВКС във вече цитираното ТР № 2/2014 г. на ОСГТК). Отделно от това, включително при прогласена нищожност, изрично чл. 195, ал. 2 АПК определя правните последици от акта като „възникнали“ и щом АПК изрично регламентира действието на отменителното решение на съда от момента на влизането му в сила и след обнародване, то няма основание правните последици от акта, приет, че е действал и по време на висящото му оспорване, да бъдат приемани за ненастъпили. И именно това са основните аргументи и на ВКС, за да приеме във въпросното тълкувателно решение, че висящото гражданско дело, спорът по което е пряко свързан с приложението на подзаконов нормативен акт, не е обусловено по смисъла на чл. 229, ал. 1, т. 4 ГПК от решението по административното дело с предмет същият акт да бъде обявен за нищожен или отменен.

Отделно от това, правилото на чл. 15, ал. 3 ЗНА като че е достатъчна гаранция за неприлагането на опорочен административен акт (поне що се отнася до случаите, в които характерът на порока, който го прави незаконосъобразен или нищожен, би довел и до противоречие с нормативен акт от по-ви-

сока степен). Затова и при такова противоречие чл. 15, ал. 3 ЗНА предвижда възможността съдът по конкретен спор да приложи по-висшия по степен нормативен акт, като това неприлагане по конкретното дело на по-нисшия по степен подзаконовия нормативен акт представлява само *derogatio* (а не *abrogatio*) и не обвързва друг съд от същия или по-нисш ранг, когато в такъв съд се поставя спор за същото противоречие и на същото основание.

4.2. Актът се смята за отменен от деня на влизането в сила на съдебното решение.

4.2.1. Отмяната на подзаконовия административен акт с решението на административния съд **прекръпява неговото регулативно въздействие върху определен кръг обществени отношения за в бъдеще и преустановява съществуването му в правната действителност.** Отмяната на незаконосъобразния административен акт е равносилна **не на спиране на действието му** (т.е. на неприлагането му, каквото е характерно за обявления за противоконституционен с решение на КС закон), а **въобще на изваждането му от системата на действащото право.** Последваща отмяна на нормативния административен акт от органа, който го е издал, ще е недопустима, доколкото ефектът ѝ е настъпил още с влизането в сила на решението на административния съд. (За сравнение – за Народното събрание, чийто закон е обявен за противоконституционен, и след решението на КС продължава да съществува възможността за последваща отмяна на закона или за неговото изменение (допълнение).

4.2.2. Административните съдилища са органи, които осъществяват съдебна власт и са част от съдебната система, за разлика от Конституционния съд, който не може да бъде отнесен към нито една от трите власти. Пред административните съдилища се развива спорно съдебно производство, в което определени субекти вземат участие като **страни**. Решенията на административните съдилища имат действие по отношение на всички (чл. 193, ал. 2 АПК), а за тези на Конституционния съд чл. 14, ал. 6 ЗКС предвижда, че са задължителни за всички държавни органи, юридически лица и граждани. В производството пред КС, когато се иска прогласяване на противоконституционност на закон, засегнатите органи или лица **не са страни в същинския смисъл.**

4.2.3. Същността на контрола, осъществяван от административните съдилища и от Конституционния съд, макар и абстрактен – за съответствие с норма от по-висш порядък (със закон, респ. с Конституцията), се извършва на различни основания. Конституционният съд, когато преценява съответствието на закон с Конституцията, прави съпоставка на две правни абстракции посредством силогизъм, чиято голяма предпоставка е Конституцията,

а малката – законът, а заключението – наличието (или липсата) на съответствие помежду им²⁹. Административният съд обаче е длъжен да се съобразява с по-широк кръг основания – тези по чл. 146 АПК, само част от които е противоречието с материалноправни разпоредби. Освен това той може както да отмени незаконосъобразен подзаконов нормативен акт, така и изрично да обяви неговата нищожност (чл. 193, ал. 1 АПК).

4.2.4. РКС № 22 от 1995 г. възприемаше разбирането, че обявяването за противоконституционен на един закон е равнозначно на неговата отмяна, респ. с обявяването за противоконституционен на закон, който отменя предходен, се възстановява действието на отменения с обявения впоследствие за противоконституционен закон с логически неправилен довод, че правният мир не търпи празноти. (Понастоящем това разбиране е в някаква степен изоставено с Решение на КС № 3 от 2022 г.). На тази основа в съдебната практика се откриваше и друг паралел между възприетото действие на РКС (според разбирането, усвоено от КС в РКС № 22/1995 г.) и решенията на административните съдилища или ВАС, с които се прогласява нищожността, респ. се отменя подзаконов нормативен акт. **Като пряка последица от отмяната на нормативния административен акт, освен неприлагането му *ex nunc*, се преустановява и отменителното му действие спрямо незаконосъобразно отменената с него нормативна разпоредба и едновременно с това се възстановява действието на последната в редакцията отпреди отмяната ѝ.** Що се отнася до РКС, подобно разрешение бе несъстоятелно и с основание силно критикувано, но по отношение на решенията на административните съдилища е напълно важно. С т. 3 на РКС №3/2020 КС отстъпи от тези положения на старото решение № 22/1995 г., като отрече т.нар. „възстановителен ефект на РКС“ върху отменения с обявения за противоконституционен закон. Ето защо това сходство между отмяната на подзаконов нормативен акт, с който е отменен предходен такъв, и обявяването за противоконституционен на отменителен закон вече не може да се проведе еднозначно.

Така макар и с действие занаяпред, обявяването на нормативен административен акт за нищожен (респ. отмяната му) означава, че с решението на административния съд се отхвърля първоначалната способност на този акт да породи правни последици. Така вече действието на решенията на административен съд/ВАС, с които се обявява за нищожен, респ. се отменя подзаконов нормативен акт („обявява за нищожен“ или „отменя“), не се свежда само до констатирането на противоречие с акт от по-висока сила – закон (до което се ограничава РКС, с които се обявява противоконституционността на закон).

²⁹ Зартов, Я., П. Пенев. Конституционно правосъдие на Република България. София, 2004, с. 246.

4.3. Решенията на ВАС и на административните съдилища, с които се обявяват за нищожни или отменяват подзаконовни нормативни актове, имат конститутивен ефект³⁰. С тях *ex tunc* се прекратява съществуването на атакувания акт (арг. от чл. 195, ал. 1 АПК)³¹. Правната промяна, характерна за конститутивните актове, настъпва като ефект на самото решение. Отмяната на нормативния акт е скрепена от правната норма като непосредствена последица на съдебното решение. Неприлагането на отменения акт е вече закономерна последица не на решението, а на отмяната, постановена с него³².

³⁰ Според Канатова-Бучкова – В: Нормативният административен акт. Асеновград: Екобелан, 2006, с. 214, доколкото „решението на съда със сила на присъдено нещо установява наличието на порок в нормативния административен акт“, то има преди всичко „установително“ действие, „наред“ с което и конститутивно действие. Предвид изложеното по-горе, тезата не изглежда некоректна. Вярно е, че в общия доктринален, „лабораторен“ смисъл, установителният, наричан още „констативен“ или „декларативен“, и конститутивният ефект отразяват две противостоящи си хипотези. Установителното действие се обозначава по този начин именно защото има характер на проста, но обвързваща декларация, на която не е присъщ потенциалът да внесе промяна в правната действителност. Съвместяването и на двете действия не е чуждо и на частноправната доктрина. Така напр. във връзка с действието на компенсацията (чл. 103–105 ЗЗД) проф. Кожухаров сочи и двата ефекта (Вж. така Кожухаров, А. Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. СУ „Св. Климент Охридски“, София, 1974, с. 414). Доколкото съдебното решение по оспорен нормативен административен акт има за цел именно ефективно да въздейства върху последния, ако установи незаконосъобразността му, като го отмени, действието на решението ще се определи спрямо формата на това въздействие – като конститутивно.

³¹ Обратно Канатова-Бучкова – В: цит. съч. с. 214, според която отмяната на унищожаемия нормативен акт, при това „за разлика от действието на съдебното решение при нищожните административни актове, има обратно действие – възникналите до този момент правни последици губят правната си сила“. Именно това според автора се има предвид „под „уредждане“ на последиците от отменения унищожаем нормативен акт от органа, който го е издал“, но доколкото „все пак обаче унищожаемият нормативен административен акт до надлежна съдебна отмяна поражда правно действие – настъпват определени последици в материалноправната сфера на неговите адресати, следователно ще бъдат премахнати *ex tunc* само онези последици, за които това е възможно“. С оглед на предложените в настоящето изложение разсъждения и най-малкото с оглед разпоредбата на чл. 31 ЗВАС-отм., която авторката е отчитала при формулирането на тезата си (сега чл. 195, ал. 1 АПК, който е в същия смисъл), подобно твърдение е несъстоятелно. Още повече че последващо авторът застъпва разбирането, че „юридическото действие на признаване по надлежния съдебен ред на жалбата за основателна винаги е *ex tunc*“. Видима е непоследователността на изложените изводи, а и последното съждение не е възприето от коментирания по-горе тълкувателни актове, съставляващи задължителна практика – ТР № 2/2016 на ОСС на ВАС и ТР № 2/2014 на ОСГТК на ВКС.

³² За сравнение, при обявяване на противоконституционност на закон правното действие на РКС се свежда до констатиране на противоречието с Конституцията и се изчерпва с него. Неприлагането на акта (чл. 151, ал. 2 КРБ) е последица не на РКС, а на противоконституционността.

IV. Обезщетяване на вреди, причинени от подзаконов нормативен акт, който е отменен или признат за нищожен с решение на ВАС, съответно на административен съд

Чл. 195, ал. 2 АПК предвижда специален ред за уреждане на правните последици от отменените или обявени за нищожни подзаконови нормативни актове.

По този въпрос административната практика преимуществено приемаше, че предметното съдържание на понятието „правни последици“ включва преценка за валидността на правоотношенията, възникнали от приемането до отмяната на акта (обявяването му за нищожен); преценка за правата, придобити, изменени или погасени въз основа на отменения и обявения за нищожен подзаконов нормативен акт, както и преценка на обезщетението (на имуществени и неимуществени вреди) за нарушени права от прилагането на подзаконовия нормативен акт за този период. Оттук част от практиката на ВАС приемаше, че съгласно чл. 8, ал. 3 ЗОДОВ, когато закон или указ е предвидил специален начин на обезщетение, този закон не се прилага с аргумента, че обезщетяването на вредите по реда на чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ при наличието на чл. 195, ал. 2 АПК ще доведе до второ паралелно производство по обезщетяване на вредите от отменен (resp. обявен за нищожен подзаконов нормативен акт) в периода до отмяната му с влязло в сила съдебно решение.

Допълнителни аргументи бяха, че съдебното решение, с което се обявява нищожност или се отменя подзаконов нормативен акт, няма обратно действие по силата на чл. 195, ал. 1 АПК, а породените до отмяната на акта правни последици и съществуването на тези правни последици не се засягат от неговата отмяна. Поради отмяната на нормативен административен акт *ex nunc* (която се схващаше буквално като валидност на отменения нормативен акт в периода от приемането му до отмяната му с решението на административния съд, resp. – на ВАС) се отричаше да е налице една от кумулативно предвидените предпоставки на чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ на претенцията за вреди – те да са причинени от незаконосъобразен административен акт. Уреждането на правните последици от отменения или обявен за нищожен ПНА, включително и произнасянето по въпроса за обезщетение за претърпени имуществени и неимуществени вреди за периода до отмяната му, законодателят е вменил в задължение само на административния орган, пряко отговорен за вредите, съгласно разпоредбата на чл. 195, ал. 2 АПК.

При това положение се правеше изводът, че органът следва да уреди всички правни последици в посочен от закона кратък срок, което пък е пречка обезщетението за вреди по ЗОДОВ да се извърши в съдебно отделно производство, с аргумент и че самият ЗОДОВ не предвижда неговото при-

лагане, когато закон или указ е предвидил специален начин на обезщетение, какъвто специален начин е бил уреден в чл. 195, ал. 2 АПК³³.

За съжаление, с ТР № 2 от 27.06.2016 г. по адм. д. № 2/2015 г. Общото събрание на съдиите във ВАС въпреки многобройните особени мнения даде отрицателен отговор на въпроса **подлежат ли на обезщетяване по чл. 1, ал. 1 от ЗОДОВ** (т.е. по съдебен ред пред административен съд) **вредите, причинени на граждани и на юридически лица при или по повод изпълнението (действието) на подзаконовия административен акт в периода, преди той да бъде отменен като незаконосъобразен (обявен за нищожен)**. С това ТР № 2/2016 ВАС несправедливо лиши правните субекти от право да търсят по съдебен ред обезщетение за вреди от незаконосъобразния подзаконов нормативен акт с изтъкнатия аргумент, че заради липсата на обратна сила до отмяната с влязло в сила съдебно решение този акт се счита за законосъобразен и поражда валидни правни последици, т.е. не може да причини вреди. Така мнозинството от съдии във ВАС по цитираното тълкувателно решение не взеха предвид, че:

1) актът е незаконосъобразен/нищожен от момента на неговото издаване – т.е. опорочен изначално, той е бил в действие само защото никой не е поел инициатива за оспорване на неговата законосъобразност пред съд;

2) при липса на действия от страна на компетентния орган по чл. 195, ал. 2 АПК лицата, които са понесли вреди от незаконосъобразния подзаконов нормативен акт, остават без защита, въпреки че законодателят при правилно тълкуване на чл. 195, ал. 2 АПК акцентира именно върху нуждата правоотношенията, възникнали при действието на отменения (обявен за нищожен) подзаконов нормативен акт, а не някои други, да бъдат преуредени, респ. вредите от тях – обезщетени;

3) Обстоятелството, че отмяната на незаконосъобразния нормативен административен акт е занапред (чл. 195, ал. 1 от АПК), не означава, че последиците от действието му до този момент се заличават автоматично, както и че се презумира законосъобразността му през този период;

4) Щом незаконосъобразността на отменения подзаконов нормативен акт е изначална – от издаването му, независимо че тя е прогласена в по-късен момент, няма пречка да се търси обезщетение за причинените от действието му вреди. И че от значение за отговорността по чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ е единствено обстоятелството дали даден акт е незаконосъобразен и е отменен

³³ Считаю, че предвиденият с чл. 8, ал. 3 от ЗОДОВ специален начин на обезщетение препятства прилагането на чл. 1, ал. 1 от ЗОДОВ, доколкото правните последици по чл. 195, ал. 2 от ЗОДОВ са били уредени от органа, но не препятства търсене на вреди по реда на ЗОДОВ, причинени от действието на отменения подзаконов нормативен акт, в случай че не са уредени от органа по специалния ред на чл. 195, ал. 2 от ЗОДОВ.

по съответния ред, като отмяната му има значение единствено за активната процесуална легитимация за упражняване на вече възникналото право на обезщетяване. Затова и според част от съставите на ВАС предявеният след отмяната на акта по съответния ред иск за обезщетяване на вреди, възникнали до отмяната на акта, следва да бъде уважен, тъй като противното би ограничило правата на обезщетение по чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ и приложението на чл. 7 от КРБ.

С цел преодоляване неблагоприятните последици от възприетото от ВАС тълкуване Народното събрание допълни чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ (ДВ, бр. 94 от 2019 г.), като предвиди имуществена отговорност за вредите, причинени от **действието на отменени като незаконосъобразни или обявени за нищожни подзаконов нормативни актове** (ПМС, правилници или наредби на МС, правилници, наредби, инструкции на министри).

Компетентен да се произнесе по обезщетяването на вредите е административният съд, а исковите се разглеждат по реда на АПК. Оправомощените лица могат да претендират обезщетение, ако докажат:

1) отмяната или обявяването нищожността на незаконосъобразен административен акт (и/или на действие на административен орган или длъжностно лице, на държавата или общината) с влязло в сила съдебно решение на административния съд, респ. – на ВАС, и

2) наличието на вреди и причинната връзка между тях и незаконосъобразния подзаконов нормативен акт ПНА³⁴.

След изменението на чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ искът за вреди ще бъде допустим, вкл. когато те са причинени от действието на отменените като незаконосъобразни или обявени за нищожни подзаконов нормативни актове, в съответствие с чл. 204, ал. 1 от АПК и тази допустимост не се препятства от процесуалноправната норма на чл. 195, ал. 1 от АПК. Новелата на чл. 1, ал. 1 от ЗОДОВ изисква причиняване на вреди „от действието“ на отменения като незаконосъобразен подзаконов акт, т.е. **в периода, преди да бъде отменен**. Вярно е, че самата отмяна има действие занаяпред (по см. на чл. 195, ал. 1 от АПК), но правните последици, вкл. и вредите, възникнали от действието на подзаконов нормативен акт, подлежат както на служебно уреждане от компетентния орган – чл. 195, ал. 2 от АПК, така и на уреждане (обезщетяване) по съдебен ред по реда на чл. 1, ал. 1 от ЗОДОВ.

Служебното уреждане на последиците, вкл. и на вредите от административния орган не препятстват допустимостта на иска за вреди пред съд след изчерпване на възможността по административен ред да бъдат уредени. Допустимостта на тези искове произтича и от основния принцип по

³⁴ Р. № 1523 от 30.01.2020 г. по адм. д. № 10477/2019 на ВАС.

чл. 7 от КРБ, че държавата отговаря за вреди, причинени от незаконни актове на нейните органи, без да прави разграничение за вида им – индивидуални, общи или подзаконови³⁵ – отменени или не.

Въпреки тази законодателна промяна като че ли все още не е изключено правните субекти да бъдат лишени от възможност да търсят вреди по реда на ЗОДОВ. Това е така поради наличието на по-скоро порочна практика на ВАС, според която, ако в хода на съдебното оспорване на един подзаконов нормативен акт бъде издаден нов на негово място или бъдат изменени атакуваните пред съда разпоредби, производството по оспорване на първоначалните текстове се явява без предмет, а делото трябва да се прекрати³⁶. При това положение няма да е налице и отменен като незаконнообразен подзаконов нормативен акт, който да обоснове претенцията за вреди по чл. 1, ал. 1 ЗОДОВ.

С оглед на това като че ли се налага преосмисляне на практиката на ВАС да прекратява като безпредметни дела по оспорване на подзаконов нормативен акт, когато в хода на делото последва отмяна или изменение на акт от органа, който го е издал.

³⁵ Така и Опр. № 7918 от 22.06.2020 г. по адм. д. № 3611/2020 на ВАС.

³⁶ Така например в Р. № 9346 от 18.06.2019 г. на ВАС по а. д. № 2271/2019 г. се приема, че с оглед установеното в разпоредбата на чл. 195, ал. 1 АПК действие на отмяната на подзаконов нормативен акт решението на тричленния състав на ВАС, с което са отменени разпоредби от наредбата, които вече са с променено съдържание, се явява недопустимо. Предметът на оспорване е различен касателно отменените и изменени разпоредби на наредбата. Правните последици от настъпилото изменение са равнозначни на последиците на оттегляне на акта или на постигнато споразумение, т.е. макар и да е настъпило след датата на приключване на устните състезания в първа инстанция, постановеното решение се явява недопустимо поради липса на предмет в частта, в която е отменен подзаконовият нормативен акт, в предходната си редакция, съдържащ вече отменени или изменени разпоредби. В същия смисъл е и Р. № 8410 от 29.06.2020 г. по адм. д. № 13419/2019 на ВАС.

НЕДЪРЖАВНИТЕ ИЗТОЧНИЦИ НА ТРУДОВОТО ПРАВО – РЕАЛНОСТ И ПРЕДИЗВИКАТЕЛСТВА

Проф. д-р Нина Гевренова
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

NON-STATE SOURCES OF LABOR LAW – REALITY AND CHALLENGES

Professor, Dr. jur. Nina Gevrenova
Sofia University “St. Kliment Ohridski”, Faculty of Law

Abstract. The exhibition identifies and analyses the current problems associated with the creation and functioning of non-state sources of labor law (which are specific regulators of labor law). It examines the ways in which the state not only distributes rule-making power among private actors, but also constantly monitors and stimulates its exercise. We will analyze the state sanction, which allows private law norms to replace the state provisions and to settle a new, minimum imperative. This minimum imperative sets the limits of the contractual freedom under the labor legal relations. The article explores the process through which private law norms fill out the regulatory gap left by the state (in the absence of state sanctions), providing the only regulation of the labor rights and obligations and increasing the total number of the norms in the positive labor law. Legal force is examined in the context of the application of the non-state sources, when their norms regulate the same labor relations in a contradictory way. The article analyzes the invalidity of contractual clauses that contradict the imperative norms or the imperative element in the dispositive norms of non-state sources. Emphasis is placed on the importance of invalidity, as a way in which the state stimulates the implementation of a more favorable regime for employees, and creates a more effective regulatory protection regime through different types of non-state sources.

Keywords: *non-state sources, state sanction, private law norms, rule-making power, subject, legal force, imperative boundaries of the dispositive space, legal emptiness, invalidity, more favorable regulatory regime*

В нормативната уредба на трудовите отношения ясно се разграничават два процеса, които в своето взаимодействие разкриват една от спецификите в метода на трудовото право. В рамките на първия процес държавата регулира най-важните и с най-голямо обществено значение трудови права и задължения. Органите на законодателната и изпълнителната власт създават императивната и еднотипна регламентация на основанията и минималните размери на правата на работниците и служителите¹, както и на основанията и максималните размери за техните задължения. Различните видове държавни източници предоставят минимално дължимата и неотменима закрила на работната сила, здравето и живота на служителите по всяко едно трудово правоотношение. Държавата определя кои от трудовите отношения продължава да регламентира, както и тези, които различните частноправни субекти заедно или вместо нея уреждат. Законодателят осигурява необходимото пространство, което недържавните източници запълват, като дава диспозитивна уредба или съзнателно се въздържа от каквато и да е регламентация на съответните трудови отношения.

В рамките на втория процес недържавните източници създават уредбата, която с оглед икономическите възможности и интереси на частноправните субекти замества или допълва държавната регламентация. Нейното основно предназначение е да установява по-високи стойности на правата в сравнение с държавно уредените и да увеличава техния брой, регламентирайки нови и различни по основания в сравнение с държавно регламентирани. Санкционирането на нови видове недържавни източници, разширяването на техния предмет и персонално действие водят до повишаване на нормативната им тежест. Увеличаващото се значение на недържавното за сметка на държавното регулиране променя съотношението на способите и характеристиките на метода на трудовото право като отрасъл.

Динамичното развитие на недържавните източници в голяма степен лиши от смисъл теоретичните спорове относно тяхното съществуване и функциониране като регулатори в трудовото право². Тезата, че недържавното регулиране обогатява, подобрява и замества създадената от държавата нормативна база, се приема както от теорията, така и в съдебната практика.

¹ С цел облекчаване на изказа вместо термините работник/ци и служител/и се използват термините служител и служители.

² Вж. за белезите на недържавните източници в: Таджер, В. Социалистически стопански организации. София: Наука и изкуство, 1978, 54–67; Гевренова, Н. Правилникът за вътрешния трудов ред, София: Сиби, 2007, 35–66; Средкова, К. Трудово право. Обща част. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2010, 106–111; Мръчков, В. Трудово право, 10-то изд. София: Сиби, 2018, 96–97. В друг смисъл в: Русчев, И. Нормативните актове – източник на частно право. София: Албатрос, 2008, 123–126.

Независимо от своята достоверност, констатациите за неговото постоянно разширяване разкриват по-скоро формалните и „външни“ белези, а не същностните характеристики на процеса и проблемите, които неговото развитие поражда. Характеризирането на недържавните източници само в контекста на създаване на по-благоприятна за служителите уредба не разкрива всички аспекти на актуалната държавна санкция. Без претенции за изчерпателност и на основата на безспорните белези на недържавните източници студията цели да идентифицира проблемите в недържавното регулиране и да предложи възможните законодателни решения.

1. Държавна санкция на недържавните източници

Недържавните източници се създават, съществуват и функционират само защото държавата изрично признава и гарантира тяхното действие като нормативни регулатори. Държавната санкция³ включва способите, които в своята съвкупност не само осигуряват юридическата легитимност, но и поставят границите, в които недържавните източници регламентират трудовите отношения. Тя е съвкупност от правните средства, с чиято помощ законодателят:

а) урежда различните видове недържавни източници, включително субектите, които ги създават, формата и реда за създаване, предмета на регулиране, действието, вида и юридическата сила на съдържащите се в тях норми;

б) оставя диспозитивно пространство и/или правна празнота, в които недържавните източници регулират трудовите отношения;

в) определя съотношението между съответния вид недържавен източник, държавните и останалите видове недържавни източници, когато техните норми по противоречив начин уреждат едни и същи трудови отношения;

г) създава ефективна защита на трудовите права, като гарантира прилагането на този вид държавен или недържавен източник, чиито норми ги регулират;

д) урежда недействителността на договорните клаузи, които противоречат или заобикалят нормите на недържавните източници.

Само държавна санкция, която включва всички посочени елементи, осигурява безпроблемното функциониране на конкретния недържавен източник и на цялата система на източниците на трудовото право. Съответно непълната санкция поражда сериозни практически проблеми, компромети-

³ За сравнение в Гевренова, Н. Държавна санкция на недържавните източници. – В: Юридически свят, 2000, № 2, 106–123.

райки самата идея за недържавно регулиране и възможностите, които то предоставя. В този смисъл санкцията, която „провъзгласява“ съществуването, но не осигурява прилагането на недържавните източници, е едно от най-големите предизвикателства пред българския законодател. То придобива все по-голямо значение в контекста на конкуренцията между нормите на различните видове недържавни източници в процеса на регулиране на трудовите отношения.

Към момента държавата изрично признава като недържавни източници сключването на различни нива колективни трудови договори, правилника за вътрешния трудов ред (правилника), вътрешните правила за работната заплата (вътрешните правила), решенията на общото събрание на работниците и служителите (решенията). Актове на работодателя като етични кодекси, кодекси за конфликт на интереси и други остават извън вниманието на законодателя, за разлика от съдебната практика, която ги разпознава и третира като нормативни източници със значение в областта на дисциплинарната и имуществената отговорност на служителите.

Най-детайлизирана е санкцията на колективните трудови договори, която изрично определя: **а)** авторите, реда и формата, в която се създават; **б)** предмета и съотношението по юридическа сила; **в)** последиците при противоречие между техните норми и нормите на държавните и част от недържавните източници; **г)** недействителността на договорните клаузи, които противоречат или заобикалят техните норми. Тази санкция е най-коректно структурирана и затова се използва при попълване на непълните и преодоляване на противоречията в регламентацията на останалите видове недържавни източници. В сравнение с нея санкцията на правилника, вътрешните правила и решенията е частична и непълна. Основните проблеми се пораждат от липсата на правила за прилагане на недържавните източници, които дават противоречива уредба на едни и същи правоотношения, и липсата на уредба, свързана с недействителността на договорните клаузи, противоречащи на техните норми.

Държавната санкция на недържавните източници се съдържа в разпоредбите на позитивното трудово законодателство, а не в Закона за нормативните актове, който регламентира различните видове държавни източници. Тя трябва да се дава от Народното събрание, което упражнява пълната законодателна власт, а не от Министерския съвет, който разполага с една съществено ограничена власт. Санкцията следва да се съдържа в Кодекса на труда (КТ), а не в подзаконови нормативни актове, които могат да я детайлизират, но не и първично регламентират. Трябва да се отчете, че законодателят е последователен и санкцията на повечето видове недържавни източници се съдържа в КТ и се детайлизира в подзаконовите норматив-

ни актове. Основната уредба на колективния трудов договор се съдържа в чл. 0–60 КТ и се конкретизира в чл. 4, ал. 2, чл. 5, ал. 1 и ал. 2, чл. 12, ал. 7, чл. 22, ал. 2 Наредбата за структурата и организацията на работната заплата (НСОРЗ); на правилника в чл. 37, чл. 139, чл. 141, чл. 142, чл. 151–153 и чл. 181 КТ и се конкретизира в чл. 4а на Наредбата за работното време, почивките и отпуските (НРВПО); на решенията в чл. 293–300 КТ. Единствено санкцията на вътрешните правила се съдържа в подзаконов нормативен акт, какъвто е НСОПЗ (по арг. чл. 5, ал. 1, чл. 12, ал. 5 и 7, чл. 13, чл. 14 и чл. 22 (НСОРЗ), което следва да бъде преодоляно с промени в КТ.

2. Автор, ред и форма за създаване на недържавните източници на трудовото право

Недържавният източник е частноправно по произход волеизявление, което се прави само от посочените от държавата субекти и се обективира по определени от нея ред и форма. Законодателят предоставя нормотворческа власт на субектите, които въпреки и независимо от волята на адресатите на недържавните източници регулират трудовите им отношения. Терминът „нормотворческа власт“ се използва обичайно в контекста на властта на работодателя⁴, но коректно обозначава и същността на „правото“, което държавата предоставя на останалите субекти, създаващи недържавните източници. То не „се вмести“ и не може да бъде обяснено на плоскостта на потестативното право, чието упражняване внася промяна в правната сфера на насрещния задължен субект. Разликата във вида, съдържанието и обхвата на едностранно внесена промяна в резултат на нормативното регулиране води до извода, че става въпрос за напълно различна възможност на субектите⁵.

Недържавният източник се създава само когато определените от държавата субекти направят волеизявленията, регулиращи трудовите отношения. Най-сложен е процесът, когато нормотворческата власт се упражнява съвместно от два субекта с противоречащи си интереси чрез постигане на взаимно съгласие, обективизирано в договор. Такъв е случаят с колективните трудови договори, които се създават и функционират като регулатори единствено при сключване на договор между представителните синдикал-

⁴ Вж. в: Топалов, М. Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение, София: Сиби, 1997, 55–57; Гевренова, Н. Правна характеристика на нормотворческата власт на работодателя. – В: Актуални проблеми на трудовото и осигурителното право. Т. I. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2004, 188–210.

⁵ Вж. повече в т. 3 от настоящето изложение.

ни и работодателски организации на ниво отрасъл, бранш и община; между всички синдикални организации и работодателя и т.н. От друга страна, издаваните от работодателя правилник и вътрешни правила се създават най-лесно, защото се обективират като волеизявление, чиято направа зависи само от него. Задълженията за консултиране със синдикалните организации и представителите на служителите по чл. 7, ал. 2 КТ преди създаване и изменение на тези недържавни източници не променят, а само потвърждават направените изводи (по арг. чл. 181 във връзка с чл. 37 КТ и чл. 22 НСОПЗ). Не на последно място решенията се обективират, когато еднакви по съдържание волеизявления на служителите на работодателя съвпадат (по арг. чл. 293–300 във вр. с чл. 6 и чл. 6а КТ).

Недържавният източник се създава в изрично определени от държавата форма и ред, които се различават при колективните трудови договори, при правилника и вътрешните правила и решенията. Общото е, че всички видове недържавни източници се създават в писмена форма, която е форма за действителност на частноправните волеизявления и е абсолютна предпоставка за тяхната поява и функциониране. Интересно е, че законодателят не урежда регистрацията като изискване за влизането в сила на различните видове недържавни източници. Независимо от обществения интерес, възможностите на регистрационното производство като способ за предварителен и последващ административен контрол върху тяхното нормативно съдържание не се използват.

3. Правни норми на недържавните източници

Недържавните източници съдържат правни норми – абстрактни (общи) правила за поведение, чието прилагане се скрепява с държавна принуда и санкция. Правилата се прилагат спрямо определени по правно качество субекти от момента на неговото придобиване и до момента на загубата му, въпреки и независимо от тяхната воля и поведение. Законодателят императивно урежда правния белег или белезите, които са необходими и достатъчни за придобиване, респективно загубване на качеството „адресат на нормите“ на съответния недържавен източник. От момента на тяхното кумулиране субектите става адресати и частноправните норми⁶ пораждаат своите последици по трудовите им правоотношения. Тази автоматичност в прилагането на уреде-

⁶ Вместо частноправни по произход норми или създадени от частноправните субекти норми с цел облекчаване на изказа изложението използва частноправни норми или само норми, когато в контекста е ясно, че става въпрос за съдържащите се в недържавните източници норми.

ния в недържавните източници режим е съществен елемент от санкцията, гарантиращ тяхното ефективно нормативно регулиране.

