

СЪВРЕМЕННО ПРАВО

5'2000

СЪДЪРЖАНИЕ

СТАТИИ

Тодор Тодоров — Мандат на новоизбрания (новоназначен) съдия по чл. 148, ал. 3 от Конституцията	7
Димитър Костов — За понятието „държавен служител“	15
Росен Ташев — Съвременният правен позитивизъм	25
Маргарита Чинова, Мила Иванова — Изменение на обвинението в наказателния процес	39
Цветинка Пашкунова — За клеветата като престъпно посегателство	53

ДИСКУСИИ

Стефан Стойчев — Отново за същността на закона	70
Светлин Кънев — За някои особености при прехвърлянето, наследяването, залагането, съсобствеността и разделянето на дружествен дял в ООД	81

МЛАДИ АВТОРИ

Анета Петрова — Доказателствена сила на веществени доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства	94
--	----

КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

Ивайло Цонков — Ценен принос в наказателнопроцесуалната литература	101
НОВОИЗЛЯЗЛА ПРАВНА ЛИТЕРАТУРА	106

В редакцията се приемат материали, не по-големи от 17 стандартни машинописни страници (30 реда по 60 знака всеки), в два екземпляра и при възможност със запис на дискета. Всяка статия трябва да е придружена от кратка анотация на български и английски език, до 20 машинописни реда. Ръкописи не се връщат и не се рецензират. Хонорари се изплащат всеки работен ден в офиса на издателство „СибИ“ на пл. „Славейков“ 4, ет. 4, стая 406. За справки — тел. 9870141.

СЪВРЕМЕННО ПРАВО

Год. XI, Кн. 5, София 2000
Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет
Издателство „СИБИ“

РЕДАКЦИОННА КОЛЕГИЯ

проф. Георги Петканов (гл. редактор), доц. Лазар Груев (зам.-гл. редактор),
доц. Пламен Панайотов (секретар), доц. Дончо Хрусанов, доц. Димитрина
Милкова, проф. Евгени Танчев, проф. Красимира Средкова, проф. Огнян Герджиков,
гл. ас. Ружа Иванова, проф. Тодор Тодоров, Тоньо Железчев

Адрес: Софийски университет „Св. Климент Охридски“, Юридически факултет, каб. 236, тел. 9434806, бул. „Цар Освободител“ 15, 1040, София

© Софийски университет „Св. Климент Охридски“
Юридически факултет
© Издателство „СИБИ“
2000

Адрес на издателството: 1000 София, пл. „Славейков“ № 4, ет. IV, офис 405
тел. 9870141, факс 9875709
e-mail: SIBI@LND.internet-bg.net

CONTENTS

ARTICLES

Todor Todorov — Mandate of Newly Elected (Newly Appointed) Judge According to Art. 148, para. 3 of the Constitution	7
Dimitar Kostov — On the Concept of Civil Servant	15
Rosen Tashev — Modern Legal Positivism	25
Margarita Chinova, Mila Ivanova — Amendment of Indictment in the Penal Process	39
Tsvetinka Pashkunova — Aspersion as a Criminal Act	53

DISCUSSIONS

Stephan Stoichev — Again on the Essence of Law	70
Svetlin Kanev — Some Peculiarities of the Transfer, Inheritance, Pawn, Joint Ownership and Partition of a Company Share in Ltd.	81

YOUNG AUTHORS

Aneta Petrova — Evidential Force of Exhibits Gathered through Special Reconnaissance Means	94
--	----

REVIEWS AND ACADEMIC LIFE

Ivailo Tsonkov — Valuable Contribution to the Literature on the Penal Process	101
NEWLY PUBLISHED LAW BOOKS	106

CONTEMPORARY LAW

Year XI, 2000, № 5, Sofia
Sofia University Sv. Kliment Ohridski
Faculty of Law
SIBI Publishing House

EDITORIAL BOARD

Georgi Petkanov (Editor-in-Chief), Lazar Grouev (Deputy Editor-in-Chief),
Plamen Panayotov (Secretary), Doncho Hrusanov, Dimitrina Milkova, Evgeni Tanchev,
Krassimira Sredkova, Ognyan Guerdgikov, Rouja Ivanova, Todor Todorov, Tonyo
Zhelezchev

Address: Sofia University „Sv. Kliment Ohridski“, Faculty of Law, room № 236,
tel.: 359 2 9434806, 15 Tzar Osvoboditel Street, Sofia — 1040

© Sofia University „Sv. Kliment Ohridski“
Faculty of Law
© SIBI Publishing House
2000

Address of the Publishing House: Sofia, 1000, 4, Slaveykov Sq., office 405
tel.: 359 2 9870141, fax: 359 2 9875709
e-mail: SIBI@LND.internet-bg.net

СТАТИИ

МАНДАТ НА НОВОИЗБРАНИЯ (НОВОНАЗНАЧЕН) СЪДИЯ ПО ЧЛ. 148, АЛ. 3 ОТ КОНСТИТУЦИЯТА

*Тодор Тодоров**

I. Общи бележки

Конституционната разпоредба на чл. 148, ал. 3 урежда избора (назначаването) на нов съдия в Конституционния съд на мястото на съдията, чийто мандат е прекратен. Очевидно е, че нормата, според която „При прекратяване на мандата на съдия от Конституционния съд в едномесечен срок на негово място се избира друг от съответната квота“, се отнася до *всички* хипотези на чл. 148, ал. 1 от Конституцията — изтичане на определения срок, подаване на оставка и т. н., включително смърт.

Същевременно разпоредбата на чл. 148, ал. 3 трябва да намери безпротиворечиво прилагане в съответствие с основните принципи на конституиране на съда, обявени в чл. 147, ал. 1 и 2 от Конституцията.

Според *императивната* норма на чл. 147, ал. 2, „Съставът на Конституционния съд се обновява през три години от *всяка* квота по ред, определен от закона“ (курсив тук и навсякъде в текста мой — Т. Т.). Трите квоти, както е известно, са на Народното събрание, президента и съдиите от общото събрание на Върховния касационен и Върховния административен съд.

Елементарно пресмятане показва, че при предсрочно прекратяване на мандата на съдия (най-често поради смърт или оставка) възниква конфликт между изи-

* Професор, доктор по право, съдия в Конституционния съд.

скването на чл. 147, ал. 2 за задължително обновяване на състава от *всяка* квота през три години и претенциите на новоизбрания (новозначения) съдия по чл. 148, ал. 3 за цял, деветгодишен мандат¹.

Проблемите, които възникват тук, се дължат на липсата на изрична уредба в Конституцията и в Закона за Конституционен съд (ЗКС), отнасяща се до продължителността на срока на новоизбрания (новозначения) съдия. Методологически са възможни два подхода:

— възникналите проблеми да се решат от самия Конституционен съд чрез упражняване на тълкувателното му правомощие по чл. 149, ал. 1, т. 1 от Конституцията;

— проблемите да останат без отговор, като по този начин се осуети нормалното конституиране на съда и се постави под въпрос конституционносъобразното функциониране на тази важна институция.

Вторият подход е конституционно изключен. При надлежно сезиране на съда той е длъжен да се произнесе по поставения му конституционноправен въпрос. Възражението, че е недопустимо съдът да се произнася по собствения си състав, е неоснователно². Няма конституционни пречки съдът да се произнася по собствения си състав (например при отвод на съдия или при приемане на оставка). Няма и кой друг да се произнесе по такъв въпрос.

Правният интерес от тълкувателно решение по поставения въпрос (за срока на мандата на съдия, който е встъпил на мястото на член на съда с предсрочно прекратен мандат) е извън всяко съмнение. Причина (основание) за възникването на такъв интерес е липсата на изрична конституционна уредба. Разрешаването на този конституционноправен въпрос е от голямо значение за нормалното конституиране и функциониране на Конституционния съд. Очевиден правен интерес от изясняването му на първо място имат *органите*, които избират, съответно назначават конституционните съдии. Това са Народното събрание, Върховният касационен съд и Върховният административен съд и Президентът на Република България.

Наред с това правен интерес от изясняването на въпроса имат всички лица, които по Конституция са *оправомощени да сезират* Конституционния съд — чл. 150, ал. 1 и 2 от Конституцията. Техният интерес от наличието на конституционносъобразно учреден състав на съда едва ли може да бъде поставен под съмнение. Същевременно техният интерес възплащава интереса на всички български граждани, на държавните институции и юридическите лица от функционирането на конституционносъобразно конституиран съд.

Несъмнена е необходимостта от изясняването на поставения въпрос за *самия Конституционен съд*. Всеки съдия е смъртен, всеки съдия може да подаде оставка. Няма никакво съмнение, че същият въпрос ще възникне и при подаване на оставка от някой съдия, а такива намерения са декларираны от отделен съдия пред целия съд. Съдът като цяло и всеки съдия поотделно трябва да знае какви са евентуалните последици от прекратяване на мандата на съдия при условията на

чл. 148, ал. 1, т. 2—6 от Конституцията — както за самия него (загуба на социалните и пенсионните привилегии), така и за заместващия съдия (довършва мандата на заместения съдия).

Накрая, отговорът на въпроса има и известна теоретична стойност. Това е проблем, който стои пред правната теория, а и пред евентуалното усъвършенстване на конституционната уредба.

II. Конституционната уредба

Както се каза по-горе, въпросът за срока на мандата на съдия от Конституционния съд, който е встъпил на мястото на член на съда, чийто мандат е прекратен предсрочно — чл. 148, ал. 1, т. 2—5 от Конституцията, *не е уреден изрично*. Аргументи в една или друга насока за решаването на този въпрос не съществуват и в стенограмите на Конституционната комисия и Великото народно събрание. Очевидно проблемът въобще не е стоял пред създателите на Конституцията. Всички обсъждания относно срока на мандата на конституционните съдии се отнасят *единствено* и само до редовния деветгодишен мандат³. Предмет на обсъждането е само чл. 147, ал. 2 от Конституцията.

Въпросът за съдията, назначен на мястото на съдия с предсрочно прекратен мандат, е предмет на друга, самостоятелна конституционна разпоредба — чл. 148, ал. 3 от Конституцията. Ето защо аргументите за деветгодишен срок, изложени по чл. 147, ал. 2 от Конституцията, са неотнормими към разглеждания тук въпрос.

Следователно отговорът на въпроса може да бъде потърсен единствено в *основните конституционни принципи*, отнасящи се до конституирането на съда. Въз основа на тези принципи трябва да се запълни съществуващата празнота в конституционната уредба. Тези принципи дават основание да се направи изводът, че въпросът за продължителността на срока на правомощията на *заместващия съдия*⁴ е идентичен за всички случаи на предсрочно прекратяване на мандата и че отговорът на този въпрос е общ — заместващият съдия довършва мандата на съдията, който е подал оставка, починал и пр.⁵

Основанията за това мое разбиране са следните:

Основен, водещ принцип за конституирането на Конституционния съд като орган е *квотният принцип* — чл. 147, ал. 1 от Конституцията. Този принцип е обявен в първото изречение от главата за Конституционния съд. Според него „Конституционният съд се състои от 12 съдии, една трета от които се избират от Народното събрание, една трета се назначават от президента, а една трета се избират от общо събрание на съдиите от Върховния касационен съд и Върховния административен съд.“

Квотният принцип възплава защитеното от Конституцията разделение на властите — чл. 8 от Конституцията. Своя квота има всяка власт — законодателната, съдебната и изпълнителната (в лицето на президента като отражение на континенталната идея за приемственост на изпълнителната власт в лицето на президента). *В този смисъл квотният принцип има политическо съдържание; той га-*

рантира равновесието на трите власти в конституирането на върховния орган, оправомощен да бди за спазването на Конституцията. Дерогирането на квотния принцип е равнозначно на дерогиране на Конституцията. То би позволило в даден момент една от трите власти да овладее Конституционния съд и да обезсмисли конституционния контрол.

Без квотен принцип няма Конституционен съд. Българската Конституция е обявила този принцип за конституиране на Конституционния съд за основен⁶.

Вторият основен принцип на конституиране на съда е *принципът на периодичното обновяване* на неговия състав — чл. 147, ал. 2, изр. 3 от Конституцията. Този принцип (заедно с допълващата го уредба в Закона за Конституционния съд) се отнася към правилата на процедурната справедливост и осигурява в най-висока степен правото на *всеки* парламент и *всеки* президент да участват в конституирането на съда. Неговото прилагане е конституционно закрепено с императивна норма. Никой от участващите в конституирането на съда органи не може да бъде лишен от правото (*и задължението*) да участва в обновяването. Това ясно личи от императивния и безусловен език на разпоредбата. Обратното би означавало възможност избраните от едно Народно събрание (парламентарно мнозинство) съдии да контролират законите на следващото Народно събрание, без последното да може да участва в обновяването на съда. Тази опасност е реална, тъй като редовния мандат на конституционните съдии е деветгодишен — вмества най-малко два редовни парламентарни мандата.

Тъй като тези два принципа (квотният принцип и принципът на периодичното обновяване) са основните принципи, които уреждат конституирането на Конституционния съд, тълкуването на всички други норми, отнасящи се до конституирането на съда, трябва да им бъде подчинено.

Това правило важи и за мандата на заместващия съдия. Въпросът не е уреден изрично. Според чл. 147, ал. 2, изр. 1 от Конституцията „Мандатът на съдиите от Конституционния съд е 9 години“. Както споменах, от стенограмите е видно, че тази норма е мислена и редактирана само в контекста на редовен, пълен мандат. Това е така, защото *фигурата на заместващия съдия е изключение*, а не правило. Общоприет принцип в правото е изключенията да не се уреждат изрично. Правото урежда типичните, основни отношения във всяка област. Правилата за изключенията, доколкото няма такива, следва да се извличат така, че да не дерогират основните, императивни за уредбата принципи.

Възможно ли е нормата на чл. 147, ал. 2, изр. 1 от Конституцията да се приложи към мандата на заместващия съдия, без да бъдат опорочени квотният принцип и принципът на периодичното обновяване? Моето мнение е, че това е невъзможно⁷. Прилагането на основния квотен принцип (чл. 147, ал. 1 от Конституцията) по реда на чл. 147, ал. 2, изр. 3 от Конституцията („Съставът на Конституционния съд се обновява през три години от *всяка* квота, по ред, определен от закона“) изключва възможността заместващият съдия да има отделен, самостоятелен срок на правомощия от този на заместения съдия. Казано в обратен ред, предоставяне-

то на деветгодишен, пълен мандат на заместващия съдия изключва прилагането на квотния принцип и на принципа на обновяването по реда, посочен в Конституцията. То осуетява упражняване на правото (*и задължението*) на съответния орган да участва в обновяването на съда след изтичането на трите години. Императивната норма на чл. 147, ал. 2, изр. 3 от Конституцията, която *заповядва* обновяване от всяка квота, ще бъде погасена и една (или повече) от конституиращите съда квоти няма да бъде обновена. Това означава, че след изтичането на трите години съдът не може да заседава, ако една трета от него (четирима съдии) не е обновена, тъй като неговият състав не е конституиран в съответствие с Конституцията.

III. Практиката на Конституционния съд

В досегашната си практика Конституционният съд категорично е възприел разбирането, че заместващият съдия довършва мандата на съдията, на чието място е избран (назначен).

Тази категорична позиция е изразена два пъти в *единодушно* възприетата практика по обновяване на състава на съда през 1994 г. и 1997 г. В двата случая заместващият съдия е участвал в жребия. Никой от съдиите (включително заместващият съдия) не е възразил срещу неговото участие. Очевидно никой от съдиите не е допускал, че заместващият съдия е със срок на мандата различен от този на починалия съдия. От гледна точка на срока заместващият съдия няма свой, собствен срок — той довършва срока на заместения съдия. Ако заместващият съдия разполагаше със самостоятелен, пълен деветгодишен срок, то неговото участие в жребия би било недопустимо, тъй като вероятността той да бъде изваден от състава е същата, като тази за мандата на починалия съдия.

Аргумент в тази насока е и решението на Конституционния съд по к. д. 10/99 г. (ДВ, бр. 95 от 1999 г.), прието единодушно от сегашния състав на съда и позоваващо се на предишна практика на съда. То се отнася до друг орган, изграден върху *квотния принцип* (съдебна и парламентарна квота), и в него изрично се отбелязва: „Ако мандатът на някой [от изборните членове на ВСС] се прекрати предсрочно, новоизбраният довършва мандата на предишния член ...“. С решението си по к. д. 9/2000 г. Конституционният съд показва, че принципите, които той вмениява на други органи, в аналогични случаи ще прилага и към себе си.

IV. За правния интерес на заместващия съдия

Защитата на тезата за пълен, деветгодишен мандат на заместващия съдия не може да бъде обоснована и със защитата на независимостта на съдията. Конституционният съдия поне по определение е висококвалифициран юрист. Изрично и императивно е изискването за „най-малко петнадесетгодишен *юридически стаж*“, за да бъде избрано едно лице за съдия. Необорима житейска презумпция е, че юрист с такъв опит, когато приема да бъде избран (назначен) на мястото на друг съдия, чийто мандат е предсрочно прекратен на някое от основанията по чл. 148,

ал. 1 от Конституцията, достатъчно добре разбира, че довършва мандата на заместващия съдия. Той си прави сметките и поема отговорностите.

От друга страна, докато квотният принцип защитава органа (Конституционен съд) и обществото, деветгодишният мандат определя единствено *максималния* срок на несменяемост на съдията.

Срокът не защитава независимостта на съдията, още по-малко на съда. Ако този срок беше установен на седем или на дванадесет години, съдията нямаше да е по-малко или повече независим. Независимостта на съдията се защитава не с продължителността на срока, а с изчерпателното посочване на *основанията* за прекратяване на мандата му в чл. 148, ал. 1 от Конституцията.