Персоналното действие на всички видове недържавни източници е по-тясно в сравнение с това на държавните, защото зависи от кумулирането на няколко качества. Законодателят изрично регламентира приложението на сключения на ниво работодател колективен трудов договор и решенията, но не и на останалите видове недържавни източници. И докато прилагането на правилника и вътрешните правила спрямо всеки, който има качеството служител на издаващия ги работодател, се извлича лесно, то персоналното действие на сключения на ниво отрасъл, бранш и община колективни трудови договори създава множество проблеми. Липсата на изрична санкция позволява нормативното им действие съществено да се ограничава, което от своя страна намалява социалния ефект от конкуренцията между техните и нормите на сключения при работодателя колективен трудов договор. С цел преодоляване на различията в практиката е наложително законодателят да даде изрична, аналогична на съществуващата в чл. 57 КТ уредба и на персоналното действие на сключения на ниво отрасъл, бранш и община колективни трудови договори.

Съдържащите се в недържавните източници правила се прилагат трайно, повтарящо се и винаги, когато се реализира уреденият в тях фактически състав. Така например нормите в колективния трудов договор, регламентиращи минималния размер на основното месечно възнаграждение, се прилагат всеки месец, когато работодателят го изплаща в дължимия им размер. Нормите във вътрешните правила, уреждащи основанията и размерите на бонусите, се прилагат всеки път, когато работодателят ги изплаща на служителите. Нормите в правилника, регулиращи разпределението на работното време, се прилагат всеки път, когато служителите спазват установените в тях начало и край на работния ден; редуване, начало и край на работните смени; начало и край на почивките, които ги разделят и т.н.

Липсата на доброволно изпълнение на уредените в недържавните източници правила се скрепява с правна принуда, чието съдържание и ред за реализиране са различни в зависимост от вида на източника. Когато той урежда по-големи размери на правата или различни в сравнение с държавно установените права, то липсата на доброволно изпълнение е основание за реализиране на съдебна защита от служителите като адресати чрез предявяване на установителни и/или осъдителни иски. Законодателят изрично урежда защитата при неизпълнение на колективните трудови договори (по арг. чл. 59 КТ), но не и тази при неизпълнение на вътрешните правила и решенията. Въпреки това по общия за решаване на трудовите спорове ред служителите като адресати на тези недържавни източници не само могат,

но и в практиката успяват да защитят нарушените си трудови права. На основание чл. 357, ал. 1 КТ те предявяват установителни и/или осъдителни иски в рамките на общата по КТ тригодишна давност (по арг. чл. 358, ал. 1, т. 3 КТ).

Различна е принудата, с която държавата скрепява неизпълнението на уредените в правилника поредица от задължения за служителите в качеството на адресати. Виновното неизпълнение на неговите норми е нарушение на трудовата дисциплина, за което спрямо служителите може да бъде реализирана дисциплинарна, а при причинени на работодателя вреди и имуществена отговорност. Това са способите, с чиято помощ работодателят „принуждава“ адресатите да спазват правилника и да изпълняват уредените в него задължения, реализирайки своята нормотворческа и дисциплинарна власт. С цел избягване на съмненията законодателят изрично урежда като дисциплинарни състави нарушенията на всяка една норма в правилника, независимо от нейното съдържание, вид и честотата на прилагане (по арг. чл. 187, т. 10 КТ). Нещо повече, някои от хипотезите на нарушаване на нормите в правилника са толкова тежки и опасни дисциплинарни провинения, че според него подходящото наказание е дисциплинарно уволнение (по арг. чл. 190, ал. 1, т. 1, т. 2 и т. 4 КТ).

Следователно, независимо че се създават от частноправни субекти, съдържащите се в различните видове недържавни източници правила притежават белезите и функционират като правни норми. По своята същност тяхното създаване представлява нормотворческа дейност, с която в границите на държавната санкция и с оглед своите интереси субектите създават правила, определящи поведението на кръга от адресати. Това е една сложна дейност, която поставя на изпитание техните способности и поражда допълнителни практически проблеми, които не могат да служат като аргументи в подкрепа на нейното игнориране или отричане.

4. Предмет и механизъм на регулиране

4.1. Забрана за регулиране

Недържавните източници уреждат само тези трудови отношения, които държавата включва в техния предмет и не регулира с императивни разпоредби. С помощта на императива законодателят постига няколко важни последици, включително:

– **първо**, определя кои трудови отношения се уреждат единствено от държавата и ги „запазва“ като предмет на държавните източници. Регламентацията на тези приложими по всяко правоотношение права и задъл-

жения попълва съдържанието на минималната, гарантирана от държавата закрила на труда. Става въпрос за:

а) основни права на служителя, като здравословни и безопасни условия на труд, отпуск, почивка, трудово възнаграждение, правна защита при незаконосъобразно уволнение и

б) основни права на работодателя, като изчисляване и разпределение на работното време и почивките, организиране на трудовата дейност и определяне на трудовите норми, реализиране на дисциплинарна и имуществена отговорност, уволнение на служителите и т.н.;

– **второ**, забранява тези трудови отношения да бъдат уреждани от недържавните източници. Забраната е абсолютна и засяга всеки един от видовете недържавни източници, без значение дали става въпрос за колективни трудови договори, правилник, вътрешни правила, или решения. Прилага се както когато те се опитват да дерогират и изобщо да не прилагат императивно уредените права или задължения, така и когато се опитват да ограничат тяхното приложение, променяйки основанията и/или размерите им. Императивът гарантира, че независимо от недържавните източници, правата и задълженията стават част от съдържанието и осигуряват минималната закрила по всяко едно трудово правоотношение. Въпреки безспорността на това положение, практиката предоставя множество примери на недържавни източници, чиито норми целят неприлагане или заобикаляне на императивната държавна уредба. Типичен пример за това са колективните трудови договори и вътрешните правила, регламентиращи хипотези на пълен или частичен отказ от правото на допълнително възнаграждение за трудов стаж и професионален опит, на допълнително възнаграждение за извънреден труд, за нощен труд и т.н. Често се срещат вътрешни правила, уреждащи изчисляване на допълнителните възнаграждения, което води до тяхното изплащане в по-ниски в сравнение със законово гарантираните размери. Също така текстове в правилниците, които заобикалят закрилата при полагане на извънреден труд, полагането на извънреден или нощен труд в законово допустимата продължителност и т.н.;

– **трето**, всяка норма на недържавен източник, която дерогира и/или ограничава прилагането на императивната държавна уредба, е недействителна и не поражда последици. Недействителността на недържавните източници е правният способ, който гарантира прилагането на пълния набор от императивно уредените трудови права и задължения. Затова изричната уредба на основанията и реда за нейното установяване са изключително важна част от санкцията, осигуряваща непротиворечивото регулиране в трудовото право. Законодателят обаче урежда само на недействителността на колективния трудов договор (по арг. чл. 60 КТ), но не и тази на правилника,

вътрешните правила и решенията. Актуалността на проблема се доказва и от факта, че всеки работодател има правилник и вътрешни правила, но не всеки е обвързан с действието на колективен трудов договор. Вярно е, че изводите за частичната недействителност на недържавния източник се извеждат сравнително лесно, защото като частноправно волеизявление той не може да противоречи на императива в закона. Въпреки това изричната регламентация на противоречието и на заобикалянето на закона като основания за недействителност на всички видове недържавни източници е наложителна. Тя не само би дисциплинирала субектите в процеса на нормативното регулиране, но би осигурила ефективното взаимодействие между държавните и недържавните източници. Още повече че свързаните с частичната недействителност спорове са преюдициални по отношение на споровете относно трудовите права, които в резултат на прилагането на недействителните недържавни норми не са били реализирани или не са били реализирани в законово установените им размери. Следва да се отчита и фактът, че недействителността засяга норма, която независимо от частноправния си произход се прилага спрямо широк кръг от адресати. Следователно санкцията трябва да гарантира действие на съдебното решение, провъзгласяващо частичната недействителност на недържавния източник спрямо всички негови адресати, а не само спрямо страните по съдебния спор;

– **четвърто**, забранява на недържавните източници да уреждат трудовите отношения, включени в предмета на някой от останалите видове недържавни източници. Забраната е абсолютна и засяга всеки един недържавен източник, независимо дали става въпрос за колективен трудов договор, правилник, вътрешни правила, или решения. Тя се отнася до всички трудови права и задължения, включени в предмета на останалите видове недържавни източници, независимо от тяхното основание, вид или съдържание. С императива в санкцията държавата, образно казано, разпределя трудовите отношения между различните видове недържавни източници и субектите, които ги създават. Всяка една частноправна норма, която урежда попадащите в предмета на друг недържавен източник отношения, нарушава дадената санкция и е недействителна. Разликата от предходната хипотеза е, че тук частноправните норми противоречат на императива в разпоредбите, с които държавата санкционира предметите на останалите видове недържавни източници. Тук недействителността не гарантира прилагането на държавните източници, а на този вид недържавен източник, чиито норми според санкцията регламентират съответните права и задължения. Интересно е, че през последните години все по-често се срещат недържавни източници, регулиращи отношения, които не попадат в техния, а в предмета на някой от останалите видове недържавни из-

точници. Така например колективните трудови договори уреждат разпределението на средствата от социално-битов характер, което е в предмета на решенията, регулират параметрите на изчисляване и разпределение на работното време, които са предмет на правилника, и т.н.

4.2. Регулиране в оставеното от държавата диспозитивно пространство с императивни граници

Част от недържавните източници регулират отношенията, които държавата включва в техния предмет и урежда с диспозитивни норми с императивни минимални граници. Комбинирайки ефекта на императива и диспозитива, законодателят постига няколко важни последици, включително:

– **първо**, забранява на недържавните източници да регулират трудовите отношения в нарушение на императивния елемент в диспозитивните държавни разпоредби. Забраната се отнася за всяка една императивна граница, независимо от вида и основанието на трудовите права, чиито минимални размери тя урежда. Забраната е относителна, защото не позволява на частноправните норми да регламентират само по-ниски в сравнение със законите минимални стойности. Противоречието с държавния минимален императив е основание за недействителността на частноправните норми, за тяхната отмяна и заместване със съответната държавна разпоредба⁷. Така например нормите в колективен трудов договор, установяващи по-малък в сравнение с уредения в чл. 155, ал. 4 КТ минимален размер на основния платен годишен отпуск, по-малък в сравнение с установения в чл. 156, ал. 1 КТ размер на допълнителния платен годишен отпуск, по-малък в сравнение с установения в чл. 228 във връзка с чл. 215, чл. 218, чл. 222 и чл. 225 КТ размер на обезщетенията и т.н., противоречат на императива и са недействителни. Съдебното решение, провъзгласяващо частичната недействителност на колективния трудов договор, замества тези норми със съответната диспозитивна с императивна граница разпоредба (по арг. чл. 74, ал. 1 във връзка с ал. 4 КТ и чл. 60 КТ). В резултат недействителността гарантира, че въпреки наличието на регулиращ в противоречие на императива недържавен източник, правата в техните минимално уредени размери стават част от съдържанието на всяко едно трудово правоотношение. Става въпрос за минималните стойности на основни трудови права, като основен, удължен и допълнителен платен годишен отпуск, основно възнаграждение при повременината система, допълнителни възнаграждения, обезщетения, срок на предизвестие при прекратяване на правоотношенията и т. н.;

⁷ Тук проблемите с липсата на изрична регламентация на частичната недействителност на недържавните източници са идентични на посочените, затова и не се анализират отново.

– **второ**, позволява на недържавните източници да уреждат по-големи размери на трудовите права в сравнение с установените в държавните източници. Частноправните норми могат да уреждат всеки един по-висок в сравнение с определения от законодателя минимален императивен размер. Колкото по-дълбоко усвояват диспозитивно пространство, толкова по-високи и затова по-благоприятни за служителите трудови права регламентират те. В резултат императивът като минимална стойност на правата и очертания с негова помощ диспозитив ограничават, направляват и контролират недържавното регулиране в посоката, която държавата не само разрешава, но и стимулира;

– **трето**, гарантира, че по-благоприятната за служителите частноправна норма замества по-неблагоприятната държавна разпоредба и остава единствен регулатор по трудовите правоотношения. Това заместване позволява прилагането на по-благоприятния за служителите, регламентиран в недържавните източници режим вместо по-неблагоприятния, установен в държавните източници. То е типичен за метода на трудовото право способ, който стимулира създаването и гарантира прилагането на по-високите нормативни стандарти. Разбира се, заместването става само когато, без да нарушават императива, регулирайки в диспозитивно пространство, недържавните източници определят по-високи стойности на правата. Когато само възпроизвеждат съдържанието на законовите разпоредби, техните норми не заместват държавните, които продължават да регулират правоотношенията и да определят съдържанието на правата и задълженията.

По силата на държавната санкция сключените на различни нива колективни трудови договори и вътрешните правила регулират трудовите права, уредени с диспозитивни норми с императивни минимални граници⁸ (по арг. чл. 50, ал. 2 КТ) и ВПРЗ (по арг. чл. 22, ал. 2 НСОРЗ). Когато уреждат по-високи стойности, техните норми заместват държав-

⁸ От това положение има едно изключение, при което държавата урежда най-благоприятния режим, като изрично позволява на вътрешните правила да го „влошават“, регламентирайки по-неизгодни за служителите последици. Става въпрос за допълнителното трудово възнаграждение за трудов стаж и професионален опит, възмездяващо презюмираното подобрене в начина на работа, което в резултат на натрупваните през годините опит, знания и умения служителите демонстрират. Поради спецификата на самото възнаграждение държавата урежда параметрите за прилагане на презумпцията, давайки възможно най-благоприятния за служителите режим. В същото време позволява на работодателите, адаптирайки законната презумпция, да регламентират съществено по-неизгодни за служителите основание и момент за възникване на правото на допълнително възнаграждение; период за увеличаване на неговия размер и т.н. В резултат държавната санкция не само не следва общите принципи на метода на регулиране, а в тяхно противоречие позволява на недържавен източник да урежда по-неблагоприятен в сравнение с дадения от държавата правен режим. Независимо от тази специфика, вътрешните правила заместват съответните държавни разпоредби и остават единственият източник, регулиращ трудови отношения.

ните разпоредби и остават единственият нормативен източник по правоотношенията. Недържавните източници установяват новата императивна минимална граница, която ограничава и контролира договорната свобода на страните по правоотношенията. Не създаденият от държавата, а от съответните субекти императив определя минималните стойности на правата, които служителите и работодателите под страх от недействителност не могат да нарушават. Така например нормите в колективен трудов договор, регламентиращи по-голям в сравнение с уредения в чл. 155, ал. 4 КТ минимален размер на основния платен годишен отпуск; по-голям в сравнение с установения в чл. 156, ал. 2 КТ размер на допълнителния платен годишен отпуск; по-голям размер на установения в чл. с чл. 215, чл. 218, чл. 222 и чл. 225 КТ размер на обезщетенията, заместват посочените държавни разпоредби. За всички адресати на колективния трудов договор разпоредбите в чл. 155, ал. 4, чл. 156, ал. 2, чл. 215, чл. 218, чл. 222 и чл. 225 КТ не се прилагат и не пораждаат правни последици. За периода, в който недържавният източник е в сила, неговите норми регулират трудовите правоотношения и определят размерите на съответните права и задължения.

През последните години се наблюдава тенденция, в която законодателят все по-често „се изкушава“ да позволява на колективните трудови договори да уреждат по-неблагоприятни за служителите в сравнение със законовите последици. Показателни в това отношение са извършените през 2020 г. промени в КТ, които позволяват на сключените на ниво отрасъл или бранш колективни трудови договори да уреждат по-голяма в сравнение с държавно регулираната продължителност на полагания на годишна база извънреден труд и по-голям период на отчитане на сумираното работното време. В противоречие с основната санкция в чл. 50, ал. 2 КТ законодателят позволи недържавният източник съществено да влошава режима в проблемни за България области като полагане и заплащане на извънреден труд и изчисляване и заплащане на сумирано работно време. Без да се аргументирам подробно, считам, че увеличаването на продължителността на извънредния труд без какъвто и да е законодателен „опит“ за увеличаване на неговото заплащане е, меко казано, неправилно. Тези промени на практика позволяват с механизмите на недържавното регулиране да се заобиколи предоставената от държавата минимална закрила в областта на извънредния труд и сумираното работно време. Засега по-скоро като инцидентен и изолиран случай, този подход може да стане трайна и последователна законодателна политика, позволяваща нарушаване на основните функции на трудовото право и обезличаване на колективния трудов договор като символ на социалния тип недържавно регулиране;

– **четвърто**, задължава субектите да създават диспозитивни с императивен минимум норми в колективните трудови договори и вътрешните правила. С диспозитивните норми с минимална императивна граница държавата предоставя и гарантира свободата на договаряне на по-високи в сравнение с установените от нея самата минимални стойности. Недържавните източници не могат да отнемат или да ограничават тази свобода, замествайки държавните диспозитивни с императивен минимум разпоредби с диспозитивни с императивен максимум норми. Те не могат да лишават служителите и работодателя от възможността да договарят, въвеждайки изрични забрани или регламентирайки императивни норми, които не позволяват каквото и да отклонение от определените в тях стойности. Законодателят не позволява на субектите самостоятелно да определят вида на нормите в колективните трудови договори и вътрешните правила, а ги задължава да създават идентични на тези държавни разпоредби, които заместват. След като държавните норми са диспозитивни с минимален императив, то и заместващите ги частноправни норми трябва да са диспозитивни с по-висок като стойност минимален императив. При условие че не са идентични по вид на държавните, частноправните норми противоречат на дадената им санкция, недействителни са и не пораждават последици. Проблем отново е липсата на санкция, която въвежда това изискване, както за нормите на колективните трудови договори, така и за тези на вътрешните правила.

Практиката предоставя множество примери за регулиране, целящо да ограничи или да забрани договарянето на по-високи в сравнение с уредените в недържавните източници стойности на трудовите права. Често колективните трудови договори съдържат адресирани към работодателите изрични забрани за договаряне на по-високи или дори идентични на уредените права със служителите, които не са техни адресати. Също така колективните трудови договори уреждат различни стойности на правата в зависимост от това на какво основание служителите стават адресати, задължавайки работодателите да ги прилагат по този дискриминиращ начин. В някои случаи колективните трудови договори изрично изключват и не предоставят определени права на служителите, които не са синдикални членове, забранявайки на работодателите да ги прилагат и/или договарят с тях. Всяка една норма, която цели създаване на различен режим или ограничаване на договорната свобода на базата на разлика в качествата на адресатите на колективния трудов договор, е дискриминираща, недействителна и не поражда последици (по арг. чл. 8, ал. 3 във връзка с чл. 74, ал. 1 КТ).

4.3. Регулиране в оставеното от друг недържавен източник диспозитивно пространство с императивни граници

По силата на държавната санкция сключените на различни нива колективни трудови договори и вътрешните правила регулират трудови отношения в създаденото от друг недържавен източник диспозитивно пространство с императивни минимални граници⁹. С тази санкция законодателят постига следните последици:

– **първо**, забранява на недържавните източници да регулират трудовите отношения в нарушение на минималния императив, съдържащ се в диспозитивните норми на друг недържавен източник. Забраната се отнася до всяка една установена от другия недържавен източник минимална императивна граница, независимо от вида и съдържанието на правото, чийто минимален размер тя определя. Забраната отново е относителна, защото законодателят не позволява на недържавните източници да уреждат по-ниски като стойност в сравнение с установените от другия източник права. Императивът, който те не могат да нарушават, се установява не от държавните, а от частноправните норми, които са ги заместили и вместо тях регулират съответните правоотношения. Уредбата на по-ниски в сравнение с регламентираните от другия недържавен източник стойности влиза в противоречие с държавната санкция и е основание за недействителността на съответните частноправни норми. Частичната недействителност е инструментът, с който законодателят гарантира, че по-благоприятните за служителите трудови права стават част от съдържанието на правоотношението, независимо кой от различните видове колективни трудови договори и/или вътрешни правила ги урежда;

– **второ**, разрешава на недържавните източници да уреждат по-благоприятни за служителите в сравнение с установените от друг недържавен източник трудови права. Диспозитивното пространство, в което те регламентирант по-високи стойности на правата, се определя от съдържащата се в частноправни норми минимална императивна граница. Колкото по-дълбоко усвояват оставеното от другия недържавен източник диспозитивно пространство, толкова по-високи стойности регламентирант техните норми. Държавата целенасочено създава конкуренция между сключените на различни нива колективни трудови договори, от една страна, и колективните трудови договори и вътрешните правила, от друга, целейки прилагането на тази норма, която съдържа най-благоприятния за служителите режим. Дадената

⁹ Съотношението между различните видове недържавни източници е възможно само при кумулативното наличие на определени предпоставки, анализирани в т. 5.2 от настоящото изследване.

санкция не само ограничава, но и направлява недържавното нормативно регулиране в посока на установяване на по-високи трудовоправни стандарти. Законодателят стимулира субектите да регламентират по-високи не само в сравнение с установените в държавните, но и в съответните недържавни източници стойности на трудовите права;

– **трето**, гарантира прилагането на най-благоприятните за служителите частноправни норми. Недържавният източник, съдържащ по или най-високите размери на права, замества всички останали източници и вместо тях регулира трудовите правоотношения. Независимо дали става въпрос за конкуренция между сключени на различни нива колективни трудови договори, или за конкуренция между тях и вътрешните правила, прилагат се нормите, установяващи най-високите и затова най-благоприятни за служителите права. Спецификата е, че едни частноправни норми заместват други частноправни норми, които от своя страна вече са заместили по-неблагоприятните за служителите държавни разпоредби. Целта не е увеличаване на общия брой на нормите в позитивното трудово право, а тяхното каскадно заместване до прилагане на най-благоприятния за служителите режим. Това гарантира, че най-благоприятната за служителите частноправни норма установява императивна минимална граница, която договорните клаузи не могат да нарушават.

Преценката за това чиито норми се прилагат, е конкретна и се прави чрез сравняване на уредените в различните колективни трудови договори и вътрешни правила размери на основните възнаграждения и разценките, размери на законово уредените допълнителни възнаграждения, размери на всички видове платени отпуски, размери на обезщетенията и т.н. Типичен пример за такъв вид конкуренция са нормите на колективните трудови договори, сключените на ниво отрасъл/бранш и на ниво работодател, които уреждат различни стойности на трудовите права. В конкуренция често влизат нормите на сключения на ниво работодател колективен трудов договор и създадените от него вътрешни правила, регламентиращи различни размери на основните и допълнителните възнаграждения.

4.4. Регулиране в оставената от държавата празнота

Част от недържавните източници регулират трудовите отношения, които държавата включва в техния предмет и не урежда в различните видове държавни източници. С тази санкция законодателят постига няколко важни последици, както следва:

– **първо**, разрешава на недържавните източници да са единствените, които регулират трудовите права и задължения. Причините, поради които законодателят не урежда отношенията, са различни, като в част от случаите

той не познава тяхната специфика и не може да им даде каквато и да е регламентация. В други хипотези законодателят добре познава тяхното съдържание, но не ги урежда, защото счита, че регламентацията трябва да бъде дадена от субектите в съответните недържавни източници. Независимо от конкретните причини е безспорно, че държавата им разрешава да създадат единствената уредба, чието прилагане е основание за възникване и упражняване на съответните трудови права и задължения;

– **второ**, разрешава на частноправните норми да регулират едновременно, а не вместо държавните разпоредби. Недържавните източници създават единствената регламентация в оставената от държавата празнота и техните норми увеличават общия брой на нормите в позитивното трудово право. Съответно липсата на частноправни норми запазва празнотата и не позволява възникване и упражняване на съответните трудови права и задължения;

– **трето**, разрешава на субектите свободно да определят броя, вида и съдържанието на нормите в недържавните източници. Те разполагат с много по-голяма в сравнение с предходните хипотези нормотворческа свобода, защото регулират отношенията, без да търпят каквито и да са „ограничения“ от установения от държавата минимален императив. Субектите решават дали нормите са императивни, диспозитивни със или без императивни граници или диспозитивни, с което определят и поведението на техните адресати. Съдържанието на обективизираните в нормите правила не подлежи на контрол по същество, защото той би бил контрол по целесъобразност, а не по законосъобразност.

По силата на санкцията правилникът и решенията регулират трудовите отношения в оставената от държавата празнота. С императивните си норми правилникът урежда толкова на брой и с такова съдържание задължения за служителите, колкото с оглед интереса на работодателя са необходими за създаване на ефективна организация за извършване на неговата дейност. Те дават първичната уредба на: петте последователни работни дни при подневното изчисляване (работната седмица) и двата последователни почивни дни (седмичната почивка); периода на изчисляване при сумирано работно време; броя, вида и продължителността на работните смени и почивки; редуването на работните смени и почивките и т.н. Само правилникът регулира началото и края на работния ден или работната смяна началото и края на почивката, която разделя работния ден или работната смяна, началото и края на междудневната почивка, броя на частите на работния ден и т.н. Решенията са единствените, които определят и разпределят средствата от социално-битов характер, уреждат основанията, на които се изплащат, кръга от адресатите, които ги ползват и т.н. Интересно е, че през последните години законодателят все по-често позволява на колективните трудови до-

говори и вътрешните правила да запълват празнотата, създавайки единствената уредба на съответните права и задължения. Пример за такъв тип регулиране са нормите в колективен трудов договор, регулиращи минималните размери на разценката при сделната система за изчисляване, минималните размери на основното възнаграждение и на разценката при смесената система за изчисляване, правото на платен отпуск при две и повече живи деца, правото на предварителна закрила при уволнение поради съкращаване на щат и намаляване обема на работа и т.н. Вътрешните правила регулират в празнотата, когато определят: минималните размери на разценката при сделната система за изчисляване; минималните размери на основното възнаграждение и на разценката при смесената система за изчисляване; правилата за изплащане на различните видове бонуси, премии, допълнително материално стимулиране; системите за целеполагане и оценяване и т.н.

5. Юридическа сила на недържавните източници

Юридическата сила на държавните източници е съпоставително правно качество, чиято стойност се определя от интензивността на обективизираното властническо волеизявление. Властта на държавните органи е с различна интензивност, респективно и създаваните от тях източници/нормативни актове са с различна юридическа сила. Затова видът на държавния орган определя йерархичното място и приложимостта на създаваните от него източници при противоречие с останалите видове нормативни актове.

Недържавните източници не се създават от държавни органи и обективизираните в тях волеизявления нямат типичната за нормативните актове „властническа интензивност“. Видът на субектите, които ги създават, не определя юридическата им сила, респективно мястото в йерархията на източниците на трудовото право. Затова държавата изрично санкционира юридическата сила на различните видове недържавни източници, уреждайки приложимостта на техните норми в случаите на противоречие с нормите на останалите видове държавни и недържавни източници. Тази позитивна регламентация е от особено голямо значение, защото гарантира непротиворечивото регулиране от страна на всички видове източници на трудовото право.

5.1. Съотношение по юридическа сила между държавните и недържавните източници

Недържавните източници не могат да регулират трудовите отношения, които държавните източници уреждат с императивни или с диспозитивни разпоредби с императивен елемент. Всяко едно противоречие между

държавните и частноправните норми е основание за недействителност на последните. Недействителността е инструментът, с чиято помощ държавата санкционира неприложимостта на недържавните източници, когато нарушават създадената от нея императивна регламентация. След като противоречието с държавните източници е основание за неприложимостта на недържавните източници, то те безспорно са с по-ниска в сравнение с държавните източници юридическа сила и в йерархичната структура застават след всички видове законови и подзаконови нормативни актове.

Последиците от недействителността са различни и зависят от това дали недържавните източници регулират в определения от държавата диспозитив, или в останената от нея празнота. В първия случай неприлагането на недържавния източник възстановява прилагането на съответния държавен източник, чиито норми продължават да регулират трудовото правоотношение. Неприлагането на частноправните норми не лишава служителите от трудовите права в техните минимални размери, защото те се упражняват по силата на приложимата държавна уредба. Такива са последиците от обявяване на частичната недействителност на сключените на различни нива колективни трудови договори и вътрешните правила, когато регулират в нарушение на императивен минимум, ограничаващ останения от държавата диспозитив. Във втория случай неприлагането на недържавния източник води до липса на каквато и да е нормативна уредба и до възстановяване на правната празнота. До момента, в който субектите не създадат нов недържавен източник или не заменят неговите недействителни норми, съответните трудови права и задължения не съществуват и не се упражняват. Такива са последиците от обявяване на частичната недействителност на правилника, решенията, колективните трудови договори и вътрешните правила, когато нарушават императива, очертаващ останената от държавата празнота.

Какво става с тези трудови права, които в резултат от прилагането на недействителните недържавни източници не са били изобщо упражнени или не са били упражнени в гарантираните им минимални размери? Тяхната съдебна защита зависи от обявяване на недействителността на частноправните норми и прилагане на нарушените държавни разпоредби. Независимо дали става въпрос за регулиране в диспозитива, или в празнотата, служителите се нуждаят от точна и ефективна защита на нарушените права в резултат от прилагането на недействителните частноправни норми. В противен случай много бързо недържавните източници се превръщат в способ за нарушаване или заобикаляне на държавната регулация и предоставяната чрез нея закрила. Липсата на санкция на прилагането на всеки един от видовете недържавни източници, а не само на колективния трудов договор, продължава да подхранва ненужните теоретични и практически спорове. Уредба в КТ, която:

а) изрично забранява регулирането в противоречие на установения от държавата императив;

б) определя противоречието с този императив като основание за недействителност на недържавните източници и

в) регламентира реда за нейното предявяване, би гарантирала ефективната защита на трудовите права, нарушени в резултат на незаконосъобразното недържавно регулиране.

5.2. Съотношение по юридическа сила между различните видове недържавни източници

Противоречието между различните видове недържавни източници е възможно при кумулативното наличие на:

– **първо**, всеки недържавен източник регулира само трудовите права и задължения, които държавата изрично му позволява. Когато регулира права и задължения извън определения предмет, той нарушава дадената санкция, нормите му са недействителни, не поражда последици и не влизат в противоречие с нормите на другия вид недържавен източник¹⁰;

– **второ**, недържавните източници трябва да уреждат едни и същи трудови права и задължения. Само когато имат един и същ предмет, недържавните източници могат да го регулират по противоречив начин, което изисква прилагане на нормите на единия от тях. По силата на държавната санкция предметите на сключените на различни нива колективни трудови договори са идентични, което прави възможно и противоречието между съдържащите се в тях норми (по арг. чл. 50 във вр. с чл. 51а, чл. 51б и чл. 51 в КТ). Също така между предмета на колективния трудов договор и на вътрешните правила има частично съвпадение, което позволява техните норми да дават различна регламентация на трудовите възнаграждения (по арг. чл. 50 КТ във връзка с чл. 22 НСОПЗ). В същото време предметът на колективния трудов договор и вътрешните правила, от една страна, и предметът на правилника и решенията, от друга, включват различни по вид и съдържание права и задължения. Следователно ако всеки един от тях регулира в рамките на определения от държавата предмет, между техните норми не може да има каквото и да е противоречие;

– **трето**, адресатите на колективния/те трудов/и договор/и на вътрешните правила трябва да съвпадат. Това изискване е последица от по-ограничено в сравнение с държавните източници персонално действие на всеки един от видовете недържавни източници. Наличието на сключени на различни нива колективни трудови договори и/или вътрешни правила автоматично

¹⁰ Вж. повече в т. 4.1 от изложението.

не означава, че те регулират едни и същи правоотношения, за да влизат в противоречие един с друг. Противоречието е възможно само когато служителят и работодателят едновременно са адресати и на двата, регулиращи по различен начин правоотношението им колективни трудови договори или колективен трудов договор и вътрешни правила. Изводът е безспорен, независимо от неточността в разпоредбата на чл. 50, ал. 2 КТ, която в противоречие с чл. 57 КТ изисква само работодателят да е адресат на сключените на ниво отрасъл, бранш и община колективни трудови договори. Пропуск, който следва да бъде отстранен със създаване на точна санкция на персонално действие на различните видове недържавни източници;

– **четвърто**, недържавните източници регулират трудовите правоотношения. Противоречието е възможно само когато нормите на колективните трудови договори и вътрешните правила са заместили държавните разпоредби и вместо тях по противоречив начин уреждат трудовите права и задължения. Така например сключеният на ниво отрасъл колективен трудов договор и сключените на ниво работодател колективни трудови договори уреждат различни минимални размери на основния платен годишен отпуск. Когато уреждат по-високи в сравнение с установените в чл. 155, ал. 4 КТ стойности, техните норми заместват държавната разпоредба и влизат в противоречие една с друга, регулирайки едно и също трудово правоотношение. По силата на санкцията в чл. 50, ал. 2 КТ колективният трудов договор не може да регламентира по-неблагоприятен за служителите режим в сравнение с установения в друг, приложим по правоотношението колективен трудов договор. Следователно при наличие на два колективни трудови договора, сключени на различни нива, даващи различна уредба на едни и същи права, се прилагат нормите на по-благоприятния за служителите независимо от нивото и поредността на сключване. Всяка една норма, която регламентира по-неблагоприятен в сравнение със създадения от другия недържавен източник режим, противоречи на императивната санкция и е недействителна. Нейното провъзгласяване гарантира прилагането на по-благоприятния, създаден от частноправните норми в сключения на друго ниво колективен трудов договор.