V. Заключение

Дилемата в случая е елементарна. Трябва да се разреши един обикновен конфликт на интереси. От едната страна на този конфликт е интересът на заместващия съдия, неговото желание да се ползва по-дълго от „статута на председателя на Народното събрание“ (чл. 10, ал. 3 ЗКС) и произтичащите от него привилегии; от другата страна на конфликта е интересът (изрично установеното конституционно право и задължение) на *всеки* от конституиращите органи на *всеки три години* да участва в обновяването на съда. Фигурата на заместващия съдия възниква случайно, като последица от нежелано и по правило непредвидимо събитие или акт. Заместващият съдия е *изключение* в нормалното функциониране на съда; предсрочното прекратяване на мандата е рядко срещана хипотеза.

Същевременно квотният принцип на конституиране на съда и принципът на периодичното обновяване са *правила*; тяхното нарушаване поставя под съмнение конституционната легитимност на органа. Недопустимо е да се взриви самата институция, като се пренебрегнат императивни конституционни норми, отнасящи се до конституирането на органа, за да се обоснове съмнително изключение, отнасящо се до защитата на интереса на отделния съдия. Затова отговорът на поставения конституционноправен въпрос е еднозначен — заместващият съдия довършва мандата на съдията, на чието място е избран (назначен).

БЕЛЕЖКИ

1. Статията се опира в основните аргументи на решение № 8 по к. д. 9/2000 г. на Конституционния съд (ДВ, бр. 78 от 2000 г.). Решението е постановено при особени мнения на съдиите **Ж. Сталев, Ас. Манов и Ив. Григоров, Н. Беров**. Решението визира изрично само хипотезата на чл. 148, ал. 1, т. 6 от Конституцията, но не поражда никакво съмнение за приложимостта на изложените аргументи и направени изводи към всички хипотези на предсрочно прекратяване на мандат на конституционен съдия – 148, ал. 1, т. 2–6.

Проблемът възникна практически пред съда по повод на мандата на съдията Станислав Димитров. Същият е избран по чл. 148, ал. 3 от Конституцията на мястото на починалия съдия Иван Първанов от квотата на Народното събрание. Ако се приеме, че съдията Димитров има

самостоятелен, деветгодишен мандат, това означава да се откаже на Народното събрание правото да участва в обновяването на съда през октомври 2000 г. (последното обновяване е от октомври 1997 г.).

Като втори пример тук мога да посоча евентуалното предсрочно прекратяване на мандата на съдия от сега действащия състав. Ако съдия от квотата на президента, назначен през 1997 г., подаде оставка, назначеният на негово място съдия по необходимост довършва мандата на заместения съдия за оставащия срок. Да се приеме, че заместващият съдия ще има пълен деветгодишен мандат, би означавало да се заяви, че през 2006 г. в президентската квота ще има само един съдия с изтекъл деветгодишен мандат (редовно назначените съдии през 2000 и 2003 г. са с пълен мандат). Установеният от преходните и заключителни разпоредби на ЗКС и от досегашната практика ред ще бъде компрометиран. Правото и задължението на президента да подмени двама съдии от своята квота ще бъде неосъществимо, тъй като трима от общо четиримата съдии ще се позовават на неизтекъл деветгодишен мандат. Могат да бъдат приведени примери за всяка квота, но не смятам, че това е нужно.

2. Вж. в обратния смисъл особеното мнение на съдията **А. Манов** по к. д. № 9 от 2000 г.

3. Вж. в обратния смисъл особеното мнение на съдията **Н. Беров** по к. д. № 9 от 2000 г.

4. Тук и до края ще използвам израза „заместващ“ (съдия) като словесен еквивалент на употребения в чл. 148, ал. 3 от Конституцията израз „на негово място“. Изразът е въведен с решение № 8/2000 г. на Конституционния съд, където изрично се подчертава, че „От редакцията на алинеята и по-конкретно от израза „на негово място“ следва, че новоизбраният (респ. новоназначеният) съдия само *замества* починалия съдия“. Съдът използва понятието „заместник“ и „заместващ съдия“ като правна *фикция* в нейния позитивен смисъл – общопризнато средство в правната теория и практика за съгласуване на едновременното прилагане на две норми – в случая нормите на чл. 147, ал. 2, изр. 3 и чл. 148, ал. 3 от Конституцията. Правната фикция компенсира отсъствието на изрични правни категории и техники за разрешаване на поставения правен въпрос. Вж. така **Terré, F.**, *Introduction générale au droit*, Éditions Dalloz, Paris, 1991, pp. 341 – 342.

5. За българската правна теория това разрешение е толкова очевидно, че дори не поражда дискусия. Вж. например **Друмева, Ем.**, *Конституционно право*, Издателство „Анубис“, София, 1995, с. 472: „Тогава, когато мандатът на конституционен съдия бъде предсрочно прекратен, на негово място постъпва в срок от един месец новоизбран или новоназначен съдия. Каква ще е продължителността на такъв мандат? Позитивната уредба не дава отговор. Би следвало такъв мандат да бъде само до края на мандата, който би имал при нормални условия първоначалният съдия“. Този текст е възпроизведен без изменения в **Друмева, Ем.**, *Конституционно право*, Второ преработено и допълнено издание, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, София, 1998, с. 546–548.

Категорично така в хипотезата на оставка и **Баламезов, Б.**, в *Конституция на Република България*, Коментар, Издателска къща *Сиела*, София, 1999, с. 364: „Новопостъпилият съдия ще бъде такъв до края на мандата на напусналия си колега“.

6. Подобна е уредбата на френския Конституционен съвет. Според чл. 56 от френската Конституция, Конституционният съвет се състои от три квоти със задължително обновяване на всеки три години от всяка квота. Интересуващият ни тук въпрос е уреден изрично в чл. 12 от Органичния закон за Конституционен съвет (последна редакция – *J. O. du 20 janvier 1995*). Според тази норма членовете на съвета, назначени на мястото на тези, чиито функции са прекратени предсрочно, завършват техния мандат (*achèvent le mandat de ceux qu'ils remplacent*). Общото между българската и френската уредба са квотният принцип и императивното изискване за обновяване от всяка квота през три години. По мое мнение френското разрешение (възпроизведено в решение № 8/2000 г. на българския Конституционен съд) е *единствената възможна формула*, която удовлетворява едновременното зачитане на посочените два принципа.

Съпоставката с други конституции, в които не е възприет квотният принцип или няма изискване за обновяване (например полският Конституционен съд се избира само от *един* орган – полския Сейм), е безсмислена.

7. Обратно – особените мнения на четиримата съдии. Общото за всички особени мнения е подходът, с който се опитват да преодолеят изричното императивно изискване за обновяване от всяка квота – 147, ал. 2, изр. 3 от Конституцията. Най-радикален в това отношение е *Сталев*. В особеното си мнение той дири „мълчаливата воля на конституционния законодател“, но не казва нито дума за *изричната* конституционна норма. А тя съществува и съдът не може да си затвори очите.

От своя страна, *Манов, Григоров и Беров* поддържат, че изискването на чл. 147, ал. 2, изр. 3 за обновяване от всяка квота важи само за първите шест години от съществуването на съда, сиреч до 1997 г. По този начин те приписват на цитираната конституционна норма характер на *преходна разпоредба*.

Този възглед основателно не бе споделен от съда. Принципът на обновяването е постоянно действащ принцип на устройство на Конституционния съд; той урежда трайно материята (до евентуално изменение на Конституцията). Несериозно е да се поддържа, че изискването за обновяване от всяка квота се урежда с *преходна разпоредба*, която е вмъкната сред разпоредбите относно основните принципи за устройство на съда – чл. 147 от Конституцията. *Преходна конституционна разпоредба* относно Конституционния съд може да бъде открита по-нататък – § 1, ал. 2 от Конституцията. Само за сравнение ще посоча, че в другите конституции, в които принципът на обновяването през три години е възприет изрично, съответните разпоредби също нямат *преходен* характер – виж например чл. 56 от конституцията на Франция и чл. 159, ал. 3 от конституцията на Испания.

MANDATE OF NEWLY ELECTED (NEWLY APPOINTED) JUDGE ACCORDING TO ART. 148, PARA 3 OF THE CONSTITUTION

by Todor Todorov

Summary

The Bulgarian Constitution regulates explicitly and exhaustively the cases of pre-term ceasing of the mandate of a constitutional judge. It says nothing, though, about the term of the mandate of the newly elected judge.

The article supports Decision No 8 of September 21, 2000 on Constitutional Case No 9/2000 of the Bulgarian Constitutional Court. According to the decision the judges elected to replace judges who ceased to carry out their duties before the end of their normal term of office shall complete the term of office of the judges they replace.

The author considers that this is the only possible formulae satisfying the imperative constitutional requirements of equal quotas and periodical renewal of the Constitutional Court.

ЗА ПОНЯТИЕТО „ДЪРЖАВЕН СЛУЖИТЕЛ“

*Димитър Костов**

В съвременното българско административно право, за разлика от някои други европейски страни (напр. Франция, Унгария)¹, вместо термина „чиновник“ се използва по-модерният термин „държавен служител“. Следва да се отбележи, че наличието вече на позитивноправно регламентиране на понятието държавен служител в законодателството ни е добро развитие в тази насока, тъй като в един доста дълъг период от време такова липсваше.

Определението за държавен служител се съдържа в чл. 2, ал. 1 от Закона за държавния служител (ЗДС)², според който **„Държавен служител е лице, което заема платена длъжност в администрацията, както и лице, на което специален закон предоставя статут на държавен служител при спазване на изискванията на този закон.“**

Даденото определение е усложнено в известен смисъл. То може да бъде разделено условно на две части — основна и допълнителна. Основната му част е тази, изразяваща и самата идея на законодателя да даде определение за държавен служител, очертавайки основните му характеристики. Това е текстът: „Държавен служител е лице, което заема платена длъжност в администрацията ...“. Останалата част, както и да погледнем, допълва, пояснява, че и със специални закони може да се предоставя статут на държавни служители на определени лица, към които ще се прилага Законът за държавния служител. Това именно указва текстът, че държавен служител е „и лице, на което специален закон предоставя статут на държавен служител при спазване на изискванията на този закон“.

1. Известно е, че всяко едно законово определение, за да изпълни своята роля, трябва да има яснота и прецизност, да съдържа всички онези елементи, които са наистина необходими за представянето на съответното правно понятие. Отговаря ли на тези изисквания даденото определение за държавен служител в чл. 2, ал. 1 ЗДС?

Дефиницията подчертава два елемента: първо, че се отнася за лица, заемащи **длъжност в администрацията**, и второ, тази длъжност е **платена**. Става ясно, че извън „администрацията“ така както е устроена тя по нашето законодателство,

* Доцент в ЮФ на СУ „Св. Кл. Охридски“, доктор по право.

държавни служители няма и че на обществени начала, т. е. без заплащане държавните служители не могат да работят. В такива случаи те няма да са държавни служители.

Изхождайки от характера на държавната служба, принципите на нейното изграждане и функциониране, а също и от специфичната връзка между държавата и държавния служител, трудно можем да отговорим положително на въпроса дали разглежданото определение е пълно и прецизно. То поставя редица проблеми. Най-напред — за прецизиране (доизясняване) на въпроса за администрацията или сферата (казано най-общо), в която ще работи държавният служител. От законово-то определение не става ясно за коя администрация се отнася — за администрацията на изпълнителната власт ли или и извън нейната сфера. Тъй като държавният служител заема длъжност в администрацията на второ място подлежи на уточняване дали на всички длъжности могат да работят държавните служители или се отнася само за определени такива. Трето, неясен остава от определението въпросът за самото заемане на длъжността. Начините, както е известно, са различни — длъжност може да се заеме по назначение, може и по избор и пр. Всички ли ще бъдат валидни в дадения случай и т. н., и т. н. Във всички случаи определението, съдържащо се в чл. 2, ал. 1, е непълно.

Основен белег на понятието безспорно представлява фактът, че държавният служител е лице, което работи в **сферата на администрацията**. Трябва да се подчертае, че се отнася за държавната администрация. Предметът на закона (ЗДС) е уреждане на отношенията между **държавата** и държавния служител. „С този закон се уреждат ... служебните правоотношения между държавата и държавния служител при и по повод изпълнението на държавната служба ...“, гласи чл. 1.

Държавата, за да може да осъществява своите функции, се нуждае от „практически изпълнители“. Такива тя вижда в лицето на своите служители. По този начин държавните служители винаги се оказват свързани с осъществяване функциите на държавата. Тяхната дейност е в сферата на държавната администрация.

Структурата и организацията на държавната администрация се уреждат от Закона за администрацията (ЗА) от 1998 г.³, който има предвид администрацията на изпълнителната власт. „Този закон урежда правомощията на органите на изпълнителната власт, структурата и организацията на дейността на **тяхната** (подч. м. — Д. К.) администрация“ — гласи чл. 1, ал. 2. Така че основно държавните служители са лица, работещи в сферата на администрацията на изпълнителната власт. „Основно“, тъй като законът прави и изключение. Той разпростира своето приложно поле и извън администрацията на изпълнителната власт чрез разпоредбата на ал. 3 от същия чл. 1. Дословно тя гласи: „Този закон се прилага, доколкото не е установено друго в специални закони, и за администрацията **на другите органи на държавна власт** (подч. м. — Д. К.), предвидени в Конституцията, и за **органите на местното самоуправление** (подч. м. — Д. К.).“

Специалните закони, които изключват в случая ЗА, са Законът за съдебната власт от 1994 г. и Законът за конституционния съд от 1991 г. Те уреждат специал-

но правното положение на своите служители и се явяват специални закони по отношение както на ЗА, така и на ЗД. Така ЗА ще намери приложение по принцип и за администрацията на парламента, и за тази на президента. В този смисъл държавни служители ще има и в техните администрации.

Що се отнася до администрацията на изпълнителната власт, в която основно ще работят държавните служители, тя обхваща **централната и териториалната администрация**. По-конкретно централната администрация обхваща администрацията на Министерския съвет и тази на специализираните централни органи на държавно управление (министерства, агенции и пр.), а териториалната администрация обхваща администрацията на териториалните органи на държавно управление — областни управители и кметове на общини, или тук говорим за областни и общински администрации.

Изложеното по-горе следва да се има предвид по отношение на използвания в случая термин „администрация“. В изяснената вече сфера е мястото на държавния служител. В тази връзка отново бихме могли да подчертаем, че елементът администрация представлява основен, или по-скоро един от основните белези на понятието държавен служител, което подчертава и неговия публичноправен характер.

Според определението държавният служител е лице, заемащо определена **длъжност** в администрацията. Това е вторият съществен белег на понятието. За изясняването му е необходимо, според нас, да се стъпи на по-широка основа — да се отговори принципно на въпроса всички ли служители в администрацията имат статут на държавни служители.

Определено може да се каже, че законодателят не възприема принципа за еднакъв статут, еднакъв режим на всички служители в държавната администрация. Това личи ясно от постановката на чл. 12, ал. 1 ЗА: „Дейността на администрацията се осъществява от **държавни служители и лица, работещи по трудово правоотношение** (подч. м. — Д. К.)“. И в тази връзка веднага следва уточнението, че редът за назначаването и статутът на държавните служители се регламентира със закон (чл. 12, ал. 2), а лицата по трудов договор постъпват на работа съгласно Кодекса на труда (чл. 12, ал. 3). С други думи, за работещите в администрацията действат два режима — този на държавния служител (по Закона за държавния служител) и режимът на Кодекса на труда за лицата по трудово правоотношение. Оттук и естественият извод, че статутът на държавните служители не обхваща всички служители в администрацията. Той се отнася за една част — българското законодателство установява режим на държавен служител **за част** от служителите в администрацията. Вероятно това е продиктувано от съществуващата в това отношение практика в европейските страни, както и от идеята за по-рационална организация и функциониране на администрацията.

Проблемът за „длъжност в администрацията“ се решава от самия ЗА. Според чл. 13, ал. 2 длъжностите в администрацията са: 1. ръководни, 2. експертни и 3. технически. Законът определя три вида, три типа длъжности. По-подробна регламентация в това отношение законът не съдържа. Тя се намира в Единния класи-

фикатор на длъжностите в администрацията и Наредбата за прилагането му, приети от Министерския съвет⁴ на основание изискванията на ЗА (чл. 13, ал. 1) и ЗДС (чл. 2, ал. 2).

Кои именно от очертаните три типа длъжности се заемат от държавните служители? ЗА, както отбелязахме, не решава този въпрос, или по-точно, дава частично решение. Това е направено чрез чл. 13, ал. 3, според който „лице, заемащо ръководна длъжност в администрацията, не може да я осъществява по трудово правоотношение“. С други думи, ръководните длъжности се заемат само от държавни служители. Това положение се преутвърждава и от ЗДС в чл. 5, ал. 1, според която разпоредба държавните служители са „ръководни служители и експерти“. Очевидно ЗДС говори за видове, категории държавни служители, а не за длъжности, но в действителност има покритие между двете понятия. В случая между ръководна длъжност и ръководен служител не може да има съдържателна разлика. Така, на първо място, следва да се приеме, че държавните служители заемат **ръководните** длъжности в администрацията. И при това всички ръководни длъжности без изключение.

От ЗДС е видно обаче, че държавните служители могат да заемат, на второ място, и **експертни** длъжности. Отново следва да повторим разпоредбата на чл. 5, ал. 1, че държавните служители „са ръководни служители и **експерти** (подч. м. — Д. К.)“. Тук дори липсва каквото и да е различие между понятията в ЗА и ЗДС (чл. 13, ал. 2, т. 2, респективно чл. 5, ал. 1). Не би могло да се твърди обаче, че абсолютно всички експертни длъжности се заемат от държавните служители. Такава изрична разпоредба, по подобие на тази на чл. 13, ал. 3 ЗА във връзка с ръководните длъжности, липсва. Значи законодателят допуска на експертни длъжности да се назначават не само държавни служители, а и лица по трудово правоотношение. Експертните длъжности в администрацията в това отношение се различават от ръководните.