Идентична е санкцията в чл. 22, ал. 2 НСОРЗ, според която вътрешните правила не могат да уреждат по-неблагоприятни в сравнение с колективния трудов договор права. Когато техните норми регламентират по-ниски в сравнение с уредените в колективния трудов договор размери на трудовите възнаграждения, те влизат в противоречие със санкцията, недействителни са и не се прилагат. Във всяка отделна хипотеза е въпрос за конкретна преценка чии норми са по-благоприятни за служителите и затова се прилагат по техните трудови отношения. Когато работодателят не прилага нормите

на по-благоприятния колективен трудов договор или вътрешни правила, за служителя възниква право на съдебна защита. При условие че работодателят не прилага по-благоприятните норми на колективния трудов договор, то в рамките на тригодишната давност с помощта на осъдителен иск и на основание чл. 59 КТ служителите могат да претендират реализиране/изплащане в пълен размер на уредените в тях права. Когато работодателят не прилага по-благоприятните вътрешни правила, на основание чл. 357, ал. 1 КТ служителите имат право в рамките на тригодишна давност, отново с помощта на осъдителен иск, да претендират изплащане на уредените в техните норми възнаграждения в пълен размер.

6. Противоречието с недържавните източници като основание за недействителност на договорните клаузи

Когато недържавният източник регулира трудовите правоотношения, неговите норми създават императива, който ограничава договорната свобода на страните. Въпреки частноправния им характер нормите в колективния трудов договор, правилника, вътрешните правила и решенията установяват императивната граница, която служителят и работодателят нямат право да нарушават. Всяко едно нарушаване или заобикаляне на императивните или на диспозитивните с императивен минимум норми е съществен порок на волята, водещ до недействителност на клаузата и нейното заместване със съответната частноправна норма.

„Въздигането“ на противоречието с нормите на недържавните източници в основание за недействителност на договорните клаузи и тяхното заместване със съответните частноправни норми е съществена част от държавната санкция. С неговата изрична уредба законодателят равнопоставя недържавните на държавните източници и им придава стойността на нормативни регулатори, които ограничават, направляват и контролират договорната свобода. Към момента само противоречието и заобикалянето на колективния трудов договор се уреждат изрично като основание за недействителността на трудовия договор и останалите основания за учредяване на трудовите правоотношения (по арг. чл. 74, ал. 1 КТ). Законодателят не регламентира недействителността на клаузите в трудовия договор, допълнителното споразумение по чл. 119 КТ и чл. 107 КТ, когато влизат в противоречие с правилника, вътрешните правила или решенията. Подход, който поражда множество проблеми и поради факта, че не всеки работодател прилага колективен трудов договор, но всеки е длъжен да прилага нормите на правилника и на вътрешните правила.

7. Изводи

Разширяването на предмета и персоналното действие на недържавните източници съществено повишава тяхното значение в процеса на нормативно регулиране на трудовите отношения. Субектите, които ги създават, все по-ясно осъзнават и използват предоставените им възможности, включително и в хипотезите на нарушаване и заобикаляне на държавните минимални императивни стандарти. Увеличаващата се тежест на частноправните норми, които едновременно или вместо държавните разпоредби уреждат трудовите права и задължения, води до съществени промени в метода на трудовото право като отрасъл. В резултат недържавното регулиране поставя все по-големи предизвикателства и се нуждае от адекватна и своевременна законова регламентация. В същото време държавната санкция на различните видове недържавни източници продължава да е непълна и противоречива, което не само не стимулира, а допълнително затруднява недържавното регулиране. Това прави необходима промяната в КТ, която би позволила ефективното функциониране както на отделните видове, така и на цялата система на източниците на трудовото право.

ПРАВИЛНИКЪТ НА НАРОДНОТО СЪБРАНИЕ – УНИКАЛЕН ИЗТОЧНИК НА ПРАВОТО

Доц. д-р Наталия Киселова
*Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет*

THE RULES OF PROCEDURE OF THE NATIONAL ASSEMBLY – UNIQUE SOURCE OF LAW

Assoc. Prof. Natalia Kiselova, PhD
*Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law*

Abstract. The article presents a unique parliamentary act – Rules of Procedure of the National Assembly. This act is the only one and reflects the autonomy of the parliament. The text presents its essence as a sub-constitutional, special and normative act with the rank of law through the practice of the Constitutional Court.

Keywords: *parliament, parliamentary autonomy, National Assembly, Rules of Procedure of the National Assembly*

Парламентът е онзи орган, от който в средновековна Англия тръгват усилията за ограничаване на абсолютната кралска власт и наченките на инструменталния конституционализъм. Съсловните съвещателни събрания в другите европейски държави (Генералните щати във Франция, Кортесите в Испания, сеньориите в италианските градове държави и др.) не успяват да отговорят на променените обществено-политически и социално-икономически условия и са заменени от представителни органи по модел на английския Парламент (отвоюване на правомощия и начин на формиране).

Парламентът е първият орган на прага на новото време, който поставя основите на политическото хоризонтално разделение на властите в Европа. В неговия ареал на компетентност първоначално са правомощията за последващ контрол върху харченето на парите в държавата¹, на действия-

¹ „No Taxation without Representation!“ („Няма данъци без представителство!“) е принцип, който съпътства ограничаването на властта на монарха още от Великата харта на свободите, подписана през 1215 г.

та и актовете на кралските служители, усилия за кадрови назначения или отстраняване на членове на кабинет, налагането на правила за ограничаване на властта на монарха. Върху тези правомощия, упражнявани чрез противопоставяне на властта на монарха непоследователно или с умерен успех, се налагат трите основни (конституционни) функции на представителния орган при парламентарно управление – законодателна, конститутивна и контролна.

Противопоставянето на монарха и на неговата абсолютна власт предполагат парламентът да извоюва за себе си (като орган) и за своите членове (представители на народа, които са избрани от него, събират се периодично и са натоварени с мандат да решават „от името на народа“ и „за народа“) автономия/независимост от краля и неговите служители. Установяването на политическото представителство като самостоятелен институт категорично след Френската революция от 1789 г.² и разпространението на неговите форми създават понятието „представителна система“ като неразделна част на конституционната държава на новото време.

Автономията на парламента, разбираана като независимост сред разделените власти, включва различни елементи, формирани от 1295 г. насам, когато е свикван и заседавал т.нар. *Model Parliament*³, в който за пръв път има избрани представители наред с членовете на органа парламент по право. Декларацията за правата на човека и гражданина от 26 август 1789 г. и първата Конституция на Франция от септември 1791 г. допълват парламентарната автономия с положения, въз основа на които се оформя същината на представителния орган, а именно – депутатът представлява цялата нация/народ и парламента формира (политическата) воля и решава „за“ и „вместо“ народа⁴.

Автономията на парламента като общонационален и представителен орган след Втората световна война включва редица елементи, които дават независимост от другите централни държавни органи и автономна регламентарна власт да уреди вътрешната си хоризонтална и вертикална структура, реда за дейността на пленарния си състав и на своите въ-

² Вж. напр. чл. VI. от Декларацията за правата на човека и гражданина от 26 август 1789 г. „Законът е израз на общата воля. Всички граждани имат правото да участват лично или чрез свои представители при неговото създаване. Той трябва да бъде еднакъв за всички било когато защитава, било когато наказва. Всички граждани, тъй като са равни пред закона, имат еднакъв достъп до всички обществени длъжности и служби, съобразено с техните способности и без друга разлика освен тази, която произтича от техните добродетели и дарби.“

³ www.britannica.com/topic/Model-Parliament [29.01.2022]

⁴ Вж. Близнашки, Г. Принципи на парламентарното управление, София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2007, 132–151; Друмева, Е. Конституционно право. София: Сиела, 2018, 335–338.

трешни органи, както и на неговите членове – депутатите^{5,6}. Сред тези елементи обичайно се посочват конституирането на парламента като държавен орган⁷ след избори⁸ и правилото, че първото заседание се ръководи от най-възрастния народен представител⁹, избор на вътрешни (постоянни и временни комисии) и ръководни (председател и заместник-председатели) органи¹⁰, определяне на реда за тяхната дейност, подготовката и провеждането на редовни и извънредни заседания, учредяването на парламентарни групи¹¹, организацията и дейността на парламентарната администрация. Към автономията на парламента като независим орган трябва да бъдат включени също и (при постоянно действащ парламент) възможността представителният орган сам да определя кога не заседава и кога е във ваканция¹², свободният мандат (чл. 67¹³)¹⁴ и имунитетът на политическите представители¹⁵ (наказателна неотговорност – чл. 69 от Конституцията на Република България, и наказателна неприкосновеност – чл. 70

⁵ Депутатът (от лат. *deputatus*) е посланик, представител, пълномощник, избран да изразява и защитава интересите на излъчилите го хора.

⁶ За да се реализира пълноценно политическото представителство на депутатите, основният закон предоставя особен конституционноправен статус – съвкупност от права и задължения, правни, организационни, социални и други гаранции, които да обезпечават независимостта на парламентариста, а така също и неговата подотчетност, подконтролност и отговорност. Вж. Варлен, М. В. Статус парламентария: теоретическите проблеми, Москва: Проспект, 2011, с. 3.

⁷ Стойчев, С. Конституционно право. София: Сиела, 2002, с. 430.

⁸ Вълканов, В. Правното положение на народния представител. София: Издателство на БАН, 1976, 32–44.

⁹ Чл. 76, ал. 1 от Конституцията на Република България гласи: „Първото заседание на Народното събрание се открива от най-възрастния присъстващ народен представител“.

¹⁰ Стойчев, С. Конституционно право. София: Сиела, 2002, с. 397.

¹¹ Близнашки, Г. Парламентарно право. София: Сиела, 2015, с. 228.

¹² Чл. 74 от Конституцията гласи: „Народното събрание е постоянно действащ орган. То само определя времето, през което не заседава“.

¹³ Първата алинея на чл. 67 от Конституцията на Република България гласи, че „народните представители представляват не само своите избиратели, а и целия народ. Обвързването със задължителен мандат е недействително“. Втората алинея допълва, че депутатите „действат въз основа на Конституцията и законите в съответствие със своята съвест и убеждения“.

¹⁴ Свободният мандат следва да бъде разбран като гаранция за автономия на политическите представители от техните избиратели. Вж. Близнашки, Г. Принципи на парламентарното управление. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2007, 152–169.

¹⁵ Вж. повече при Пенова, П. Имунитет на политическите представители – сравнителни аспекти и съвременни тенденции. – В: Конституционни изследвания 2017 г. „Постдемократичният“ конституционализъм. Състав. и науч. редактор Пл. Киров. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2018, 126–162.

от Конституцията на Република България)¹⁶, свалянето на наказателната неприкосновеност¹⁷, самостоятелният бюджет на представителния орган¹⁸ и постулатът, че възнагражденията на народните представители се определят от парламента¹⁹.

Основните политически и конституционни функции на парламента са изведени в основния закон на държавата, но вътрешноорганизационните правомощия като част от законодателната и конститутивната функция, които се отнасят до вътрешната структура и реда на дейност на представителния орган и на неговите вътрешни органи, намират подробна уредба в самостоятелен акт – правилник²⁰. От 1707 г. насам²¹, когато английската

¹⁶ Вж. и Пенова, П. Конституционноправни аспекти на парламентарния имунитет. – В: Конституционни изследвания 2014–2015 г. 25 години демократична трансформация в Република България. Състав. и научен ред. Пл. Киров. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2017, 432–450.

¹⁷ Първата алинея на чл. 70 предвижда, че „народните представители не могат да бъдат задържани и срещу тях не може да бъде възбудено наказателно преследване освен за престъпления от общ характер, и то с разрешение на Народното събрание, а когато то не заседава – на председателя на Народното събрание. Разрешение за задържане не се иска при заварено тежко престъпление, но в такъв случай незабавно се известява Народното събрание, а ако то не заседава – председателя на Народното събрание“. Втората алинея на чл. 70 (обн. ДВ, бр. 27 от 2006 г.) предвиди, че „разрешение за възбудяване на наказателно преследване не се изисква при писмено съгласие на народния представител“.

¹⁸ Чл. 62, ал. 2 от Конституцията на Република България гласи, че „Народното събрание има самостоятелен бюджет“. Втората алинея е добавена през 2007 г. към чл. 62 (обн. ДВ, бр. 12 от 2007 г.).

¹⁹ Чл. 71 гласи: „Народните представители получават възнаграждение, чийто размер се определя от Народното събрание“.

²⁰ В юридическата практика на парламентите по света правилата относно парламентарните процедури са закрепени в Конституцията на съответната държава, в правилник или регламент и в други актове на парламента, в съответен закон, както и в парламентарен обичай или прецедент.

²¹ Още от XIII в. има много правила, обичаи и традиции, които помагат да се улесни работата на парламента. Голяма част от парламентарните процедури са се развивали чрез непрекъснато им използване през вековете и не са записани в правилника. Това положение е известно като „обичай и практика“ (custom and practice). Практиката законопроектите да се „четат“ три пъти и в двете камари не е в правилника например. Други процедури са се развили чрез прецеденти като решения, направени от председателя, и чрез резолюции на Камарата. Като част от съвкупността от правила (авторитетен източник на парламентарните процедури), по които работи Парламентът, е „Трактат за правото, привилегиите, процедурите и практиките на Парламента“ (Treatise on the Law, Privileges, Proceedings and Usage of Parliament) на служителя Ъ. Мей в Камарата на общините между 1871 и 1886 г. Той предоставя подробности за спазваните „правила“ в Камарата, независимо дали се отнасят до регламентите, до традиционната практика, или произтичат от „решенията на председателя“. По парламентарна конвенция министрите седят на предната пейка от дясната страна на председателя, „Главният камшик“ обикно-

Камара на общините приела свой правилник²², автономията намира израз в европейската правна традиция да се приема „вътрешен закон“ на парламента²³. Правилниците на парламентите играят значима роля в политическия живот на страната, в отношенията „мнозинство—опозиция“ и оказват голямо влияние върху цялата национална правна система.

вено седи на този ред непосредствено до пътеката. Парламентарните лични секретари обикновено седят в реда зад своя министър. Официалните говорители на опозицията използват предната скамейка отляво на председателя. Малцинство или по-малки партии седят на пейките под прохода вляво.

Членовете на Камарата на общините могат да говорят само от мястото, където са били призвани, което трябва да бъде в залата отвъд червените линии (традиционно се предполага, че са на разстояние две дължини на меча). Стилът на дебат в Камарата традиционно е бил на дебат чрез слушане на изказванията на други членове на Парламента и намеса в тяхната реч чрез спонтанна реакция от опонент. Този стил на дебат може да превърне Камарата на общините в доста шумно място със силно изразено мнение, много интервенции, изрази на одобрение или неодобрение и понякога на реплики и закачки. В крайна сметка председателят на Камарата на общините е този, който контролира Камарата, кой говори и кога. Членовете имат право, когато говорят, да бъдат изслушани без непоносим фон шум (умишлен или случаен) и председателят ще призове за ред, ако изглежда, че има опит за заглъшаване на член или когато определен брой членове напускат залата или говорят на висок глас.

Традицията, която прави впечатление на посетители на Парламента, е разликата между цветовете, които се използват в частите на сградата, отредени за двете камари – на лордовете и на общините. Зеленото е основният цвят за обзавеждане и тъкани в Камарата на общините, като зелените пейки на Камарата може би са най-разпознаваемите от тях. Първото авторитетно споменаване на използването на зелено в залата е през 1663 г. В Камарата на лордовете червеното се използва по подобен начин в тапицериия, хартия за бележки и т.н. Този цвят най-вероятно произтича от използването от монарси на червено като кралски цвят и последващото му използване в стаята, където монархът се е срещал с двора и благородниците. Вж. повече на www.parliament.uk/about/how/role/customs [29.01.2022]

²² Парламентарните правила, които регулират работата на Парламента, могат да бъдат разделени на четири основни групи. Първата група се отнася до практиката, която по общото разбиране е установена през вековете и не е необходимо да се записва официално. Втората е правилникът, който представлява съвкупност от правилата, съгласно които Парламентът извършва дейността си и регулират начина, по който членовете на Парламента се държат и се организират разискванията в камарите. Третата група се отнася до решенията на председателя на Камарата на общините. Това са решения на председателя на Долната камара относно процедури, които са били отнесени до него за разяснение. В Камарата на лордовете процедурата се разработва от самата камара чрез Процедурната комисия, която разглежда всякакви предложения за промени в правилника. И на четвърто място – други производства, които се контролират от актове на Парламента, които обхващат неща, като полагане на клетва или представяне на законопроекти в Парламента. Вж. www.parliament.uk/site-information/glossary/parliamentary-procedure [29.01.2022].

²³ Близнашки, Г. Парламентарно право. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2015, с. 28.

Приемането на правилник, по който се организира и функционира представителният орган, единодушно се приема от съвременни български автори²⁴ и в конституционната практика²⁵ като израз на автономията на парламента.

Най-общото определение за парламентарния правилник, което се дава в науката (конституционно право и по-конкретно парламентарно право), е, че това е правен нормативен акт, определящ вътрешната организация и реда за дейност на държавния орган парламент²⁶, или, казано по друг начин, съвкупност от правила, установяващи реда, по който парламентът реализира своите правомощия²⁷. Конституцията включва основните норми, определящи правомощията, структурата и евентуално срока на пълномощия на парламента, а неговият правилник определя условията и механизма, чрез които се реализират конституционните норми.

Приемането на правилник за вътрешния ред на Народното събрание се предвижда както в Търновската конституция (чл. 94, 1879 г.), така в двете социалистически конституции (чл. 20, ал. 2 от Конституцията от 1947 г. и чл. 75 от Конституцията от 1971 г.) и в действащата ни Конституция (чл. 73 от Конституцията от 1991 г.). Всеки новоизбран парламент от 1991 г. насам приема свой Правилник за организацията и дейността си. Конституцията (чл. 73) споменава изрично наличието на правилник, по който Народното събрание се организира и работи, и оставя цялата останала регламентация на самия правилник. Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание (ПОДНС) е уникален нормативен акт, който се приема не въз основа и в изпълнение на закона, а на самата Конституция. Той се приема от Народното събрание на едно гласуване и се обнародва в „Държавен вестник“ от председателя на Народното събрание. Изменения в него се правят с

²⁴ Вж. Спасов, Б. Правилникът за вътрешния ред на Народното събрание на Народна република България. (Правна същност и режим). – В: Годишник на СУ, Юридически факултет, 57, 1966, № 2, 13–56; Конституция на Република България. Коментар. София: Сиела, 1999, 187–189; Стойчев, С. Конституционно право. София: Сиела, 2002, с. 430; Близнашки, Г. Парламентарно право. София: Сиела, 2015, 28–32; Друмева, Е. Конституционно право. София: Сиела, 2018, 356–358.

²⁵ Вж. мотиви към Решение № 16 от 2018 г. на Конституционния съд по к. д. № 4 от 2018 г. (обн. ДВ, бр. 95 от 16.11.2018 г.), където се казва: „Народното събрание като висш конституционно установен държавен орган и народно представителство (Парламент на републиката) се ползва с *автономия*. Тя се гарантира чрез предоставеното на парламента от конституционния законодател право да приема правилата на своята организация и дейност и да решава въпросите относно своето управление – чл. 73 от Конституцията“.

²⁶ Юридический энциклопедический словарь, под ред. О. Е. Кутафина, Москва: Большая рос. энцикл., 2002, с. 443; Бударина, С. В. Роль регламента в правовом регулировании парламентских процедур. – В: Ученые записки Казанского государственного университета. Том 149, кн. 6 Гуманитарные науки, 2007, 117–121.

²⁷ Мамаев, В. А. Регламент Конгресса США. Москва: АН СССР, 1962, с. 138.

(нормативно) решение на Народното събрание. Правилникът обаче подлежи на контрол за конституционност от Конституционния съд в общата рамка на „актове на Народното събрание“ (чл. 149, ал. 1, т. 2 от Конституцията).

Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание е бил обект на произнасяне (преимуществено е бил предмет на нормен контрол) през трите десетилетия, в които функционира конституционната юрисдикция.

С най-важно практическо значение е Тълкувателно решение № 7 от 2010 г.²⁸, с което се даде задължително тълкуване на чл. 73 във връзка с чл. 86, ал. 2 от Конституцията на Република България. До 2010 г. имаше нюанси в разбиранята за правната същност на ПОДНС Според Конституционния съд „Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание, приет на основание чл. 73 от Конституцията на Република България, е нормативен акт и има задължителна сила за държавните органи, организациите и гражданите. Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание не е закон, но по силата на Конституцията стои паралелно със закона в йерархията на нормативните актове“.

Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание е акт на законодателния орган в държавата, който се създава от него автономно и суверенно²⁹. Той е предназначен да регулира вътрешната организация на НС и неговите органи (председател³⁰,

²⁸ Обн. ДВ, бр. 42 от 04.06.2010 г.

²⁹ Вж. мотиви към Тълкувателно решение № 7 от 2010 г. на Конституционния съд.

³⁰ Вж. мотиви към Решение № 16 от 1992 г. на Конституционния съд по к. д. № 25 от 1992 г. (обн. ДВ, бр. 94 от 20 ноември 1992 г.). Председателят на Народното събрание се избира от Народното събрание, представлява го и се отчита пред него. Неговите правомощия възникват като резултат от вота на народните представители. Той няма повече права от другите народни представители по отношение на реализирането на същностните властнически функции на Народното събрание, а именно законодателната дейност, контрола над изпълнителната власт, приемането на другите актове на Народното събрание – решения и обръщения. Макар традиционно председателят на Народното събрание винаги да е бил престижна фигура в политическия живот на България, той няма и не е имал право на решаващ глас или вето, няма свои обособени председателски правомощия за проява на инициатива в областта на посочените по-горе същностни функции на Народното събрание, различни и по-големи от тези, които има всеки народен представител. *Председателят на Народното събрание не е самостоятелен орган на власт в традиционния смисъл на това понятие, макар известни властнически правомощия да са му дадени* (чл. 77, ал. 1, т. 4), а други да са предвидени като възможности в изключителни ситуации (чл. 97, ал. 4).

Типичното, основното в правомощията на председателя на Народното събрание е това, че те са насочени преди всичко към организацията и дейността на Народното събрание. Такива са функциите му по отношение на организацията и ръководството на парламента, подготовката на дневния ред, спазване на вътрешните правила и процедура. Специфични са и представителните му функции. Когато осъществява такива, например във външнополитическите отношения, той може да изказва виждания и становища, но ако действията му

ангажират Народното събрание с поемането на определени задължения, той трябва да бъде специално упълномощен за това или впоследствие тези негови действия трябва да бъдат одобрени от Народното събрание. Във всички случаи представителните му функции се осъществяват в рамките на правомощията (както по продължителност, така и по съдържание), дадени му от Народното събрание.

Относно срочността на правомощията няма съмнение, че председателят се избира от Народното събрание за срок, еднакъв с този на мандата на самото Народно събрание. Проблемът, който се поставя от групата народни представители – автори на искането, е във връзка с възможността за предсрочно прекратяване на неговите правомощия.

Наистина Конституцията е установила основанията за прекратяване на мандата на основните носители на законодателната, изпълнителната и съдебната власт. Това тя директно не е направила за правомощията на председателя на Народното събрание. Пропуск всъщност няма, като се има предвид разпоредбата на чл. 73 от Конституцията, предвиждаща, че „организацията и дейността на Народното събрание се осъществява въз основа на Конституцията и на правилник, приет от него“. (Текстът е приет от ВНС с 236 гласа „за“, 1 „против“ и 4 „въздържали се“.) Конституционният съд приема, че това *разрешение, залегнало в Конституцията, предвиждащо възможността прекратяването на правомощията да се реши нормативно от Народното събрание в Правилника за неговата организация и дейност, съответства на характера на доминиращите организационни и представителни функции на председателя на Народното събрание, визирани в чл. 77 от Конституцията*, които бяха анализирани в изложението по-горе.

Ако нещата се разгледат в сравнителноправен аспект, нашата Конституция възпроизвежда разрешение, съдържащо се в почти всички европейски конституции, които не предвиждат разпоредби за прекратяване на правомощията на председателя на парламента. Никъде в теорията и практиката това не се счита за пропуск или недостатък на тези конституции. Такава липса може да се констатира и при прочита на представените от различни политически сили в България проекти за Конституция, които са били предмет на обсъждане при разработване на сега действащата.

В заключение Конституционният съд приема, че възможността за регулиране в Правилника за организацията и дейността на Народното събрание на предсрочното прекратяване на правомощията на неговия председател произтича пряко от разпоредбата на чл. 73 от Конституцията и е в съответствие с характера на функциите му, предвидени в чл. 77, както и с източника на тези правомощия – вота на народните представители, които го избират от средата си, за да ги ръководи авторитетна и компетентна личност, която има положението на „пръв между равни“. Искането за обявяване на противоконституционността на чл. 5 от Правилника за организацията и дейността на Народното събрание е неоснователно и следва да бъде отхвърлено. Друг е въпросът, че текстовете му могат да бъдат усъвършенствани. Така например не е лишено от основание предвиждането на срок, в който правомощията на председателя на Народното събрание да се стабилизират след отхвърлен вот на недоверие. Разумно е регламентирането и на невъзможност за гласуване на вот на недоверие и в случая, когато по изключение той поеме президентските функции (чл. 97, ал. 4), при положение че сам не се кандидатира за президент или вицепрезидент, за да се осигури по този начин политическа стабилност по време на двумесечния период, в който трябва да се проведат избори за президент и вицепрезидент. Всичко това обаче може да бъде нормативно уредено единствено от народните представители чрез изменение и допълнение на чл. 5 от Правилника за организацията и дейността на Народното събрание, какъвто път те впрочем правилно бяха избрали преди сезирането на Конституционния съд с искането за обявяването на противоконституционността на чл. 5.

^{31, 32}, комисии), реда на тяхната дейност и правното положение на народните представители³³.

³¹ Вж. мотиви към Решение № 13 от 1997 г. на Конституционния съд по к. д. № 7 от 1997 г. (обн. ДВ, бр. 89 от 7 октомври 1997 г.). Председателят на Народното събрание има правомощия, които са изчерпателно изброени в чл. 77, ал. 1 от Конституцията. Те обаче не му дават повече права от останалите народни представители по отношение на законодателната инициатива и инициативата за издаване на други актове от парламента.

³² Вж. мотиви към Решение № 13 от 1998 г. на Конституционния съд по к. д. № 11 от 1998 г. (обн. ДВ, бр. 67 от 12 юни 1998 г.). Съдът е имал възможност да посочи вече в Решение № 16 от 10 ноември 1992 г. по к. д. № 25 от 1992 г. (обн. ДВ, бр. 94 от 1992 г.), че съдържателята се в чл. 73 от Конституцията възможност „прекръпяването на правомощията да се реши нормативно от Народното събрание в правилника за неговата организация и дейност, съответства на характера на доминиращите организационни и представителни функции на председателя на Народното събрание...“. Очевидно така изяснената конституционно установена възможност обхваща както основанията за предсрочно освобождаване на председателя и на заместник-председателите на Народното събрание (чл. 5, ал. 1 ПОДНС), така и реда, по който това става (чл. 5, ал. 2 ПОДНС).

³³ Вж. мотиви към Решение № 4 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 2 от 1995 г. (обн. ДВ, бр. 62 от 11 юли 1995 г.; попр. бр. 65 от 21 юли 1995 г.). Възможността Комисията по парламентарна етика да установява и обсъжда случаи на несъвместимост очевидно не е и не може да бъде част от производството по чл. 72, ал. 2 във връзка с ал. 1, т. 3 от Конституцията пред Конституционния съд. Евентуалното произнасяне от страна на Комисията не е намеса в дейността на Конституционния съд, защото нито може да предизвика производство пред Конституционния съд (т.е. да сезира съда), нито може да повлияе на евентуалното решение на Конституционния съд.

Народното събрание може да отменя решението си, с което е дадено разрешение за задържане на народен представител. Това не нарушава приетото в Конституцията разделение на властите и не представлява намеса в дейността на независимата съдебна власт. След като веднъж Народното събрание е приело за основателно искането на главния прокурор на Републиката за снемане имунитет на народен представител и го е уважило, по-нататък е противоконституционно законодателният орган да се намесва в дейността на следствието, прокуратурата и съда. В противен случай наказателноправното положение на един народен представител в наказателното производство във всеки момент би могло да се контролира и коригира от законодателния орган, което е противоконституционно. Наказателната неприкосновеност на депутатите действа по време на мандата им. Не следва да продължават действия по вече възбудено наказателно преследване, включително и за тежки престъпления. В тези случаи единствената възможност да продължи наказателното преследване, ако е за тежко престъпление по смисъла на Наказателния кодекс, е даването на разрешение от Народното събрание или неговия председател, когато то не заседава. Ако такова разрешение не е дадено или се отнася за престъпление, което не е тежко по смисъла на Наказателния кодекс, наказателното преследване ще продължи след изтичане или предсрочно прекръпяване на пълномощията на народния представител.

Съгласно чл. 68, ал. 1 от Конституцията народните представители не могат да изпълняват друга държавна служба или да извършват дейност, която според закона е несъвместима с положението на народен представител. Такъв статут депутатите получават непосредствено от момента на тяхното избиране. Оттогава се прилагат изискванията за несъвместимост.

^{34,35}, парламентарните групи³⁶, законодателния процес и контролните правомощия на Събранието.

³⁴ Вж. мотиви към Решение № 5 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 3 от 1995 г. (обн. ДВ, бр. 62 от 11 юли 1995 г.). При положение че действията, извършени от народен представител, съставляват и престъпление, обсъждането им от Комисията по парламентарна етика (дори от самия парламент) не представлява намеса в дейността на независимата съдебната власт. Вземането на становище по обвиненията не е и не може да бъде задължително за правосъдните органи. Щом това е така, чрез него не се осъществява намеса в тяхната дейност. Правомощията на Комисията по парламентарна етика я определят като „комисия по статута на депутатите“. Не могат да се намерят основания да се отрече на тази комисия възможността да следи за поведението на депутатите, което може и да не съставлява престъпление, но уронва престижа им на членове на законодателния орган.

Разпоредбата на чл. 105, ал. 3 [от ПОДНС] относно „достатъчни доказателства“ противоречи на принципа за разделение на властите. Дали доказателствата по едно предполагаемо престъпление и то „тежко“ са достатъчни или не, може да прецени само съдебната власт.

³⁵ Вж. и Тълкувателно решение № 10 от 1992 г. на Конституционния съд по к. д. № 13 от 1992 г. за тълкуване на чл. 69 и чл. 70 от Конституцията и относно искане за обявяване на противоконституционност на чл. 100, ал. 3 и 6 от Правилника за организацията и дейността на Народното събрание (обн. ДВ, бр. 63 от 4 август 1992 г.). Имуניתетът на народните представители обхваща наказателната им неотговорност по чл. 69 от Конституцията и наказателната им неприкосновеност по чл. 70 от Конституцията. Наказателната отговорност представлява забрана за търсене наказателна отговорност от народните представители за изказаните от тях мнения и за гласуванията в органите на Народното събрание и извън тях по време на пълномощията и след прекратяването им. Наказателната неприкосновеност представлява забрана за търсене на наказателна отговорност от народните представители по време на пълномощията им за извършени от тях престъпления. Народните представители не могат да бъдат задържани и срещу тях не може да се възбужда наказателно преследване освен за тежки престъпления след предварително разрешение на Народното събрание или на неговия председател, когато то не заседава. За задържане при заварено тежко престъпление разрешение не се иска. Изразът „може да бъде възбуждано наказателно преследване“ по чл. 70 от Конституцията означава даване разрешение на надлежните органи за образуване на предварително производство и предприемане следствени действия срещу народен представител за извършено от него тежко престъпление.

³⁶ Вж. мотиви към Решение № 13 от 1998 г. на Конституционния съд по к. д. № 11 от 1998 г. (обн. ДВ, бр. 67 от 12 юни 1998 г.). Разпоредбата на чл. 12, ал. 2 от ПОДНС предвижда, че „минималният брой народни представители за образуване на парламентарна група е 10“. В искането си народните представители поддържат, че тази разпоредба ограничава „правата на народните представители да се съюзяват и образуват формални групи за защита интересите не само на своите избиратели, а и на целия народ“. Съдът приема, че *въпросът за минималната численост на парламентарните групи се отнася до организацията и функционирането на Народното събрание и следва да се реши от самото него*. Единствената конституционна разпоредба, в която се споменават парламентарните групи, е разпоредбата на чл. 99, уреждаща съставянето на правителството. Съдът не намира изрично установен конституционен критерий за определяне на числеността на парламентарните групи. Може да се приеме, че определянето на минимална численост на парламентарните групи според установената норма за народно представителство по разумен и справедлив начин съответства на изразената воля на избирателите в подкрепа на определен мандат, изразен в предизборната програма. Този подход има характер на трайно установена парламентарна практика и закрепването му в Правилника за организацията и дейността на Народното събрание не противоречи на Конституцията.

Правилникът е уникален, пряк подконституционен³⁷ и особен нормативен³⁸ акт от висок ранг, който изразява суверенното право на конкретната легислатура да уреди своята организация и дейност, нейната вътрешна автономия, спазването на чиито норми се контролира от самата нея³⁹.

Като особен нормативен акт от висок ранг ПОДНС не е закон по смисъла на чл. 86, ал. 2 от Конституцията, но има нормативно действие по смисъла на чл. 86, ал. 2 от Конституцията и е задължителен за всички. В системата на правните актове той заема едно от важните места като източник на националното конституционно право поради значимите обществени отношения, които регулира.

И законът, и правилникът са нормативни актове. Независимо от някои прилики⁴⁰ между тях, това са актове с различна правна природа, различни

³⁷ Правилникът обаче не е равнозначен на Конституцията (така в Решение № 3 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 6 от 1995 г., представено по-долу). Както по своето предметно съдържание и предназначение, така и по процедура на приемането му ПОДНС не стои на едно равнище с Основния закон. Обстоятелството, че чл. 73 от Конституцията предвижда изрично неговото създаване, не му придава конституционен характер. Разпоредбите на ПОДНС не стават и не са конституционни норми. Действието на ПОДНС се разпростира предимно по отношение на Народното събрание, органите му и народните представители. Трябва обаче да се подчертае, че редица негови предписания действат и по отношение на правни субекти извън Събранието – правителство, министри, Национален съвет за тристранно сътрудничество, заинтересувани обществени организации и граждани, държавни органи и длъжностни лица.

Вж. и мотиви към Решение № 3 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 6 от 1995 г. (обн. ДВ, бр.51 от 2 юни 1995 г.). Съгласно чл. 73 от Конституцията организацията и дейността на Народното събрание се осъществяват въз основа на Конституцията и на правилник, приет от него. Правилникът се приема от законодателния орган на основание на тази конституционна норма, но това не го прави част от нея, нейно продължение. Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание както по своето предметно съдържание и предназначение, така и по процедурата на приемането му не стои на едно равнище с основния закон – Конституцията. Разпоредбата на чл. 5, ал. 1, т. 2 ПОДНС, както и която да било друга разпоредба на този правилник, не представлява конституционна норма. Нарушаването им не води до противоконституционност.

³⁸ Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание *не притежава конституционна юридическа сила* (вж. Решение № 3 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 6 от 1995 г.). Това е акт с юридическа сила, съобразен единствено с разпоредбите на Конституцията.

³⁹ Вж. Определение № 3 от 2007 г. на КС по к. д. № 8 от 2007 г.

⁴⁰ Законът е един от най-важните актове, който се приема от Народното събрание. Като юридически акт той се определя и отграничава от останалите нормативни актове и чрез своята висша юридическа сила. Това важи и за правилника на Народното събрание, който се характеризира с това, че също е акт на Народното събрание и може да бъде създаден единствено от него. И двата акта са от компетентност на Събранието. Както законът, така и правилникът имат нормативен характер и не могат да бъдат отменени, изменени или допълнени, освен от Народното събрание. Юридическа сила и на двата акта не зависи от актове на други органи, освен от Конституцията.

по своята форма и съдържание юридически актове. Между закона и правилника съществуват различия, свързани с формата (реда за създаването им), с тяхното съдържание, с кръга на обществените отношения, предмета на регулиране⁴¹, със субектите на правоотношенията^{42,43}, както и с мястото им в правната система на страната.

Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание съдържа редица разпоредби, които се отнасят както до законодателния процес^{44,45,46}, но тяхното нарушаване не влече противоконституцион-

При законите инициатива имат Министерският съвет и всеки депутат, докато при ПОДНС правителството не може да има инициатива за неговото приемане или изменение. Членове на правителството не могат да участват при обсъждането на проекта за ПОДНС.

⁴¹ Със закон се уреждат най-важните области на държавния и обществения живот в страната. Нормите на закона нямат произведен характер, не се издават въз основа на правила за поведение от по-горна степен с цел да ги доразвият или конкретизират. Законната норма подлага на първично уреждане съответните обществени отношения. Закон може да бъде издаден, когато е необходимо да бъдат уредени „основни обществени отношения, които се поддават на трайна уредба“ (чл. 3, ал. 1 от Закона за нормативните актове). Това не важи за правилник по приложението на закон, но важи за правилника на Народното събрание. С него се регулират по-тесен и специализиран кръг обществени отношения, които са свързани с организацията и дейността на Събранието, с неговите органи и с правното положение на народните представители. Правилникът урежда материя, която е свързана с Народното събрание, а това означава, че при очертаване на разликата между двата акта съществено значение имат видът и кръгът на обществените отношения, които са предмет на правна регламентация от тези два вида актове.

⁴² Освен традиционните субекти, каквито са Народното събрание, неговите органи и народните представители, по изключение се включват и други физически и юридически лица. Винаги обаче поне единият от субектите на посочените правоотношения трябва да бъде от традиционните субекти.

⁴³ Вж. мотиви към Решение № 5 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 3 от 1995 г. (обн. ДВ, бр. 62 от 11 юли 1995 г.). С оглед разделението на властите по смисъла на чл. 8 от Конституцията, от кръга на лицата, по отношение на които Народното събрание или съответната комисия могат да задължат длъжностното лице да се яви и да отговори на поставени въпроси, следва да отпаднат президентът, вицепрезидентът, конституционните съдии и всички магистрати.

⁴⁴ Вж. мотиви към Решение № 5 от 1995 г. на Конституционния съд по к. д. № 3 от 1995 г. (обн. ДВ, бр. 62 от 11 юли 1995 г.). Чл. 101 от Конституцията е специален закон спрямо разпоредбата на чл. 88, ал. 1. Чл. 101 от Конституцията се отнася за друго – отлагателното вето на президента. Този текст от Конституцията е форма на участие на държавния глава в законодателния процес в неговия заключителен стадий. Доголкова, доколкото тази разпоредба препраща към чл. 88, ал. 3 от Конституцията, то е единствено за срока и в това се заключава връзката между двата конституционни текста.

⁴⁵ С разпоредби в правилника се регулира редът, който трябва да се спазва при осъществяване на законодателната дейност. Всеки приет от парламента закон трябва да бъде създаден по реда, определен от Конституцията и ПОДНС, които уреждат въпроса на колко четения да бъде приет законът, обсъждането му от постоянните комисии и др. Доколкото законът се създава и приема в съответствие с правилата, уредени в ПОДНС, се установява една *процедурна зависимост* на закона спрямо ПОДНС.

⁴⁶ Вж. мотивите към Решение № 13 от 1997 г. на Конституционния съд по к. д. № 7

ност на оспорения парламентарен акт^{47,48,49}, така и до упражняването на контролни правомощия⁵⁰ от страна на Народното събрание.

от 1997 г. (обн. ДВ, бр. 89 от 7 октомври 1997 г.). Организацията и дейността на Народното събрание се осъществяват въз основа на правилник, приет от него, но при спазване на Конституцията – чл. 73 от същата.

Съгласно чл. 87, ал. 1 от Конституцията право на законодателна инициатива има всеки народен представител. Това право не може да бъде ограничено и важи за всички други актове, които Народното събрание приема – решения, декларации, обръщения и пр. Конституционният законодател е предвидил изрично случаите, при които определени актове на парламента могат да се издават само по искане на група народни представители – чл. 89, ал. 1 и чл. 90, ал. 2 от Конституцията, или от правителството – чл. 87, ал. 2 от Основния закон.

⁴⁷ Вж. мотивите към Решение № 4 от 2018 г. на Конституционния съд по к. д. № 14 от 2017 г. (обн. ДВ, бр. 26 от 23.03.2018 г.). Според Конституционния съд изискването на чл. 88, ал. 1 от Конституцията за две гласувания на закона не ограничава законодателния орган да отстранява противоречия между неговите норми в хода на продължаващите в рамките на второто четене парламентарни разисквания до момента на приключване на процедурата по приемане на внесен законопроект.

Неоснователен е и направеният в искането довод за незачитане на парламентарната процедура, установена в ПОДНС. От една страна, само по себе си отлагането на повторното гласуване на отделна законова разпоредба за следващото парламентарно заседание не нарушава предписаното от Конституцията. От друга страна, макар в случая тезата за нарушаване на чл. 71, ал. 2 ПОДНС да е оспорима, няма никаква основателна причина Конституционният съд да се отклони от досегашното си разбиране, отразено последователно в редица съдебни актове, че неспазването на правилата по ПОДНС не може да бъде приравнено на конституционно нарушение (вж. Решение № 5 от 1998 г. по к. д. № 2 от 1998 г., Решение № 4 от 1995 г. по к. д. № 2 от 1995 г. и др.).

⁴⁸ Вж. мотиви към Решение № 8 от 2011 г. на Конституционния съд по к. д. № 5 от 2011 г. (обн. ДВ, бр. 52 от 08.07.2011 г.). Обстоятелството, че ПОДНС подлежи на контрол за конституционност, означава, че *неспазването му не може да бъде приравнено с нарушаване на Конституцията*. Конституционният съд има постоянна практика (така Решение № 3 от 1993 г. по к. д. № 2 от 1993 г. и др., последно Решение № 6 от 2007 г. по к. д. № 3 от 2007 г.), съгласно която преценката за конституционност на законотворческия процес може да се основава на стенографските протоколи от заседанията на Народното събрание. От тях могат да се установят необходимият кворум и мнозинство за приемане на актовете на парламента, броят на гласуванията, с които е приет закон или друг акт, конкретните гласувани текстове и тяхното съдържание и други, които констатации могат да бъдат правени само от Народното събрание.

⁴⁹ Вж. мотиви към Решение № 15 от 1992 г. на Конституционния съд по к. д. № 23 от 1992 г. (обн. ДВ, бр. 94 от 20 ноември 1992 г.). Обсъждането и приемането на законопроекта на второ гласуване е извършено в съответствие с процедурните правила на чл. 73 и чл. 88 от Конституцията.

⁵⁰ Вж. мотиви към Решение № 6 от 2011 г. на Конституционния съд по к. д. № 3 от 2011 г. (обн. ДВ, бр. 39 от 20.05.2011 г.). Конституционният съд с Решение № 11 от 2010 г. по к. д. № 13 от 2010 г. се е произнесъл за правната природа и предмета на Правилника за организацията и дейността на Народното събрание и за отношението му с Конституцията. *Предмет на правилника могат да бъдат само неуредени в Конституцията въпроси, отнасящи се до организацията и дейността на Народното събрание*. Правните последици на отхвър-

И накрая, различия съществуват и относно реда, по който се създава и изменя Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание. Правилникът се изработва от Събранието (конкретната легислатура) и то само установява реда за работата си, процедурата при изработването и гласуването му. Инициативата за това принадлежи само на народните представители⁵¹. По своята правна същност Правилникът е самостоятелен нормативен акт на Събранието, но нормативността на неговите разпоредби е в известна степен завоалирана, което е присъщо на конституционноправните норми.

Разпоредбите на правилника трябва да съответстват на Конституцията и не могат да противоречат на принципите ѝ, на нейните изрични норми и не могат да я допълват. Изискването за конституционност на правилника на Народното събрание води до упражняването на контрол от страна на Конституционния съд (чл. 149, ал. 1, т. 2 от Конституцията)^{52,53}, а преценката се прави единствено с оглед на това дали са нарушени конституционни принципи и норми⁵⁴.

леното предложение за гласуване на недоверие или на гласувано доверие на правителството са съществена част от конституционните институти „вот на недоверие“ и „вот на доверие“. Те не се отнасят нито до организацията, нито до дейността на Народното събрание и са предмет на уреждане само от Конституцията. По недопустим начин чл. 98 от Правилника за организацията и дейността на Народното събрание променя същностни характеристики на два самостоятелни института – вот на недоверие и вот на доверие, деформира ги и нарушава конституционно установения баланс между законодателната и изпълнителната власт.

⁵¹ При законите инициатива има Министерският съвет и всеки депутат, докато при Правилника на Събранието правителството не може да има инициатива за неговото приемане или изменение. Членове на правителството не могат да участват при обсъждането на проекта за ПОДНС.

⁵² Вж. Определение за допустимост от 2 юли 1992 г. на к. д. № 13 от 1992 г., според което „Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание подлежи на контрол за конституционност“.

⁵³ В практиката на Съда има немало решения, по които той се е произнасял, а от характера на Правилника следва, че действията, извършени въз основа на него, не могат да бъдат оспорвани по административен или по съдебен ред. Те могат да бъдат атакувани само пред Конституционния съд за установяване на тяхната противоконституционност. Правилникът за организацията и дейността на Народното събрание е акт, чиято юридическа основа е Конституцията, и поради това трябва да бъде съобразен с нейните принципи и разпоредби.

⁵⁴ Вж. напр. Решение № 9 от 2011 г. на Конституционния съд по к. д. № 7 от 2011 (обн. ДВ, бр. 80 от 14.10.2011 г.). В случая Народното събрание излиза извън кръга на правомощията си, посочени в чл. 84 и чл. 85 от Конституцията, и изземва конституционни правомощия на съдебната власт. В този смисъл действието на разпоредбата на чл. 100 ПОДНС е конституционно недопустимо. С тази разпоредба съдебните органи се задължават да предоставят необходимите сведения и документи дори когато те представляват следствена тайна. Постановянето на действията на съдебните органи в зависимост от предварително установеното им задължение от орган на законодателната власт представлява недопустима намеса в тяхната

Вътрешноорганизационната дейност на Народното събрание, съпоставена с другите му дейности, чрез които се реализират неговите конституционни (законодателна, конститутивна и контролна) функции, има по-малка обществена значимост, но тя е важен фактор за осигуряване на нормална и резултатна работа на представителния орган⁵⁵. Приемането на правилник, чрез който да се организира дейността на Народното събрание, е израз на неговата автономия. Този правилник е уникален, защото макар да е вътрешноустройствен и процедурен акт, той е „вътрешната конституция“ на Народното събрание⁵⁶. Бъдещото усъвършенстване на неговите разпоредби е гаранция за конституционносъобразното, плуралистично и ефективно осъществяване на политическите и конституционните функции на българския парламент.

работа. Съдебната власт е самостоятелна, като нейната зависимост от административно дадени преценки от други органи (в случая от Народното събрание) е нарушение на конституционни норми и е недопустимо.

⁵⁵ Стойчев, С. Конституционно право. София: Сиела, 2002, с. 430.

⁵⁶ Пак там.

ИНСТРУМЕНТИ НА ЗАЩИТАТА НА ПРАВАТА НА ЧОВЕКА.

ОСОБЕНО ЗНАЧЕНИЕ НА ХАРТАТА НА ОСНОВНИТЕ
ПРАВА НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ КАТО ИЗТОЧНИК НА
ПЪРВИЧНОТО ПРАВО НА ПРАВОТО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ
СЪЮЗ В ПРАКТИКАТА НА БЪЛГАРСКИТЕ СЪДИЛИЩА

Доц. д-р Савина Михайлова-Големинова
ръководител на магистърска програма
„Икономика и управление на публични ресурси“
Софийски университет „Св. Климент Охридски“, Стопански факултет

Екатерина Тархова
главен експерт в дирекция „Данъчна политика“
на Министерството на финансите на Република България

Румяна Михайлова
студент по право, пети курс
Софийски университет „Св. Климент Охридски“, Юридически факултет

MEANS FOR PROTECTION OF HUMAN RIGHTS. PARTICULAR IMPORTANCE OF THE CHARTER OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF THE EUROPEAN UNION AS A SOURCE OF PRIMARY LAW OF THE EUROPEAN UNION LAW IN THE PRACTICE OF BULGARIAN COURTS

Assoc. Prof. Savina Mihaylova-Goleminova, PhD
Director, Master's Program "Economics & Management of Public Resources"
Sofia University "St. Kliment Ohridski", Faculty of Economics and Business Administration

Ekaterina Tarhova
Chief Expert at the Tax Policy Directorate
of the Ministry of Finance of the Republic of Bulgaria

Rumyana Mihailova
fifth year student at the Faculty of Law
Sofia University "St. Kliment Ohridski"

Abstract. The study aims to present current issues related to Instruments for the Protection of Human Rights and to highlight the importance of the EU Charter of Fundamental Rights, as a source of primary law of the European Union, in the practice of Bulgarian courts.

Keywords: *Primary Law of the European Union; Fundamental Rights*

Увод

Различни инструменти са създадени на международно, европейско и национално ниво за защита на правата на човека (ПЧ)¹. Тази тема е особено актуална днес с оглед на миграционните процеси, които текат, поставящи нови предизвикателства пред Европейския съюз и правната му система. Отличителните характеристики на правата на човека са тяхната универсалност, неделимост и взаимозависимост.

1. Международни актове, по които България е страна

На международно равнище Република България е страна по множество международни актове, съдържащи разпоредби за прилагането и защитата правата на човека. Някои от най-важните са: Всеобщата декларация за правата на човека и приложените към нея Международен пакт за граждански и политически права и Международен пакт за икономически, социални и културни права, Европейската декларация за защита на правата на човека, Хартата на основните права на ЕС, Декларация за правата на инвалидите, Декларация за правата на детето, Конвенция за защита на правата на човека и на човешкото достойнство във връзка с прилагането на постиженията на биологията и медицината, Конвенция за правата на човека и биомедицината, Декларация за правата на умствено изостаналите лица, Гаранция за защита правата на осъдените на смърт, Допълнителен протокол към Конвенцията за правата на човека и биомедицината относно биомедицинските изследвания, Конвенция № 156 на Международната организация на труда относно равенството на възможностите и еднаквото отношение към работниците и служителите от двата пола: работници и служители със семейни задължения, Конвенция на ООН за правата на хората с увреждания и много други.

1.1. Актове на Организацията на обединените нации

• Всеобща декларация за правата на човека

Всеобщата декларация за правата на човека (ВДПЧ) е посветена на фундаменталните права и свободи за всички хора. Генералната асамблея на ООН я приема на 10 декември 1948 г. като резултат от опита, извлечен от световната общност след двете наскоро отминали световни войни. За първи път в историята държавите се обединяват около единно всеобщо признание на неотменните човешки права. По повод 60-годишнината от приемането на

¹ Александрова, И., М. Златарева, П. Панова, Н. Ангелов. Съдебна защита на основните права в България. Т. 1 и 2. София: НИП, 2015.

документа Народното събрание на Република България приема декларация, в която заявява своята категорична подкрепа за този акт, а Всеобщата декларация се посочва и в редица документи на български институции².

Въпреки че ВДПЧ не е договор *strictu sensu* и в този смисъл не поражда директно правни задължения за държавите, тя е израз на фундаменталните ценности, споделени от всички членове на международната общност и като такава има значително влияние върху развитието на международното право в областта на правата на човека. В доктрината се изразява мнение, че в резултат на позоваването на декларацията в продължение на повече от 60 години тя е придобила задължителност като част от обичайното международно право. Освен това на по-късен етап от нея произлизат множество международни актове с правнообвързващ характер за държавите, които са ги ратифицирали.

Универсалната декларация започва с думите, че „признаването на достойнството, присъщо на всички членове на човешкия род, на техните равни и неотменими права представлява основа на свободата, справедливостта и мира в света“. По-нататък се утвърждава, че правата на човека са универсални – те се ползват от всички хора, без значение кои са те или къде живеят.

Всеобщата декларация включва граждански и политически права, като правото на живот, на свобода, на свобода на словото, на неприкосновеност на личния живот и др. Тя включва също така икономически, социални и културни права, като правото на социално осигуряване, здравеопазване и образование.

ВДЧП, Международният пакт за граждански и политически права и Международният пакт за икономически, социални и културни права са неотменно известни в международната общност като Международният закон за правата на човека (*International Bill of Rights*).

• **Международен пакт за граждански и политически права**

Приет от Генералната асамблея на ООН на 19 декември 1966 г., Пактът влиза в сила на 23.03.1976 г. Подписан е от 74 държави и е ратифициран от 163 държави по света. Република България го ратифицира с Указ № 1199 на Президиума на Народното събрание от 23.07.1970 г. – ДВ, бр. 60 от 1970 г.

Пактът е правнообвързващ. Специално създаденият Комитет по правата на човека наблюдава неговото прилагане.

Международният пакт за граждански и политически права (МПГПП) признава присъщото достойнство на всеки индивид и цели да насърчава условията в държавите, които да позволят упражняването на гражданските и политическите права. Държавите, които са ратифицирали МПГПП, са

² Вж. повече информация за декларацията на www.parliament.bg/bg/plenaryst/ns/6/ID/1222 [посетена на 24 октомври 2021 г.]

задължени да защитават и запазват основните човешки права и да приемат административни, съдебни и законодателни мерки, за да защитят правата, залегнали в договора, и да осигурят ефективно средство за защита.

Обединяващите теми и ценности на протокола се намират в членове 2 и 3 и се основават на понятието за недискриминация. Чл. 2 гарантира, че правата, признати в МПГПП, ще бъдат зачитани и достъпни за всички на територията на държавите, които са ратифицирали МПГПП. Чл. 3 гарантира равното право на мъжете и жените на ползване на всички граждански и политически права, определени в МПГПП. Тези права включват правото на живот, забрана за изтезания, равенство пред съда и право на справедлив процес, равенство пред закон, правото на свободно събиране, права на малцинствата и др.

МПГПП позволява определени обстоятелства за държавите да дерогират своите отговорности по него например по време на обществени извънредни ситуации, но тази възможност е ограничена и не се отнася до правата по членове 6, 7, 8 (параграфи I и II), 11, 15, 16 и 18 от договора.

Към протокола има приложени два незадължителни протокола, съдържащи списък от допълнителни права и разпоредби за защитата им. По-специално, с тях се урежда правото на жертвите на нарушения на правата на човека да бъдат изслушани и забраната за смъртното наказание.

Като правнообвързващ нормативен акт ПГПП предвижда и механизъм за контрол: Комитет за наблюдение на прилагането на пакта от държавите – страни по конвенцията, следи за неговото изпълнение и спазване, като държавите участнички са длъжни да му представят периодични доклади относно мерките, използвани за приемане и изпълнение на правата, залегнали в МПГПП.

• **Международен пакт за икономически, социални и културни права**

Международният пакт за икономически, социални и културни права (МПИСК) влиза в сила на 3 януари 1976 г. Република България го подписва и ратифицира с Указ № 1199 на Президиума на Народното събрание от 23.07.1970 г. – ДВ, бр. 60 от 1970 г., издаден от Министерството на външните работи, обн. ДВ, бр. 43 от 28.05.1976 г. и в сила от 23.03.1976 г.

Съдържанието на пакта включва повече икономически, социални и културни права в сравнение с Всеобщата декларация за правата на човека. В МПИСК са описани мерките, които трябва да бъдат взети за осъществяване на правото на труд, правото на справедливи и благоприятни условия на труд, правото да бъдат образувани професионални съюзи и всяко лице да членува в профсъюз по свой избор, правото на социална сигурност и социално осигуряване, правото на защита на семейството, правото на задоволително жизнено равнище, правото на възможно най-добро състояние на физическо и душевно здраве, правото на образование и на участие в културния живот.

Комитетът по икономически, социални и културни права наблюдава ангажираността на държавите страни по МПИСК. Те трябва да му представят периодични доклади за предприетите от тях стъпки за осъществяване на правата по пакта, а част от работата на Комитета при разглеждането на тези доклади е да се увери, че държавите бележат прогрес в прилагането и защитата на икономическите, социалните и културни права.

• **Конвенцията за правата на детето**

Приета е от Общото събрание на ООН на 20.11.1989 г., подписана и ратифицирана от Република България и в сила за страната ни е от 03.06.1991 г. Тази конвенция е най-ратифицираният в света международен инструмент, отнасящ се до човешките права. Основополагащата идея на конвенцията е, че децата не са просто субекти, които принадлежат на техните родители, които взимат решения вместо тях, нито проектовъзрастни. Те са човешки същества и индивиди със собствени права. Конвенцията определя, че детството е различно от периода на възрастен човек и продължава до 18 години. В този период от време децата трябва да имат възможност да растат, да учат, да играят, да се развиват.

Към настоящия момент този международен акт не е напълно въведен в правния мир на държавите по света, не е достатъчно широкоизвестен и разбран, докато милиони деца продължават да страдат от неспазване на основните им нужди от изхранване, обучение, защита срещу насилие и др.

• **Конвенция № 156 на Международната организация на труда относно равенството на възможностите и еднаквото отношение към работниците и служителите от двата пола: работници и служители със семейни задължения, в сила за България от 03.04.2007 г.**

В резултат на нормотворческата дейност на Международната организация на труда тази конвенция установява задължение за държавите да приемат като цел на своята национална политика създаването на възможности за лицата със семейни задължения, които работят или желаят да започнат работа, да упражняват своето право, без да са обект на дискриминация, и доколкото е възможно, без да възникне противоречие между работата и семейните им задължения.

• **Конвенция на ООН за правата на хората с увреждания, приета от Общото събрание на ООН на 13.12.2006 г., в сила от 03.05.2008 г.**

Конвенцията е ратифицирана от Европейския парламент в края на 2012 г., а България е страна по нея от 26 януари 2012 г. Целта на конвенцията е преди всичко да насърчава, защитава и гарантира пълноценното и равноправно упражняване на всички човешки права и основни свободи от страна на всички хора с увреждания и да подпомага за зачитането на човешкото им достойнство.

Хора с увреждания са лица с трайна физическа, психическа, интелектуална и сетивна недостатъчност, която при взаимодействие с различни пречки би могла да възпрепятства тяхното пълноценно и ефективно участие в обществото равноправно с останалите.

Конвенцията цели промяна в нагласите и подходите спрямо лицата с увреждания. Те не се разглеждат като „обект“ на благотворителност, лечение и социална закрила, а като субекти с права, които са способни да предявяват тези права и да взимат решения за живота си въз основа на своето свободно и осъзнато съгласие, както и да бъдат активни членове на обществото. Конвенцията дава всеобщо признание на достойнството на хората с увреждания.

Конвенцията е оформена на базата на основни принципи и съответно кореспондиращите им права и задължения.

Основен принцип според конвенцията е пълноценното и ефективно участие и включване в обществото на хората с увреждания. Същевременно осигуряването на това включване е и сред най-важните задължения за държавите, страни по конвенцията. Те са длъжни да предприемат всички законодателни, административни и други мерки, за да стане възможно прилагането на гарантираните права от конвенцията (като например участие в политическия и културния живот, почивка, спорт и др.).

Друг фундаментален принцип в сферата на човешките права, действащ с пълна сила и тук, е забраната за дискриминация (пряка и непряка). За осъществяването на този принцип на практика важни са разумните улеснения, направени в полза на лицата с увреждания. Разумни улеснения са всякакви необходими и подходящи модификации и приспособления, необременяващи излишно или непропорционално околните, когато такива са необходими за всеки конкретен случай, за да се осигури на даден индивид с увреждания пълноценно и равнопоставено с околните възползване от и упражняване на всички негови човешки права и основни свободи.

Основно място в конвенцията е определено и за принципа на достъпност. Той е средство за прилагане на всички останали принципи, залегнали в нея. На хората с увреждания трябва да бъде предоставен равен достъп до правосъдие, образование, здравеопазване, рехабилитация, самостоятелен живот и включване в общността, свобода на изразяване и на мнение, свобода на достъпа до информация, работа и заетост, подходящ жизнен стандарт и социална закрила, участие в политическия и обществен живот, участие в културния живот, спорт, почивка и свободно време.

Всички тези принципи, права и задължения действат наред с останалите установени човешки права и основни свободи, залегнали в редица международни споразумения и национални законодателства.

1.2. Конвенция за защита на основните права на човека и основните свободи³

Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКЗПЧОС) е международен договор за правата на човека между 47-те държави, които са членове на Съвета на Европа. Правителствата, подписали ЕКЗПЧОС, са поели правно задължение да спазват определени стандарти на поведение и да защитават основните права и свободи на обикновените хора. Това е договор за защита на върховенството на закона и насърчаване на демокрацията в европейските страни.

Конвенцията е официално изготвена от Съвета на Европа в Страсбург през лятото на 1949 г. Над 100 членове на парламентите от цяла Европа се събират, за да изготвят документа. ЕКЗПЧОС предвижда: задължение за зачитане на правата на човека (чл. 1), право на живот (чл. 2), забрана за изтезания и жестоко, нечовешко и унижително отношение (чл. 3), забрана на робството и принудителния труд (чл. 4), правото на свобода и сигурност (чл. 5), правото на справедлив процес (чл. 6), забрана за наказание без законно основание (чл. 7) и др. Конвенцията съдържа и списък на протоколите към нея, които внасят изменения в първоначалните разпоредби. Те се отнасят до правото на собственост, образование, свободни избори и много други въпроси.

Създаването на ЕКЗПЧОС води до създаването на Европейския съд по правата на човека (ЕСПЧ) през 1959 г. Съдът е установен в гр. Страсбург, Франция, и мисията му е да следи за спазването на ЕКЗПЧОС, като предоставя форум на гражданите, които смятат, че правата им са били нарушени, и им позволява да бъдат изслушвани.

2. Тенденции

2.1. Понастоящем се очертават следните тенденции в областта на защитата на ПЧ:

- ✓ Разширяване в международен план на източниците на защита на ПЧ, като те започват да бъдат все по-правнообвързващи;
- ✓ Нарастваща регионализация: създават се паралелни регионални системи за защита на правата на човека, които претендират да са продължение на международната защита. Появяват се въпроси относно това как

³ (Ратифицирана със закон, приет от Народното събрание на 31 юли 1992 г. – ДВ, бр. 66 от 1992 г. В сила за Република България от 7 септември 1992 г.) Допълнена с Протокол № 2 от 06.05.1963 г., изменена с Протокол № 3 от 06.05.1963 г., Протокол № 5 от 20.01.1966 г., Протокол № 8 от 19.03.1985 г. Обн. ДВ, бр. 80 от 2 октомври 1992 г., изм. ДВ, бр. 137 от 20 ноември 1998 г., попр. ДВ, бр. 97 от 9 ноември 1999 г., изм. ДВ, бр. 38 от 21 май 2010 г.

те взаимодействат помежду си, напр. Интерамериканската декларация за защита на ПЧ от 1948 г.;

- ✓ Специализация по категории от лица или категории от права.

2.2. Регионализация или универсализъм

Повдига се въпросът относно противопоставянето между регионализация и универсализъм. Доколко универсални са правата на човека? По отношение на установяването им може да се каже, че се върви към универсализиране (например ВДПЧ, Конвенцията на ООН за защита на децата, ратифицирана от 196 държави). Но правният универсализъм предполага ли универсализъм при прилагането? Съдът в Страсбург дори е установил понятието „национална свобода на преценка“, която той допуска дори в рамките на една държава. За да избегне колизия между универсализма и регионализацията, представителите на академичната общност, на съдебната власт и практиците следва да имат предвид следните съображения: 1) целта на ВДПЧ и необходимостта от систематично ѝ тълкуване, като се взимат предвид международният контекст и регионалните особености; 2) принципите за *non bis idem* и *litispendence*; 3) правилото за прилагане към съденото лице на най-благоприятната норма; 4) диалогът между съдиите. Между другото, Съветът на Европейския съюз (СЕС) често се вдъхновява от решенията на Съда в Страсбург, както и от тези на Интерамериканския съд за правата на човека.