Как стои въпросът с третия вид (тип) длъжности в администрацията — „техническите“, и по-специално, как се свързва той със статута на държавния служител? Ще се прилага ли този статут по отношение на тях⁵?

Изложеното дотук дава възможност за извода, че само двата типа длъжности, ако изходим от ЗА, т. е. ръководните и експертните, са свързани със статута на държавните служители. Тях обхваща чрез разпоредбата си в чл. 5, ал. 1 ЗДС. Отделно от това, в потвърждение на казаното може и следва да се привлече чл. 3 ЗДС.

Чрез тази разпоредба се изключват от понятието държавен служител членовете на политическите кабинети, заместник-областните управители и заместник-кметовете на общините и „лицата, които изпълняват **технически функции** (подч. м. — Д. К.) в администрацията“. Това изключване на техническите функции (длъжности) означава само едно — че само двата типа (вида) длъжности: ръководни и експертни, са относими към статута на държавния служител. Третият вид, техническите, не са подчинени на режима на държавните служители.

Въпросът за самото наименование на длъжностите, които могат да заемат държавните служители в администрацията, както и техните групи и рангове е предмет на Единния класификатор на длъжностите в администрацията, приет от Министерския съвет по делегация от закона (ЗДС — чл. 2, ал. 2).

Приемането на такъв класификатор е обективна необходимост. Държавните служители, постъпвайки на служба в съответната административна система, ще правят и своята професионална кариера. Всяка една подсистема в администрацията като цяло, било то на централно или местно ниво, е йерархично изградена, съдържа длъжности на различни нива, рангове и степени. Постъпващите на държавна служба ще заемат различни длъжности, ще бъдат повишавани, което ще отразява и тяхното професионално развитие. В този смисъл създаването на единен класификатор, подреждащ йерархично длъжностите в администрацията, е необходим елемент в режима на държавния служител. Той е обобщаващ, има принципен и единен характер за администрацията като цяло.

Длъжностите в администрацията, които могат да се заемат от държавните служители, очертани по видове и йерархия, са: **А. Ръководни длъжности:** 1. председател на държавна агенция, 2. председател на държавна комисия, 3. член на държавна комисия, 4. заместник-председател на държавна агенция, 5. изпълнителен директор на изпълнителна агенция, 6. ръководител на административна структура, създадена със закон или с постановление, 7. заместник-ръководител на административна структура, създадена със закон или с постановление, 8. главен секретар; административен секретар, 9. директор (главен директор), 10. началник на отдел, 11. началник на сектор и **Б. Експертни длъжности:** 12. съветник, 13. държавен експерт; държавен инспектор, 14. главен експерт; главен инспектор, 15. старши експерт; старши инспектор и 16. младши експерт; младши инспектор (Приложение № 1 към чл. 1 от ПМС № 35 от 20 март 2000 г. за приемане на Единен класификатор ...).

Макар и да не е отбелязан изрично в определението на закона, важен белег, основна характеристика на понятието държавен служител ще се яви и постоянният, **трайният** характер на длъжността, която заема. Тя е „щатна“ длъжност, „щатно“ място в системата на администрацията и оттам в която и да е нейна подсистема (централна или местна, териториална).

Изводът за това произтича още от самия ЗДС. Режимът, който той установява, има постоянен характер. Идеята е да се създаде трайна, постоянна държавна служба. Заемайки определена длъжност, държавният служител започва едно постоянно съдействие на администрацията за осъществяването на нейните функции и оттам на функциите на държавата. Длъжността е предвидена трайно, мястото ѝ е точно в съответната йерархическа система с оглед на нормалното ѝ и ефективно функциониране. В този смисъл мястото, което заема съответният държавен служител, е постоянно, то е „щатно“ място, „щатна“ длъжност, съответно обезпечена и финансово. „Щатното място в системата на държавния апарат е една държавна институция, чиято задача е да бъде правилно изградена структурата на държав-

ните органи и целесъобразно подбран личният състав за функционирането на тези държавни органи. Щатната длъжност е свързана **със съответното разделение на труда** (подч. м. — Д. К.) в страната и същевременно определя **финансовите средства** (подч. м. — Д. К.) за функционирането на държавния апарат.⁶ Видно е отношението към щатната длъжност като едно постоянно място в системата на държавната администрация, безспорно свързано и със съответното финансово обезпечаване.

Като друг основен белег на понятието държавен служител законът посочва неговата длъжност да е **платена**. Застава се зад идеята държавният служител да получава парично възнаграждение за своя труд. Това е и своего рода косвена забрана за осъществяването на държавната служба на обществени начала — положение, известно по принцип в практиката. Подобни случаи биваха определяни като „нешатни“ държавни служители⁷. Заплащането е принципът и той е свързан именно с щатното, в смисъл постоянно, място на лицето (държавния служител) в съответната административна система. Държавната служба не може да се поверява „временно“, „на повикване“ и пр. Тя не може да бъде по смисъла на закона и „почетна“ длъжност. Постоянното ѝ функциониране изисква и финансовото ѝ обезпечаване, което се изразява в нейното постоянно заплащане.

От казаното дотук следва, че държавната служба за съответния държавен служител представлява неговата професионална дейност. Това е неговата професия, което също се явява основна характеристика, основен белег на понятието. Изводът се базира най-напред на факта, че изпълнението на съответната държавна служба е изключителното, главното занимание, занятие на съответния държавен служител. Второ, това е непрекъсваема дейност, която го ангажира постоянно, и трето, от това именно (осъществяването на тази дейност) той изкарва препитанието си. По този начин държавната служба се превръща в негова професия. На тази основа остава пределно ясен въпросът, че едно лице, което има някакво друго основно занятие, ще може да осъществява едновременно с това и държавна служба. Тази важна и отговорна дейност не може да бъде допълнителна функция. Осъществяването на държавната служба на съвременния етап повишава изискванията за професионализъм. Тя трябва да обслужва своевременно и ефективно нуждите на обществото, да отговаря на нуждите на нацията за борба с корупцията, със случаите на злоупотреба с власт и т. н., и т. н. Държавната служба не би могла да отговори на тези изисквания, ако не е професионална дейност, ако не е високоотговорна професия.

Определението на понятието държавен служител, както и всяко едно законово определение, трябва да обхваща, да представя всички негови основни характеристики (белези). Тогава то би било пълно и изчерпателно. Липсата на който и да е основен елемент затруднява възприемането на едно определение, а може да доведе и до смесване на понятия, на правни институции. Например в дадения случай определението не изяснява как ще се заема държавната служба, конкретния начин или начини за това. А въпросът е от голяма важност. Заемането на длъжност в ад-

министрацията като цяло може да стане по различни начини, но държавните служители заемат своите длъжности само по един — чрез назначение. Останалите служители в администрацията заемат своите длъжности чрез трудов договор и нямат статут на държавни служители. Те са в трудови, а не в служебни правоотношения. В този смисъл елементът назначение придобива качеството на основна характеристика за понятието държавен служител. Липсата му в даденото от закона (чл. 2, ал. 1) определение го прави непълно.

Тази непълнота би могла да се попълни. В противен случай определението спокойно може да се отнесе и към служителите в администрацията, работещи по трудово правоотношение. И те „заемат платена длъжност в администрацията“.

В случаите, когато в даден текст се съдържа неточно или непълно определение, възниква въпросът дали търсеният елемент не се съдържа в друг текст. В крайна сметка **законът** дава определението. Обикновено се казва: „определението се съдържа в еди кой си закон“. Така че не би имало пречка „назначаването“ като важен белег на понятието държавен служител да се потърси в други части, други текстове на ЗДС. Не може да не се държи сметка за тази възможност, след като материята за държавния служител се урежда именно от този нормативен акт. Редно е и е нормално да се очаква, че той дава отговор на всички важни въпроси, свързани с тази проблематика — в дадения случай и на въпроса за заемането на държавната служба.

Разбира се, че този подход не трябва да бъде правилото. В противен случай ще се говори за несъвършенство на законодателството. Но понякога, както е и в случая, това е необходимост. И така в чл. 6 ЗДС се изяснява, че „държавният служител изпълнява държавната служба въз основа на **назначаване** (подч. м. — Д. К) ...“ Текстът е пределно ясен. Други начини за заемане на държавна служба, респективно за изпълнението ѝ, като трудов договор, избор и т. н. не се допускат. Самото назначаване, според разпоредбата на чл. 9, ал. 1, се извършва с административен акт. Така намираме решението на съдържащия се в законовото определение проблем относно заемането на държавната служба. Несъмнено би било по-добре, ако самото определение в чл. 2, ал. 1 съдържаше този елемент или в текста да е посочено, че въз основа на „назначение“ държавният служител заема платена длъжност в администрацията.

Струва ни се, че посочените по-горе белези представляват основни и необходими характеристики на понятието държавен служител. Те не биха могли да отсъстват, не биха могли да се променят и в своята цялост дават завършена представа за държавния служител като правна институция. На основата на изтъкнатото би могло да се формулира и съответно определение: **държавен служител е лице, което работи в системата на държавната администрация, заема ръководна или експертна платена щатна длъжност чрез назначение и изпълнява службата си по професия.**

Бихме припомнили отново определението, дадено в чл. 2, ал. 1 ЗДС: „Държавен служител е лице, което заема платена длъжност в администрацията...“ В исто-

рически аспект то като че ли следва традицията за краткост⁸, но определено считаме, че това води до непълноти и изискванията за прецизност и яснота навеждат на необходимостта от неговото усъвършенстване.

В тясна връзка с определението по чл. 2, ал. 1 ЗДС стои разпоредбата на чл. 3 от същия закон. Тя гласи: „Не са държавни служители по смисъла на този закон: 1. членовете на политическите кабинети, заместник-областните управители и заместник-кметовете на общините; 2. лицата, които изпълняват технически функции в администрацията. По този начин законът изключва от понятието държавен служител посочените категории лица с оглед на по-голяма яснота.

Длъжностите в администрацията, които могат да се заемат от държавните служители, са определени, както беше посочено вече в Единния класификатор на длъжностите в администрацията. Той е съобразен със ЗДС, който в разпоредбата на чл. 3, т. 1 е очертал „тавана“, ако може така да се каже, до който могат да достигнат тези длъжности, и то както в централната, така и в териториалната (местната) администрация. Така че посочените в чл. 3, т. 1 лица, заедно с тези по т. 2, т. е. изпълняващите технически функции, работят по трудово правоотношение.

2. Както бе отбелязано в самото начало, определението за държавен служител съдържа и допълнителна част. В чл. 2, ал. 1 е посочено, че държавен служител може да бъде и лице, „на което специален закон предоставя статут на държавен служител при спазване на изискванията на този закон“.

Редица въпроси възникват в тази връзка. Първо, оказва се, че освен ЗДС, който е главният, основният, уреждащ отношенията между държавните служители и държавата, и други закони ще могат да уреждат тези отношения. Отново подчертаваме, държавният служител е дефиниран в първата част от текста на чл. 2, ал. 1 като „лице, което заема платена длъжност в администрацията“. Оказва се, че по силата на специално законодателно решение статут на държавен служител може да получи и всяко друго лице, към което впоследствие ще се прилага Законът за държавния служител. Това решение не внася единство в проблема за понятието държавен служител, така както би следвало от идеята за приемането на закон за държавния служител. Един от основните въпроси, на които трябва да даде решение законът, е понятието държавен служител, и то по ясен и категоричен начин. В това не може да има никакво съмнение.

Струва ни се обаче, че точно тук възниква неяснота, именно чрез втората част на текста на чл. 2, ал. 1, според която държавни служители могат да се окажат и лица, различни от тези, които заемат платена длъжност в администрацията. Могат ли по този начин специални закони да предоставят статут на държавни служители например на лица извън администрацията, на лица, заемащи изборни длъжности, на лица по трудово правоотношение и т. н., и т. н. Изхождайки от въпросната разпоредба на чл. 2, ал. 1, като че ли такава пречка не може да се изведе. Такива хипотези са допустими. Отделно от това, не може да се предвиди до какво количествено изражение може да доведе тази възможност. Да се получи така, че броят на „допълнителните“ държавни служители да бъде твърде осезателен и така да се из-

празни от съдържание идеята на закона за ограничаване на лицата, имащи статут на държавни служители.

Решенията за избягването на тези проблеми са две по наше мнение. Ясно и точно определение в закона, непозволяващо широки тълкувания и допълнителни възможности, което е и по-доброто решение, и от друга страна — включването във втората част на текста от определението на допълнителни критерии с оглед ограниченото му тълкуване.

Вече са налице случаи, когато специален закон предоставя статут на държавни служители на определени лица. Например съгласно чл. 19а, ал. 2 ЗА „Лицата по чл. 19, ал. 4 имат статут на държавни служители“. Отнася се за председателите на държавните агенции, на държавните комисии и др., които имат функции във връзка с осъществяването на изпълнителната власт. Тук проблем няма, тъй като въпросните лица са включени от Единния класификатор на длъжностите в администрацията в длъжностите, които могат да се заемат от държавни служители. Налице е пълно съответствие между закон и подзаконов нормативен акт.

Не стои така въпросът обаче с някои други законодателни решения в тази връзка. Например според разпоредбата на чл. 47 от Закона за местното самоуправление и местната администрация „служителите в общинската администрация имат статут на държавни служители“. Макар че законът е приет през 1991 г., т. е. преди Закона за държавния служител, въпросната разпоредба не е отменена. Тя е действателна разпоредба. В постановлението на Министерския съвет обаче, с което е приет Единният класификатор на длъжностите в администрацията, се определя, че не всички длъжности в общинската администрация могат да се заемат от държавни служители, като например главен специалист, старши специалист и т. н. С други думи не всички служители в една общинска администрация са държавни служители. Налице е явно противоречие, или по-точно, несъответствие на постановлението със закона. Друг случай, по-фрапантен, предоставя Законът за народната просвета. Според разпоредбата на чл. 40, ал. 1 „Учителите (възпитателите), директорите и помощник-директорите в държавните и общинските училища, в детските градини и в обслужващите системата на народната просвета звена са държавни служители.“ Законът е от 1991 г., но въпросната разпоредба също не е отменена, нито изменена. Следователно тя трябва да намира приложение. Същевременно ЗДС, приет след това, едновременно изключва тези лица от понятието държавен служител и ги допуска като такива чрез възможността, която се съдържа в чл. 2, ал. 1. Пределно ясно е обаче, че нито учителите, нито директорите, нито възпитателките в детските градини се ползват понастоящем от статута на държавните служители, както би било редно съгласно закона. От една страна, тук може да се говори за неизпълнение на закона, от друга — тези длъжности въобще липсват в Единния класификатор. Те не могат и да бъдат там, след като той е класификатор на длъжностите в администрацията, в която учителите, директорите и т. н. от училищата поначало не попадат. Най-вероятно двата закона — Законът за държавния служител и Законът за народната просвета, си противоречат като идеи

в това отношение. Но ако това е така, следва да се приложи съответният юридически механизъм за разрешаването на проблема. В противен случай нормата на чл. 40 от Закона за народната просвета би следвало да действа с всички свои последици.

Последните примери, макар и рядкост, показват, че към предоставянето на статут на държавни служители със специален закон трябва да се подхожда много внимателно, за да не се създават юридически и практически усложнения. Ще се способства за това, ако, както отбелязахме, се внесат допълнителни критерии за уточняване на тази възможност.

БЕЛЕЖКИ

1. Понятието „държавни чиновници“ се използва във френския Закон относно статута на служителите от държавната сфера (Държавния служител) от 11 януари 1984 г. Понятието „чиновници“ се използва в унгарския Закон XXXIII от 1992 г. за правния статут на чиновниците в публичната администрация.

2. ДВ, бр. 67/1999 г.

3. ДВ, бр. 130/1998 г.

4. ПМС № 35 от 20 март 2000 г. (ДВ, бр. 23/2000 г.).

5. Към тази категория, „техническите“ длъжности, като най-обща ориентировка се отнасят лица с помощни и помощно-специализиращи функции: касиери, домакини, секретари, шофьори, машинописци, компютърни оператори, монтьори, охрана и т. н.

6. Ангелов, Анг., **Ив. Дерменджиев, Г. Костадинов**, Административно право на НР България, обща част. С., 1956, с. 190.

7. Вж. в този смисъл **цит. съч.**, с. 191.

8. Определението в първия български Закон за чиновниците от 1882 г. (ДВ, бр. 123/1882 г.) гласи: „Чиновниците изпълняват държавна служба, която е уредена от закона и за която им се плаща от държавното съкровище“. От своя страна определението, което дава Законът за държавните служители от 1922 г. (ДВ, бр. 243/1922) е следното: „Държавни служители, в смисъл на настоящия закон, са лицата, назначени на държавна служба с месечна или годишна заплата“.

ON THE CONCEPT OF CIVIL SERVANT

By Dimitar Kostov

Summary

One of the major problems, which the new Law on the Civil Servant solves is the clearing up of the concept „civil servant“. Detailed analysis has been made of the definition which the law determines in this aspect in the article. There have been outlined its major characterizations and some of its imperfections. Several suggestions also have been made of its improvement.

СЪВРЕМЕНИЯТ ПРАВЕН ПОЗИТИВИЗЪМ (ВЪЗНИКВАНЕ НА ТЕОРИЯТА)

*Росен Ташев**

Съвременният правен позитивизъм заема централно място в модерната философия на правото. Заедно с естественоправните, социологическите, икономическите и логическите теории, той формира картината на съвременния теоретичен дебат в правната наука. Правният позитивизъм е безспорно най-влиятелното правно-философско учение не само поради силата на аргументацията и броя на поддръжниците си, но и поради близката си връзка с юридическата практика и теория. Той е близък до професионалната нагласа на практикуващите юристи и до теоретичните нужди на учените от отрасловите правни науки. Настоящата статия си поставя за задача да анализира основните направления, в които съвременният правен позитивизъм развива теорията на правния позитивизъм.