3. Трите основни системи за защита на правата на човека

Разликите между трите основни системи за защита на ПЧ се очертават, както следва:

- ✓ Европейската система, изградена около Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи и Съда по правата на човека, установен в гр. Страсбург, Франция, представлява стройна процедурна система, която позволява широкообхватен съдебен контрол от самото начало до края на процедурата;

- ✓ Американската система е развила много добър механизъм за обезщетение;

- ✓ Африканската система (най-новата) е най-амбициозна като съдържание на текстовете за защита на ПЧ.

3.1. Европейската система за защита на правата на човека

Единствената специално предназначена система за защита на ПЧ в Европа е създадена под егидата на Съвета на Европа и се развива около Ев-

ропейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (ЕКЗПЧОС) и Европейския съд по правата на човека в Страсбург (ЕСПЧ, или Съдът в Страсбург), като по принцип Европейският съюз няма компетенция в областта на ПЧ. Тоест ЕС не е конкурентна на ЕСПЧ и ЕКСПЧОС система. С времето ЕКЗПЧОС е допълвана с последващи харти и протоколи. Например Протокол № 12 за забрана на всяка форма на дискриминация превръща забраната за дискриминация в самостоятелно право, при условие че това право съществува и във вътрешното право на съответната държава. Състоянието на ратификация е следното: 30 от 47-те държави – членки на Съвета на Европа, са я ратифицирали. Франция например не е ратифицирала този протокол, което означава, че забраната за дискриминация продължава да бъде право, защитавано през призмата на другите права, защитени в текстовете на ЕКЗПЧОС. Протокол № 13 за отмяна на смъртното наказание също е значим с това, че отменя смъртното наказание във всички обстоятелства.

Системата за контрол на изпълнението на съдебните решения е най-отличителната положителна характеристика на европейската система за защита на ПЧ. След Протокол № 11 от 1998 г. е предвиден единствен съдебен орган, до който има пряк достъп всеки гражданин и който издава задължителни решения. След Протокол № 14 процедурата се реорганизира в триинстанционна, за да се избегне затрупването на съда с дела. Въвежда се етапът на единствения съдия, подпомаган от помощник-юрист, който се произнася по допустимостта на исковете. В последните години се наблюдават следните нововъведения: допълнителен критерий за допустимост (съществен ущърб), система на решението пилот (единственият съдия ще се произнесе и по съществуването на иска), контрол от страна на ЕСПЧ върху изпълнението на решенията, а също така и процедура за издаване на тълкувателни решения (по подобие на преюдициалните запитвания на Съда на ЕС).

Изначалният съдия, компетентен по въпросите на ПЧ и тяхната защита, е националният съдия, а ЕСПЧ действа на принципа на субсидиарност. На етапа на допустимост ЕСПЧ трябва да прецени своята компетентност спрямо субекта (пострадалото лице), материята (*materiae*), мястото (*locis*) и времето (*temporis*). Също така на този етап европейският съдия в Страсбург преценява дали жалбата изпълнява следните условия за допустимост: изчерпване на националните възможности за обжалване, липса на предишно съдебно решение на ЕСПЧ по подобен казус (принцип *non bis idem*), спазване на срока от 6 месеца за подаване на жалбата и основателност на жалбата. Този европейски модел все още се развива и еволюира: Протокол № 15 отбелязва присъединяването на ЕСПЧ към принципа на субсидиарност и приемането на понятието за национална свобода на преценка, също така е

намален срокът за подаване на жалба от 6 на 4 месеца, а с Протокол № 16 се създава компетенция за издаване на решения по преюдициални запитвания, чрез които ЕСПЧ подпомага националните съдии. Тези два протокола имат за цел също така да намалят обема работа на Европейския съд. Като цяло ЕСПЧ има правомощия за пълен съдебен контрол – от допустимостта до контрола на изпълнение на съдебните решения. Тези решения имат „силата на присъденото нещо“, т.е. подлежат на пряко изпълнение във вътрешния правен ред на държавите. Контролът върху изпълнение на съдебните решения е поверен на политически орган – Съвет на министрите към Съвета на Европа.

Същественят недостатък на европейската система за защита на ПЧ (ЕСПЧ) е равнището на обезщетението – тя цели „справедливо обезщетение“, т.е. парична компенсация, като липсват гаранции срещу повторение на нарушението. През 2006 г. след решението по делото *Scordino* Съдът в Страсбург започва да разширява компетенциите си по отношение на задължението за изпълнение на неговите решения, като указва на националния съдия какви мерки за изпълнение да предприеме, но без да се разпростира към обезщетението (за разлика от Интерамериканския съд).

Интересно е, че ЕСПЧ е разширил още своите компетенции с временни и обезпечителни мерки (*Namatkubov c/o Turquie*), основавайки се на чл. 39 от своя вътрешен регламент, който не е ратифициран от държавите – членки на Съвета на Европа.

3.2. Интерамериканската и африканската система за защита на ПЧ

Интерамериканската система за защита на правата на човека е регионална система за защита на правата на човека и е отговорна за мониторинга, насърчаването и защитата на правата на човека в 35-те независими държави на континента Америка, които са членове на Организацията на американските държави (OAS). Тази система почива на две основни организации: Интерамериканската комисия по правата на човека и Интерамериканския съд по правата на човека. И двата органа могат да решават индивидуални жалби относно предполагаеми нарушения на правата на човека и да постановяват спешни защитни мерки, когато физическото лице или обектът на жалба е в непосредствен риск от непоправима вреда. Комисията също участва в редица дейности за мониторинг и насърчаване на правата на човека, докато съдът може да издава консултативни становища по въпроси, свързани с тълкуването на интерамериканските инструменти по искане на орган или държава членка на OAS.

Както и в европейската система, допълнителните органи се фокусират върху конкретни права или групи. Такива са например Интерамериканската

комисия за жените, Работната група по протокола от Сан Салвадор и различните докладчици към комисията.

Африканската система е най-младата от трите съдебни или квазисъдебни регионални системи за правата на човека и е създадена под егидата на Африканския съюз (АС). Подобно на интерамериканската система (и европейската система, както е първоначално проектирана), тя включва комисия и съд с допълнителни мандати. Африканската комисия за правата на хората, Африканският съд по правата на хората, както и Африканският комитет на експертите по правата и благополучието на детето имат правомощия да се произнасят по жалби срещу нарушения на правата на човека.

Тези две системи ще бъдат отбелязани само с най-отличителните им спрямо европейската система характеристики. Американската система осигурява съдебен контрол, който макар да не е директно достъпен за гражданите, осигурява обезщетение *in integrum*: възстановява старата ситуация преди нарушението, а в допълнение се стреми да постигне и ситуацията, която би била, ако нарушението въобще не се е случвало (загуба за възможност), като така интегрира социално-икономическите права. Конвенцията за ПЧ на интерамериканската организация предписва на държавите членки законодателни промени за съобразяване с изискванията ѝ за спазване на ПЧ. Интерамериканският съд може да постанови временни мерки на всеки етап от процедурата дори преди да се е запознал с жалбата.

Африканската система се основа на харта на правата на човека, която съдържа ведно политически, граждански, социални и икономически права, а също и колективния аспект на ПЧ, т.е. т.нар. права от трето поколение, като право на солидарност, право на чиста околна среда и др. Текстът съдържа също така и задълженията на отделния гражданин.

Както американската, така и африканската система съдържат възможност за защита на ПЧ на светлината на всички международни инструменти за тяхната защита.

3.3. Национални институции за защита на правата на човека (НИПЧ). Омбудсман

В международен план понятието за национална институция за защита на правата на човека се заражда през 1978 г. През 1991 г. по време на международен семинар в Париж, посветен на институциите, участващи в защитата на ПЧ, се открояват следните основополагащи принципи на функциониране на НИПЧ: независимост, плурализъм и широк мандат в областта на правата на човека. Съществуването на НИПЧ е официално уредено в Резолюция 1992/54 от 3 март 1992 г. на Комисията за правата на човека към ООН и в Резолюция 48/134 от 20 декември 1993 г. на Генералната асам-

блея на ООН с цел промотиране и защита на правата на човека. Тези актове, последвалите ги резолюции, наречени „принципите от Париж“, както и Универсалната декларация за правата на човека на ООН установяват принципите на съществуване и функциониране на НИПЧ.

Понастоящем НИПЧ се класифицират като: 1) НИПЧ със статут А, тоест институции, които напълно спазват принципите от Париж. В света има около 78 такива; 2) НИПЧ със статут В, които не спазват напълно тези принципи – 33 на брой; 3) НИПЧ със статут С (без специфичен статут), които са 10 на брой. Всички НИПЧ организират взаимодействието помежду си чрез Международния координационен комитет на националните институции за правата на човека, понякога съкратено назоваван Международен координационен комитет, който е неправителствена организация, представляваща глобална мрежа на националните институции за правата на човека. НИПЧ се обединяват и на регионален или подрегионален принцип – в света съществуват 4 такива групи (европейска, американска, африканска и азиатско-тихоокеанска). Тези групи могат да участват в Съвета по правата на човека като наблюдатели и да участват в различни механизми за защита на ПЧ.

Те могат да приемат различна форма: комисия, омбудсман (България, Словакия и др.), научен институт (Германия, Дания). За да бъде една организация призната като НИПЧ, тя трябва да изпълнява следните условия: да бъде акредитирана към ООН въз основа на критериите за независимост от правителството (политическа и финансова, което означава, че трябва да има отделна бюджетна линия, макар че може да бъде административно зачислена към дадена правителствена институция), плурализъм и широк мандат в областта на ПЧ.

Във Франция такава институция е създадената със закон Консултативна комисия за защита на ПЧ, зачислена към администрацията на премиер-министъра. Тя няма юридическа правосубектност и не се занимава с индивидуални жалби, а има консултативни функции. Не е квазиюрисдикция. Изцяло се финансира само от публични средства. Бюджетът ѝ се договаря с националния парламент. Разходването му подлежи на одит от сметната палата. Откроява се, че и във Франция, и в другите държави финансовата независимост е относителна, защото бюджетът се изготвя и гласува в рамките на националния закон за бюджета. Действия: НИПЧ могат да денонсират дадена мярка или практика (пресконференция или медийна кампания; официално мотивирано становище с предложение за решение; официални, но не публични писма призовки към министрите), да формулира препоръка или да се конституира като трета страна в съдебен процес (често го прави пред Съда по правата на човека в Страсбург, както и да сезират съда). Комисията е посредник и медиатор между правителство, общество, НПО (вкл.

неакредитирани), международни институции (Комитет по ПЧ към ООН). Уникално качество на френската система е, че комисията е активна и на международно ниво, което означава натиск в ООН върху собствената държава. Изготвя доклади всяка година на определена тематика.

В България такава НИПЧ е институцията на омбудсмана. Омбудсманът е висш и независим конституционен орган, който се избира от Народното събрание за срок от пет години. Той е независим в своята дейност и се подчинява само на Конституцията, законите и международните договори, ратифицирани и влезли в сила за Република България. Омбудсманът се застъпва с предвидените в Закона за омбудсмана средства, когато с действие или бездействие се засягат или нарушават правата и свободите на гражданите от държавните и общинските органи и техните администрации, както и от лицата, на които е възложено да предоставят обществени услуги. Жалбите и сигналите до омбудсмана са в напълно свободна форма, стига разбираемо да са изложени оплакванията и да са посочени правата, които са нарушени. Омбудсманът няма правомощия да отменя административни актове. Неговата задача е чрез силата на аргументите и справедливото обществено мнение да убеди един административен орган да поправи своята лоша администрация, да отмени актове, с които накърнява правата на хората. В Република България омбудсманът е много активен и се отличава с редица успешни инициативи и в областта на данъчното облагане, например със становището за отпадане на задължението за подаване на годишна данъчна декларация по ЗДДФЛ от безработни лица, с препоръки до министър-председателя във връзка с проблемите, свързани с методиката за определяне на таксата за битови отпадъци, за създаване на работна група в МОСВ, която да изготви промени в Закона за местните данъци такси, и др. Би могло да се помисли за доразвиване на правомощията на българската НИПЧ в посока участие в съдебен процес и в международните организации за защита на ПЧ, както и да се стимулира ролята на институцията в защита на социално-икономическите права на националната територия.

4. Харта на основните права на ЕС

4.1. Характеристика

Хартата е част от първичното право на Съюза след 2009 г., като тя установява посочените в нея права, свободи и принципи⁴. В преамбюла на Хар-

⁴ Вж. практика на СЕС: *Gabrielle Defrenne* (C-149/77), ECLI:EU:C:1978:130; *Erich Stauder* (C-29/69), ECLI:EU:C:1969:57; *Internationale Handelsgesellschaft mbH* (C-11/70), ECLI:EU:C:1970:114; *Liselotte Hauer* (C-44/79), ECLI:EU:C:1979:290; *Georg von Deetzen*

тата на основните права в ЕС⁵ се посочва, че „Като съзнава своето духовно и морално наследство, Съюзът се основава на неделимите и универсални ценности на човешко достойнство, свобода, равенство и солидарност; той почива на принципа на демокрацията и на принципа на правовата държава. Той поставя човека в центъра на своята дейност, като учредява гражданството на Съюза и създава пространство на свобода, сигурност и правосъдие. Съюзът допринася за съхраняването и развитието на тези общи ценности при зачитане многообразието на културите и традициите на европейските народи, както и националната идентичност на държавите членки и организацията на техните публични власти на национално, регионално и местно равнище; той се стреми да насърчава балансирано и устойчиво развитие и гарантира свободното движение на хора, услуги, стоки и капитали, както и свободата на установяване. За тази цел е необходимо да се засили защитата на основните права в светлината на развитието на обществото, на социалния прогрес, на научните и технологични постижения, като те се включат в Харта, която ги прави по-видими. При съблюдаване на компетенциите и задачите на Съюза, както и на принципа на субсидиарност, настоящата Харта потвърждава отново правата, които произтичат по-специално от общите за държавите членки конституционни традиции и международни задължения, както и от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи, от приетите от Съюза и от Съвета на Европа социални харти, от практиката на Съда на Европейския съюз и на Европейския съд по правата на човека. В този контекст Хартата ще бъде тълкувана от юрисдикциите на Съюза и на държавите членки, като надлежно се вземат под внимание разясненията, установени под ръководството на президиума на Конвента, който изработи Хартата, и актуализирани под ръководството на президиума на Европейския конвент. Ползването от тези права поражда отговорности и задължения както спрямо другите, така и спрямо човешката общност и бъдещите поколения. Въз основа на това Съюзът признава посочените по-долу права, свободи и принципи“.

Съдът на ЕС, тълкувайки правото на ЕС, е интерпретирал посочените в Хартата права и принципи в своите решения⁶. В приложението към настоящото изследване се съдържа негова практика по отделни нейни разпоредби без претенции за изчерпателност. Нека припомним, че беше решено Съюзът

(C-44/89), ECLI:EU:C:1991:401; *Hoechst AG* (C-46/87), ECLI:EU:C:1989:337; *Hoechst AG* (C-227/88), ECLI:EU:C:1989:337; *Société financière d'investissements SPRL (SFI)* (C-85/97), ECLI:EU:C:1998:552; *Weber* (C-314/91), ECLI:EU:C:2003:396; *Mannesmann AG* (C-4/59 and C-13/59), ECLI:EU:C:1960:13.

⁵ *OJ C 202, 7.6.2016 г.*

⁶ Костов, С. Актове на съда на ЕС. София: Сиби, 2011.

да се присъдени към ЕКЗПЧОС, но впоследствие бе установено, че споразумението за присъединяване на ЕС към ЕКЗПЧОС не е съвместимо с чл. 6, пар. 2 ДЕС, нито с Протокол (№ 8) относно чл. 6, пар. 2 от Договора за Европейския съюз⁷. В съответствие с чл. 6, пар. 3 ДЕС основните права, както са гарантирани от ЕКЗПЧОС, са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи. **Въпреки това докато Съюзът не се присъедини към тази конвенция, тя не представлява юридически акт, формално интегриран в правния ред на Съюза**⁸ (вж. в този смисъл решения *Kamberaj*, C-571/10, EU:C:2012:233, т. 60 и *Åkerberg Fransson*, EU:C:2013:105, т. 44).

В доктрината е безспорно, че независимо дали се съдържат в разпоредбите на Договорите, или в съдебната практика, общите принципи на правото на ЕС представляват първични източници, на които стоящите по-долу в йерархията на източниците на актовете не следва да противоречат. В противен случай последните може да бъдат отменени от СЕС по реда на чл. 263 ДФЕС⁹. Към източниците на първичното право следва да се добавят общите принципи на правото на ЕС¹⁰, които не са закрепени в Договорите. Изрично Договорите са предвидили например принципа на защита на правата на човека (чл. 6 ДЕС), принципа за недискриминация (чл. 18 ДЕС), принципите на субсидиарност¹¹ (чл. 5, ал. 3 ДЕС) и пропорционалност (чл. 5, ал. 4 ДЕС) и др. Други, сред които принципът за защита на оправданите правни очаквания и принципът на правната сигурност¹², се извеждат в

⁷ Вж. производство по даване на становище 2/13 от 18.12.2014 г. на пленума на СЕС, достъпно на http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d62cd7a99f3ea94f8998a1979d63826bfb.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyMbhz0?doclang=BG&text=&pageIndex=0&docid=160882&cid=848968

⁸ Съдът е уточнил, че ЕКПЧ има особено значение (вж. по-специално решения ERT, C-260/89, EU:C:1991:254, т. 41, както и *Kadi u Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия*, C-402/05 P и C-415/05 P, EU:C:2008:461, т. 283).

⁹ Костов. С. Цит. съч., с. 241.

¹⁰ По отношение на правните принципи в публичното право виж: Valchev, D. *Legal Principles in Public Law*. – In: Belov, M. (ed.) *Rule of Law at the Beginning of the Twenty-First Century*, 3–8.

¹¹ Институциите на Съюза прилагат принципа на субсидиарността съгласно посоченото в Протокола към Договора от Лисабон относно прилагането на принципите на субсидиарност и на пропорционалност. Националните парламенти гарантират прилагането на принципа на субсидиарност в съответствие с процедурата, изложена в горесцитирания протокол. За повече информация относно дейностите: <http://www.ipex.eu/IPEXL-WEB/home/home.do>

¹² Дело C-453/00, *Kühne & Heitz*: „Правната сигурност е един от редица общи принципи, признати от общностното право. Окончателният характер на административното решение, постигнат след изтичането на разумни срокове за обжалване или чрез изчерпване на способите за защита, допринася за тази правна сигурност, поради което общностното право не изисква административният орган да е поначало длъжен да оттегли едно окончателно административно решение“.

практиката на СЕС. **Основните принципи на правото на ЕС са:** пропорционалност, правна сигурност, оправдани правни очаквания, феърплей, принцип за полагане на дължима грижа, защита срещу произволни закони/регламенти, равно третиране, липса на дискриминация, право на неприкосновеност на личния живот, право на справедливо данъчно облагане, право на доверие, право на равно отношение и др. **Основните права и общите принципи на правото на ЕС се защитават от СЕС**¹³.

В чл. 52, пар. 5 Хартата прави разлика между „права“ и „принципи“. Това са два вида разпоредби в Хартата. Следва да се прави разлика между двата източника на основните права на ЕС – Хартата и общите принципи на правото на ЕС. И двата вида разпоредби на Хартата са задължителни. „Когато става дума за принципи на ЕС, налага се да бъдат направени някои допълнителни терминологични уточнения. Нуждата от това произтича от обстоятелството, че често чрез сходни понятия се илюстрират съвсем различни правни феномени. Съществуват принципи за прилагане на правото на ЕС (ПЕС)¹⁴, които ограничават преди всичко общото функциониране на ПЕС и съотношението между него и правните системи на държавите членки. Такива са например принципът за директния ефект, принципът за примата и др. Но съществуват и други принципи на ПЕС, чиито съдържание и задачи са различни. Това са т.нар. общи принципи на ПЕС, специфична част от първичното право на Съюза. Объркването, което може да настъпи относно тези две самостоятелни едно от друго явления, лесно се илюстрира с кратък преглед на основните разпоредби, например Договора за Европейския съюз, в който се използва понятието „принцип“. Още в преамбюла му се споменават „принципът за субсидиарност“, „принципът за устойчиво развитие“, „принципът на правовата държава“ и др. По-надолу в чл. 5 се споменават „принципите на субсидиарност и на пропорционалност“, а в чл. 6, т. 3 се казва, че „основните права, както са гарантирани от Европейската конвенция за защита на правата на човека, и основните свободи, както произтичат от общите конституционни традиции на държавите членки, са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи“. Така разликата, произтичаща между двата вида принципи, невинаги става явна и остава общото усещане за смесването на различни понятия“. В статията си

¹³ *Stauder v City of Ulm* (дело 29/69) 1969 г.; *Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr – und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel* (дело 11/70) 1970 г.

¹⁴ Относно тези принципи на правото на ЕС вж. Семов, Ат. Принципи на прилагане на правото на Европейския съюз. София: Институт по публична администрация и европейска интеграция, 2007.

колегата разглежда единствено общите принципи на правото на Европейския съюз – мястото, функциите и значението им¹⁵.

Напоследък прави впечатление, че говорим за всички тези принципи, но забравяме, че не са само цели и постулати. Крайно време е освен принципа за прякото действие на Конституцията да усвоим и принципа за прякото действие на принципите¹⁶.

В делата по български преюдициални запитвания в областта на ДДС Съветът на ЕС разглежда някои от основните принципи на правото на ЕС (вж. например решение по дело C-492/13 „Траум“ ЕООД)¹⁷. Принципите са крайъгълен камък и отправна точка при прилагането и тълкуването на правото на ЕС и националното законодателство (материалноправно и процесуалноправно) в областта на данъчното облагане от страна на органите на държавна власт (Народното събрание в законотворческата му дейност); държавното управление (административни органи за приходите от данъци в държавния и общинските бюджети, които действат предимно при обвързана компетентност) при упражняване на правомощията им с оглед на тяхната компетентност; данъчнозадължените лица при упражняване на техните права и задължения, установени в националното материално

¹⁵ Начев, Д. Общи принципи на правото на Европейския съюз. Научни четения на тема „Правни норми и правни принципи“. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2017, 350–358.

¹⁶ Стоилов, Я. Правните принципи. София: Сиби, 2018, с. 312.

¹⁷ „Т. 27. Във връзка с това от съдебната практика произтича, че при липсата на конкретна разпоредба в Директивата за ДДС относно доказателствата, които трябва да представят данъчнозадължените лица, за да се ползват от освобождаването от ДДС, в правомощията на държавите членки е да определят – в съответствие с чл. 131 от тази Директива – условията, при които освобождават вътребощностните доставки, за да гарантират правилното и ясно прилагане на посочените освобождавания и да предотвратят всяка евентуална измама, избягване на данъци или злоупотреба. При упражняване на своите правомощия обаче държавите членки следва да спазват основните принципи на правото, част от правния ред на Съюза, сред които фигурират по-конкретно принципите на правна сигурност и на пропорционалност (Решение Mecsek-Gabona, EU:C:2012:547, т. 36 и цитираната съдебна практика).

Т. 28. Принципът на правна сигурност, следствие от който е принципът на защита на оправданите правни очаквания, изисква, от една страна, правните норми да бъдат ясни и точни, а от друга страна, прилагането им да е предвидимо за лицата (Решение Plantanol, C-201/08, EU:C:2009:539, т. 46 и цитираната съдебна практика).

Т. 29. Важно е да се напомни, че този принцип се налага с особена строгост, когато става въпрос за правна уредба, която може да породи финансови задължения, за да се позволи на заинтересованите лица да се запознаят с точния обхват на задълженията, които тя им налага. Следователно е необходимо данъчнозадължените лица да познават своите данъчни задължения, преди да сключат сделка (вж. Решение *Teleos* и др., EU:C:2007:548, т. 48 и цитираната съдебна практика).

Вж. и решения по дела: C-284/11 „ЕМС–България транспорт“ ООД; C-138/12 „Русе-деспред“ ООД; C-111/14 ГСТ – Сървиз АГ Германия.

и процесуалноправно данъчно законодателство, включително в правото на ЕС; органите на съдебната власт в областта на административното данъчно правосъдие, вкл. и при тълкувателната им дейност (доколкото се прилага добре известният принцип за процесуална автономия), и не на последно място – за Конституционния съд.

Представителите на чуждестранната данъчноправна доктрина например споделят, че „Основните права на данъкоплатците вече не е въпрос, който се адресира единствено на нивото на националните Конституции на държавите – членки на ЕС, а по-скоро сфера, в която държавите членки следва да гарантират защита, която съответства с общоприетите стандарти на ниво Съюз. [...] На първо място, въздействието от защитата на човешките права при въпроси от данъчно естество изисква разясняване на въпросите, засягащи защитата на правата на човека по силата на общото право на ЕС. Както бе посочено по-рано, значителна стъпка в еволюцията на правото на Съюза за защита на правата на човека може да бъде отчетена единствено с влизането в сила на Договора от Лисабон на 1.12.2009 г., който придава обвързваща сила на Хартата на основните права на Европейския съюз и предоставя мандат на Комисията на ЕС да извърши преговорите за присъединяване на Съюза към Европейската конвенция за защита на правата на човека, без да променя разпределението на компетенции между държавите членки.

Въпреки това дългата и сложна история на защитата на основните права по силата на европейското право започва много преди този момент и поставя някои интересни полемики, що се отнася до връзките му с правата на човека и основните права, както и със защитата на правата на човека и основните права, получавана в конституционната рамка на защита от отделните държави членки. По-конкретно, последният въпрос предоставя стимул за инкорпорирането на национални основни принципи на държавите членки в практиката на Европейския съд (ЕСJ) от началото на седемдесетте години, когато решението на съда по дело *Internationale Handelsgesellschaft* поставя основата за хомогенни европейски стандарти на правна защита посредством общи принципи на наднационално ниво, които произтичат от заложените в националните Конституции. Развитието на ядрото от основни права в рамките на правото на Съюза може да се разглежда като явление, което се разгръща успоредно с реакцията на държавите членки спрямо абсолютното върховенство на правото на Съюза над националните Конституции, които считат, че основните принципи на техните Конституции не са обект на преимуществото на правото на Съюза“¹⁸.

¹⁸ Kofler, G., P. Pistone. General Issues on Taxation and Human Rights. Human Rights and Taxation in Europe and the World (ed. Kofler, G., M. Poiares, P. Pistone). IBFD, 2011.

Националният съдия признава по-ефикасната защита на Хартата. В Решение № 5338 от 27.04.2017 г. по адм. дело № 12832/2016 на ВАС, Седмо отделение, с докладчик съдия Весела Андова се посочва: „Защитата, която правото на Съюза гарантира на жалбоподателя, е не само идентична по обхват с правото на защита, което му гарантира Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи, но е и много по-ефикасна, защото не поставя допустимостта и обхватът на защитата пред съда (националния и Съда по правата на човека) в зависимост от преценката на съда на характера на нарушеното право като гражданско, а задължава националния съд да осигури адекватна на чл. 47 от Хартата защита на твърдяното право. Националният съдия, като задължен да прилага в пълнота правото на Европейския съюз, е длъжен да осигури на жалбоподателя гарантираната му от правото на Съюза защита в необходимия обем“.

Прави впечатление, че националният съдия умело прилага Хартата в практиката, особено в казусите, свързани с бежанците. Например по отношение на правото на зачитане на личния и семейния живот по чл. 7, в Решение № 14741 от 04.12.2017 г. по адм. дело № 4636/2017 на ВАС, Трето отделение, с докладчик съдия Искра Александрова се посочва: „Това не означава обаче, че административният орган не следва да извърши преценка за наличието или не на „семеен живот“ между майката и сина съобразно съдържанието на това понятие, изведено в практиката на Европейския съд по правата на човека при тълкуването на чл. 8 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи. Предоставянето на международна закрила е в приложното поле на правото на ЕС, поради което и на осн. чл. 51, параграф 1 от Хартата на основните права на ЕС (наричана за краткост по-долу Хартата) разпоредбите от нея следва да се прилагат от държавите членки чрез съответните компетентни публични органи при преценка на молбите за предоставяне на такава международна закрила. Чл. 7 от Хартата гарантира правото на зачитане на личния и семейния живот на лицата, както и на жилището и тайната на съобщенията. Още в преамбюла на Хартата е посочено, че тя потвърждава отново правата, които произтичат от общите за държавите членки конституционни традиции и международни задължения, както и от ЕКЗПЧ. Също така в преамбюла е записано, че при тълкуването на разпоредбите от Хартата ще се вземат предвид и разясненията, установени под ръководството на президиума на Конвента. В разяснението на чл. 7 от посочените разяснения е записано, че правата, гарантирани в чл. 7, съответстват на правата, гарантирани от чл. 8 от ЕКПЧ, както и че в съответствие с чл. 52, параграф 3 това право има същия смисъл и обхват както съответният член на ЕКПЧ. В понятието „семеен живот“ в чл. 8 от ЕКПЧ ЕСПЧ влага съдържание, което може и да не съответства на съдържанието на това понятие от националното право.

Според практиката на ЕСПЧ от значение за наличието или не на „семеен живот“ по смисъла на чл. 8 ЕКПЧ са фактическите взаимоотношения между лицата. Своето становище по този въпрос ЕСПЧ е изразил и в решението по делото Ал-Нашиф срещу България, в което е посочил: „Наличието или липсата на „семеен живот“ е основно фактически въпрос, който зависи от реалното осъществяване на близки лични връзки“. В решението по делото „Маркс“ ЕСПЧ приема, че „семеен живот“ по смисъла на чл. 8 „...включва най-малкото връзките между близки роднини...“. В конкретния случай биологичната връзка между Ю. С. Ю. и неговата майка А. С. М. А. не се оспорва. Административният орган е следвало да прецени въз основа на информацията, с която е разполагал, дали между тези лица има действителна семейна ситуация. Релевантното обстоятелство по този въпрос е наличието на тясна фактическа връзка между лицата, която може да се установи чрез преценка за наличието или не на финансова зависимост един от друг, наличието или не на обективна и субективна подкрепа помежду им и др. В поредица свои решения, вкл. и такива срещу България (пр. Манчева срещу България), ЕСПЧ посочва: „...ако основната цел на чл. 8 е да предпази личността от произволно вмешателство от страна на публичните органи, то той не се ограничава единствено с това да разпорежи на държавата да се въздържа от подобно вмешателство: към този по-скоро отрицателен ангажимент могат да се добавят положителни задължения, присъщи на ефективната неприкосновеност на личния и семейния живот“.

В контекста на посоченото по-горе от практиката на ЕСПЧ и с оглед обстоятелството, че майката на чужденеца е с предоставен бежански статут по силата на решение № 11007/04.11.16 г. на ДАБ при МС (лист 94 от делото), административният орган, ако установи де факто „семеен живот“ между чужденеца и неговата майка и ако не са налице изключенията на чл. 8, параграф 2 ЕКПЧ, както и ако стигне до извода, че не са налице основанията за предоставяне на бежански статут, както и на основанията по чл. 9, ал. 1 ЗУБ, следва да обсъди наличието на семейна връзка между чужденеца и неговата майка от гледна точка на хипотезата, предвидена в чл. 9, ал. 8 ЗУБ“.

От анализа на практиката на ВАС на Република България може да бъде направен извод, че националният съдия подхожда все още предпазливо при прилагането на Хартата, т.е. няма много практика. Прави впечатление, че в области, в които традиционно тя намира директно приложение с оглед прилагането на правото на ЕС в областта на данъка върху добавената стойност и митата¹⁹ (част от собствените ресурси за приходната част на бюджета на

¹⁹ Вж. по отношение на митата Мадански, Цв. Митнически регулации и икономически аспекти на вноса на стоки в ЕС. София: Издателство на БАН „Проф. Марин Дринов“, 2021; както и **Пенов, С.** Финансово право. Специална част. Учебен курс. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2020, 193–250.

ЕС), тя почти не се среща в мотивите на съдебните решения. Между другото, на 14 декември 2020 г. бе одобрено ново Решение 2020/205/ЕС, Евратом, на Съвета относно системата на собствените ресурси на Европейския съюз²⁰ и за отмяна на Решение 2014/335/ЕС, Евратом. Приета бе и пътна карта за въвеждането на нови собствени ресурси, която е приложение към Междуинституционално споразумение от 16 декември 2020 г. между Европейския парламент, Съвета на Европейския съюз и Европейската комисия относно бюджетната дисциплина, сътрудничеството по бюджетни въпроси и доброто финансово управление и относно новите собствени ресурси, включително пътна карта за въвеждането на нови собствени ресурси²¹. Вторият етап от пътната карта предвижда въвеждането на **собствени ресурси, базирани на облагането на дигиталните услуги**²², за целите на **справедливото данъчно облагане на дигиталната икономика**. Прави впечатление опитът да се прокара отново идеята на ЕК, която битува нереализирана още от 2001 г., *свързана с Обща консолидирана основа за облагане с корпоративен данък* (ОКООКД). Именно третият етап предвижда **от 1 януари 2026 г. да се въведат собствени ресурси, базирани** на нова обща основа за облагане с корпоративен данък. ЕК ще се стреми да представи предложение до юни 2024 г. Съобразно приложимите процедури съгласно Договорите и след одобрение от държавите членки в съответствие с техните конституционни изисквания се предвижда тези допълнителни нови собствени ресурси да бъдат въведени до 1 януари 2026 г. Съветът ще проведе обсъждане по тези нови собствени ресурси най-късно до 1 юли 2025 г. с цел те да бъдат въведени до 1 януари 2026 г.

Обратното, в случаите на казуси, свързани с разходната част на бюджета на ЕС, респективно с националния бюджет (управление на средствата от фондовете по общата селскостопанска и кохезионна политика на ЕС), със закона за управление на средствата от европейските структурни и инвестиционни фондове и закона за подпомагане на земеделските производители, националният съдия прилага Хартата.

Това е странно, тъй като има финансов регламент, установяващ общи принципи за управление както на приходната, така и на разходната

²⁰ Вж. Пенев, С. Цит. съч. по отношение на системата на собствените ресурси на ЕС, с.123 и сл.

²¹ *OJ L 433I, 22.12.2020, 28–46.*

²² В тази връзка по отношение на облагането на дигиталните услуги с данък, който ще отива в приход за бюджета на ЕС, бих искала да споделя казаното в заключението на генералния адвокат J. Kokott, представено на 15 октомври 2020 г., дело C-562/19 Р Европейска комисия срещу Република Полша в т. 55, 56, 60 и 84.

част на бюджета на ЕС²³, а именно Регламент (ЕС, Евратом) 2018/1046 на Европейския парламент и на Съвета от 18 юли 2018 г. за финансовите правила, приложими за общия бюджет на Съюза, за изменение на регламенти (ЕС) № 1296/2013, (ЕС) № 1301/2013, (ЕС) № 1303/2013, (ЕС) № 1304/2013, (ЕС) № 1309/2013, (ЕС) № 1316/2013, (ЕС) № 223/2014 и (ЕС) № 283/2014 и на Решение № 541/2014/ЕС и за отмяна на Регламент (ЕС, Евратом) № 966/2012²⁴. В допълнение обръщаме внимание на обстоятелството, че Хартата ще има изключително голямо значение и при управление на фондовете по разходната част на бюджета на ЕС, защото в предложението за Регламент на Европейския парламент и на Съвета за определяне на общо-приложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския фонд за морско дело и рибарство, както и финансови правила за тях и за фонд „Убежище и миграция“, фонд „Вътрешна сигурност“ и инструмента за управление на границите и визите (COM/2018/375 final – 2018/0196 (COD))²⁵ (по-долу наричан РОР), в Приложение III Хоризонтални благоприятстващи условия – чл. 11, пар. 1, е предвидено ефективното прилагане и изпълнение на Хартата на основните права на ЕС и наличие на ефективни механизми, които да гарантират съответствие с Хартата на основните права на ЕС, които включват: механизми за осигуряване на проверката на съответствието на операциите, подпомагани от фондовете, с Хартата на основните права; задължение за докладване до комитета за наблюдение относно съответствието с Хартата на операциите, подпомагани от фондовете.

Безспорно националният съдия, особено съдия от ВАС Искра Александрова, при делата, свързани с бежанци, прилага Хартата.

Агенцията на Европейския съюз за основните права е центърът на ЕС в областта на основните права. Това е една от децентрализираните агенции на ЕС. Те са създадени да предоставят експертни съвети на институциите на ЕС и на държавите членки по редица въпроси. Агенцията помага да се защитят основните права на хората, живеещи в ЕС. Тя е изготвила Наръчник за прилагането на Хартата в правото и политиките на национално равнище²⁶.

²³ Чл. 3 – съответствие на вторичното законодателство с настоящия регламент „1. Разпоредбите, които се отнасят до изпълнението на приходите и разходите на бюджета и които се съдържат в основен акт, трябва да са съобразени с бюджетните принципи, посочени в дял II“.

²⁴ *OJ L 193*, 30.7.2018, 1–222.

²⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0375&from=BG> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

²⁶ Applying the Charter of Fundamental Rights of the European Union in law and policymaking at national level – Guidance. https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-charter-guidance_en.pdf [посетена на 24 октомври 2021 г.]

4.2. Политика за защита на правата на човека в областта на данъчното облагане

Нарастващата глобализация, а в регионален план пререструктурирането на европейската правна рамка на ЕС с Договора от Лисабон²⁷ са важни фактори, които налагат да се преразгледа традиционното разделяне между сферите на данъчното облагане и правата на човека. Проблемите около въздействието на Договора от Лисабон върху гарантирането и прилагането на правата на човека в областта на данъчното право и правото на ЕС са обект на научен интерес, както показват ежегодните конференции на Групата за изследване на европейското и международно данъчно облагане (GREIT)²⁸.

Групата представлява мрежа от академици, специализирани в европейско и международно данъчно право, която изследва възможното развитие и потенциалното въздействие на правата на човека в областта на данъчното облагане в настоящата глобална епоха.

В резултат на Петата годишна конференция на GREIT във Флоренция през 2010 г. бе издадена книгата „Правата на човека и данъчното облагане в Европа и света“ на Мигел Поареш Мадуро, Паскуале Пистоне и др.²⁹ Както отбелязват авторите, фундаменталните права на данъкоплатците вече не са само национален проблем, решаван на равнището на конституционните норми на държавите – членки на ЕС, а област, в която държавите следва да осигурят адекватна защита, съобразена със стандартите на нивото на ЕС. Това твърдение произтича от развитието на правото на ЕС, по силата на което вследствие на влизането в сила Договора от Лисабон Хартата на основните права на ЕС придобива правнообвързващ (задължителен) характер, а Европейската комисия получава мандат да преговаря присъединяването на Съюза към Европейската конвенция за защита на ПЧ и основни свободи (ЕКЗПЧОС)³⁰.

Важно е да се отбележи, че тези инициативи не са напълно успешни – на пленума на Съда на ЕС от 18.12.2014 г. е установено, че споразумението за присъединяване на ЕК към ЕКЗПЧОС не е съвместимо с чл. 6, пар. 2 от Договора за ЕС (ДЕС), нито с Протокол (№ 8) относно този член. В съответствие с чл. 6, пар. 3 ДЕС, основните права, както са гарантирани от

²⁷ За повече информация за Договора от Лисабон: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/BG/TXT/HTML/?uri=CELEX:12007L/TXT&from=EN> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

²⁸ Вж. повече информация за групата на <https://actl.uva.nl/greit/about-greit/about-greit.html> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

²⁹ Maduro, M. P., P. Pistone et al. Human Rights and Taxation in Europe and the World. IBFD, 2011.

³⁰ Maduro, M. P., P. Pistone et al. Human Rights and Taxation in Europe and the World. IBFD, 2011. Част първа, глава първа, въведение.

ЕКЗПЧОС, са част от правото на Съюза в качеството им на общи принципи³¹. Както бе посочено по-горе, докато Съюзът не се присъедини към тази конвенция, тя не представлява юридически акт, формално интегриран в правния ред на Съюза³².

Следва да се отбележи, че първоначалната инициатива за формиране на политика за защита на ПЧ в областта на данъчното облагане произлиза от ОИСР през 2003 г. – „Практическа бележка за правата и задълженията на данъкоплатците“³³. Към този момент в ЕС политиката за защитата им се ограничава до съдебната практика на Съда на ЕС, която разглежда ПЧ като основни принципи на правото.

Както отбелязва Сесил Брокелинд, съавтор на „Правата на човека и данъчното облагане в Европа и света“³⁴, в областта на прилагането, спазването и защитата на ПЧ в данъчната област Европейският съюз се отличава с правен плурализъм, тъй като за държавите – членки на ЕС, и техните правни субекти съществуват две паралелни правни системи, които регулират човешките права – правото на ЕС и правото на Съвета на Европа, по-специално ЕКЗПЧОС и юриспруденцията по нея. Това предизвиква неудовлетворителни резултати в усилията за формиране на политика за защита на ПЧ през призмата на данъчното облагане, което се допълва от факта, упоменат по-горе, че понастоящем ЕС не е член на общността държави, присъединили се към ЕКЗПЧОС. Все пак в рамките на Съюза се прилага Хартата на основните права на ЕС, която е с ранга на договорите за основаването на ЕС и чието съдържание до голяма степен е аналогично на правата, установени в ЕКЗПЧОС.

Когато ЕС стане страна по ЕКЗПЧОС, съществената новост ще бъде, че Съдът по правата на човека в Страсбург ще стане компетентен да разглежда дела срещу (институциите на) ЕС за нарушаване на ПЧ, но това няма да предизвика (поне не поради нормативната промяна) изменение в подсъдността на актове на самите държави членки спрямо собствените им данъчнозадължени лица.

³¹ Михайлова-Големинова, С. Предизвикателства пред държавите членки и кандидатките за членство в Европейския съюз в областта на данъчното облагане и финансовото право. София: Сиела, 2019, с. 90.

³² Пак там – решения Kamberaj, C-571/10, EU:C:2012:233, т. 60 и Akberg Fransson, EU:C:2013:105, т. 44).

³³ Вж. интернет страницата на ОИСР www.oecd.org/tax/administration/Taxpayers%27_Rights_and_Obligations-Practice_Note.pdf [посетена на 24 октомври 2021 г.]

³⁴ Brokelind, C. The Role of the EU in International Tax Policy and Human Rights. Does the EU need a policy on taxation and human rights? – In: Maduro, M. P., P. Pistone et al. Human Rights and Taxation in Europe and the World. IBFD, 2011.

Важно е да се отбележи, че както на европейско, така и на световно ниво нормативно определение за правата на данъкоплатците все още липсва. Доктрината се обединява около началната точка на концептуализирането им – правата на данъкоплатците са права на човека, които като такива са универсални, неделими и взаимнозависими. По принцип в Европа гражданите и предприятията могат да се основават на следните няколко разпоредби от ЕКЗПЧОС в защита на своите права като данъкоплатци: защита на правото на собственост (чл. 1 от Протокол № 1 към конвенцията), правото на личен семеен живот (чл. 8), правото на справедлив процес (чл. 6) и забрана за дискриминация (чл. 14). В допълнителните протоколи към ЕКПЧ също има основания, използвани при защита на данъкоплатци, като например забрана за налагане на двойна присъда (пример: при налагане на автоматични административни санкции, дублирани с наказателноправни санкции).

Негативният ефект на този правен плурализъм се засилва от европейската съдебна практика, която също не установява последователна и напълно адекватна защитата на ПЧ в данъчната област. Съдебните решения на Специализирания съд в Страсбург показват, че той се застъпва за ПЧ на данъкоплатците най-вече в случаите на обвинения от наказателно естество и на процедурни нарушения и проблеми.

Интересна илюстрация на тези особености и тенденции за развитие в областта на правата на данъкоплатеца в Европа е решението на Съда на ЕС по дело C-543/14 *Ordre des barreaux francophones et germanophone и др.*³⁵, образувано по преюдициално запитване на Конституционния съд на Кралство Белгия във връзка с жалба, подадена от белгийски адвокатски колегии, организации за защита на правата на човека, хуманитарни организации и няколко физически лица с искане за отмяна на новоприето национално законодателство за облагане с данък върху добавената стойност (ДДС) на доставките на адвокатски услуги. Доводите на жалбоподателите са насочени главно към произтичащото от това данъчно облагане увеличение на разходите за съдебни спорове, което според тях нарушава редица разпоредби, гарантиращи правото на достъп до правосъдие. Според фактите по делото Белгия е освобождавала доставките на адвокатски услуги от ДДС до 31 декември 2013 г. по силата на преходна дерогационна разпоредба, която се съдържа във вторичното право на ЕС (Директива 2006/112/ЕО относно общата система на ДДС³⁶), като е била единствената държава членка, възползвала се от дерогацията.

³⁵ Вж. решение C-543/14 *Ordre des barreaux francophones et germanophone и др.*, ECLI:EU:C:2016:605

³⁶ ОВ L 347/1, 11.12.2006 г., 1–118.

В това дело забележителното е, че освен на разпоредбите на материалното данъчно право на ЕС (Директива 2006/112/ЕС), за да подкрепят своите аргументи, страните се позовават в значителна степен на Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи (чл. 6 – право на справедлив процес, чл. 14 – забрана за дискриминация), на Хартата на основните права на ЕС (чл. 47 – право на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес), на Международния пакт за граждански и политически права (чл. 14, пар. 1 и 3, чл. 26) и на Орхуската конвенция за достъп до информация, участие на обществеността в процеса на взимане на решения и достъп до правосъдие по въпроси на околната среда³⁷.

Отговорът на СЕС по преюдициалните въпроси започва с припомняне на разделението между двете основни европейски системи за защита на правата на човека: „...макар признатите от ЕКЗПЧОС основни права да са част от правото на Съюза като общи принципи, както потвърждава чл. 6, пар. 3 на Договора за ЕС, и макар чл. 52, пар. 3 от Хартата на основните права на ЕС да предвижда, че съдържащите се в тази харта права, съответстващи на правата, гарантирани от ЕКЗПЧОС, имат същия смисъл и обхват като дадените им в посочената конвенция, докато Съюзът не се присъедини към нея, тя не представлява юридически акт, формално интегриран в правния ред на Съюза. [...] Последната констатация важи и по отношение на МГПП. Затова валидността на Директива 2006/112/ЕО трябва да се преценява единствено от гледна точка на основните права, гарантирани с Хартата“. По-нататък Съдът на ЕС установява, че чл. 47 от Хартата не е нарушен, тъй като „няма как да се установи близка или механична корелация между облагането с ДДС на доставките на услуги от адвокати и увеличението на цената на тези услуги“ (т. 35 от решението). В допълнение на аргументацията си по чл. 47 от Хартата съдът счита, че предоставената от принципа на равните процесуални възможности гаранция не обхваща облагането на доставките на услуги от адвокати с ДДС (т. 46 от решението).

В допълнение СЕС изключва Орхуската конвенция като основание за анализ на спорните разпоредби, тъй като не е изпълнено условието „естеството и общата логика“ на споразумението да допускат това, както и съдържанието му да е достатъчно безусловно и достатъчно точно (т. 49 и т. 57). Така отговорът на Съда на ЕС по преюдициалното питане се фокусира върху материалното право на ЕС, за да заключи, че „ДДС Директива 2006/12/ЕО трябва да се тълкува, в смисъл че извършваните от адвокати доставки на услуги за правни субекти, които се ползват от правна помощ в рамките на

³⁷ Вж. интернет страницата, посветена на Орхуската конвенция: www.unece.org/env/pp/contentofaarhus.html [посетена на 24 октомври 2021 г.]

национална правна уредба на правната помощ като разглежданата в главно-то производство, не се освобождават от ДДС“.

Неудовлетворителна е и политиката на Съда по правата на човека в Страсбург в защитата на ПЧ на данъкоплатеца, както е видно от юриспруденцията, последвала решението му по българското дело „Булвес“ АД срещу България³⁸. По това дело европейският съдия постановява, че държавата няма право да отказва възстановяване на ДДС, когато получателят на облагаема с ДДС доставка е добросъвестен, не е могъл да контролира поведението на своя доставчик и коректно е изпълнил данъчните си и счетоводни задължения. Тези изводи на съда са затвърдени с решение по делото „Център за подкрепа на бизнеса“ срещу България³⁹.

Решаващите мотиви на ЕСПЧ по тези две дела съответстват и на практиката на Съда на ЕС по казуси, свързани с ДДС облагане. Фактическото положение на много други данъчнозадължени лица в България и принципните аргументи на ЕСПЧ пораждаят потенциал за съществена промяна в практиката на българските съдилища, поради което след решението „Булвес“ десетки данъчни жалби срещу България са регистрирани в ЕСПЧ.

Както отбелязва адвокат Михаил Екимджиев, притежаващ богат опит в защита по дела пред Съда в Страсбург: „Тогава нещо се случи в машинерията на съда. Вероятно поради застрашително увеличаващия се брой ДДС оплаквания или по други „конфиденциални“ съображения той реши, че е по-практично да елиминира тези жалби „на входа“. Технически това стана с решението от 25 януари 2011 г. по делото Стефан Назарев и други срещу България (обединени жалби № 26553/05, № 25912/09, № 40107/09 и № 12509/10). С него беше обяснено, че всъщност делата „Булвес“ и „Център за защита на бизнеса“ били частни случаи, нещо като „грешки на растежа“. Така беше решена съдбата на десетките висящи ДДС жалби, засягащи тежък правозащитен проблем – системния отказ на държавата да възстановява дължим ДДС. Те поголовно бяха обявени за недопустими с немотивирани „решения“ на „едноличен състав“ или с бланкетното позоваване на решението „Назарев“ въпреки съществените правни и фактически различия между тях“⁴⁰.

Позитивен пример за зараждане на систематична политика в областта на правата на човека при данъчно облагане отново дава международната Организация за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР), която

³⁸ Решение на ЕСПЧ от 22.01.2009 г. (жалба № 3991/03).

³⁹ Решение на ЕСПЧ от 18 март 2010 г. (жалба № 6689/03).

⁴⁰ Екимджиев, М. Кой ще пази правата ни от Европейския съд по правата на човека? – В: Правен свят, 04.02.2014 г., <http://legalworld.bg/34276.koj-shte-pazi-pravata-ni-ot-evropejskiia-syd-po-pravata-na-choveka.html>. [посетена на 24 октомври 2021 г.]

състави списък за права и задължения⁴¹. Този списък не е задължителен, но може да се разглежда като минимален стандарт на тези права и задължения. Някои англосаксонски държави (Канада от 1985 г., САЩ от 1988 г., Австралия от 1997 г.) вече имат действащ каталог от такива права и задължения, които най-често са организирани във формата на харта, но статутът му варира спрямо страната. Разбира се, това е стандарт, който би трябвало да бъде адаптиран към всяка държава спрямо нейната социално-икономическа обстановка и култура.

В такива условия потенциалната роля на ЕС при защита на правата на данъчнозадължени лица става все по-значима, тъй като, както бе описано по-горе, към настоящия момент тези права са взаимосвързани, но от гледна точка на отделния данъкоплатец те представляват разпръснати правила, съществуващи на различни нива в правния мир. Целта е да се дефинира хомогенна структура от права и задължения на данъкоплатците.

В този смисъл ролята на ЕС в защита на ПЧ започва да се очертава най-ясно в областта на прякото облагане, където Съдът на ЕС е развил всеобхватна съдебна практика, свързана с основните свободи по договорите за основаване на Съюза.

Европейският парламент публикува доклади (2007) в посока изготвянето на систематична защита на ПЧ в областта на прякото облагане, която да допълни съдебната практика на СЕС⁴². Целта е защита на правото за изпълнение на оправданите очаквания.

Европейската комисия публикува „Фискални планове“ през 1999 г., представляващи препоръки към кандидатите за членство в ЕС – в този документ се изразява необходимостта от възприемане на минимални стандарти за защита на ПЧ, особено в областта на защита на личните и семейни права и на правото на справедлив процес⁴³.

4.3. Хартата на основните права на ЕС и данъчното облагане

„Несъмнено правата, установени в Хартата, играят огромна роля в дела от данъчен характер и тази тенденция се наблюдава все по-изразено дори в практиката на СЕС по дела в областта на ДДС. Например по отношение на съвместимостта на правилата на ДДС с Хартата (напр. чл. 17 от Хартата

⁴¹ Вж. страницата на ОИСР <http://www.oecd.org/dataoecd/24/52/17851176.pdf> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁴² Европейски парламент, Политически отдел за икономическа и научна политика. The impact of the Rulings of the European Court of Justice in the Area of Direct Taxation. Prof. Malherbe, J., March 2008, IP/A/ECON/ST/2008-27, PE 404.888.

⁴³ Повече информация на интернет страницата на ЕК http://ec.europa.eu/taxation_customs/common/publications/info_docs/taxation/index_en.htm [посетена на 24 октомври 2021 г.]

относно правото на собственост и ДДС). След като отказът на ползването на право, което произтича от общата система на ДДС, в случай на участие на данъчнозадълженото лице в измама е просто последица от неизпълнението на условията, които релевантните разпоредби на Шеста директива предвиждат в това отношение, то този отказ няма характера на наказание или санкция по смисъла на чл. 7 ЕКПЧОС, подписана в Рим на 4.11.1950 г., или на чл. 49 от Хартата на основните права на ЕС (вж. в този смисъл решенията *Emsland-Stärke*, C-110/99, EU:C:2000:695, т. 56, *Halifax* и др., EU:C:2006:121, т. 93 и *Döhler Neuenkirchen*, C-262/10, EU:C:2012:559, т. 43).⁴⁴ СЕС все по-често я споменава в практиката си, доколкото тя е част от първичното право на Съюза след 2009 г., установявайки посочените в нея права, свободи и принципи⁴⁵.

Сред основните права, важни за данъчното облагане, са: зачитане на личния и семейния живот (чл. 7); защита на личните данни⁴⁶ (чл. 8); свобода на изразяване на мнение и свобода на информация (чл. 11); свобода на стопанската инициатива (чл. 16); право на собственост (чл. 17); право на добра администрация (чл. 41); право на достъп до документи (чл. 42); свободно движение и пребиваване (чл. 45); право на ефективни правни средства за защита и на справедлив съдебен процес (чл. 47); презумпция за невинност и право на защита (чл. 48); принципи на законност и пропорционалност на престъплението и наказанието (чл. 49); право на всеки да не бъде съден или наказван два пъти за едно и също престъпление (чл. 50)⁴⁷.

⁴⁴ Михайлова-Големинова, С. Предизвикателства пред държавите членки и кандидатките за членство в Европейския съюз в областта на данъчното облагане и финансовото право. С предговор от проф. Жак Малерб (научен редактор). София: Сиела, 2019, 90–91.

⁴⁵ Вж. практика на СЕС: *Gabrielle Defrenne* (C-149/77), ECLI:EU:C:1978:130; *Erich Stauder* (C-29/69), ECLI:EU:C:1969:57; *Internationale Handelsgesellschaft mbH* (C-11/70), ECLI:EU:C:1970:114; *Liselotte Hauer* (C-44/79), ECLI:EU:C:1979:290; *Georg von Deetzen* (C-44/89), ECLI:EU:C:1991:401; *Hoechst AG* (C-46/87), ECLI:EU:C:1989:337; *Hoechst AG* (C-227/88), ECLI:EU:C:1989:337; *Société financière d'investissements SPRL (SFI)* (C-85/97), ECLI:EU:C:1998:552; *Weber* (C-314/91), ECLI:EU:C:2003:396; *Mannesmann AG* (C-4/59 and C-13/59), ECLI:EU:C:1960:13.

⁴⁶ По отношение на прозрачността и защитата на личните данни вж. материалите от конгреса на Асоциацията на данъчните професори, състоял се в Цюрих през юни 2018 г.: www.eatlp.org/congresses/pastcongresses/308-2018-zuerich [посетена на 1.11.2019 г.] Интересът към темата е особено значим с оглед на теча на лични данни от НАП: <https://check.nra.bg/> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁴⁷ Вж. някои интересни решения на СЕС за тях: *Gabrielle Defrenne* (C-149/77), ECLI:EU:C:1978:130; *Erich Stauder* (C-29/69), ECLI:EU:C:1969:57; *Internationale Handelsgesellschaft mbH* (C-11/70), ECLI:EU:C:1970:114; *Liselotte Hauer* (C-44/79), ECLI:EU:C:1979:290; *Georg von Deetzen* (C-44/89), ECLI:EU:C:1991:401; *Hoechst AG* (C-46/87 and C-227/88), ECLI:EU:C:1989:337; *Société financière d'investissements SPRL (SFI)* (C-85/97), ECLI:EU:C:1998:552; *Weber* (C-314/91), ECLI:EU:C:1993:109; *Mannesmann* (C-4-13/59).

Референция към Хартата има в 18 решения на СЕС и 20 становища на генерални адвокати за периода 2009–1.09.2018 г. по статистика⁴⁸.

Въпреки това обхватът на Хартата е ограничен до случаи, в които се оспорва правото на ЕС съгласно чл. 51. **Хартата съгласно чл. 6, пар. 1 ДЕС има същата юридическа сила като Договорите⁴⁹.** (Спазването на Хартата е задължително не само за институциите, органите, службите и агенциите на Съюза, но и за държавите членки, когато те прилагат правото на Съюза в областта на данъчното облагане (вж. в този смисъл решение *Akerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, т. 17–21).

В областта на ДДС, където се прилага правото на Съюза – със сигурност, но не така стои въпросът при преките данъци. Но когато говорим за преки данъци, следва да се подхожда внимателно. **Хармонизацията в областта на прякото данъчно облагане следва да е базирана по принцип на разпоредбите на чл. 26, чл. 113 и 115 ДФЕС и прилагането на чл. 51 следва да се тества във всеки един конкретен случай.**

Държавата членка има суверенитет в областта на прякото данъчно облагане по принцип. Съгласно чл. 26 ДФЕС: „1. Съюзът приема мерките, предназначени за установяване или осигуряване на функционирането на вътрешния пазар, съгласно съответните разпоредби от Договорите. 2. Вътрешният пазар обхваща пространство без вътрешни граници, в което свободното движение на стоки, хора, услуги и капитали е осигурено в съответствие с разпоредбите на Договорите. 3. Съветът, по предложение на Комисията, определя насоките и условията, необходими за осигуряването на балансиран напредък във всички засегнати сектори“.

Съгласно чл. 113 ДФЕС „Съветът, с единодушие, в съответствие със специална законодателна процедура и след консултация с Европейския парламент и с Икономическия и социален комитет приема разпоредби за хармонизиране на законодателството относно данъците върху оборота, акцизите и другите форми на косвено данъчно облагане в степента, в която такава хармонизация е необходима за осигуряване създаването и функционирането на вътрешния пазар и за предотвратяване на нарушаването на конкуренцията“.

⁴⁸ Вж. презентация на PwC Legal „Recent Case Law of the CJEU in the area of VAT – In which direction does the CJEU go?“, Conference „Court of Justice of the European Union: Recent VAT Case Law“, WU (Vienna University of Economics and Business), January 29–31, 2019, Vienna, Austria.

⁴⁹ Вж. решения *ERT*, C-260/89, EU:C:1991:254, т. 41, *Kremzow*, C-299/95, EU:C:1997:254, т. 14, *Schmidberger*, C-112/00, EU:C:2003:333, т. 73, както и *Kadi u Al Barakaat International Foundation/Съвет и Комисия*, EU:C:2008:461, т. 283 и 284.

А съгласно чл. 115 ДФЕС „Без да се засягат разпоредбите на чл. 114, Съветът, с единодушие, в съответствие със специална законодателна процедура и след консултация с Европейския парламент и с Икономическия и социален комитет приема директиви относно сближаването на онези разпоредби, предвидени в закони, подзаконови или административни разпоредби на държавите членки, които пряко се отнасят до създаването или функционирането на вътрешния пазар“. Конституционната идентичност най-ясно проявява суверенитета на държавата членка в областта на прякото данъчно облагане⁵⁰. В днешно време се оказва, че данъчното облагане е последната област на политиката на Съюза, в която вземането на решения се извършва изключително с единодушие. Дали ще бъде превзет този последен бастион? Това ще стане ясно скоро.

В подкрепа на казаното е и **Решение № 235 от 09.01.2015 по адм. дело № 4690/2014 на ВАС, Седмо отделение, с докладчик съдия Соня Янкулова, където съдът посочва, че чл. 51 от Хартата е неприложим по отношение на местни данъци:** „С оглед на изхода от спора съдът не счита за необходимо да отговаря на многобройните доводи на ответника по касационната жалба за неприложимост на чл. 61с, ал. 4 и 5 ЗМДТ поради противоречие с правото на Европейския съюз и Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи. Следва само да се посочи, че Хартата на основните права на Европейския съюз съгласно нейния чл. 51 е приложима „за държавите членки единствено когато те прилагат правото на Съюза“, а местните данъци не са предмет на регулация от Европейския съюз“.

Важно е все пак, когато говорим за правата, респективно задълженията на данъчнозадължените лица⁵¹, да се знае, че те йерархично се подреждат и структурират: на първо място, в националното законодателство (материалноправно и процесуалноправно), включително изведени и гарантирани от Конституцията; на второ място, в първичното право на ЕС (Хартата на основните права на Европейския съюз); на трето място, в

⁵⁰ По въпроса за данъчното право на ЕС и прякото данъчно облагане вж. Lang, M., P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer. Introduction to European Tax Law on Direct Taxation. 5th Edition Linde, 2018; Marjaana, H. EU Tax Law – Direct Taxation. IBFD, 2017.

⁵¹ ДОПК (чл. 14) общо характеризира кои са данъчнозадължените лица, включително и всеки материален данъчен закон, доколкото това е задължителен елемент от съдържанието му. Това следва от принципа на законоустановеност. Основните права и задължения на данъчните субекти са уредени в чл. 13 и чл. 17 ДОПК. „Данъчната тайна“ на обстоятелствата, станали известни на органите по приходите (чл. 72–73 и чл. 74 – данъчна и осигурителна информация). Производството по данъчната регистрация е уредено в чл. 79, 80 и сл. ДОПК. В ДОПК е уредена общата данъчна регистрация, а в специалните закони – ЗДДС и ЗАДС, е уредена специалната.

ЕКЗПЧОС. При това при спазване на основните принципи, установени на тези три нива. В практически аспект, както вече стана ясно по-горе, въпросът е толкова комплексен, че се е наложило ЕК да направи изследване.

В резултат на изследването и анализа през 2016 г. се създава Европейски кодекс на данъкоплатците, който съдържа основни принципи, обхващащи основните съществуващи **права и задължения, уреждащи отношенията между данъкоплатците и данъчните администрации**⁵² в Европа⁵³. Кодексът не е обвързващ инструмент. Общите принципи, които се очертават в него, са следните⁵⁴: **законосъобразност и правна сигурност; недискриминация и равенство на данъкоплатците; презумпция за честност; учтиво и внимателно отношение; спазване на закона; безпристрастност и независимост; данъчна тайна и защита на данните; неприкосновеност на личния живот; представителство.** В момента въпросите, отнасящи се до правата на данъчнозадължените лица, следва да се интерпретират в светлината на новите тенденции, свързани с **прозрачност и защита на данните.**

4.4. Правото на добра администрация по Хартата и практиката на Върховния административен съд на Република България

Правото на добра администрация по принцип **произтича от Хартата на основните права на ЕС и е един от основните административни и процесуални принципи, изведен и от практиката на Съда на ЕС.** Правото на добра администрация е прогласено в **чл. 41 от Хартата във връзка с чл. 51 от същата.** То е установено и в Копенхагенските критерии. Текстът на чл. 41 гласи: „1. Всеки има право засягащите го въпроси да бъдат разглеждани от институциите, органите, службите и агенциите на Съюза безпристрастно, справедливо и в разумен срок. 2. Това право включва по-специално: а) правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него; б) правото на достъп на всяко лице до документите, които се отнасят до него, като се зачитат легитимните интереси, свързани с поверителността и професионалната и служебна тайна; в) задължението на

⁵² KPMG прави интересно изследване за състоянието на данъчните администрации в днешно време „A look inside tax departments worldwide and how they are evolving. Summary report: Global Tax Department Benchmarking“, достъпно на: <https://home.kpmg/content/dam/kpmg/xx/pdf/2018/05/tax-benchmarking-report.pdf> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁵³ Вж. на интернет страницата на ЕК, ГД „Данъчно облагане и митнически съюз“. Пряко данъчно облагане, фискална координация, икономически анализ и оценка. Политика на сътрудничество в областта на прякото данъчно облагане: https://ec.europa.eu/taxation_customs/business/tax-cooperation-control/guidelines-model-european-taxpayers-code_en [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁵⁴ Вж. 8–11.