1. Правният позитивизъм се заражда като самостоятелно правно-философско разбиране през 30-те години на XIX век почти едновременно на континента и в Англия и до наши дни преминава през няколко основни етапа, свързани с имената на Дж. Остин, Бергбом, Ф. Жени, Васковский, Х. Келзен и Х. Харт. Основните характеристики на правния позитивизъм са две: подходът към правото се свежда до неговото описание; ясно се разграничават правото и моралът — валидното (действащото) право не се поражда или определя съдържателно от морала.

1.1. Първата характеристика на правния позитивизъм — разглеждането на правото като социален факт или сума от социални факти, чието изследване се състои единствено в описанието им, може да бъде разбрана в рамките на възникналата през XIX век (първоначално в природните науки) научна методология, основно средство за която е опитът. Опитната методология се пренася и в социалните науки и довежда до възникването на научния позитивизъм. В този смисъл правният позитивизъм може да бъде определен като приложение на научния позитивизъм в сферата на правото. За правния позитивизъм нямат научна стойност и значение както предварителните априорни, извънопитни съждения относно правото, така и предписанията какво трябва да бъде правото. Правото — това е системата от валидни правни норми и изучаването на правото се свежда до неговото описа-

* Доцент в ЮФ на СУ „Св. Кл. Охридски“, доктор по право.

ние, по-конкретно до придобиването на валидност и действието на правните норми. При това валидността на правните норми трябва да се разбира в най-широк смисъл — защо правните субекти възприемат определена норма като правно задължителна за тях.

1.2. Втората характеристика на правния позитивизъм — независимостта на правото от моралните оценки и искания, също е отражение на определени обществени процеси. През Средновековието християнската църква е изразител на морала на обществото. Християнският морал с характерните за него категории и оценки прониква във всички сфери на социалния живот, включително и в правото. Правото бива възприемано като вид морал, а критерият за правото е морален. През Просвещението научното (а и ежедневно) мислене се рационализира, освобождава се от догмите и схоластиката на теологичното мислене. Поради това рационализирането на правото е и неговото освобождаване от легитимиращия го морал. Разбира се, това съвсем не означава, че правото и моралът губят окончателно всякаква връзка, напротив, „... *развитието на правото във всички времена и места фактически е било дълбоко повлияно както от конвенционалния морал и идеите на отделни социални групи, така и от просветения морален критицизъм на индивиди, чийто морален хоризонт е надхвърлял текущо възприетата моралност*“¹. Това, което позитивистите подчертават е, че правната система не е длъжна да демонстрира съобразеността си с морала или справедливостта и, от друга страна, че за нас не съществува морално задължение да се подчиняваме на правните норми.

2. Границите на правния позитивизъм се определят от останалите основни теории за правото, които формират съвременния юридически интелектуален дебат. Тук на първо място трябва да се спомене теорията на **естественото право**, с която правният позитивизъм е диаметрално противоположен. За нея съществуват изначални принципи за „правилно“ поведение, които позитивното право трябва да възпроизведе и на които, именно поради „правилността“ им, ние трябва да се подчиняваме. Съвременната естественоправна теория (Фулър, Ролс, Дуоркин) акцентира върху свободата и уникалността на личността, пренебрегвана от позитивизма и икономическите теории. Най-близка до правния позитивизъм е **правната социология**. Обща е описателната методология, изразяваща се в регистрация на социалните факти. Различието е във фокуса на изследването. Правният позитивизъм е **нормоцентричен** и има за цел да опише и обясни механизма на действие на правната система. Правната социология е **социоцентрична** и има за цел да опише трите основни правни феномена — правните норми, правното поведение и правните институции — от гледна точка на действието им в контекста на обществото като цяло². **Икономическите теории** обхващат съвременната марксистка теория и теориите на икономическия анализ на правото (развивани в рамките на „Чикагската школа“, сравнително непозната у нас). Марксистката теория на правото не е разработвана самостоятелно, а е по-скоро следствие от икономическото и социално учение на марксизма. Марксизмът приема, че възникването и съдър-

жанието на правото се определя от икономиката (икономическата база). Ролята на правото в обществото е ограничена: то съществува само в класовото общество и изразява само интересите на икономически господстващата класа. Между марксизма и позитивизма (особено ранния позитивизъм) съществуват сходни черти — това че идентифицират правото с писаното държавно законодателство, че обясняват задължителността на правото с факта на налагането му със сила от страна на държавата. „*Основоположниците на марксизма отхвърлят метафизичната, спекулативната философия на правото*“³, а такъв е и методологическият подход на позитивизма. **Логическите теории** се обособяват от правния позитивизъм в началото на XX век, когато се преодолява идеята за механичното правоприлагане. Вниманието се съсредоточава върху мисловните операции, които съдията извършва, за да достигне до истината. Съгласието относно това „как съдиите мислят“ е принципно необходимо, за да се гарантира еднаквото действие на правните норми в съвременните правни системи. Съвременните правни логически теории са основани на неформалната логика и лингвистиката.

3. През XIX век общата теория на правото се променя радикално. Причина за това е техническата революция, както и промяната във философските нагласи на обществото — „... *вярата в организиращата сила на чистия разум, твърдото убеждение на века на Просвещението*“⁴. Драматичните политически събития през XIX век — социални и класови борби, революции, доказват решаващата роля на правото в живота на обществото. Теорията на правото от спекулативно занимание се превръща в житейска позиция на една от най-важните „класи“ в обществото — юристите. Тази позиция обаче трябва да се съчетае и с изискванията на професионалния подход в ежедневната практическа работа на юристите. Правният позитивизъм като научен метод предлага органично единство между житейска позиция и професионален подход, между теория и практика. Това е и основната причина той да се утвърди през XIX и XX век като най-авторитетната правна теория.

В развитието на правния позитивизъм се очертават **три основни етапа**: ранен или традиционен позитивизъм, нормативизъм и съвременен позитивизъм. Съвременният правен позитивизъм е логично продължение и развитие на вече създадените теоретични традиции.

Ранният правен позитивизъм възниква през 30-те години на XIX век и продължава до 30-те години на XX век. Във Франция този етап се подразделя на два подетапа: първият продължава до края на XIX век и е характерен с така наречената Школа на екзегезата; през втория доминира учението на Ф. Жени, но заедно с него се появяват и теории, които повече или по-малко излизат извън рамките на позитивизма. За школата на екзегезата правото се ограничава в рамките на законите, приети от парламента по надлежния ред и поради това притежаващи юридическа сила; за Ф. Жени тези рамки са твърде тесни — право представляват не само законите, но и други изразни форми на „волята на държавата“, изразени в писмен вид, както и неписаният юридически обичай. В Германия Бергбом утвърждава теорията на позитивното право на мястото на доминиращата дотогава истори-

ческа школа. В Русия Васковски създава тълкувателната си теория изцяло в духа на позитивизма. В Англия Дж. Остин определя правото като издадена от **суверена** заповед „правило за поведение за едно разумно същество от друго разумно същество, имащо власт над него“⁵.

Нормативизмът определя теорията на правото като теория на позитивното право, „изчистена“ от съждения относно фактите. Келзен критикува дуализма на теорията на естественото право, където са смесени метафизичните „добри, правилни и справедливи“ норми и позитивните правни норми, за чието прилагане е необходима принуда. Той обаче критикува и ранния (традиционен) позитивизъм, според който правните норми възникват от фактически събития. Този позитивизъм допуска същото смесване на фактическо и дължимо и в крайна сметка е също метафизичен. Правото като сфера на дължимо трябва да бъде обяснено в своите собствени рамки. Съществуването (валидността) на една правна норма се дължи на това, че е издадена на основата на друга висшестояща норма, като този възходящ процес образува пирамидата на правната система, на върха на която се намира хипотетично съществуваща основна норма. Според Х. Келзен „Позитивизмът и (епистемологичният) релативизъм се предполагат взаимно по същия начин както доктрината на естественото право и (метафизическия) абсолютизъм“⁶. Другояче казано, за да бъдем позитивисти, ние трябва да допуснем съществуването на хипотетичната основна норма, от която да бъде изведен целият правен ред. Ако не сторим това, ние ще допуснем „нахлуването на метафизиката в сферата на науката“.

Х. Келзен се стреми да рационализира правната наука, да я освободи от всякакви антропоморфни влияния, които са остатък от примитивното (определяващо) мислене. Тук той атакува теорията на Дж. Остин в два пункта. На първо място, разбирането, че правото се изгражда на основата на психологическата „воля“ на суверена, което прави правните норми психологически продукти. Х. Келзен обосновава доказва, че понятието воля има в правната наука метафорична употреба. На второ място, идеята, че обвързващата сила на правните норми се поражда от властта или силата на едно лице по отношение на друго. „Заповедта е обвързваща не защото нейният автор притежава актуално властово превъзходство, а защото той е „оторизиран“ или „овластен“ да издава заповеди с обвързващ характер“⁷.

Безспорно, че понятието норма е централно за теорията на Х. Келзен — именно затова тя е наречена нормативизъм. Какво е обаче „норма“? Х. Келзен постоянно настоява нормата да бъде разграничавана от акта, чрез който тя бива установена. Нормата няма психологическа субстанция, тя не е заповед. Нормата трябва да се разграничава и от поведението, чрез което тя се реализира. Независимо дали е изпълнена или не, нормата остава валидна. За Х. Келзен нормата е смисъл, при това обективният смисъл на актовете на законодателя, даден им от правото⁸. Централно място обаче имат логическите характеристики на нормата: нормативната причинност, чрез която определено **фактическо** поведение

причинява **задължение** за изпълнение на друго фактическо поведение. Нормата е единство на съществуващо и дължимо.

4. Съвременният правен позитивизъм фокусира вниманието си върху езика и логиката на правото, които представляват неговите най-общи „основания“. Чрез езиковите си свойства правото се разглежда като социален и комуникативен феномен, а чрез логическите — като регулативна и предписваща система (заедно с обичаите, морала и религията). Развитието на общата теория на правото в посока на лингвистичните и логическите анализи не е неочаквано. То отразява както философските постижения към този момент, така и развитието на правния позитивизъм, за който стана дума в предшестващото изложение.

Философските предпоставки за възникването на съвременния правен позитивизъм могат да бъдат проследени в разработките на философския неопозитивизъм (наричан още „трети“ позитивизъм). През 1923 г. във Виенския университет под ръководството на М. Шлик се формира така нареченият „Виенски кръг“ от логици, философи, математици и социолози. Най-характерно за тази школа е, че тя концентрира философската проблематика в областта на **логиката** (Р. Карнап) и **лингвистиката** (Л. Витгенщайн), поради което този позитивизъм бива наречен логически. Развитието на теоретичната физика, математиката и особено на неформалните и символните логики показва самостоятелното значение на мисловните конструкции, на знаците, символите и езиците (включително изкуствените), чрез които то се осъществява. Образно казано, „между“ материалната действителност и хората е разположена идеалната действителност на знаците, символите и езика, към която философският неопозитивизъм насочва своето внимание. Този подход обаче не е идеалистически, защото нито предполага съществуването на тази действителност, нито субстантивира нейните елементи. След като Германия окупира Австрия Виенският кръжок се разпада и неговите членове се преселват в Англия и САЩ. По време на Втората световна война Л. Витгенщайн в Кембридж и Дж. Л. Остин (съвпадение на името с теоретика на правото Дж. Остин) в Оксфорд формират силното направление на **аналитичната философия**. Според Л. Витгенщайн задачата на философията не е да предписва как да живеем, а да въведе ред в нашето знание за употребата на езика. „*Основен източник на нашето неразбиране (относно заобикалящата ни действителност — б. а.) е това, че ние не се вглеждаме в употребата на думите ни*“⁹. Дж. Л. Остин разкрива ролята на думите в **обикновения** език, по-специално когато определени действия се смятат за извършени с произнасянето или заедно с произнасянето на определена дума или фраза¹⁰. Витгенщайн и Дж. Л. Остин са в основата на новото философско направление, наречено (поради специфичната си методология) аналитична философия. Методологията на аналитичната философия е в основата и на модерния правен позитивизъм.

Съвременният правен позитивизъм възниква в края на 50-те години, а за негов основател безспорно се приема Х. Харт. Изходните му теоретични предпоставки са две: правният позитивизъм (теориите на Дж. Остин и Х. Келзен) и ана-

литичната философия. Теорията на Х. Харт е **развитие и продължение** на правния позитивизъм, защото се изгражда на разбирането, че правото, моралът и принудата са различни, макар и свързани, социални явления. Принципната новост на тази теория е в методологията на изследване — както самият Х. Харт определя, основен е **аналитичният** метод, изграждащ се на „изясняване“ и „осветляване“ както на съществуващите правни теории, така и на смисъла на използваните от тях думи. Той открито декларира влиянието на аналитичните философи върху своето учение, което определя като **аналитична юриспруденция**. Аналитичният метод е **описателен**, защото не изразява критицизъм нито към действащото право, нито към правната политика на прилагането му. Целта на този подход е по пътя на анализа да се опише действието на всяка една правна система, като Х. Харт изрично прави уговорката, че той се отнася основно за модерните национални (municipal) правни системи и в по-малка степен за примитивното и международното право. Втората принципна характеристика, която самият Х. Харт дава на своето учение, е **описателна социология**. Той смята, че анализът на стандартните употреби на съответните езикови изрази спомага за изясняване и на самите социални ситуации и социални връзки.

Теорията на Х. Харт съдържа три основните момента: разбирането за правото като единство от първични и вторични норми; ефективността на правната система и критерият за валидност на правните норми; теорията за „отворената текстуалност“ на правото. Съотношението между морала и правото, на което Харт отделя особено внимание, няма да бъде разглеждано тук, тъй като не отговаря на целите и обема на настоящата статия.

5. Според Х. Харт правният позитивизъм до този момент описва правото или като принудителни заповеди, изхождащи от суверена (Дж. Остин), или като система от извеждащи се една от друга норми (Х. Келзен). Теорията за суверена, на която ние се подчиняваме по силата на обичая, е остаряла — в наши дни законодателната власт е периодично подменяна и освен това суверенът не може да бъде идентифициран нито с електората, нито с легислатурата на модерната държава. Теорията на Х. Келзен за изводимите една от друга правни норми приема, че те са еднородни, което в наши дни не е така. Според Х. Харт в съвременните правни системи съществуват **два типа норми**: първични, които пораждат физически движения или промени; вторични, които не пораждат физически движения или промени, а водят до създаването или промяната на права и задължения. Първичните норми възлагат задължение за определено поведение, вторичните норми създават власт. Единството и взаимодействието между първичните и вторичните норми обяснява действието на правото¹¹. Х. Харт изгражда картината на историческата еволюция на правото и, както Х. Келзен, приема, че обществото налага върху своите членове забрана за определено поведение (кражба, насилие). Правото действа чрез специфична форма на социален натиск (принуда) — външна принуда. Според Х. Келзен правото възниква тогава, когато бива създадена социална организация за външна принуда. Това е моментът, когато обществото монополизира

употребата на сила чрез създаването на специализиран орган за централизираното ѝ налагане. Правото е **организация** за налагане на външна (правна) принуда. Х. Харт приема, че правото възниква на два етапа: в първия етап са налице първични, налагащи определено социално поведение правни норми, които обаче страдат от определени „недостатъци“; във втория етап с помощта на вторичните норми недостатъците на първичните норми са премахнати. В първичните общества действащото право е съставено само от първични норми (обичайно право). Тези норми обаче са: първо — **несигурни**, защото са неофициални, съдържат се в поведението на малки затворени социални групи; второ — **статични**, защото единственото средство за тяхната промяна е бавният процес на нарастване; трето — **неефикасни**, защото социалният натиск, чрез който нормите са поддържани, е дифузен. Вторичните норми премахват посочените недостатъци. Нормата за **признаване** премахва несигурността на първичните норми. В по-ранните правни системи нормата за признание изрично сочи текст или списък текстове, които имат правна задължителност; в развитите правни системи се сочат общи характеристики, притежавани от първичните норми, за да бъдат правно задължителни (напр. приемането от определен орган). Нормите за **промяна** определят реда, по който могат да бъдат променяни първичните норми. Тук влизат индивидуалните актове, чрез които се приемат и отменят законите; нормите, чрез които дават правен ефект на индивидуалните актове на частните субекти (сделки и други правно-релевантни действия). Неефикасността на правните норми се премахва от вторичните норми за **юрисдикция**, чрез които правните субекти овластяват определени органи да се произнасят по задължителен начин при спор относно първични норми.

Теориите на Х. Келзен и Х. Харт са **социологични**, а не етатистки, защото обясняват възникването и действието на правото като обществен, а не като държавен продукт. Правото е принудителен ред, насочен към социалното поведение на хората; то не е създадено от държавата, за да осъществява нейните цели и задачи. Това е основната отлика от ранния правен позитивизъм от XIX и началото на XX век, за който определяща за правото е силата на суверенната държава. Правният характер на санкцията по такъв начин се изразява във възможността да бъде наложена централизирана физическа принуда¹². Санкцията обаче трябва да се разграничава от начина на нейното налагане. Правната санкция като всеки вид санкция се изразява в настъпването на неблагоприятни последици за лицето, което не е спазило предписаното поведение. Правният характер се изразява в това, че тези неблагоприятни последици са **външни** (загуба или ограничаване на живота, свободата, здравето, имуществото на нарушителя). Само правото предвижда настъпването на подобни неблагоприятни последици, поради което те са **правни**. На второ място, настъпването на тези неблагоприятни последици е автоматично, по силата на нормата. Реализацията на вече задействаната санкция може да се осъществи или доброволно, или (при отказ) чрез употребата на централизирана и организирана физическа сила. На следващо място, трябва да се разграничат прав-

ната санкция и правната принуда. Правната принуда (за разлика например от моралната или религиозната) се осъществява по два начина: или превантивно — психологически чрез заплахата от настъпване на неблагоприятни последици; или последващо, при отказ от доброволно изпълнение — чрез прилагането на регламентирана физическа сила. Собствената характеристика на правото се проявява в **две направления**: външния характер на санкцията и начина на нейното осъществяване. По такъв начин ясно разграничение на свой ред получават правната принуда и физическата сила.