администрацията да мотивира своите решения. 3. Всяко лице има право на обезщетение от страна на Съюза за вредите, нанесени му от институциите или от техните служители при изпълнение на служебните им задължения, в съответствие с основните принципи, които са общи за законодателствата на държавите членки“. А в чл. 51, ал. 1 е установено, че „Разпоредбите на настоящата харта се отнасят за институциите, органите, службите и агенциите на Съюза при зачитане на принципа на субсидиарност, както и за държавите членки единствено когато те прилагат правото на Съюза. В този смисъл те зачитат правата, спазват принципите и насърчават тяхното прилагане в съответствие със своите компетенции и при зачитане на предоставените в Договорите компетенции на Съюза“.

След някои първоначални колебания⁵⁵ СЕС многократно е постановявал в съответствие с текста на Хартата, че адресати на чл. 41 от същата са единствено институциите, органите, службите и агенциите на ЕС⁵⁶. Това тълкуване не се ползва с всеобщо признание. В Решение на съда (Шести състав) от 8 май 2019 г. по дело C-230/18, PI, ECLI:EU:C:2019:383 в т. 56 се посочва: „Във връзка с чл. 41 от Хартата, на който е направено позоваване във втория и третия въпрос, следва да се отбележи, че от текста на тази разпоредба ясно следва, че нейни адресати са не държавите членки, а единствено институциите, органите, службите и агенциите на Съюза (решение от 13 септември 2018 г., UBS Europe и др., C-358/16, EU:C:2018:715, т. 28 и цитираната съдебна практика).

От това следва, че чл. 41 от Хартата не е релевантен в делото по главното производство“. В продължение в т. 57 се посочва: „Тази разпоредба обаче е проявление на общ принцип на правото на Съюза, съгласно който правото на добра администрация обхваща задължението на администрацията да мотивира своите решения (вж. в този смисъл решение от 17 юли 2014 г., YS и др., C-141/12 и C-372/12, EU:C:2014:2081, т. 68). Задължението за администрацията да изложи в решението мотиви, които са достатъчно специфични и конкретни, за да позволят на заинтересованото лице да разбере причините за индивидуалната мярка с неблагоприятни за него последици, произтича от общия за правото на Съюза принцип на зачитане на правото на защита (вж. в този смисъл решения от 22 ноември 2012 г.,

⁵⁵ Вж. Решение от 22.11.2012 г., M. (C-277/11, EU:C:2012:744, т. 81–84), в което Съдът постановява, че принципът на зачитане на правото на защита е закрепен в чл. 41 от Хартата и че „както следва от самата ѝ формулировка, тази разпоредба е с общо приложение“.

⁵⁶ Вж. Решения от 21.12.2011 г., *Cicala* (C-482/10, EU:C:2011:868, т. 28); от 17.07.2014 г., *YS и др.* (C-141/12 и C-372/12, EU:C:2014:2081, т. 67); от 5.11.2014 г., *Mukarubega* (C-166/13, EU:C:2014:2336, т. 44); от 17.12.2015 г., *WebMindLicenses* (C-419/14, EU:C:2015:832, т. 83), и от 9.03.2017 г., *Doux* (C-141/15, EU:C:2017:188, т. 60).

М., С-277/11, EU:C:2012:744, т. 88 и от 11 декември 2014 г., Boudjlida, С-249/13, EU:C:2014:2431, т. 38)“.

Изразено е противоположното мнение – че то противоречи на общото правило относно приложното поле на чл. 51, ал. 1 от Хартата. То изключва действията на държавите членки, дори да са предприети за прилагане на правото на Съюза⁵⁷. Изцяло подкрепяме заключението на генералния адвокат М. Vobek, представено на 7.09.2017 г. по дело С-298/16 *Teodor Ispas и Anduța Ispas c/y Direcția Generală a Finanțelor Publice Cluj*, и също трябва да признаем, че не виждаме такова противоречие.

Нещо повече, това основно право например е приложимо за държавните органи (административните органи⁵⁸) на Република България, когато прилагат правото на ЕС в: областта на собствените приходи на бюджета на ЕС (ДДС и митата), където органите на държавата членка действат при условия на споделена компетентност например с институциите на съюза; в областта на конкуренцията⁵⁹ (държавните помощи и обществените поръчки); при управлението на разходната част на бюджета на ЕС и кореспондиращото национално съфинансиране, т.е. средствата от фондовете на ЕС по общата селскостопанска и кохезионна политика⁶⁰; общата валута (евро)⁶¹; банковия и финансовия надзор и т.н. Това право принципно следва да се прилага и когато органите на държавата членка не прилагат един-

⁵⁷ Вж. заключението на генералния адвокат Wathelet по дело *Boudjlida* (С-249/13, EU:C:2014:2032, т. 47), който посочва: „...според мен не би било логично, нито пък в съответствие с практиката на Съда, да може по този начин с текста на чл. 41 от Хартата да се въведе изключение от правилото, установено в чл. 51 от нея, което да позволи на държавите членки да не прилагат един член от Хартата дори при прилагане на правото на Съюза. В допълнение ще отбележа, че определено застъпвам позицията, че чл. 41 от Хартата е приложим за държавите членки, когато прилагат правото на Съюза“. По този въпрос вж. също заключенията на генералния адвокат Mengozzi по дело *Bensada Benallal* (С-161/15, EU:C:2016:3, т. 28–32) и по дело *M* (С-560/14, EU:C:2016:320, т. 27) и на генералния адвокат Bot по дело № (С-604/12, EU:C:2013:714, т. 36).

⁵⁸ § 1, т. 1 ДР АПК: „Административен орган“ е органът, който принадлежи към системата на изпълнителната власт, както и всеки носител на административни правомощия, овластен въз основа на закон, включително лицата, осъществяващи публични функции, и организациите, предоставящи обществени услуги.

⁵⁹ Съюзът има изключителна компетентност в тази област съгласно чл. 3, ал. 1, т. б. „б“ ДФЕС. Установяване на правила относно конкуренцията, необходими за функциониране на вътрешния пазар вж. Стойнев, И. Правен режим за защита на конкуренцията в ЕС. Том I. Антикартелно право. София: Сиела, 2018.

⁶⁰ Споделено управление. Вж. ЗУСЕСИФ и Закона за подпомагане на земеделските производители.

⁶¹ Съюзът разполага с изключителна компетентност съгласно чл. 3, § 1, б. „в“ ДФЕС Парична политика на държавите членки, чиято парична единица е евро.

ствено правото на ЕС, тъй като то е вплетено и в основни принципи по АПК, ДОПК, ЗУСЕСИФ и др.

Наличието на добра администрация е предпоставка за членство в ЕС на държава кандидатка за членство съобразно Копенхагенските критерии, за да има капацитет да се справя с прилагането на правото на ЕС.

Например ръководителят на УО на оперативна програма в качеството си на административен орган следва да прилага този принцип в дейността си, тъй като прилага право на ЕС: първично (чл. 317 и 325 ДФЕС), финансовия регламент и секторни регламенти, както и националното законодателство, свързано с управление на разходната част на бюджета на ЕС, на основание чл. 51 от Хартата. В този смисъл ЗУСЕСИФ е специален процесуален закон по отношение на АПК (процесуална автономия на държавата членка). В ЗУСЕСИФ не са разписани например правила досежно езика, на който се водят производствата по закона от административния орган/ръководителя на УО. Следователно приложима е разпоредбата на чл. 14 АПК и принципите на административния процес в производствата по ЗУСЕСИФ наред с принципите, установени в чл. 2, ал. 1 ЗУСЕСИФ. В Определение № 11847/09.10.2017 г. по адм. д. № 10020/2017 г. на ВАС съдът казва: „**Комисията по чл. 33, ал. 1 ЗУСЕСИФ**, т.нар. оценителна комисия, е **помощен орган на ръководителя на управляващия орган**“. Тя има установени в закона правомощия – да оцени и да класира проектните предложения, но не е овластена да издава завършени юридически актове. Комисията прави само предложение за оценката и за класирането на всяко от проектните предложения, като тя може, след като е допуснала съответното проектно предложение до техническа и финансова оценка, да го включи в една от трите възможни групи – на предложените за финансиране проектни предложения, на резервните проектни предложения и на предложените за отхвърляне проектни предложения.

Тези предложения на комисията по чл. 33, ал. 1 ЗУСЕСИФ, обективирани в списъците по чл. 35 ЗУСЕСИФ и мотивирани в оценителен доклад, са **подготвителни административни актове**, които едва след одобрението на ръководителя на управляващия орган пораждаат права, съответно засягат законни интереси на кандидатите за предоставяне на безвъзмездна финансова помощ⁶². Комисията по чл. 33, ал. 1 ЗУСЕСИФ е законово установен помощен орган на ръководителя на управляващия орган, чиято дейност е

⁶² Вж. досежно помощния орган Решение № 1150/25.01.2018 г. по адм. д. № 12792/2017 г., VII отд., ВАС; Решение № 2905 от 30.04.2018 г. на АССГ по адм. д. № 4917/2017 г., потвърдено с Решение № 929/23.01.2019 г. по адм. д. № 7630/2018 г., VII отд., ВАС; Решение № 469 от 21.01.2019 г. на АССГ по адм. д. № 2921/2018 г. и Решение 2898/25.04.2019 г. по адм. д. № 2424 2019 г. 3 отд., 8 с-в.

нормативно регламентирана и която е част от процедурата по подбор. По силата на изрична правна норма – чл. 35 ЗУСЕСИФ, комисията изготвя и нарочен акт – оценителен доклад, който заедно с резултатите от оценката става мотив на акта на ръководителя на управляващия орган по чл. 36, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 35 ЗУСЕСИФ, съответно чл. 37, ал. 3 и чл. 38, т. 1 ЗУСЕСИФ. Този характер на комисията – на помощен орган, на нейната дейност – на част от процедурата по подбор, и на значението на нейните актове – на мотиви на крайния, пораждащ права и засягащ законни интереси индивидуален административен акт, **предпоства и необходимостта от проверка за спазването на нормативните изисквания относно нея в хода на съдебното производство по контрол за законосъобразност на акта по чл. 36, ал. 1, т. 1 във вр. с чл. 35 ЗУСЕСИФ.**

С оглед на това при контрола за законосъобразност на акта по чл. 38, т. 1 ЗУСЕСИФ съдът следва да извърши контрол спазени ли са нормативните изисквания по отношение на комисията по чл. 33, ал. 1 ЗУСЕСИФ. Оценителната дейност се осъществява в рамките на нормативно и административно установени правила, но сама по себе си тя няма административен, а експертно-оценъчен характер. Експертно-оценъчната дейност **изисква притежаването на специални знания, които не са част от компетентността на органа, и именно поради това законодателят е предвидил нейното използване при издаването на акта. В чл. 41, т. 2, б. „в“ на Хартата е ясно разписано задължението на администрацията да мотивира своите решения**⁶³.

Ако държавата няма добра администрация⁶⁴, то това е предпоставка да понесе отговорност за вреди, включително и от нарушаване на правото на ЕС, е следващата интерпретация на този принцип. Държавата отговаря за вреди, причинени от незаконни актове или действия на нейни органи и длъжностни лица (чл. 7 КРБ). Основополагащ е и принципът на правото на ЕС за отговорността на държавата за вреди при прилагане на чл. 4, пар. 3 ДЕС⁶⁵.

В практиката си ВАС споделя горната теза. По-долу ще представим някои решения.

⁶³ Това се отнася и до данъчния ревизионен акт и всеки друг акт на административен орган или на БНБ и КФН.

⁶⁴ Вж. и Craig, P. *Administrative Law*. Sweet & Maxwell. 2016, 293–294; Pistone, P. *The General Report. Legal Remedies in European Tax Law*. IBFD, 2009.

⁶⁵ Вж. и Pistone, P. *Legal Remedies in European Tax Law. Part Five. Liability for Damages in European Law and Taxation*. IBFD, 2009; Костов, С. *Извъндоговорната отговорност на ЕС и на държавите членки*. София: Сиби, 2017; Корнезов, Ал. *Отговорността на държавата за нарушаване на правото на Европейския съюз*. София: Сиела, 2012.

В Решение № 1678 от 06.02.2014 г. по адм. дело № 9152/2013 на ВАС, Трето отделение, с докладчик съдия Жанета Петрова: „Според чл. 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз всеки има право на добра администрация, на което кореспондира задължението на институциите, органите, службите и агенциите на Съюза безпристрастно, справедливо и в разумен срок да разглеждат отнесените до тях въпроси. Поведението на служителите, към които ищецът се е обърнал за съдействие, е в нарушение на чл. 20 от Закона за държавния служител, въвеждащ изисквания за точно и своевременно удовлетворяване на исканията на гражданите, за признаване без забава и за оказване на съдействие за признаване на техните права и законни интереси. Държавният служител е длъжен да не проявява грубост, невъзпитание и неуважение към гражданите, които обслужва. В този смисъл са и разпоредбите на чл. 2, ал. 6 и чл. 3 от Кодекса за поведението на служителите в държавната администрация, които предписват на държавните служители любезно и възпитано отношение, зачитане на достойнството на личността, както и полагането на усилия, за да стане обслужването достъпно за всеки. Достъпното обслужване, което администрацията е длъжна да осигури на гражданите, изисква компетентно и добросъвестно отношение към изпълнението на служебните задължения, както и адекватна грижа към проблемите на всеки гражданин, независимо от неговата възраст, образование и социално положение“.

В Решение № 5445 от 10.05.2016 г. по адм. дело № 3700/2015 на ВАС, Трето отделение, с докладчик съдия Искра Александрова се посочва: „Въведените с разпоредбите от глава 4 от Регламент 73/2009 на Съвета и чл. 12, параграф 3 от Регламент 1122/2009 на Комисията процедурни задължения за компетентната администрация на държавите членки, които разпоредби същевременно установяват и сътрудничество между администрацията и заявителите, са **проявление на принципа на добра администрация, който е общ принцип на правото на Съюза** (разяснения по чл. 41 от Разяснения относно Хартата на основните права и решение на СЕС от 8 май 2014 г. по дело C-604/12, т. 49 и 50). Проявление на този принцип е прогласеното в чл. 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз право на добра администрация, част от съдържанието на което е и мотивираността на решенията на администрацията. Настоящият съдебен състав на касационната инстанция преценява, че в конкретния случай административният орган, който в дейността си по проверка и преценка на подаденото заявление прилага и право на ЕС (Регламент №73/2009 на Съвета и Регламент № 1122/2009 на Комисията), с допуснатите от него нарушения в конкретния случай, изразяващи се в предоставянето на заявителя на графичен материал с неактуална информация относно границите на референтните парцели и

допустимите за подпомагане площи, както и липсата на конкретни мотиви в УП, е нарушил принципа на добра администрация“.

В Решение № 720 от 17.01.2018 г. по адм. дело № 8386/2017 на ВАС, Трето отделение, с докладчик съдия Ваня Пунева се посочва: „Настоящият казус е и пример и за нарушаване на правото на добра администрация съгласно чл. 41 от Хартата на основаните права на Европейския съюз (Хартата). Съгласно чл. 41, т. 1 от Хартата всеки има право засягащите го въпроси да бъдат разглеждани от институциите, органите, службите и агенциите на Съюза безпристрастно, справедливо и в разумен срок.

Съгласно чл. 41, т. 2, б. „а“ от Хартата правото на добра администрация включва по-специално правото на всяко лице да бъде изслушано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него. Съгласно чл. 51 от Хартата разпоредбите на Хартата се отнасят за институциите, органите, службите и агенциите на Съюза при зачитане на принципа на субсидиарност, както и за държавите членки единствено когато те прилагат правото на Съюза. В този смисъл те зачитат правата, спазват принципите и насърчават тяхното прилагане в съответствие със своите компетенции и при зачитане на предоставените в Договорите компетенции на Съюза.

Съгласно § 2в от ДР на ЗВ, този закон въвежда изискванията на Директива 2000/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2000 г. за установяване на рамка за действията на Общността в областта на политиката за водите, Директива 2007/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2007 г. относно оценката и управлението на риска от наводнения (ОВ, L 288/27 от 6 ноември 2007 г.) и чл. 11 и 12 на Директива 2008/105/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 16 декември 2008 г. за определяне на стандарти за качество на околната среда в областта на политиката за водите, за изменение и последваща отмяна на директиви 82/176/ЕИО, 83/513/ЕИО, 84/156/ЕИО, 84/491/ЕИО, 86/280/ЕИО на Съвета и за изменение на Директива 2000/60/ЕО на Европейския парламент и на Съвета (ОВ, L 348/84 от 24 декември 2008 г.). Касационната инстанция намира, че директорът на БДПР като орган на държава членка, прилагаща правото на Съюза по отношение на постигането на целите за устойчиво и рационално използване на водите, чрез правомощията си по чл. 79а от ЗВ е бил длъжен да зачете правото на [фирма] на добра администрация чрез участието му в производството, преди срещу дружеството да бъде издаден процесният неблагоприятен за него акт“.

В Решение № 8524 от 25.06.2018 г. по адм. д. № 14082/2017 г., VII отд. на ВАС, с докладчик съдия Соня Янкулова се посочва: „Съгласно чл. 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз (Хартата) основно

право на правните субекти е правото на добра администрация. Съгласно тази разпоредба правото на добра администрация включва: 1) правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него; 2) правото на достъп до документите, които се отнасят до него; 3) задължение на администрацията да мотивира решението си. Съгласно чл. 51 от Хартата тя е приложима от държавите членки, когато прилагат правото на Съюза. Предоставянето на безвъзмездна финансова помощ от Европейския социален фонд е пряко приложение на правото на Съюза, което значи и задължение на националните органи, отговорни за приложимостта на право, да спазват разпоредбата на чл. 41 от Хартата. Разпоредбите на чл. 41 от Хартата, с оглед на чл. 6 (1) от Договора за Европейския съюз (ДЕС), имат юридическата сила на първично право. Те изразяват общ принцип в правото на Европейския съюз, спазването на който Съдът на Европейския съюз в практиката си неотклонно изисква, защото е елемент на правото на защита – Решение от 18 декември 2008 г., *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 37; решение от 1 октомври 2009, *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83.

Съдът на Европейския съюз е наложил правото на правните субекти да бъдат изслушани, преди спрямо тях да се издаде акт, налагащ им неблагоприятна мярка, като общо правило в правото на Съюза, независимо дали това право изрично е регламентирано в съответния акт на правото на Съюза, регламентиращ процесните правоотношения. В практиката си Съдът изрично приема, че „това задължение тежи върху административните органи на държавите членки, когато те взимат решения, попадащи в приложното поле на общностното право дори когато приложимото общностно законодателство не предвижда изрично подобно изискване“ – Решение от 18 декември 2008 г., *Sopropé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 38; решение от 01 октомври 2009, *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83. Ноторно е, че влезият в сила нормативен акт, в т.ч. акт на първичното право на Съюза, е задължителен не само за гражданите и за юридическите лица, но и за административните органи. С оглед на това постановяването на акта от 25.03.2016 г., без на бенефициера да е дадена възможност да вземе становище по решението на органа да отмени верификацията на разходи по проекта, е съществено нарушение на административно-производствените правила и самостоятелно основание за отмяна на акт“.

Не на последно място актуален пример за казаното по-горе е и Решение № 9361 от 18.06.2019 г. по адм. дело № 1126/2019 на ВАС на ВАС, VII отделение, което представяме. Съставът на ВАС посочва, че „макар да не е посочено изрично в ЗУСЕСИФ, освен от практиката на Съда, посоченото задължение следва от изричната разпоредба на чл. 54, ал. 1, т. 7 ЗОП и от

чл. 41 от Хартата на основните права на Европейския съюз (Хартата). Съгласно чл. 41 от Хартата основно право на правните субекти е правото на добра администрация. Правото на добра администрация включва: 1) правото на всяко лице да бъде изслушвано, преди срещу него да бъде предприета индивидуална мярка, която би имала неблагоприятни последици за него; 2) правото на достъп до документите, които се отнасят до него; 3) задължение на администрацията да мотивира решението си. Съгласно чл. 51 от Хартата тя е приложима от държавите членки, когато прилагат правото на Съюза. Предоставянето на безвъзмездна финансова помощ е пряко приложение на правото на Съюза, което значи и задължение на националните органи, отговорни за приложимостта на право, да спазват разпоредбата на чл. 41 от Хартата. Разпоредбите на чл. 41 от Хартата с оглед на чл. 6 (1) от Договора за Европейския съюз (ДЕС) имат юридическата сила на първично право. Те изразяват общ принцип в правото на Европейския съюз, спазването на който Съдът на Европейския съюз в практиката си неотклонно изисква, защото е елемент на правото на защита – Решение от 18 декември 2008, *Sorgopé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 37; решение от 01 октомври 2009, *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83. Съдът на Европейския съюз е наложил правото на правните субекти да бъдат изслушани преди спрямо тях да се издаде акт, налагащ им неблагоприятна мярка, като общо правило в правото на Съюза независимо дали това право изрично е регламентирано в съответния акт на правото на Съюза, регламентиращ процесните правоотношения. В практиката си Съдът изрично приема, че „това задължение тежи върху административните органи на държавите членки, когато те вземат решения, попадащи в приложното поле на общностното право, дори когато приложимото общностно законодателство не предвижда изрично подобно изискване“ – Решение от 18 декември 2008, *Sorgopé*, C-349/07, EU:C:2008:746, точка 38; решение от 01 октомври 2009, *Foshan Shunde*, C-141/08P, EU:C:2009:598, точка 83. Ноторно е, че влезлият в сила нормативен акт, в т.ч. акт на първичното право на Съюза, е задължителен не само за гражданите и за юридическите лица, но и за административните органи. В случая ръководителят на УО не е информирал кандидата за установения конфликт на интереси преди издаване на решението си, съответно не му е дал възможност да предприеме действия за отстраняването му“.

ВАС подчертава, че по отношение на практически въпроси на прилагането на Хартата в държавите членки в контекста на съдебната практика на СЕС има редица решения на СЕС, като: Решение от 23 октомври 2008 г., C-274/05, ECLI:EU:C:2008:585; Решение от 27 март 2014 г., *Emiliano Torralbo Marcos*, C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187; Решение от 24 октомври 2019 г., C-469/18 и C-470/18, ECLI:EU:C:2019:895; Решение от 16 май

2017 г., Berlioz Investment Fund SA, C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373; Решение от 17 юли 2014 г., Juan Carlos Sánchez Morcillo, María del Carmen Abril García, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099; Решение от 27 септември 2017 г., Peter Puškár, C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725; Решение от 24 октомври 2018 г., C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853; Решение от 17 януари 2019 г., C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30; Решение от 21 януари 2010 г., Kornelis van Dijk, C-470/08, ECLI:EU:C:2010:31; Решение от 29 юли 2019 г., Funke Medien NRW GmbH, C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623; Решение от 29 юли 2019 г., Spiegel Online GmbH, C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625; Решение от 29 юли 2019 г., C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624.

5. Защита на ПЧ при подаване на сигнали за незаконосъобразни практики и други нередности

Темата е особено актуална на фона на сигналите за нарушения на международното право по време на военни конфликти и хуманитарни кризи, подадени от служители на военните и разузнавателните сили на различни държави, както и за нелоялни данъчни практики, подадени от професионалисти от областта на данъчното облагане, счетоводството и одита.

В областта на данъчното облагане скандалът LuxLeaks разкри изгодни данъчни споразумения (т.нар. „едикти“), сключени от одиторските фирми с люксембургските данъчни власти от името на мултинационални компании за по-облекчено данъчно третиране на печалбите на тези компании в сравнение с държавите, където са реализирани. Споразуменията са разкрити през ноември 2014 г. с помощта на разследване от страна на Международния консорциум от разследващи журналисти (ICIJ)⁶⁶ въз основа на свидетелски показания и документи за нарушения, подадени от авторите на сигнали Антоан Делкур и Рафаел Халет, служители на световноизвестна одиторска фирма, установена в Люксембург⁶⁷. В отговор на тези сигнали държавите предприеха законодателни мерки за защита на данъчните си приходи, като например изцяло новото американско законодателство с екстратериториална насоченост, или т.нар. *FATCA*⁶⁸, за установяване

⁶⁶ Вж. за повече информация за Международния консорциум на разследващите журналисти на интернет страницата www.icij.org [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁶⁷ Вж. за повече информация за тези разкрития на интернет страницата www.wort.lu/fr/economie/le-luxembourg-paradis-fiscal-des-fortunes-allemandes-5cde7839da2cc1784e344404 [посетена на 24 октомври 2021 г.]

⁶⁸ Вж. за повече информация относно FATCA на интернет страницата на Министерство на финансите на САЩ: www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Pages/FATCA.aspx [посетена на 24 октомври 2021 г.]

и възпрепятстване на случаите на избягване на плащането на данъци от американски граждани или жители, които пряко или непряко инвестират извън Съединените американски щати чрез чуждестранни финансови институции.

В момента около 60 държави по света са въвели глобална законодателна защита за лицата, които подават сигнали за нередности (Южна Африка, Франция, Унгария, Южна Корея), а останалите имат секторен подход – например само в данъчната област. Най-общо, понятието за лице, подаващо сигнали, не обхваща професионалистите, т.е. журналистите. В повечето държави, особено държавите – членки на Съвета на ЕС, понятието обхваща и защитава представителите на определен професионален сектор, т.нар. „вътрешни хора“. А в други държави то не се ограничава и обхваща всяко лице (например във Франция – всяко лице, използващо административни услуги). Относно начините за разпространение се разграничават два подхода: 1. Законно опровержение: лицето, подало сигнала, действа в рамките на закона – за него това е право, а в някои страни дори задължение (примерно данъчни измами); 2. Гражданска инициатива: такова лице има съзнание, че излиза извън рамките на закона (напр. Брадли Манинг, Едуард Сноудън). Изключенията от защитата на такива сигнали касаят неточните сигнали и професионалистите в областта на подаване на сигнали (напр. НПО, „Грийнпийс“).

В основанието на правото да се подават сигнали са правото на свободно изразяване и правото на всеки гражданин да бъде информиран. При упражняване на правото за подаване на сигнали се сблъскват разнопосочни интереси и съображения, като общественият интерес, задължението за добросъвестност, задължението да се действа безкористно, задължението да се използват пропорционални способности за подаване на сигнали (тоест да се премине първо през административно производство, а след това да се подава информация навън).

За защитата на авторите на сигнали е изготвена Препоръка на Съвета на министрите на Съвета на Европа⁶⁹ от 30.10.2014 г. Тя установява стандарти за защитата им, като приемане на законодателство за глобална защита, защита срещу наказателни мерки (директни и косвени) от страна на работодателя, обръщане на доказателствената тежест, освобождаване от гражданска, административна и наказателна отговорност, признаване на статута „автор на сигнал“ от националния съдия, създаване на институция, която да придружава автора на сигнали, вменияване на наказателна отговорност на лицата, които се стремят да потискат подаването на сигнали или го пречат.

⁶⁹ <https://rm.coe.int/16807096c8> [посетена на 24 октомври 2021 г.]

На държавите се препоръчва да предвидят тристепенна процедура, която да се използва за подаване на сигнали:

- ✓ вътрешно ниво, в рамките на което на сигналите следва да се отговаря в разумен срок;

- ✓ външно ниво – сигналите да се разглеждат от регулаторни органи;

- ✓ публична сфера – подаване на сигнали към НПО, журналисти и др.

Френското законодателство в областта на защитата на авторите на сигнали е известно като закон „Сапен 2“ от 2016 г. (на името на депутатата вносител на законопроекта в Парламента)⁷⁰. Нормата възпроизвежда в значителна степен упоменатата по-горе препоръка на Съвета на Европа. В този закон, предназначен специално да защитава авторите на сигнали, се съдържа широко определение за „автор на сигнал“ – такъв може да бъде всяко физическо лице, което действа добросъвестно и не с цел извличане на печалба. Предвидено е освобождаване от наказателна отговорност за лицата, подаващи сигнали, но от обхвата на закона са изключени тайната на националната отбрана, лекарската тайна и професионалната тайна между адвокат и клиент. Предвидено е ангажиране на наказателна отговорност в случай на разкриване на тайната на сигнала, както и защита за застъпниците на правото на подаване на сигнали.

Френската доктрина посочва няколко недостатъка на закона „Сапен“ в следните аспекти:

- ✓ Липсва орган, който да подпомага авторите на сигнали в рамките на съдебно производство. Тази функция е поета към настоящия момент от неправителствените организации (23 НПО са се обединили в асоциация, създадена специално за тази цел).

- ✓ Освобождаването от наказателна отговорност е с ограничен обхват (само в случаите на нарушаване на професионалната тайна), т.е. могат да бъдат образувани наказателни производства за кражба, клевета и др., като в наказателноправен аспект тежестта на доказване не е обърната.

- ✓ Не е предвидена достатъчна гъвкавост между различните степени на защита, т.е. възможността на автор на сигнал да прескочи вътрешното ниво и директно да се обърне към регулаторен орган или към широката публика.

- ✓ Не е предвидено как да се защитят авторите на сигнали, които не действат в професионалното си качество.

- ✓ Изключване на юридическите лица от обхвата на закона – би могло да се защитят като лица, улесняващи подаването на сигнали.

⁷⁰ www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000033558528&categorieLien=id [посетена на 24 октомври 2021 г.]

✓ Изключението от обхват на тайната, свързана с национална сигурност – достатъчно е даден документ да е класифициран с гриф за такава тайна, за да бъде изключен от рамките на закона.

Тенденцията е за нарастваща интернационализация на защитата, като посоката, зададена от Съвета на Европа, е от *soft law* към правнообвързващи норми. В тази посока се развива и ЕС – на 16 април 2019 г. бе приета Директива (ЕС) 2019/1937 на Европейския парламент и на Съвета от 23 октомври 2019 г. относно защитата на лицата, които подават сигнали за нарушения на правото на Съюза⁷¹, която допринесе в значителна степен за уеднаквяване на защитата на правото на подаване на сигнали. Директивата дава възможност за двустепенна процедура на защита, но изборът принадлежи на автора, който може да реши да прескочи вътрешното ниво и да активира външното ниво при риск за заличаване на доказателствата, което предоставя значителна гъвкавост. Директивата предвижда задължение за държавата да осигури юридическа подкрепа за авторите на сигнали чрез създаването на публичен орган или дотиране на НПО, които да поемат тази функция.

Заклучение

Очертаните актуални тенденции на международно, европейско и национално ниво в областта на защитата на правата на човека отразяват и адресират предизвикателствата на новото време. България се включва активно в процесите, като представителите на съдебната власт, практиката, неправителствените организации и академичните среди са на гребена на вълната!

⁷¹ OJ L 305, 26.11.2019, 17–56.

БАЗЕЛСКИТЕ ПРАВИЛА КАТО ОСОБЕН SOFT LAW ИЗТОЧНИК НА ОБЕКТИВНОТО БАНКОВО ПРАВО

Гл. ас. д-р Димитър Стоянов
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет

THE BASEL ACCORDS AS A SPECIFIC SOFT LAW SOURCE OF BANKING LAW

Chief Assist. Prof. Dimitar Stoyanov, PhD in Civil and Family law
Sofia University “St. Kliment Ohridski”
Faculty of Law

Abstract. The following article is aimed at tracing the development of the Basel Accords as a sui generis soft law legal instrument of banking law. Special attention is being paid to the initial ideas of setting standards for bank regulation, carried out by the Basel Committee at the Bank for International Settlements. The article follows the development of the Basel Accords, highlights their most important features and their impact upon the relevant secondary EU legislation.

Keywords: *Basel Accords; soft law; banking supervision; Capital Requirements Directive*

Няколко уводни думи¹

Правната природа на *soft law* източниците на обективното право нееднократно е ангажирала вниманието на правната доктрина. Известно е, че от гледна точка на частното право *soft law* представлява система от правила, които черпят своята обвързваща сила от волята на страните. Тъкмо изразената от контрагентите воля възникналото между тях правоотношение да бъде уредено от съответния източник придава и регулативната сила на тези правила. Почти единодушно българската цивилистика приема, че понятието *soft law* обхваща частни кодификации, съставени от субекти без нормотворческа компетентност, най-често от представители на академичните среди и

¹ Настоящата публикация е подготвена с финансовата подкрепа на Националната програма „Млади учени и постдокторанти“ на Министерството на образованието и науката, за което авторът изразява своята признателност.

други специалисти в съответната област². Наред с това обаче съществуват и други явления, които могат да се разглеждат като част от приложното поле на *soft law*³. Сред тях попадат и правилата, съставени от Базелския комитет за банков надзор към Банката за международни разплащания със седалище в Базел, Швейцария. Насочени към установяване на стандарти в областта на капиталовата адекватност и банковия надзор върху търговските банки, тези правила в значителна степен влияят върху националната и международната правна уредба на банковата дейност.

Развитие на идеята за хармонизация на изискванията относно банковата дейност

Проблемът, произтичащ от липсата на унифициран подход по отношение на банковия надзор в страните от Западна Европа и Северна Америка, съпътства развитието на обществото след края на Втората световна война. Все по-динамичното развитие на търговските отношения във възстановяващата се от войната Западна Европа води и до засилване на предоставянето и използването на банкови услуги. Това обаче води и до обстоятелството, че един локален риск за банковата система може бързо и неконтролируемо да се мултиплицира и да се стигне до засягане на търговски банки от множество държави. Тъкмо за да се избегнат подобни сътресения, в годините след Втората световна война се пристъпва към създаване на редица между-

² Същото разбиране е изразено и в съдебната практика. Приема се, че частните кодификации представляват оптимални правила, които могат да бъдат приложени по волята на страните, доколкото са инкорпорирани в договор между тях. Оптималните източници нямат характер на нормативни актове, а уреждат отношенията между страните, при положение че самите страни са изразили съгласието си тъкмо избраните правила да уреждат тяхното правоотношение. В този смисъл вж. Определение № 718 от 17.11.2011 г. на ВКС по т. д. № 166/2011 г., I т. о., ТК с докладчик председателят Никола Хитров.

³ В най-новата си практика Конституционният съд имаше случай да се произнесе по правната същност на *soft law*. Както е известно, на 13.03.2020 г. поради пандемията от COVID-19 с Решение на Народното събрание е въведено извънредно положение, а впоследствие е приет и Закон за мерките и действията по време на извънредното положение, обявен с решение на Народното събрание от 13 март 2020 г. и за преодоляване на последиците, в сила от 13.03.2020 г., обн. ДВ, бр. 28 от 24.03.2020 г. Въпросът за съответствието на така въведеното извънредно положение с предвидения в Конституцията ред е разгледан и решен в Решение № 10 от 23.07.2020 г. на КС по к. д. № 7/2020 г. с докладчик съдия Павлина Панова. В контекста на института на извънредното положение, разгледано в т. 1 от Решение № 10/2020 г. на Конституционния съд, съдиите приемат, че понятието *soft law* обхваща актове на международни организации с необвързващо действие и препоръчително значение, с които се определят понятия, използвани в разпоредбите на чл. 4 от Международния пакт за граждански и политически права и чл. 15 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи.

народни организации, насочени наред с другите си задачи и към анализ и минимизиране на системния риск за банковата система и създаване на надеждни способности за кредитиране на следвоенната реконструкция. Сред тях са Международният валутен фонд, учреден през 1944 г., Международната банка за възстановяване и развитие, основана през 1945 г., и други. Нещо повече, стремежът да се създаде по-сигурна и по-предвидима международна банкова среда води и до това на съществуващи организации да бъдат възложени нови функции. Сред тях е и Банката за международни разплащания. Основана през 1930 г. преди всичко с основна цел администриране на изплащането на германските репарации след Първата световна война, към средата на XX в. банката постепенно променя фокуса на дейността си към второстепенната си функция, а именно да осигурява сътрудничеството между националните централни банки, които членуват в нея⁴.

Необходимостта от задълбочаване на този вид сътрудничество се проявява особено интензивно през 70-те години на XX в. с окончателното премахване на златния стандарт (1973), както и поради две едновременно настъпили значителни банкови кризи, довели до несъстоятелността на *Franklin National Bank* в САЩ и *Herstatt Bank* в Германия през 1974 г. Това неблагоприятно развитие на обстоятелствата недвусмислено свидетелства за нуждата от предприемане на съвместни действия от страна на националните банки – участници в Банката за международни разплащания, насочени към формулиране на нови, общоприложими изисквания към търговските банки. Наред с това извеждането на универсални критерии относно банките има за цел и да повиши предвидимостта и сигурността на банковата система в онези национални правопорядъци, които към онзи момент прилагат далеч по-либерален регулаторен режим, а именно Хонконг и Сингапур. Акцентът се поставя върху унифициране на правилата относно капиталовата адекватност на банките, както и върху засиленото сътрудничество между националните регулаторни органи по отношение на международните търговски банки с клонове в множество отделни държави.

За да се даде по-ефективен отговор на тези предизвикателства, още през същата 1974 г. към Банката за международни разплащания е създаден Базелският комитет за банков надзор, първоначално съставен от управителите на централните банки на държавите от G-10⁵. Като взимат предвид причи-

⁴ Вж. Atik, J. EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis. – In: Review of Banking and Financial Law, vol. 33, 2013–2014, p. 288.

⁵ Към онзи момент това са десетте най-добре развити от икономическа гледна точка държави – Белгия, Канада, Франция, Германия, Италия, Япония, Люксембург, Холандия, Испания, Швеция, Швейцария, Обединеното кралство и Съединените американски щати. Понастоящем в Базелския комитет за банков надзор участват представителите на надзорните

ните, довели до несъстоятелността на двете банки, през 1975 г. членовете на Базелския комитет подготвят доклад относно празнините при надзора на дейността на клоновете на чуждестранните банки в отделните национални законодателства и формулират някои препоръки за подобряване на този надзор, който придобива популярност с названието Базелски конкордат. Съставителите се обединяват около това, че отговорността по надзора върху упражняването на банкова дейност от страна на международните банки следва да бъде разпределена между надзорните органи на страната домакин и надзорните органи на държавата, в която е учредена компанията майка. С цел да се повиши координацията между тези надзорни органи съставителите на Базелския конкордат предлагат постоянният обмен на информация между отделните национални надзорни органи да се възприеме като добра практика при осъществяване на регулаторната дейност⁶.

От съвременна гледна точка би могло да се твърди, че Базелският конкордат изпреварва своето време. Предложенията на съставителите за международно сътрудничество при осъществяване на банков надзор се посрещат с немалка съпротива от страна на отделните национални правопорядъци. Опитът да се въведе единен стандарт, приложим по отношение на националните регулаторни органи, се разглежда като ограничаване на техните правомощия⁷. Отправената препоръка за взаимно информиране на компетентните регулаторни органи се възприема дори като опит за заобикаляне на съответното национално законодателство относно банковата тайна. Модерната правна доктрина оценява изказаните тогава опасения за заобикаляне на банковата тайна като неоснователни⁸. Заслужава да се отбележи, че през 70-те години на XX в. законите, уреждащи банковата тайна, се разглеждат като удобен претекст да се откаже предоставянето на информация относно дейността на банков клон на международна банка, открит в друга държава. Резултатът от това взаимно недоверие в надзорната функция на националните регулаторни органи е липсата на прозрачност при осъществяване на банкова дейност от страна на международните банки, което е и всъщност

органи и централните банки на двадесет и осем национални правопорядъка, вж. по-подробно Пенев, С. Финансово право. Специална част. Учебен курс. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2020, с. 438.

⁶ Piroli, M. The Impact of the Basel (II-III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs, Thesis in Law and Economics, 2014, <https://tesi.luiss.it/12595/1/piroli-marta-tesi-2014.pdf> (последно посетен на 07.12.2021 г.)

⁷ Заслужава да се отбележи, че дори и по-нови автори са склонни да подкрепят подобно разбиране, вж. Meyer, T. Soft Law as Delegation. – In: Fordham International Law Review, vol. 32, Issue 3, 2009, p. 889.

⁸ Lyngen, N. Basel III: Dynamics of State Implementation. – In: Harvard International Law Journal, vol. 53, Number 2, Summer 2012, 519–520.

една от причините за несъстоятелността на *Herstatt Bank*. Друго предизвикателство, което пречи за възприемане на препоръките, може да се открие и в значителното различие между отделните национални правни системи при определяне на съдържанието на понятията „банка“ и „банкова дейност“.

През 1983 г. най-вече под влияние на дълговата криза в редица държави от Латинска Америка, сред които и Бразилия, Аржентина и Мексико, Базелският комитет подобрява и допълва първоначалния доклад, като публикува „Принципи за надзор върху чуждестранните подразделения на банки“. В тях се обръща внимание на липсата на хармонизация относно процедурите по лицензиране на банковата дейност в отделните държави от Г-10, както и на различаващите се в отделните национални правопорядъци нормативни изисквания относно учредяването на клон на международна банка. Също така съставителите на Базелския конкордат отправят препоръки за оптимизация на вътрешните процедури за издаване на лиценз, както и за засилен обмен на информация между националните регулаторни органи⁹.

Постепенно става ясно, че съставянето на методически указания, препоръки и обмяна на *know-how* само по себе си не е достатъчно, за да се стигне до действителното общо повишаване на сигурността в международната банкова система. Като следваща стъпка Базелският комитет пристъпва към идентифициране и систематизиране на рисковите фактори при осъществяване на банкова дейност. Членовете на Комитета отбелязват, че за да се преодолее основният проблем на международната банкова система по това време, а именно нелоялната конкуренция от страна на банките от Хонконг и Сингапур, е необходимо да се въведат хармонизирани изисквания, приложими спрямо всички банки. Причината за нейното съществуване произтича от политиката на някои от тези банки със седалище в държави от Далечния изток. По това време в националните законодателства на Хонконг и Сингапур се прилагат по-либерални изисквания към собствения капитал на банките, което позволява на клоновете им да предлагат по-атрактивни условия за кредитиране и по-висока печалба в сравнение с търговските банки със седалище в Западна Европа и САЩ. Независимо че на пръв поглед подобно разрешение е благоприятно както за кредитополучателите, така и за акционерите, тези банки се оказват особено неустойчиви при наличие на криза, което евентуално може да доведе до глобални последици за банковата система¹⁰. Поради това през 1988 г. е представено и първото Международно уеднаквяване на капиталовите мерки и капиталовите стандарти, по-извест-

⁹ Dinov, S. Creation and Development of the Basel Committee on Banking Supervision and the Resulting Agreements. – In: *Banking Law Journal*, vol. 134, № 7, July/August 2017, p. 403.

¹⁰ Piroli, M. The Impact of the Basel (II-III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs. *Op. cit.*, p. 10.

но като *Базел I*. Като основа за тяхното съставяне се използват по-ранните опити на две от държавите – участнички в Международната банка за разплащания, а именно САЩ и Обединеното кралство, да координират помежду си национални банкови стандарти¹¹.

В *Базел I* фокусът е поставен върху наблюдението на кредитния риск чрез въвеждане на минимални капиталови изисквания относно капиталовата адекватност на търговските банки. Част от собствения капитал следва да послужи за посрещане на евентуалните рискове при неизпълнение на задължението да се върнат заетите суми от страна на кредитополучателите¹².

Съвременната правна доктрина приема, че *Базел I* се състои от четири основни части¹³. В първата се разглеждат видовете активи, които формират капитала на банката. Членовете на Базелския комитет въвеждат разграничението от капитал от първи ред и капитал от втори ред. Капиталът от първи ред включва, между другото, разкритите парични резерви (онези, които се вписват във финансовите отчети на банката), както и собствения капитал. Тези активи са и средствата, които банката използва, за осъществява безпрепятствено банковата си дейност, и представляват основен критерий за определяне на финансовото състояние на банката. Капиталът от първи ред поначало е основният източник на финансиране на банката.

Капиталът от втори ред включва капиталови резерви, предназначени да покрият загуби от кредитната дейност на търговската банка, така че тя да може изплати дължимите суми на вложителите и на привилегированите кредитори, ако изпадне в неплатежоспособност¹⁴. Към него се отнасят всички неразкрити резерви, преоценъчни резерви, общи резерви за загуби от заем, хибридни (дългови/капиталови) ценни книги и подчинен дълг.

Втората част, наречена претегляне на риска, обхваща класификацията на банковите активи в пет основни категории според риска им. Така най-малко рискови се оказват парите в наличност и златото, както и облигации, емитирани от държави – членки на Организацията за икономическо сътрудничество и развитие (ОИСР). Като среднорисков актив се оценяват например ипотеките, а с висок и най-висок риск са вземанията към физически и юридически лица¹⁵.

¹¹ Atik, J. EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis. Op.cit., p. 299.

¹² Вж. по-подробно Piroli, M. The Impact of the Basel (II-III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs. Op. cit, p. 3.

¹³ Dinov, S. Creation and Development of the Basel Committee on Banking Supervision and the Resulting Agreements. Op. cit., p. 407.

¹⁴ Пак там, с. 407.

¹⁵ Подробен преглед на отделните категории вж. у Wei Liu. Basel III and Bank Regulation in China. – In: Journal of Legal Technology Risk Management, vol. 7, 2014, p. 6.

С третата част на *Базел I* се въвежда изискването осем процента от рисковите активи на банката да бъдат покрити от резерви от капитала от първи и втори ред. Въвежда се предложението търговските банки да поддържат минимална величина от 8% от капитала, изчислена въз основа на рисково претеглените активи за съответната банка. Рисково претеглените активи представляват паричното изражение на сбора от всички активи, притежавани от банката, претеглени с кредитен риск по формула, определена от съответния национален регулатор. За да се установи конкретната величина, се прилага опростен индикативен модел, който класифицира банковите активи в споменатите по-горе пет основни категории и определя рисков коефициент за всяка една от тях.

Четвъртата част съдържа стъпките, необходими за приспособяването на националните законодателства към предписанията на *Базел I*, както и предвижда инструктивен срок от четири години, през които този процес да бъде предприет от страна на компетентните органи.

Модерната правна доктрина нееднократно е имала случай да посочи, че *Базел I* възприема твърде едностранчив подход, като поставя фокуса единствено върху кредитния риск, а не взема предвид влиянието и на другите видове рискове, сред които и пазарният риск¹⁶. Независимо от това *Базел I* по-скоро оказва благоприятно влияние върху банковата система, доколкото представлява първи етап към хармонизация на изискванията относно банковата дейност в държавите от Г-10. Въвеждането на едни и същи минимални нива на капиталова адекватност в тези национални правопорядъци повишава взаимното доверие в надзорната дейност на националните регулаторни органи.

Желанието да бъде отстранен възприетият едностранчив подход при оценката на банковите активи, както и азиатската финансова криза в края на 90-те години на XX в. се превръщат и в основната причина да се подготви ново споразумение относно капиталовата адекватност, придобило известност като *Базел II*. Основният замисъл е чрез въвеждане на нови методи за оценка на риска и повишени капиталови изисквания да се усъвършенства надзорната дейност върху банковата система¹⁷.

Завършен през 2004 г., *Базел II* се състои от три основни стълба, а именно: минимални капиталови изисквания, процес на надзорен преглед и разкриване на информация с цел повишаване на пазарната дисциплина.

¹⁶ Dinov, S. Creation and Development of the Basel Committee on Banking Supervision and the Resulting Agreements. Op. cit., p. 409.

¹⁷ На това обръща внимание Lyngen, N. Basel III: Dynamics of State Implementation. Op. cit., p. 525.

В първия стълб се въвеждат нови способности за изчисляване на капиталовата адекватност. На мястото на възприетите в *Базел I* пет категории активи съставителите предлагат нов, усъвършенствен подход за изчисляване на риска. По този начин те се съобразяват с отправената критика за липсата на гъвкавост, характерна за предходните правила. С цел да се повиши обективността *Базел II* заменя единната стандартна оценка на риска с два нови подхода – стандартизирания и вътрешния рейтингов подход. Първият предвижда рисковото претегляне на активите да се основава на присъдените кредитни рейтинги от външни агенции като *Moody's*, *Standart & Poor's*, *Fitch* и други¹⁸. На свой ред вътрешният рейтингов подход предвижда банката да използва собствените си механизми на оценка на риска, за да изчисли индивидуалния рисков профил на своите контрахенти. Целта е да се осигури по-точна и обективна оценка на риска на имуществото на длъжника и на сключената с него правна сделка, което да даде възможност за идентифициране на възможно най-ранния етап на проблемните експозиции и контрахенти¹⁹.

Вторият стълб на *Базел II*, а именно процесът на надзорен преглед, има поддържаща функция, доколкото цели да осигури по-добро съответствие на банките с променените капиталови изисквания. Съставителите на *Базел II* предвиждат компетентните лица, упражняващи банковия надзор, да имат възможност да се намесят още в началния етап, когато банката има недостатъчно капиталови буфери. Целта е да се изгради връзка между оценката на минималните капиталови изисквания и процедурите за управление на риска, за да се осигури възможно най-голямата прозрачност и липса на пристрастие при дейността на лицата, упражняващи банков надзор. Всъщност тези лица упражняват надзор върху протичането на вътрешния процес по оценка на капиталовата адекватност, при който капиталовите изисквания се изчисляват съобразно техния рисков профил и от банките се очаква да предприемат разумни политики по поддържане на капиталовите нива. Този вътрешен процес има за цел да прехвърли активността върху банката и да я стимулира към определяне на предпочитаните от нея капиталови нива, които да позволят по-адекватен отговор на текущи рискове и по-бърза адаптация към бъдещи рискове. Въвежда се изискване банките периодично да докладват резултатите от този вътрешен процес на лицата, упражняващи банков надзор в рамките на втория стълб²⁰.

¹⁸ За специализиран поглед върху стандартизирания подход вж. Миланова, Е. Капиталова адекватност на банките. Финансови-счетоводни аспекти на анализ и оценка. София: Университетско издателство „Стопанство“, 2011, с. 81 и сл.

¹⁹ Пак там, 139–140.

²⁰ Piroli, M. The Impact of the Basel (II-III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs. Op. cit., p. 17.

Изискването за разкриване на информация с цел пазарна дисциплина, което изгражда третия стълб на *Базел II*, подпомага по-ефективното приложение на първия и на втория стълб. Съставителите приемат, че чрез постоянен обмен на данни относно процесите за оценка и управление на риска се постига по-голяма стабилност на финансовата система. Когато участниците на пазара имат достатъчно ясна представа за тези процеси в отделната банка, те ще ползват нейните услуги само ако банката управлява разумно риска²¹.

Независимо че *Базел II* въвежда далеч по-усъвършенстван способ за оценка на различните видове рискове и предполага завишена активност от страна на самите банки, правната доктрина отбелязва и наличието на някои слабости, сред които по-бавното адаптиране на оценките на външните рейтингови агенции към динамичните процеси в банковите отношения²². Обстоятелство, което допълнително затруднява извършването на обективна преценка, някои автори откриват и в липсата на универсален стандарт за кредитния рейтинг, доколкото отделните агенции използват различни критерии за представяне на нивото на кредитния риск²³.

Кризата от 2007–2008 г. ускорява и въвеждането на третата система от правила, позната като *Базел III*²⁴. Съставителите му се стремят да реагират на предизвикателствата пред банковия сектор най-вече чрез ревизия на съществуващите правила, която да спомогне за по-доброто управление на пазарните и системните рискове и да повиши способността на търговските банки да преодолеят техните последици²⁵. С тази цел трите стълба, познати от *Базел II*, са доразвити и допълнени с изисквания относно нови капиталови буфери, с които търговските банки да разполагат. Наред с това от 8 на 10,5% се увеличава и процентът от капитала, изчислен въз основа на рисково претеглените активи, с който всяка банка трябва да разполага. За първи път се въвежда и глобален стандарт за ликвидност, чрез който да се подобри управлението на ликвидния риск в банките. Днес се приема, че въвеждането му представлява своеобразен отговор на Световната финансова криза от 2007–2008 г.²⁶ Участниците в Базелския комитет пред-

²¹ Ibid., p. 18.

²² В този смисъл вж. Sbarcea, I. International Concerns for Evaluating and Preventing the Bank Risks – Basel I versus Basel II versus Basel III. – In: *Procedia Economics and Finance*, 2014, vol. 16, p. 339.

²³ Вж. Lyngen, N. Basel III: Dynamics of State Implementation. *Op. cit.*, p. 526.

²⁴ В този смисъл Atik, J. EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis. *Op. cit.*, p. 304.

²⁵ Миланова, Е. Регулации и управление на риска. София: Издателски комплекс УНСС, 2014, с. 220 и сл.

²⁶ Piroli, M. The Impact of the Basel (II-III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs. *Op. cit.*, p. 25.

лагат два минимални стандарта за измерване на ликвидността, а именно съотношение за ликвидно покритие (*Liquidity Coverage Ratio*) и нетно съотношение на стабилно финансиране (*Net Stable Funding Ratio*). Първият стандарт има краткосрочна насоченост, доколкото е предназначен да гарантира, че търговската банка ще разполага с достатъчно висококачествени и бързоликвидни активи, които лесно могат да бъдат превърнати в парични средства в случай на сценарий със силен ликвиден стрес (*severe-stress scenario*) за период от 30 календарни дни²⁷. Нетното съотношение на стабилно финансиране е дългосрочна мярка за преодоляване на ликвидни несъответствия и за стимулиране на банките да използват дългосрочни източници на финансиране²⁸.

Правна същност на Базелските правила

Този най-общ поглед върху някои от основните положения на Базелските правила позволява да се установи, че и в трите свои ревизии тези правила се отличават с висока степен на специализация и детайлизация. Те не са насочени към участниците в гражданския и търговския оборот – физически и юридически лица, и нямат за цел да им предоставят възможен модел на правна уредба на възникващите между тях правоотношения. Базелските правила всъщност не обвързват пряко никого, нито дори държавите, чиито представители от националните регулаторни органи са участвали в съставянето им.

В тази връзка следва да се има предвид, че и самият съставител на тези правила, а именно Базелският комитет, няма самостоятелна международна правосубектност, а определя сам себе си като „форум“, в който специалисти в областта на банковия надзор редовно координират и обсъждат помежду си въпроси от значение за минимизиране на риска за банковата система, за повишаване на разбирането от страна на националните регулаторни органи, както и от страна на самите търговски банки за ключовото значение на надзорната дейност и за увеличаване на ефективността и качеството на банковия надзор в световен мащаб²⁹. Целта на съставителите на Базелските правила по-скоро може да бъде открита в това да направяват посоката, в която да се развива международното банкиране, като

²⁷ В същия смисъл е определено съотношението на ликвидно покритие и в Делегиран регламент (ЕС) 2015/61 на Комисията от 10 октомври 2014 г. за допълнение на Регламент (ЕС) № 575/2013.

²⁸ Миланова, Е. Регулации и управление на риска. Цит. съч., 232–233.

²⁹ В този смисъл вж. Atik, J. EU Implementation of Basel III in the Shadow of Euro Crisis. Op. cit., p. 291.

предоставят стандарти, а именно регулаторни насоки по отношение на дейността на банковия надзор³⁰. Основната цел на съставителите е чрез предложения за съгласуване на банковото регулиране и повишаване на сътрудничеството в областта на банковия надзор да се осигури глобална финансова стабилност³¹.

Това обстоятелство естествено поражда и въпрос относно правната същност на Базелските правила.

В доктрината почти единодушно те се квалифицират като *soft law*³². Основният аргумент в подкрепа на това се открива в обстоятелството, че самият Базелски комитет няма самостоятелна правосубектност и нормотворческа компетентност. Съставителите на Базелските правила всъщност са управители на централни банки и ръководители на други регулаторни органи на икономически най-развитите държави в света. Независимо че Комитетът има председател и разполага с вътрешна структура, той не е признат за орган, различен от самата Банка за международни разплащания. Поради това Базелските правила не могат да бъдат определени като международен договор, а единствено като необвързваща система от препоръки, стандарти и добри практики относно провеждането на банковата дейност.

Тъкмо на това се дължи и успехът на Базелските правила. Благодарение на неформалния си статус Базелският комитет представлява събрание на специалисти в областта на банковия надзор, а не на политици. Това повишава качеството на водените дискусии, които се отличават със задълбоченост и с реалното осмисляне на проблемите пред банковия сектор. Така постигането на съгласие по определени положения е по-бързо и е резултат тъкмо от търсенето на най-доброто разрешение. Също така еволюцията на Базелските правила показва тяхната гъвкавост и способност бързо да се адаптират към променените икономически обстоятелства. Макар и сами по себе си те да не са довели до предотвратяване на кризите в банковата дейност, включително и тези от първите десетилетия на XXI в., препоръките, които те съдържат, са насочени към това да се минимизира проявлението на подобни сътресения и да се ограничи ефекта им чрез въвеждане на нови способности за надзор и нови капиталови буфери. Най-сетне, неформалният характер на дискусиите между съставителите на Базелските правила позволява да се изясни и популяризира отношението на някои от най-големите национални регулаторни органи към все по-динамично развиващите се финансови пазари. Днес, когато е налице

³⁰ Lee, E. The Soft Law Nature of Basel III and International Financial Regulations. – In: Journal of International Banking Law and Regulation, vol. 29 (10), p. 607.

³¹ Вж. по-подробно Пенев, С. Финансово право. Специална част. Цит. съч., с. 439 и сл.

³² Meyer, T. Soft Law as Delegation. Op. cit., p. 889.

значителна свързаност между националните финансови пазари, е особено важно навременното узнаване какви изменения ще бъдат предложени с оглед определено явление³³.

Без съмнение Базелските правила притежават правни белези, позволяващи да бъдат квалифицирани като *soft law* източник на обективното банково право. Същевременно в отлика от други *soft law* кодификации (Проект за обща референтна рамка, Принципи на европейското договорно право), те не се ограничават само до това да предложат възможен модел на правна уредба, който да представлява алтернатива на съществуващите национални кодификации в съответния отрасъл. Съставителите на Базелските правила целят в крайна сметка препоръките и указанията да бъдат впоследствие възприети от съответния национален законодател и въведени в националното право на държавите чрез приложимия в този национален правопорядък нормотворчески процес³⁴. Избраната форма на Базелските правила като „добри практики“ всъщност гарантира, че държавата няма да изгуби националния си суверенитет при определяне на банковата си политика – обстоятелство, което неминуемо би било налице, в случай че Базелският комитет разполагаше с правосубектност.

Поначало чрез избрания подход да състави препоръките като *soft law* Базелският комитет позволява на националния законодател сам да проведе нормотворческия процес по интегрирането им в съответното обективно банково право. Също така обаче съставителите предоставят и правото на преценка дали Базелските правила да възприети като едно монолитно цяло или да се избере поэтапното им въвеждане в националната правна система³⁵.

Тъкмо вторият подход е възприет и от органите с нормотворческа компетентност в ЕС. Редица от предложените стандарти, сред които видовете

³³ Така например още през април 2019 г. в свой доклад Базелският комитет изразява известни притеснения относно неблагоприятното въздействие на криптовалутите върху стабилността на международната банкова система. Обръща се внимание, че криптовалутите понастоящем не са признати за законно платежно средство в нито една от държавите от Г-20 и поради това носят значителен системен, пазарен, ликвиден и репутационен риск за търговските банки поради опасенията, че се използват за пране на пари и за финансиране на терористична дейност. Докладът е достъпен на www.bis.org/bcbs/publ/d490.htm (последно посетен на 07.12.2021 г.) Днес, повече от две години по-късно, само една държава (Ел Салвадор) признава един от видовете криптовалута за платежно средство.

³⁴ На тази особеност обръща внимание Пенев, С. Финансово право. Специална част. Учебен курс. София: Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, 2020, с. 439. В подобен смисъл вж. и Meyer, T. *Soft Law as Delegation*. Op. cit., p. 906.

³⁵ Piroli, M. *The Impact of the Basel (II–III) Accords on SME Credit Provision: a Comparison between European and Italian SMEs*. Op. cit., p. 7.

капиталови буфери, както и способите за извършване на оценка на риска, са възпроизведени във вторичното общностно право, а оттам и в обективното банково право на редица национални правопорядъци в ЕС. Като част от процеса *Ламфалуси*, изразяващ се в създаване на хармонизирана правна уредба на финансовите услуги в областта на ценните книжа, банковата и застрахователната дейност в рамките на ЕС през началото на ХХІ в.³⁶, препоръките, изразени в *Базел II*, са транспонирани в *Директива 2006/48/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 14 юни 2006 г. относно приемането и осъществяването на дейност от кредитните институции*, както и в *Директива 2004/39/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 21 април 2004 г. относно пазарите на финансови инструменти*, известна още като *MiFID*³⁷.

Приспособяването на правото на ЕС в областта на банковия надзор към предписанията, изразени в Базелските правила, продължава и след съставяне на *Базел III*. Понастоящем е в сила „пакет“ от актове на вторичното право на ЕС, известни като Директива за капиталовите изисквания. Всъщност това понятие обхваща *Директива 2013/36/ЕС*³⁸ и *Регламент 2013/575/ЕС*³⁹. Специално с оглед въвеждането на предвиденото в *Базел III* нетно съотношение за стабилно финансиране (*Net Stable Funding Ratio*) е приет също така и *Регламент 2019/876/ЕС за изменение на Регламент № 575/2013*. Същевременно отделни институти, закрепени в *Базел III*, сред които минималните капиталови изисквания относно пазарния риск, все още не са транспонирани.

³⁶ Процесът *Ламфалуси* е наречен на барон Александър Ламфалуси (1929–2015 г.), унгарско-белгийски banker. Повече от двадесет години заема различни длъжности в Банката за международни разплащания, като в периода 1985–1993 г. е и неин генерален директор. В края на ХХ в. взема участие в съставянето на редица директиви на ЕС в областта на финансовите услуги. По-подробно за този процес вж. Янкова, А. Развитие и значимост на процеса Ламфалуси в областта на капиталовите пазари. – В: Научни трудове на Института за държавата и правото, т. VII, 2012, 303–318.

³⁷ Вж. по-подробно Dinov, S. Creation and Development of the Basel Committee on Banking Supervision and the Resulting Agreements. *Op. cit.*, p. 412.

³⁸ Пълното наименование на този акт е Директива 2013/36/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. относно достъпа до осъществяването на дейност от кредитните институции и относно пруденциалния надзор върху кредитните институции и инвестиционните посредници, за изменение на Директива 2002/87/ЕО и за отмяна на директиви 2006/48/ЕО и 2006/49/ЕО.

³⁹ Пълното наименование на акта е Регламент (ЕС) № 575/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 26 юни 2013 г. относно пруденциалните изисквания за кредитните институции и инвестиционните посредници и за изменение на Регламент (ЕС) № 648/2012.

С предприетите изменения в *Закона за кредитните институции*⁴⁰ и в *Закона за възстановяване и реструктуриране на кредитни институции и инвестиционни посредници*⁴¹ българското обективно банково право е приведено в съответствие със стандартите, установени в ЕС в областта на банковия надзор. Същевременно чрез транспониране на тези актове националното ни право косвено дава нормативен израз и на голяма част от предписанията на Базелските правила. Заслужава да се отбележи, че дори и материята относно капиталовите буфери, закрепена в *Базел III*, е възпроизведена от българския национален регулаторен орган, а именно Българската народна банка, в *Наредба № 8 на БНБ от 27 април 2021 г. за капиталовите буфери, комбинираното изискване за буфер, ограниченията върху разпределенията и препоръката за допълнителен собствен капитал*⁴².

Вместо заключение

Този най-общ поглед върху създаването и развитието на Базелските правила позволява да се приеме, че те представляват нов тип *soft law* източник на банковото право. Съставителите им разчитат на своята експертиза и на специализираните си знания в областта на банковия надзор и банковата дейност като цяло, за да „убедят“ националния законодател да придаде правна задължителност на иначе необвързващите предписания. Най-сетне – заслужава да се отбележи, че институциите на ЕС с нормотворческа компетентност възприемат и доразвиват Базелските правила и като част от процеса на изграждане на банковия съюз на ЕС.

⁴⁰ Обн. ДВ, бр. 59 от 21 юли 2006 г., в сила от 01.01.2007 г., посл. изм. и доп. ДВ, бр. 21 от 12 март 2021 г.

⁴¹ Обн. ДВ, бр. 62 от 14 август 2015 г. посл. изм. и доп. ДВ, бр. 12 от 12 февруари 2021 г.

⁴² Обн. ДВ, бр. 40 от 14 май 2021 г.

ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРАВОТО –
СЪВРЕМЕННИ НАЦИОНАЛНО-
И МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ ПЕРСПЕКТИВИ

Сборник с доклади от конференция по проект
„Йерархия и координация на източниците на правото
в съвременните национални правни системи на Русия и България“,
финансиран от ФНИ към МОН на Република България

Българска
Първо издание

Съставители
Янаки Стоилов
Даниел Вълчев

Редактор
Мая Люцканова

Дизайн на корицата
Антонина Георгиева

Предпечат
Мария Николова

Формат 70x100/16
Печатни коли 26,5

Университетско издателство „Св. Климент Охридски“
www.unipress.bg