6. Всеки съвременен юрист, практик или теоретик в своята ежедневна работа си задава един привидно прост въпрос, който обаче няма достатъчно убедителен отговор: **защо** правните норми са задължителни, какви са основанията на правната система? Оставяйки настрана моралистките доктрини, този въпрос получава в рамките на позитивизма две обяснения: защото правните норми представляват властно нареждане на суверена; защото правните норми са създадени по „предвидения от закона ред“.

Теорията за суверена (бил той едно лице, колективен субект или система от органи), на когото гражданите се подчиняват по силата на обичая, като обяснение на задължителността на правните норми, датира от времето, когато обществото е било малко, затворено и с опростена социална структура. Тогава правото като социален ред е било гарантирано от суверена, поради което и обяснявано като негова заповед. За съвременните общества подобно разбиране е твърде опростено и представлява неправомерно редуциране на сложната картина, която те разкриват. Съвременните правни системи са изключително сложни: от една страна, ежедневното създаване (чрез различни средства — „източници“) на правни норми с различна правна сила и действие, намиращи се в различни отношения помежду си, понякога колизионни или блокиращи; от друга страна — идентификацията на правните норми като такива и тяхното използване от страна на държавните органи и гражданите; от трета страна — прилагането на правните норми от страна на юрисдикциите. За да реши дали една правна норма е задължителна или не, съвременният съдия използва **юридически аргументи**, а не се обосновава чрез силата или волята на суверена.

Вторият възможен отговор на въпроса за задължителността на правните норми е, че задължителни (правни) са тези норми, които са създадени по „предвидения от закона ред“. Спазването на процедурата по създаването на определена правна норма се превръща в основание за задължителността ѝ. В такъв случай можем да се запитаме на какво се дължи задължителността на нормите, съставляващи процедурата? За да се предпазим от т. нар. порочен кръг в разсъздението — обяснението на едно явление чрез самото него, ние трябва да признаем, че естеството на тези „процедурни норми“ е принципно различно от правните норми, предписващи поведение.

Теорията на Х. Келзен за валидността¹³ за пръв път търси **правно обяснение** на източниците на задължителността на правните норми. Според него правната

система представлява пирамида от йерархично построени норми. Правната норма е задължителна, защото е създадена в съответствие с йерархично по-висшестояща правна норма. На върха на пирамидата се намира основната норма, която е „предположение“. Основната норма е силно критикувана, поради това че тя не установява правило за поведение, а има хипотетичен характер. „Хипотетичен“ обаче съвсем не означава вероятностен или още по-малко несъществуващ. Основната норма е методологическо предположение с оперативен характер, което има юридическо естество, защото внася единство в правната система. Изправен пред една работеща правна система, юристът трябва да предположи, че тя е валидна и че между отделните правни норми съществуват логически връзки. В теорията на Х. Келзен тази организация е на основата на **дедуктивната логика**.

Съвременният позитивизъм отделя голямо внимание на проблема за валидността, като обаче изгражда теория от изцяло не-дедуктивен тип. Изходен пункт в теорията на Х. Харт е понятието за правото като единство от първични и вторични норми. „Нормата за признание“ е вторична правна норма, чрез която се отстранява несигурността в правото. Нормата за признание съдържа критерия за валидност. Чрез нея ние преценяваме дали първичните правни норми са валидни (създават задължение за поведение) или не. Нормата за признание съществува само като комплексна, но обикновено съгласувана практика на съдилищата и другите официални органи при идентифицирането на правото чрез позоваване на определен критерий. Този критерий е различен за различните правни системи. За българската правна система например ние можем да кажем, че той се съдържа основно в чл. 5 от Конституцията от 1991 г.¹⁴, но много важно е да подчертаем, че принципите за върховенство и непосредствено действие на разпоредбите на Конституцията, както и за действието на ратифицираните и приети международни договори намират частична реализация, защото все още множество съдилища и държавни органи **не ги прилагат!** По своята природа обаче критерият за валидност е **фактически**.

На следващо място Х. Харт приема, че правната система трябва да бъде погледната от две различни гледни точки. В зависимост от тях са възможни два типа съждения относно задължителността на правото: на едно лице, което се намира вътре в правната система и приема нейното действие — съждение относно валидността на една правна норма от тази система (вътрешно съждение); на едно лице, което се намира извън правната система и не приема нейното действие — съждение относно ефикасността на самата система (външно съждение). Съждението на първото лице, което приема нормата (критерия) за валидност, има **нормативен** характер; съждението на второто лице, което не приема критерия и е външно, има **фактически** характер, защото единствено установява факта дали други лица прилагат критерия за валидност, дали този критерий действа. Според образното сравнение на Х. Харт нормата за признание прилича на правилото за отчитане на резултата в дадена игра. Футболните играчи и съдии, например, рядко изрично формулират правилото какво се смята за гол, те просто **използват** това правило в те-

чение на играта. За външните наблюдатели, които не приемат нейните правила (те могат да не ги знаят или да нямат интерес от играта), съществен е въпросът, дали футболната игра действа и двата отбора и съдиите действат съгласувано, който е фактически. Въпросът за валидността възниква вътре в дадената правна система, когато, за да признаем че дадена норма принадлежи към системата, ние трябва да я подложим на тест дали отговаря на критериите, предвидени в нормата за признаване.

По този начин, според Х. Харт, има две необходими и достатъчни условия за съществуването на една съвременна правна система: първо, обикновените граждани, адресатите на правото да се подчиняват на първичните норми; второ, приемането от страна на държавните органи на вторичните норми като официален стандарт за поведение. Този дуализъм на съвременните правни системи е необходимо следствие от техния мащабен и комплексен характер. Първичните норми за поведение могат да действат сами в малки и затворени общества. С уголемяването и отварянето на правната система се появява нуждата от вторичните норми.

Сравнението между теориите за валидността на Х. Келзен и Х. Харт показва няколко съществени различия. Преди всичко за Х. Келзен валидността е вътрешно, иманентно свойство на правните норми — една правна норма съществува, само ако е валидна. За Х. Харт подобен подход е „*приписване на някакво мистериозно качество, което не може да бъде открито чрез емпирични средства или то трябва да представлява предположение относно бъдещото поведение на официалните органи*“¹⁵. Валидността на правните норми не е абстрактно тяхно качество, а конкретна преценка съобразно критерия за валидност към момента на прилагането им. Самата норма за признание не е необходимо да бъде „предполагана“, както твърди Х. Келзен, а просто да се посочи нейното фактическо съществуване като тест за валидност. Втората разлика е, че докато основната норма на Х. Келзен е абстрактна, то нормата за признание на Х. Харт има различно съдържание в различните правни системи. Третата съществена разлика е, че дедуцирането на правната система от основната норма не допуска противоречия в нея; нормата за признание, обратното, допуска противоречия, каквато е действителната картина.

Теорията за валидността на Х. Харт възниква в период на значително **усложняване** на правния живот. Правото се създава и действа чрез множество разнородни официални институции. Невъзможно или недопустимо е редуцирането на този безкрайно разнообразен официален живот на правото до една личност — суверена, и обичайно подчиняващите му се граждани. Втората особеност на съвременния правен живот е **децентрализацията**, която, без да отменя правилото за йерархията, внася съществени корекции и усложнения в него. Ние не можем да обясним юридическата сила и мястото например на решенията на Конституционния съд за противоконституционност на закон или на Върховния административен съд за противозаконност на нормативен акт на изпълнителната власт с правилото за юридическата сила (валидност), изводима по йерархичния принцип.

Това прави дедуктивната и централизирана теория на Х. Келзен за валидността неприложима за описанието на съвременните правни системи. Теорията на Х. Харт е нова стъпка в една дълга еволюция в разбирането за правото: първоначално правото е асоциирано със силата (теориите за насилието); впоследствие то е смятано като воля или депсихологизирана заповед на едно лице — суверен (монарх, народ); на трети етап става преходът от „субективните“ към „обективните“ теории за правото — правото се отделя от суверена и волята му и става самостоятелен (обективен) социален фактор; следващата крачка е „чистата теория“ на Х. Келзен за правото, което се разбира като централизирана система от самообосноваващи се норми (която обаче всеки външен наблюдател съвсем естествено и спонтанно асоциира с централизацията и йерархията в държавата). За Х. Харт действието на правната система като цяло се основава не на предполагагането на една основна норма, а е емпиричен факт — това е фактът на възприемането от страна на официалните органи на вторичните норми като официален стандарт за поведение. Валидността на отделните правни норми от една правна система също не е предпоставена, а е въпрос на опит — една правна норма е валидна, ако е преминала успешно теста за валидност, възприет в тази правна система.

7. Теорията за „отворената текстуалност на правото“ е третият основен и може би най-силният и оригиналният момент в учението на Х. Харт. За пръв път теорията на правото включва езика (текста) на правото в своите изследвания. Център на внимание става **текстът** на правните норми, чрез който се **съобщава** правилото за поведение.

Х. Харт тръгва от предпоставката, че в обществото съществуват два начина за съобщаване на общите стандарти за поведение: чрез пример (прецедент); чрез изрични общи форми на езика (законодателство). Противно на общоприетото, той доказва, че съобщаването на нормата чрез пример съдържа множество неясноти, свързани с начина на повторение на примера (граници, начин на изпълнение). Съобщаването на нормата чрез общите форми на езика (в нея се посочват класове лица, вещи, актове и обстоятелства) е значително по-сигурно. При него ние трябва само да **разпознаем**, да субсумираме конкретните факти към общите класове, посочени в нормата, за да я приложим към тях. Основната теза на Х. Харт е, че въпреки и много по-сигурен, и в този случай при прилагането на нормата остават неясноти. Причините за това са чисто **езикови**. Тъй като правните норми са изразени на общоприетия (говоримия) език, съществуват определени **граници**, до които правилото за поведение може да бъде съобщено. За всяка обща дума (понятие) в говоримия език съществува **централна област на безспирно прилагане и гранични случаи на несигурност**. Когато употребяваме общи понятия в правния език, ние трябва да имаме предвид тази особеност на езика. Използването на общи понятия в правния език е неизбежно, защото законодателят не може предварително да знае всички случаи, за които ще се отнася правилото за поведение. Несигурността в граничните случаи на общите понятия е цената, която трябва да бъде платена за използването им. От гледна точка на приложителите на правните нор-

ми, в по-големия брой случаи те ще конкретизират правилото за поведение лесно, тъй като то се намира в безспорната централна област на общите понятия; в отделни гранични случаи на несигурност те ще трябва да извършат **актуален избор** (съобразно конкретните факти и целта на нормата) на съдържащите се в нормата алтернативи. Правната теория не трябва нито да пренебрегва, нито да преувеличава неопределеността на правните норми. Направлението, познато като формализъм или концептуализъм, отрича възможността за бъдещ избор при нововъзникващи ситуации, „замразява“ смисъла на нормата към момента на създаването ѝ, като по този начин намалява нейната роля. Направлението, познато като нормативен скептицизъм, съществува в три разновидности: първата преувеличава неопределеността на правния текст; втората приема, че съдебните решения имат интуитивен характер; третата акцентира върху окончателния и независим характер на съдебните решения, които поради това са единствен израз на правото. Общото е, че се **отрича ролята** на правната норма като самостоятелен и независим изразител на правилото за поведение. За Х. Харт невъзможността всяка норма да се подлага на съмнение при всеки повод е необходимо условие за съществуването на правната система. Също така обаче съществено свойство за всяка правна система е нейният неопределен (в граничните случаи) характер.

Теорията за отворената текстуалност на правните норми не е революционно нова. Още ранният правен позитивизъм обръща внимание върху някои езикови свойства на правните норми и за произтичащите от това права и задължения за приложителите на правото. Тези анализи обаче се извършват в рамките на теоретичната парадигма на правото като силов феномен, еманация на волята на една свръхличност — суверена. Х. Харт пръв обръща внимание върху езиковите характеристики и ролята на правото като средство за интер-субектна комуникация, необходимо следствие от което е неговият **интерпретативен характер**. В това е и сърцевината на съвременния правен позитивизъм.

В своето учение Х. Харт засяга съвсем фрагментарно мястото и ролята на тълкуването в правния живот. Инцидентно той пише, че „отворената текстуалност“ на правото означава наличие на „присъщи“ несигурности в правните норми, които могат да бъдат намалени, но не и изцяло отстранени със средствата на тълкуването“¹⁶. Ние не можем да оспорим това твърдение, доколкото не съществува „крайно“ или „абсолютно“ тълкуване, което веднъж и завинаги да решава възникващите несигурности относно прилагането на правните норми. В същото време обаче не можем да приемем, че тълкуването е „полу-инструмент“, който по естеството си може само да намалява, но не и да отстранява несигурностите в правните норми. Чрез тълкуването определени фактически ситуации минават от спорната в безспорната зона на общите понятия. Вторият довод на Х. Харт е, че правилата (начините) на тълкуването също имат общ характер, поради което също се нуждаят от тълкуване. Тъй като такива вторични правила не съществуват, можем да предположим, че тълкуването няма да бъде успешно. Приложимостта на правилата на тълкуването се доказва в ежедневието на правен живот. Наистина, тях-

ното прилагане не е еднакво и безспорно, но ние трябва предварително да приемем факта, че тълкуването се намира между науката и изкуството, че създаването на „единна и систематична теория на тълкуването е чиста фантазия“¹⁷.

„Отворената текстуалност“, свързана с изразяването му на общоупотребимия език, е може би основната, но не и единствената особеност на правния текст. Той се характеризира също така и със системните си връзки — вътрешни, с други правопорядъци и с други нормативни системи¹⁸. Тези системни качества водят до обособяването на правния език от естествения (общоупотребимия) език, на основата на който първият се изгражда. Системните качества, а също и многобройните легални дефиниции правят правния език значително по-определен и намаляват отворената текстуалност на естествения език. За да разберем ролята на правния език в правното общуване, ние трябва да имаме предвид и действието на две презумпции: презумпцията за знанието на правото (и на правния език) и презумпцията за еднаквото действие на правото (и на правния език). При прилагането на правото тези правни презумпции оказват влияние в посока на стандартизиране на действието на правния език в индивидуалните фактически обстоятелства.

8. Последващото развитие на съвременния правен позитивизъм протича в рамките на **две основни направления**: „догматични“ (които запазват мястото и ролята на класическите понятия — източник, юридически факт, правоотношение, субективни права и задължения) и „херменевтични“ (които акцентират върху познавателната ситуация). Между тези две направления не съществува взаимно отричане, а по-скоро разлика в ъгъла на изследване. През последните две десетилетия, предмет на дискусия е **интегритетът** на правната система (Дуоркин), **уникалността** ѝ (Рац), **дискурсивните** ѝ свойства (Хабермас).

БЕЛЕЖКИ

1. **Hart, H. L. A.**, *The Concept of Law*, Oxford, 1961, p. 181.
2. Карбоние например подчертава, че докато „догматичната теория“ се ограничава с разглеждане на правото като средство за решаване на конфликти („съдебното право“), то правната социология разглежда и „безспорното“, ефективно действащо между заинтересуваните страни право (което е много по-обемно от „съдебното“ право). **Carbonnier, J.**, *Flexible droit*, Paris, 1992, pp. 21–22.
3. **Неновски, Н.**, За философията на правото като наука, *Философия, социология, обща теория*, С., 1998, с. 19.
4. **Кели, Дж.**, Кратка история на западната теория на правото, С., 1998, с. 212.
5. Цитатът е от **Jurisprudence: The Philosophy of Law** (ed. L. Templeman), London, 1997, p. 70.
6. **Kelsen, H.**, *General Theory of Law and State*, New York, 1961, p. 396.
7. **Kelsen, H.**, *op. cit.*, p. 31.
8. **Troper, M.**, *The Fact and The Law, Law, Interpretation and Reality (Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence)*, Patrick Nerhot (ed.), Dordrecht-Boston-London, 1990, p., 23.
9. **Витгенщайн, Л.**, *Философски изследвания, Избрани съчинения*, С., 1988, с. 196.

10. Например изричането на определени думи или фрази (при сключване на договор или брак) има силата на **действие**, поради което се нарича перформатив. Той може да бъде сполучлив или не (да поражда или не действие), но не истинен или неистинен. (Остин, Дж., Как с думи се вършат неща, С., 1996, с. 25).

11. Hart, H. L. A., op. cit., p. 79.

12. Kelsen, H., op. cit., p. 18; Hart, H. L. A., op. cit., p. 95.

13. Понятието „валидност“ има по-обща, теоретична роля, защото показва какви са общите условия във всяка правна система, за да може нейните норми да придобиват качеството „правни“. Понятието „юридическа сила“ показва, че определена правна норма е преминала установената в дадена правна система процедура за валидност.

14. Тук се включват и много други правни норми, съдържащи критерий за валидност – например чл. 4, ал. 1 от ГПК, който придава юридическа сила на обичая, чл. 86, ал. 2 и чл. 97, ал. 2 от ЗСВ придаващи задължителна сила на тълкувателните решения на общите събрания на колегиите от ВКС и ВАС.

15. Hart, H. L. A., op. cit., p. 101.

16. Hart, H. L. A., op. cit., p. 123.

17. Dickerson, R., The Interpretation and Application of Statutes, Boston, 1975, p. 6.

18. Ташев, Р., Развитие на правото: статична и динамична концепция, Съвременно право, 1992, № 2, с. 24–25.

MODERN LEGAL POSITIVISM

by Rossen Tashev

Summary

The article explores the Modern Legal Positivism — one of the main strands of the Philosophy of Law. On the basis of the historical development (Early Legal Positivism, Normativism) and a comparative analysis (Natural Law Theory, Sociological Jurisprudence) the focus is on the three main features of the theory: primary and secondary rules, validity of legal norms and „the open texture“ of the legal texts.

ИЗМЕНЕНИЕ НА ОБВИНЕНИЕТО В НАКАЗАТЕЛНИЯ ПРОЦЕС

Маргарита Чинова, Мила Иванова***

I. Обща характеристика на изменение на обвинението като наказателнопроцесуален институт.

Първо, изменението на обвинението е наказателнопроцесуален институт, чиято непосредствена задача е да **гарантира правото на защита на обвиняемия**. В този смисъл Върховният съд (ВС) указва по недвусмислен и императивен начин, че „без пълното фактическо и юридическо формулиране на обвинението в съответните стадии на наказателното производство, правото на защита на обвиняемия не е гарантирано така, както изисква Наказателнопроцесуалният кодекс“ (Р—230—91—I). Този институт в пълна мяра осигурява възможността на обвиняемия да се защити както във връзка с правото, така и във връзка с фактите.

Второ, всяко изменение на обвинението е задължително свързано с **повдигане и предявяване на новото (измененото) обвинение**. В тази връзка обаче има едно **изключение**. Не се повдига и предявява обвинение, когато трябва да се приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението. Това разрешение е напълно оправдано. Само в този случай обвиняемият действително няма нужда от защита нито с оглед на фактите (те не са съществено изменени), нито с оглед на правото (правната квалификация е същата, еднаква или по-лека). В тази връзка практиката на ВС и Върховния касационен съд (ВКС) е константна и непротиворечива — „Никой не може да бъде признат за виновен, че е извършил престъпление, за което не му е повдигнато обвинение“ (Р—115—91—I). Според друго решение (480—79—II) в института изменение на обвинението лежи общата концепция, според която „докато на подсъдимия не е предявено обвинение ... и не е посочен текстът от НК, по който му се търси наказателна отговорност, не може да бъде признат за виновен и осъждан“. В същия смисъл е и Р—648—93—I —

* Доцент в ЮФ на СУ „Св. Кл. Охридски“, доктор по право.

** Асистент в ЮФ на Бургаския свободен университет.

„Недопустимо е осъждането на подсъдимия по квалифициращ признак от състава на престъплението, който не му е предявен по надлежния ред.“

Нарушаването на това принципно правило съставлява **съществено процесуално нарушение**, както неизменно се приема и в практиката на ВС. „Осъждането на подсъдимия по непредявено обвинение представлява съществено процесуално нарушение независимо от обстоятелството, че му е предявено обвинение и е предаден на съд за еднакво наказуемо престъпление“ (Р—24—82—II). В същия смисъл е и друго решение на ВС (Р—406—88—I), според което осъждането въз основа на непредявен фактически състав на престъплението е съществено процесуално нарушение, тъй като ограничава процесуалните права на защита на подсъдимите.

Трето, при изменение на обвинението **първоначалното (предходното) обвинение престава да съществува**. Производството по-нататък се осъществява на базата на новото (измененото) обвинение. „Съдът може и е длъжен да се произнесе само по това обвинение, а не и по старото ..., което е снето по предвидения за това ред и което страните са престанали да обосновават или оборват.“¹ Съдът не може да осъжда подсъдимия по старото обвинение, защото той е престанал да се защитава по него.

Четвърто, изменението на обвинението трябва да бъде установено по такъв начин, че да гарантира правото на защита по измененото обвинение **поне в два стадия на процеса**. Това принципно правило с последвалите в годините изменения на НПК намираще все по-ограничено проявление. С последните изменения на НПК (в сила от 01. 01. 2000 г.) в нито един случай на изменение на обвинението по чл. 285, ал. 1 НПК съдът не прекратява съдебното производство и не връща делото за допълнително разглеждане. Изключението е, когато по измененото обвинение трябва да се проведе предварително производство или престъплението е подсъдно на по-горен или военен съд.

Пето, хипотезите на изменение на обвинението могат да се обобщят така:

1. Закон за по-тежко наказуемо престъпление при съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението; 2. Закон за по-тежко наказуемо престъпление без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението; 3. Закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление без съществени изменения на обстоятелствената част на обвинението; 5. В обвинението се включват нови престъпления или нови лица; 6. Когато се установи, че се касае за престъпление, което се преследва по тъжба на пострадалия и обратното².

Шесто, разрешенията на българския закон са **напълно адекватни на европейските стандарти** във връзка с изменение на обвинението. Според редица решения на Европейския съд в Страсбург, чл. 6, т. 3 б. „а“ на Европейската конвенция за защита правата на човека (ЕКЗПЧ) означава необходимост да бъде конкретизиран не само характерът на обвинението, но и **неговите фактически и юридически основания**.³ „Промяната на обвинението в хода на производството не съставлява нарушение на чл. 6, т. 3, б. „б“ от ЕКЗПЧ, ако подсъдимият е уведо-

мен, че обвинението му се изменя и е имал възможност надлежно да организира защитата си.“⁴

II. Практиката на Върховния съд и Върховния касационен съд по прилагане на различните хипотези на изменение на обвинението.

1. Независимо от многобройните промени в НПК през последните години, **по-голяма част от решенията на ВС по прилагането на разпоредбите, свързани с изменение на обвинението, остават актуални и днес.** Тези изменения не засегнаха редакцията на различните хипотези на изменение на обвинението. Бяха променяни по един или друг начин само правомощията на съдебните органи при прилагането на института в съдебната фаза на процеса.

Как се прилага и тълкува формулата на НПК „**съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението**“, използвана в различните разпоредби на закона? В НПК не съществува легална дефиниция на този израз. Става въпрос за съществено изменение на **правнорелевантни факти**, поради което не е възможно априори да бъдат посочвани в закона било хипотетично, било изчерпателно случай или случаите на съществено изменение на обстоятелствата на обвинението. Въпрос на конкретна преценка е дали е налице в една или друга хипотеза съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението. Именно във връзка с тази конкретна преценка е от изключително значение и практиката на ВС. Най-обобщеният критерий, който се сочи в тази практика, е указан в ТР—61—77—ОСНК. Обстоятелствената част на обвинението ще е съществено изменена, когато са променени обстоятелства, свързани с фактическия състав на престъплението (в този смисъл е и Р—5—85—II). Фактическият състав на всяко престъпление включва обстоятелствата относно времето, мястото и начина на извършване на деянието, пострадалото лице и размера на вредите. Обстоятелствената част на обвинението ще бъде съществено изменена и когато са се изменили обстоятелства, които не са елемент от фактическия състав на престъплението, но имат значение за мотивите, подбудите, степента на обществена опасност на деянието или дееца, другите смекчаващи или отегчаващи вината обстоятелства. Трябва да се съгласим, че „не почива на изричния текст и духа на закона обаче свързването на същественото изменение на обстоятелствената част на обвинението само с изменения във фактическия състав на престъплението. НПК говори за съществено изменение на обстоятелствената част „на обвинението“, а не на фактическия състав на престъплението, описано в обвинителния акт“⁵. Във връзка с израза „съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението“ съществува и друго принципно решение, според което „обстоятелствената част на обвинението се изменя съществено, когато обстоятелствата, на които се основава обвинението: а) влошават (утежняват) наказателноправното положение на обвиняемия и/или б) пораждат необходимост от нови усилия на защитата при упражняване правото на защита“ (Р—723—92—I).

Налага се да обобщим, че съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението ще е налице, когато: 1) новите обстоятелства се отнасят до фактическия състав на престъплението или до обществената опасност на деянието и дееца и 2) тези обстоятелства влошават наказателното положение на обвиняемия и/или поставят нови задачи пред неговата защита.

В практиката на ВС се сочат и редица конкретни хипотези на изменение на обстоятелствената част на обвинението. Така според Р—81—76—II, „когато деецът е обвинен за длъжностно присвояване през строго определен период от време и в определено длъжностно качество, а се осъжда и за друг период и в друго длъжностно качество“, е налице съществено изменение на обстоятелствата по делото. В друго свое решение ВС приема, че: „когато на подсъдимия е било предявено обвинение за квалифицирано длъжностно присвояване по чл. 202, ал. 1, т. 1 НК с улесняващо престъпление по чл. 282, ал. 1 НК, няма съществено изменение на обстоятелствата, ако второинстанционният съд измени квалификацията и премине от длъжностно присвояване в длъжностно престъпление по чл. 282, ал. 1 НК“ (Р—285—77—I). Няма изменение на обстоятелствената част на обвинението и когато отнетата при грабеж чужда валута е посочена точно, но в обвинителния акт неправилно е била изчислена по-малко в български пари (Р—50—81—II). Не е налице съществено изменение на обстоятелствата и когато отделните нарушения са предявени на подсъдимия от фактическа страна, макар и да не е посочено по коя точка от съответния нормативен акт са формулирани нарушените задължения (Р—532—84—BK). Ще е налице обаче съществено изменение, когато съдът преквалифицира дейността на подсъдимия от помагаческа в съизвършителска и приеме други фактически положения, различни от тези по обвинението (Р—545—84—BK), или когато осъди подсъдимия за по-голяма сума от тази, посочена в обвинителния акт (Р—169—87—I). Когато прокурорът поддържа обвинение за по-малък размер на щети, причинени при престъпна безстопанственост, от тези, за които е предявено обвинение, не е налице съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението (Р—101—88—II).

2. Как се тълкува и прилага изразът на НПК „закон за по-тежко“, респективно „по-леко“ наказуемо престъпление.

Според ТР—57—84—ОСНК на ВС, „закон за по-тежко наказуемо престъпление“ е налице, когато се установят обстоятелства за изменяне правната квалификация на деянието в по-тежко наказуемо престъпление. В същото решение ВС е указал, че критерият за преценка кога е налице „закон за по-тежко“, респективно „по-леко“ наказуемо престъпление е предвидената в закона санкция. Когато предвидените наказания са от различен вид, критерият за преценка на тяхната тежест е разпоредбата на чл. 37 НК. Когато установените наказания са от един и същи вид, но с различен размер, по-тежко наказуемо престъпление е това, за което е предвидено по-високо по размер наказание. По-тежко наказуемо е това престъпление, за което при еднакъв минимум е предвиден по-висок максимум, а при еднакъв максимум това, за което е предвиден по-висок минимум. При еднакъв максимум и

минимум — това, за което се предвижда кумулативно и друго наказание. Когато и максимумът, и минимумът на предвидените в закона наказания е различен, като едното наказание има по-висок минимум, но по-нисък максимум и обратно, априори не може да се определи кой ще е законът за по-тежко, респективно по-леко наказуемо престъпление. Въпросът е на конкретна преценка — ако ще се налага наказание при превес на отегчаващи вината обстоятелства, ще се сравняват максимумите, а при превес на смекчаващи — минимумите на наказанията, установени в НК. Когато се предвиждат еднакви основни наказания, но различни по вид алтернативни санкции, по-тежко наказуемо ще е онова, за което е предвидена и по-тежка алтернативна санкция. По-тежко наказуемо ще се яви и всяко престъпление, за което се предвиждат повече от едно наказания (Р. 156—70—II; Р—484—70—I; Р—107—72—III; Р—243—88—BK; Р—278—94—I и други). Същата хипотеза е и случаят, когато, макар и санкциите да са еднакви (едни и същи), съществува различие с оглед на наказателноправните последици, свързани с наказанието — режима на изтърпяване на наказанието лишаване от свобода и предсрочното освобождаване от изтърпяването му, относно погасяването на наказателната отговорност и т. н. (Р—213—95—I).

3. Как се тълкува и прилага употребената формула в НПК — „закон за същото“ и „закон за еднакво наказуемо престъпление“.

Първият въпрос, който се поставя в тази връзка, е има ли разлика между тези два израза. Кой закон ще се яви за „еднакво“ и кой за „същото наказуемо престъпление“. Но не съществува нито едно решение, което да сочи какво означава „закон за същото наказуемо престъпление“. Считаме, че не съществува различие между хипотезите на „закон за същото“ и „закон за еднакво наказуемо престъпление“, така както са обозначени в НПК. Ето съображенията за този извод: а) в практиката, а и в теорията неизменно се приема, че когато се прави оценка на наказуемо престъпление, единственият критерий за това е предвидената в закона санкция. Затова разликата между по-тежко, по-леко и същото наказуемо престъпление е ясна и не буди съмнение. Не е възможно да се ограничава обаче същото наказуемо от еднакво наказуемостта престъпление, защото очевидно няма разлика между същата санкция и еднаквата санкция — става въпрос за изрази, които са синоними. Когато предвидената санкция и в двете разпоредби на НК е една и съща (например до три години лишаване от свобода), това означава, че двете санкции са в същото време и еднакви; б) в подкрепа на този извод са и последните изменения на НПК. В чл. 357 НПК (касационното производство) е отпаднала хипотезата на „закон за същото“ и е останала само хипотезата на „закон за еднакво наказуемо престъпление“. При бъдещо изменение на НПК всички разпоредби, установяващи хипотези на изменение на обвинението, следва да се променят, като в съответните текстове отпаднат думите „за същото наказуемо престъпление“.

В практиката на ВС е указано, че „закон за еднакво наказуемо престъпление е налице, само когато предвидената в закона наказателна отговорност за престъплението напълно съвпада“ (Р—213—95—I). Използваният в решението израз „нака-

зателната отговорност“ е непрецизно употребен. Няма съмнение, че става въпрос не за наказателната отговорност, а за предвиденото в закона наказание. Разликата между понятията „наказателна отговорност“ и „наказание“ е въпрос на азбучни правила и азбучни знания⁶. Затова цитираното решение следва да се разбира в смисъл, че „закон за еднакво наказуемо престъпление“ е налице, когато предвидените в закона наказания за престъпленията напълно съвпадат.

В тази връзка се поставя и проблемът, **дали е налице „закон за по-тежко“ или „закон за еднакво (същото) наказуемо престъпление“ в хипотезите, когато правната квалификация се променя в по-тежка, а наказанието ще се определя в рамките на същата санкция.** Имаме предвид случаите, когато става въпрос за кумулиране, т. е. натрупване на квалифициращи признаци към първоначално предявените. В тази хипотеза правната квалификация ще е по-тежка, защото ще се определи винаги по-тежко наказание, макар и в същите рамки на закона.

В правната литература се поддържа, че когато правната квалификация се променя в по-тежка, независимо че наказанието се определя в същите рамки на предвидената в закона санкция, е налице хипотезата на „закон за по-тежко наказуемо престъпление“⁷. Върховният съд приема **обратното**, че изразът „закон за по-тежко наказуемо престъпление“ се отнася „до квалификацията на деянието като престъпление и е налице, когато на съдебното следствие се установят обстоятелства, които дават основание да се измени квалификацията на деянието в по-тежко наказуемо престъпление ..., а не, че се налага по-тежко наказание“ (ТР–57–84–ОСНК). Това разрешение на ВС е напълно в духа и смисъла на закона. НПК употребява именно изразите „закон за по-тежко, еднакво“ и т. н. **наказуемо престъпление**. По този начин законодателят недвусмислено указва, че при изменение на обвинението става въпрос **за промяна на вида на престъплението, без да има значение правната квалификация**, ако деянието остава същия вид престъпление. Например видът на престъплението е квалифицирано убийство, но това деяние остава същия вид престъпление, макар да бъде квалифицирано по различни, повече на брой квалификационни признаци. В случай че законът беше употребил израз за „по-тежка“ или „същата“ и т. н. **правна квалификация**, тогава била имали значение не само видът на престъплението, а и самата правна квалификация. НПК обаче си служи с изречения закон за „същото“, „по-леко“ и т. н. **„наказуемо престъпление“** и затова независимо че правната квалификация е по-тежка, след като наказанието ще се определя в същите рамки на предвидената в закона санкция, е налице не закон за по-тежко, а за същото наказуемо престъпление. Това разрешение обаче, макар и да е законосъобразно, **не е справедливо**. Новата правна квалификация ще доведе до налагане на по-тежко наказание, а хипотезата на изменение на обвинението остава „закон за същото (еднакво) наказуемо престъпление“. Така се злепоставят интересите на обвиняемите и се влошава положението им. Затова *de lege ferenda* НПК следва да се измени, като се употребят други формулировки, които точно и по-прецизно ще отчетат фактическото положение на обвиняемите лица. При такава промяна изразите „закон за по-тежко и еднакво наказуемо

престъпление“ следва да се заменят с думи като например — „по-тежка, по-лека, същата правна квалификация“ или друго.

III. Изменение на обвинението в отделните фази на процеса.

1. Най-съществените промени в института на изменение на обвинението се свързват със **съдебното заседание на първата инстанция**. Според разпоредбата на чл. 285, ал. 1 НПК, „прокурорът повдига ново обвинение, когато на съдебното следствие установи основание за съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението или за прилагане на закон за по-тежко престъпление“.

Принципно ново в тази връзка е, че при изменение на обвинението същото се повдига от прокурора, **а делото не се връща на досъдебното производство за предявяване на новото обвинение**. Единственото изключение е хипотезата на чл. 285, ал. 2 НПК, когато по измененото обвинение трябва да се проведе задължително предварително производство или престъплението е подсъдно на по-горен или военен съд. Отмениха се разпоредбите, по силата на които съдът връщаше делото за допълнително разследване, когато трябваше да се приложи закон за по-тежко наказуемо престъпление при съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението или закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление при съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението и подсъдимият е поискал това. С тази промяна се ограничи възможността обвиняемият да осъществи правото си на защита на досъдебното производство. **Оценката обаче за целесъобразността на подобно изменение не е така еднозначна**: Вярно е, че обвиняемият е лишен от възможността да се защитава по измененото обвинение в досъдебното производство, но той получи нова възможност да осъществи правото си на защита в следващия стадий на процеса, нещо, което не беше възможно преди съдебната реформа. Въззивната инстанция за разлика от контролно-отменителната може **без каквито и да било ограничения да проверява установените фактически и правни положения, включително и да приема нови**. Когато трябва да се приложи закон за по-тежко наказуемо престъпление, за което не е имало обвинение в първата инстанция, въззивният съд е длъжен да върне делото за допълнително разследване (чл. 333, ал. 1, т. 2 НПК). Затова може да се приеме, че и след последните изменения на НПК защитата по измененото обвинение е осигурена, при това в два стадия на процеса. Преди, защитата се осъществяваше на предварителното разследване и съдебното заседание на първата инстанция, а сега **всякога при условията на публичност и състезателност** в съдебните заседания на първо- и второинстанционния съд.

От буквалното и систематично тълкуване на разпоредбата на чл. 285, ал. 1 НПК следва несъмнен извод, че винаги когато трябва да се приложи закон за по-тежко наказуемо престъпление било със съществено, било без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението, се повдига ново обвинение. Същото важи и в хипотезата, когато трябва да се приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление със съществено изменение на обстоятел-

ствената част на обвинението. Ново обвинение не се повдига, само когато ще се приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението. По този начин и при новата редакция на чл. 285, ал. 1 НПК в пълна мяра е осигурено принципното изискване, че когато изменението на обвинението изисква допълнителна защита било във връзка с обстоятелствата по делото (защото са съществено изменени), било във връзка с правото (по-тежка правна квалификация) това обвинение отново се повдига и предявява по надлежния ред.

На практика се поставиха редица проблеми, свързани с **процедурата по повдигането и предявяването на измененото обвинение в съдебното заседание.**

Първия проблем, който поставя практиката, е **как се повдига и предявява** обвинението. В тази връзка текстовете на НПК са лаконични, а в по-голямата си час решенията на ВС **не са актуални** и не могат да се ползват от правоприлагащите органи.

В съдебното заседание обвинението се повдига от прокурора според изричното указание на чл. 285, ал. 1 НПК. Процедурата, по която става това, не е посочена в закона. На практика **повдигането на обвинението става с устно изявление на прокурора**, което се вписва в протокола на съдебното заседание. Това изявление задължително трябва да съдържа конкретното основание за изменение на обвинението. Прокурорът трябва да уточни дали става въпрос за закон за по-тежко, същото или по-леко наказуемо престъпление и кой е текстът от НК, по който повдига новото обвинение. Трябва да се уточни и конкретната хипотеза — със или без съществено изменение на фактическата обстановка на обвинението. Прокурорът трябва да посочи и конкретните факти, които според него са съществено изменени. Само по този начин ще се осигури възможност на подсъдимия да организира защитата си както с оглед на правната квалификация, така и с оглед на обстоятелствата, инкриминирани по новото обвинение. След като прокурорът повдигне обвинението, същото трябва да се предяви на подсъдимия. Пред съда обвинението се повдига с обвинителен акт, а предявяването се извършва чрез връчване на препис на подсъдимия по разпореждане на съдията-докладчик (чл. 240, ал. 1, ал. 253, ал. 1 НПК). **В съдебното заседание повдигането и предявяването на обвинението става по друг начин и с други средства.** В този стадий прокурорът устно повдига обвинението, а съдията с разпореждане, респективно съдебния състав с определение го приема, дава необходимите разяснения и делото продължава по новото изменено обвинение. По такъв начин **подсъдимият фактически узнава новото обвинение**, повдигнато от прокурора, което е и съдържанието на института, **предявяване на обвинението.** Когато той не присъства в съдебното заседание (чл. 268, ал. 1 НПК), съдът задължително трябва да го отложи, като уведоми подсъдимия за повдигнатото срещу него ново обвинение, за да може той да организира защитата си.

Друг въпрос, който се поставя, е когато прокурорът е повдигнал обвинение по чл. 285, ал. 1 НПК, може ли **съдът да откаже да продължи разглеждането на**

делото по това обвинение. Според нас в нито една от хипотезите на изменение на обвинението **съдът не може да откаже приемането на новото обвинение** и да продължи съдебното разглеждане по него. След като прокурорът е повдигнал новото обвинение по всички правила на закона, съдът е длъжен да продължи разглеждането на **делото именно по това обвинение.** Ето съображенията, които доказват верността на този извод: а) в НПК не съществува текст, който да оправомощава съда да откаже да продължи разглеждането на делото по измененото обвинение, като не приеме същото. Кой законов текст ще посочи съдът като основание за отказ да приеме повдигнатото от прокурора обвинение. Няма такъв, което означава, че съдът няма и такова правомощие; б) в съдебната фаза на процеса функцията по обвинението и функцията по ръководство и решаване се осъществяват от различни държавни органи — прокурорът, който осъществява наказателното преследване (обвинение) и съдът, който решава въпросите по повдигнатото обвинение, без да може да се самосезира. Ако можеше да отказва приемането на новото обвинение, това означава **съдът** фактически да **осъществява обвинителна функция.** Прокурорът обаче е единственият държавен орган, който повдига обвинението пред съда и това е **негово конституционно** правомощие, което по делата от общ характер **няма изключение.** По смисъла на ЕКЗПЧ и юрисдикцията на Европейския съд в Страсбург неизменно се приема, че функцията по наказателното обвинение и дейността по решаването на делата в една правова държава винаги се осъществяват от различни държавни органи, които са независими и не са подчинени един на друг; в) в ТР—57—84—ОСНК ВС приема **обратното**, че „когато прокурорът повдигне новото обвинение, съдът **преценява обстоятелствата по делото** и решава да **приеме или да не приеме** предявеното ново обвинение“. Това решение не следва да бъде прилагано в новата практика на ВКС и на съдилищата. Друг е въпросът, че с нито едно изменение на чл. 285 НПК **съдът легално не е бил оправомощаван да отказва приемането на измененото обвинение** в съдебното заседание. Поради това цитираното тълкувателно решение не кореспондира и не е кореспондирало с нито една от редакциите на чл. 285 НПК, многократно променян и допълван през последните години. Ако съдът можеше да отказва приемането на измененото обвинение, при това преценявайки обстоятелствата по делото, както указва ВС, това означава и друго принципно недопустимо правомощие — да преценява обстоятелствата по делото и по обвинението преди да се е осъществило разследването по същото; да издаде своите позиции в хода на разглеждане на делото; фактически да реши съдбата на едно обвинение преди същото да е било повдигнато и предявено, респективно преди да се е осъществило съдебното разследване по него; г) повдигането на обвинението в съдебното заседание, макар и по друг ред и с други средства, е напълно идентично на повдигането на обвинението с обвинителния акт пред съда. При внесен обвинителен акт не може да се откаже образуване на съдебно производство, нито пък съдията-докладчик може да откаже разглеждане на делото в съдебно заседание, още по-малко защото от обстоятелствата по делото е видно, че не следва да се приеме обвинение-

то, формулирано с обвинителния акт. **Аналогично**, когато прокурорът повдигне обвинението по чл. 285, ал. 1 НПК, съдът не може да откаже да продължи разглеждането на делото по новото обвинение и да осъществи разследване по същото, като осигури възможност на страните да се подготвят за защита по измененото обвинение.

Друг проблем, който поставя разпоредбата на чл. 285 НПК, е случаят, когато **прокурорът не повдигне ново обвинение, въпреки че са налице предпоставките за изменение на обвинението** в съдебно заседание. В НПК отново липсва разпоредба за правомощията на съда в тази връзка. Подобен бе проблемът на отменения чл. 285, ал. 2 НПК, в която хипотеза аналогично на действащата редакция на чл. 285, ал. 1 НПК прокурорът повдига обвинение в съдебното заседание. В отменения, а и в действащия текст на чл. 285 НПК **нямаше и няма указания как да процедира съдът, когато прокурорът не повдигне обвинението**. С редица решения обаче ВС указа на съдилищата, че ако прокурорът не повдигне новото обвинение, съдът следва да прекрати съдебното производство и да върне делото за допълнително разследване, което не подлежи на протестиране или обжалване (ТР—57—84—ОСНК; Р—765—90—I; Р—559—95—I). Аргументите, които сочи ВС в полза на подобна практика, се свеждат до независимостта на съда и подчинението му на закона и на официалното начало (Р—765—90—I). По наше дълбоко убеждение съдът ще остане действително независим не когато връща делото за допълнително разследване с оглед изменение на обвинението, а когато се произнесе по така повдигнатото обвинение (изменено или не) с присъда, по вътрешно убеждение, основано на доказателствата по делото и закона. Аналогично разрешение се съдържа в НПК на Франция. Според чл. 363, ал. 1 „когато деянието, инкриминирано срещу обвиняемия, не е правилно подведено под съответния текст от НК ..., съдът постановява оправдателна присъда по същото“. Само по този начин ще се осигури равнопоставеност на страните и действителната състезателност, защото държавният обвинител в никой случай няма да се окаже в привилегировано положение. Само така ще се осигури професионално и компетентно упражняване на прокурорските правомощия в съдебната фаза, тъй като прокурорът ще бъде винаги „наказван“, когато не е направил необходимото и е поддържал една недостатъчно обоснована обвинителна теза. Аргументите и съображенията за верността на този извод са **аналогични** на изложените по-горе, по повод указанията на ВС за възможността на съдилищата да отказват приемането на измененото обвинение. Ако един съд може да прекратява делата и да ги връща за допълнително разследване с оглед изменение на обвинението или да отказва да приема повдигнато по надлежния ред ново обвинение, то това фактически ще означава изземване на компетенции от един държавен орган — съда, които се предоставени при това от Конституцията като изключителни правомощия само за прокурора. Това би означавало: недопустимо смесване на основни функции в наказателния процес; недопустимо изземване от един държавен орган на прерогативите на друг; недопустимо самосезиране на съда с наказателното обвинение; недопустима про-

цедура от гледна точка на европейските стандарти за всяко съвременно законодателство и практика, когато наказателното преследване и разрешаването на въпросите по делото се осъществяват от един и същ държавен орган.

2. Принципите на изменение на обвинението намират приложение и във въззивната инстанция.

Когато следва да се приложи закон за по-тежко наказуемо престъпление, независимо дали със или без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението, и ако за това не е имало обвинение в първата инстанция, въззивният съд отменява присъдата и връща делото за ново разглеждане на прокурора (чл. 333, ал. 1, т. 2 НПК). При същата хипотеза, ако е имало обвинение в първата инстанция, съдът **отменява присъдата** и постановява нова (чл. 334, ал. 1, т. 1 НПК). Освен това въззивният съд може да осъди оправдан подсъдим, но само ако е имало обвинение в първата инстанция (чл. 334, ал. 1, т. 2 НПК). В тези хипотези са спазени всички концептуални правила на изменение на обвинението. Подсъдимият ще бъде съден по обвинение, което му е било предявено по надлежния ред и той е могъл да осъществи защитата си поне в два стадия на процеса.

Въззивният съд винаги ще **измени постановената присъда**, когато следва да приложи закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление, независимо дали е със или без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението (чл. 335, ал. 1, т. 2 НПК). Проблемът в тази хипотеза е прилагането на закон за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление при съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението. Именно в тази връзка **подсъдимият е лишен от правото да се защити** по повод съществено изменените фактически обстоятелства. Въззивният съд, като съд по същество, ако приеме или установи нови фактически положения, които макар и съществено да променят обстоятелствената част на обвинението, респективно постановената присъда, е оправомощен да измени същата и да реши делото. По този начин подсъдимият за първи път ще научи за новата фактическа обстановка на престъплението от решението на въззивния съд. За подсъдимия в тази хипотеза не съществува каквато и да било възможност да се защити по новите факти, приети за установени от въззивния съд. Този извод е верен, защото решенията на въззивния съд могат да се обжалват пред касационния, но само относно нарушението на закона и несправедливостта на наложеното наказание. По новото ни законодателство въззивната инстанция е последната инстанция за фактите по делото. След като въззивният съд се произнесе, неговото решение за фактите по делото има сила на присъдено нещо и не може да се пререшава в тази му част. По реда на възобновяването на наказателните дела също е невъзможно осъществяването на защитата. Делата се възобновяват, но само поради новооткрити обстоятелства или доказателства, които не са били известни на съда, постановил присъдата, решението или определението.

3. Изменение на обвинението в досъдебното производство.

На **предварителното производство** принципите на изменение на обвинението намират неограничено проявление и осигуряват в пълна мяра правото на защита на обвиняемия при всички случаи, когато обвинението се измени. Във всички хипотези на изменение на обвинението, както при закон за по-тежко наказуемо престъпление, независимо дали е със или без съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението, така и при необходимост от прилагането на закона за същото, еднакво или по-леко наказуемо престъпление със съществено изменение на обстоятелствената част на обвинението, следователят повдига и предявява новото (изменено) обвинение по правилата на чл. 212 НПК, а прокурорът връща делото за допълнително разследване (чл. 236, ал. 1, т. 1 НПК) с указания да се повдигне и предяви новото обвинение.

С последните изменения на НПК се установи нова форма на предварителното разследване — **полицейското производство**. Затова първият въпрос, който се поставя в тази връзка, е дали институтът на изменение на обвинението намира приложение и в това производство. В раздела, който регламентира полицейското производство, не съществуват аналогично формулирани като словесен изказ хипотези на изменение на обвинението. Правилата на този институт обаче **намират приложение** и в това производство. Според разпоредбата на чл. 409, ал. 3 НПК дознателите са длъжни да разяснят на уличения „в какво е уличен и предвидената отговорност“. Съгласно чл. 411, ал. 1, т. 3 НПК прокурорът ще върне делото за допълнително разследване, ако това задължение не е изпълнено. **Тези разпоредби по същество могат да се свържат единствено с института на повдигане, предявяване и изменение на обвинението.**

Какво е съдържанието на задължението за разясняване на уличения „**в какво е уличен**“. Според нас, за да изпълни това задължение, дознателят първо трябва да посочи и да разясни **текста от НК**, по който ще се проведе разследването срещу уличения. Освен това той трябва да посочи и **фактическите обстоятелства** на деянието (време, място, начин на извършване). Принципите и европейските стандарти неизменно и императивно предполагат всяко лице, срещу което е започнало наказателно преследване, незабавно да бъде информирано за **фактическите и правните съображения**, преди да е формулирано окончателното обвинение⁸. Разпоредбата на чл. 409, ал. 3 НПК установява и задължение за разясняване на „**предвидената отговорност**“. Несъмнено става въпрос да се разясни санкцията за престъплението, в което е уличен деецът. Не е ясно защо следва да се съдържа нарочно задължение в НПК за съобщаване на санкцията, при положение, че е достатъчно да се разясни текстът от НК, а то значи и санкцията, предвидена в него. Очевидно е, че този текст в разпоредбата на чл. 409, ал. 3 НПК е формулиран неудачно. Затова при бъдещото изменение на закона той би могъл да придобие примерно следната редакция — „дознателите са длъжни да разяснят на уличения престъплението и обстоятелствата, при които е извършено“.

Прокурорът връща делото на дознателя за отстраняване на нарушенията по чл. 409, ал. 3 НПК, а това означава и когато не е разяснил на уличения в какво е уличен и предвидената отговорност. Когато дознателят е разяснил, че уличеният ще отговаря например за обикновена кражба по чл. 194 НК, а според прокурора извършеното деяние е престъпление по чл. 195 НК (квалифицирана кражба), той не може да изготви обвинителен акт, а следва да върне делото за отстраняване на допуснатото нарушение. Това означава дознателят да разясни на уличеното лице отговорността му именно по чл. 195 НК и да му осигури възможност да даде обяснения по новото престъпление. Няма съмнение, че по своето естество тези правомощия на дознателя и прокурора могат да се свържат и се явяват аналог на института на изменение на обвинението. Затова тяхното тълкуване и прилагане трябва да се решава при съблюдаване на принципите и аналогичните правила за предварителното производство.

БЕЛЕЖКИ

1. Вж. **Павлов, Ст.**, Проблеми на основните функции в социалистическия наказателен процес, С., 1966, с. 116.
2. Последните две хипотези няма да бъдат предмет на нарочен анализ в настоящото изследване, тъй като представляват особени случаи на изменение на обвинението.
3. Вж. По-подробно **П. ван Дайк, Г. Й. Х. ван Хууф**, Европейската конвенция за правата на човека – теория и практика, С., 2000, с. 433. Вж. също **Naquib Hosni**, L'erreur de droit et son influence sur la responsabilite penale. *Revue de science criminelle et de droit penal*, Paris, N4, 1999, p. 711; Вж. също **Andre Fragon**, *L'erreur de droit penal*, Paris, 1994, p. 228.
4. Доклад от 16. 03. 1989, **Chichlian and Ekindjian**, A. 162–В, р. 53.
5. Вж. **Павлов Ст.**, Наказателен процес на Република България, особена част, под редакцията на проф. Димитър Михайлов и доц. Михаил Лулев, С., 1996, с. 158.
6. Вж. в тази връзка **Ненов, Ив.**, Наказателно право на НРБ, С., 1963; вж. също **Михайлов, Д.**, Диференциацията на наказателната отговорност по НК на НРБ, сп. Правна мисъл, кн. 2, 1982, **Стойнов, Ал.**, Наказателно право, обща част, С., 1999, с. 45 и сл.
7. Вж. **Павлов, Ст.**, Наказателен процес на Република България, С., 1996, с. 157.
8. Вж. **П. ван Дайк, Г. Й. Х. Ван Хууф**, Европейска конвенция ..., с. 433.

AMENDMENT OF INDICTMENT IN THE PENAL PROCESS

Margarita Chinova, Mila Ivanova

Summary

The article attempts to define the principles on which the amendment of indictment in the Penal Process is based. Their manifestation is studied at all stages of the development of the process. In respect to that a view is founded that an amendment of indictment exists in the course of the police proceedings, despite the fact that there are no such regulations in the Penal Procedure Code. The article analyses and systematises the practice of the Supreme and the Supreme Cassation Court in order to point out which decisions become irrelevant and which of them can be put into practice after the latest amendments to the Penal Procedure Code of 1999.

ЗА КЛЕВЕТАТА КАТО ПРЕСТЪПНО ПОСЕГАТЕЛСТВО

*Цветинка Пашкунова**

Клеветата като престъпно посегателство срещу обществените отношения, осигуряващи неприкосновеността на честта, достойнството и доброто име на човека в обществото, на позитивната обществена оценка на личността, осъществена по основния и квалифицираните състави на чл. 147 и чл. 148, ал. 2, вр. ал. 1 от НК, заема на настоящия етап значителен дял в общата престъпна дейност.

1. Субект на престъплението.

Субект на престъплението може да бъде всяко вменяемо физическо лице. В това отношение няма никакви ограничения, без значение са отношенията на субекта на деянието с оклеветения.

Чрез това престъпно деяние се накърнява личното достойнство и честта на пострадалия, унижава се името на този човек, което той е изградил в обществото чрез труда и поведението си, неговата обществена и професионална репутация, накърнява се и се влияе отрицателно на обществената оценка, която лицето получава в средата, в която работи и живее.

Следователно непосредствен обект на защита е обективната чест и доброто име на човека в очите на хората, обществената оценка, която колективът дава за честта и достойнството на лицето, накърняват се обществени отношения, осигуряващи неприкосновеността на доброто име на човека в обществото, на положителната обществена оценка на личността.

Пострадал от клеветата може да бъде само конкретно физическо лице, не и юридическо лице. При това необходимо е индивидуално да се назове лицето, точно да се определи неговата личност или личности, ако са повече лица.

И тук особен интерес представлява въпросът дали е възможно да се извърши престъпното посегателство — клевета спрямо душевно болни, малолетни или починали лица?

Според някои автори възможно е да се извърши оклеветяване по отношение на такива физически лица, които не притежават съзнание за личното си достойнство, а също и спрямо починали, защото клеветата е посягане върху тяхната обек-

* Съдия в Софийския градски съд.

тивна, а не субективна чест. Поради това няма значение дали физическите лица са способни да възприемат или да разберат свойството и значението на клеветата¹.

Това разбиране не би могло да се приеме за правилно с оглед разпоредбите на нашето законодателство и основните принципи на наказателното право.

Физическо лице, което страда от душевно заболяване, няма съзнание за достойнство и чест и не може да бъде обект на престъпното посегателство — клевета, защото не е възможно на това лице да се засегне честта и достойнството или доброто име в обществото. Душевно болното лице не осъзнава тези нравствени, морални категории и ценности, поради което извършеното спрямо него може да е морално укоримо и да съставлява престъпление (например хулиганство или обида спрямо близките на лицето), но то не може да унизи по един или друг начин личното достойнство и честта на това лице.

Възможно е обаче да се извърши престъпно посегателство — клевета по отношение на лице, което временно е изпаднало в душевно разстройство и само временно е загубило способността си да схване унизяването на личното си достойнство и чест. Ако по отношение на такова лице се разгласят неистински позорни обстоятелства или се припише престъпление, които се отнасят за времето на съзнателната му дейност, ще е налице оклеветяване.

Невъзможно е също да бъде осъществен престъпният състав на клеветата и по отношение на починало лице. За починалия могат да се разгласят позорни факти, но те няма да могат да засегнат личното му чест и достойнство, тъй като той не съществува във физическия и правен мир, няма съзнание, липсва личността като елемент на обществените отношения, които се охраняват от закона.

При клеветата не е необходимо пострадалият да присъства при извършване на престъпното деяние. Но ако присъствието на пострадалия не е наложително, нужно е да присъства трето лице, без което ще липсва същественият обективен признак на клеветата — разгласяването. „Присъствието“ не следва да бъде тълкувано ограничително, възприемано буквално и свеждано до физическо такова при осъществяване на престъпното посегателство. Същото се свежда до довеждане на клеветническите твърдения до знанието на определен индивид или категория лица, до възприемането им от тях.

2. Обективна страна на престъпното деяние по чл. 147 от НК.

2.1. Изпълнителното деяние на клеветата се осъществява в две форми — чрез разгласяване на неистински позорни обстоятелства за другото или чрез приписване на престъпление, което не е извършено.

Разгласяването включва в съдържанието си — довеждане до знанието на трето лице на позорни факти и обстоятелства².

За да е налице разгласяване, не е необходимо съответните опозоряващи факти да са доведени до знанието на повече лица. Достатъчно е само едно от тях да е възприело клеветническите твърдения.

То може да се извърши и чрез друго лице, на което деецът е поръчал да стори това. Когато другото лице съзнателно изпълнява поръчението на дееца, то именно

осъществява изпълнителното деяние на клеветата и е извършител, а този, който го е мотивирал да извърши деянието, се явява подбудител.

Разгласяването е налице и тогава, когато позорното обстоятелство или факт са били вече известни на лицето, на което се съобщават клеветническите твърдения. Няма значение дали деецът е първоизточникът на разгласяването, или той само предава известен вече позорен факт³.

В този смисъл е и р. 1096—1937—III н. о. на ВКС „... Дали разгласеното обстоятелство е било известно като мълва по-рано, защото го е разгласил друг, остава без влияние за осъществяването на престъплението клевета, защото законът не дефинира последната ограничително, само ако за пръв път се разгласяват от някого позорни обстоятелства. И този, който продължава да разказва и пише за разгласеното вече обстоятелство, върши престъпление.“

И в поредица други решения на ВКС, както и съдебни актове на ВС на РБ по НК от 1968 г., категорично се твърди, че престъпният състав на клеветата се осъществява и когато неистинските и позорящи обстоятелства се изнасят като слух и съмнение⁴.

Доминиращото становище в тази насока не се променя от съображенията в р. 745—91—III н. о. на ВС на РБ. Според същото, когато в публикация в печата се изнасят факти за определено лице, основани на данни от други публикации, не е налице умисъл за клевета, макар тези факти да са неверни и унижителни за пострадалия, щом деецът не е съзнавал неистинността им.

Изнасянето и разгласяването на факти, основани на вече изнесени данни, не освобождава от отговорност извършителя на престъплението, освен в случаите на липса на субективната страна на клеветата.

Следователно във всеки конкретен случай следва да се изследват и анализират детайлно и задълбочено всички обективни и субективни признаци на състава.

И в този смисъл, ако деецът поставя на разискване една мълва пред един кръг от хора, на които тя вече е известна, с намерение само да докаже нейната неоснователност и значи за да се възстанови доброто име на засегнатия, тогава не може да има отговорност за клевета. Но ако той съзнава, че с привидното опровержение само се засилва убеждението в нейната истинност, наказуемостта ще бъде налице.

Разгласяването или по-точно неговата противоположност не се изключва от това, че деецът съобщава позорните обстоятелства поверително или след съобщаването на позорния факт добавя съображения (а още по-малко ако това е голо-словно), за невъзможността да му се даде вяра или за неговото опровержение. В противен случай би се дала възможност за лесно освобождаване от наказателна отговорност.

При разгласяването трябва да се конкретизират позорните обстоятелства досежно време, място, автор на извършеното, без обаче да е необходимо това да е направено с подробности и в детайли относно средствата, начина и целта на извършване.

От факта, че разгласеното деяние трябва да е конкретно определено, следва и необходимостта то да е извършено или да се извършва, да е продукт на миналото или настоящето. Разгласяването, че известно лице ще постъпи безчестно, е окачествяване и съставлява обида, а не клевета. В тази насока има поредица решения на ВКС по чл. 235 на НЗ от 1896 г.⁵ и досега при действието на НК от 1968 г. съдебната практика е константна⁶.

Разгласяването на позорни обстоятелства може да се извърши устно, писмено, чрез радиопредаване, магнетофонен запис, чрез печатно произведение, анонимни доноси, пасквили или по всякакъв друг начин, чрез който е възможно трето лице да възприеме и схване неистинските позорни обстоятелства за достойнството и честта на определено лице.

Разгласяването може да се осъществи и чрез вписване и излагане на опозоряващите факти в молба, подадена до съд, прокуратура и държавно учреждение.

При упражняване на персонална критика може също да се извърши престъпното посегателство — клевета. В тези случаи обаче е необходим внимателен подход, за да не се допуска ограничаване в упражняването на критиката. Упражняващият персонална критика ще извърши клевета само в случаите, когато съзнава неистинността на разгласените позорни обстоятелства или знае, че лицето не е извършило престъплението, което му се приписва, но под формата на критика иска да унизи достойнството и честта на критикувания.

При осъществяването на първата форма на изпълнителното деяние на клеветата е необходимо разгласяваните обстоятелства да са позорни за честта и достойнството на другото.

Какво представлява обстоятелството и какво е съдържанието на позорността като негова характеристика.

Обстоятелствата са факти, свързани с личността на пострадалия, конкретни, действителни и достъпни за възприемане в тяхната индивидуалност, онова, което съществува и може да бъде доказано⁷.

Става дума за човешки деяния (действия и бездействия), събития, случки, конкретни отношения, принадлежност към политическа партия, произход от определена раса или етническа група, както и конкретни качества, и то не само физически, но и психически, които да имат позорящ характер, да засягат обективната чест.

„Необходимо е разгласяването на събитие, факт, действие, съзнателни волеви прояви на човека или на редица такива събития.“⁸

Наклеветеният може да бъде както техен субект — разгласява се, че той е извършил определено деяние (например че поддържа връзки в качеството си на магистрат с престъпни елементи), или възможно е също да се разгласяват и обстоятелства, свързани с обекта на посегателство (например че пострадалата А. е изнасилена или лицето е уволнено и му е отнета заемащата длъжност поради непригодност).

Позорността е обратната страна на честта. Както честта, така и позорността са относителни понятия, чието съдържание се мени в зависимост от различните условия: обществена обстановка, пол възраст, професия. Например разгласяването на едно интимно приключение за един неженен мъж по общо правило няма да бъде позорно, но за един съпруг е позорящо, а още повече за един монах.

Понятието позорност не изисква действително опозоряване, а е достатъчна само опасността от опозоряване, разгласеният факт трябва да бъде годен да опозори засегнатия.

Позорността трябва да бъде обективно дадена, а не само в съзнанието на дееца. Следователно „позорното обстоятелство е твърдение за съществуването на определени факти, свързани от дееца с личността на пострадалия, което е от естество да накърни доброто му име“⁹.

„Позорността“ означава годност за представяне в неблагоприятна светлина, за обосноваване на отрицателна оценка, която понижава авторитета, накърнява обществения престиж на човека.

В теорията се застъпват различни становища по отношение на съдържанието на „позорното обстоятелство“, предлагат се различни формулировки и определения. „Позорящи честта и достойнството на лицето са сведенията, които могат да намалат, да развалят неговата репутация пред общественото мнение или в очите на отделни граждани. Те могат да се отнасят както до поведението на конкретния човек, така и до липсата у него на определени морални качества.“¹⁰

Други автори сочат, че позорни са „измислените факти, с които се приписват на човек такива черти и такова поведение, които от гледна точка на морала са недостойни за човек“¹¹.

Следователно може да се обобщи, че позорни са тези факти и обстоятелства, чието разгласяване е опасно за доброто име на човека¹².

Тези факти могат да се отнасят до минало и настоящо поведение на жертвата. Може да се касае до прояви от личния живот (брачна изневяра, пиянство, малтретиране на близки), до служебни и обществени прояви (върши конкретни нарушения, изпълнява небрежно професионалните си задължения), както и за отрицателни качества на личността, които я характеризират негативно (некомпетентен, мързелив, жена с леконравно поведение).

Фактите и обстоятелствата, които са черти на характера, следва да бъдат конкретни, обективни и индивидуализирани, с оглед възприемането им от трети лица в тяхната индивидуалност и възможността да бъде доказано тяхното съществуване или недействителност.

В тази насока не е разгласяване на позорни обстоятелства изказването на общи съждения, особено на ценностни такива, на мнения, умозаклучения, предположения, общи окачествявания, епитети, т. е. изказването на такива съждения, на субективни мнения, без да се поставят в отношение с определени единични конкретни факти или деяния.

„Ругателни слова“ като „убиец“, „разбойник“, често са израз на гняв и моментна възбуда и нямат смисъл на това, че поруганият действително се упреква за извършване на убийство.“¹³

В редица решения на ВКС по приложение на стария НК от 1896 г. съдът е постановил, че „под съдържание на понятието — позорно обстоятелство се имат предвид конкретни указания за нещо определено, което е извършено или не е извършено нещо. В практиката ВКС е категоричен, че не са обстоятелства изказаните съждения, мнения и приписването на качества или епитети — „пезевенкин“, „сводник“, каквото и съдържание да имат те“¹⁴.

В тази насока е и трайната съдебна практика на ВС на РБ при действието на настоящия НК¹⁵.

Втората форма на изпълнителното деяние на клеветата е приписване на пострадалия на неизвършено от него престъпление, отнасяне на дадено престъпно деяние към определен субект — наклеветения.

При тази форма на осъществяване на престъпния състав на клеветата деецът твърди пред трето лице, че пострадалият е извършил някакво престъпление, което той в действителност не е осъществил, което винаги се отразява отрицателно на доброто име и честта на оклеветения, както и разгласяването на позорните обстоятелства.

Законова дефиниция на престъплението като понятие се съдържа в разпоредбата на чл. 9 от НК — общественоопасно деяние (действие или бездействие), което е извършено виновно и е обявено от закона за наказуемо. Логично възниква въпросът — може ли да вложим подобно съдържание в термина, използван от законодателя — „приписване на престъпление“, и следва ли да изискваме деецът на престъпното деяние по чл. 147 от НК да съзнава всички тези елементи на понятието „престъпление“, визирани в чл. 9 от НК? Това неминуемо рефлектира върху субективната страна на престъпното деяние клевета и има отношение към фактите и обстоятелствата, подлежащи на установяване и доказване в наказателния процес.

Мисля, че следва да се приеме, че е достатъчно деецът на престъплението да съзнава житейски, че приписва на определено лице извършването на общественоопасно деяние, което правно-юридически е обективно съставомерно, но не следва да му се вменява в задължение разбирането и съзнаването на противоправността, наказуемостта и виновното извършване на деянието. В противен случай биха възникнали множество и сериозни проблеми в практиката с оглед установяване на обективните и субективните признаци на престъпното деяние клевета в хода на наказателното производство.

При това става дума за престъпните деяния, установени в специалната част на действащия НК, не и за извършени административни нарушения и общественоопасни деяния, които не са инкриминирани в НК. Не е възможно да се тълкува разширително разпоредбата на чл. 147, ал. 1 от НК.

Приписаното престъпление, подобно на разгласеното позорно обстоятелство, следва да бъде достатъчно конкретно по време, място, начин и обща характеристика на извършване, по отношение на авторството. Това е необходимо с оглед възможността да бъде доказано от тъжителя и представителя на обвинението или опровергано съгласно разпоредбата на чл. 147, ал. 2 от НК, даващ право да не се накаже лице, което установи истинността на разгласените обстоятелства или приписаните престъпления.

В р. 429—96—I на ВС на РБ, Сб. 1996 г. Върховният съд постановява, че „отговорност за клевета възниква и когато приписаното някому престъпление е достатъчно, макар и не напълно конкретизирано, например относно целта на дееца“¹⁶.

Приписването на престъпление може да стане по различен начин и с различни средства, не само писмено, но и устно, пред различни лица, органи и организации. И тук е наложително да се отбележи, че когато приписването другиму престъпление е направено пред орган, компетентен да възбуди наказателно преследване, ще е налице набедяване по чл. 286 от НК.

За да е осъществен съставът на клеветата, е необходимо от обективна страна позорното обстоятелство да е неистинско или приписаното престъпление да не е извършено от пострадалия.

В практиката и теорията възникват по-нататък въпросите относно неистинността като елемент от фактическия състав на престъплението клевета, за причината на еволюцията в схващанията в правната доктрина и съдебната практика относно обективната неистинност на разгласените обстоятелства, и дали тя изключва наказуемостта и противоправността като характеристика на престъпното деяние, или представлява лично основание за ненаказуемост на дееца?

В чл. 235 на НЗ от 1896 г. е визиран престъпният състав на клеветата или дифамацията като приписване другиму позорни обстоятелства или престъпни посегателства независимо от това, дали те са истински или неистински. В същото време се предвижда освобождаване от отговорност и когато разгласените обстоятелства са неистински, ако това е сторено в полза на държавата или обществото или в защита на своята лична чест и семейство¹⁷, както и ограничаване освобождаването от отговорност, въпреки доказване истинността на разгласеното, ако с това се засяга частният или домашен живот, отнася се до държавния глава или членовете на неговото семейство, или до глава и дипломатически представител на чужда държава¹⁸.

Представителите на наказателноправната теория през този период застъпват становището, че за клеветата се изисква обективна неистинност на разгласеното обстоятелство, като се изхожда от възможността, която чл. 239 от НЗ дава на дееца да бъде освободен от наказание, ако докаже истинността на разгласеното позорно обстоятелство, но същите приемат, че въпросната неистинност не е елемент от състава на престъплението клевета, нейната контрадикторна противоположност — истинността, е само изключващо наказуемостта основание.

Аргументите в тази насока са интересни и сериозни. Това твърдение следва от разпоредбата на чл. 235, който, изброявайки всички необходими и съществени елементи на законния състав на клеветата, не споменава нищо за неистинността, както и от разпоредбата на чл. 239, т. 1 от НЗ, който визира освобождаване от наказание при доказване обективната истинност на разгласените обстоятелства от обвиняемия. Доказването на истинността на разгласените обстоятелства премахва наказуемостта при клеветата, но не и нейната противоправност, касае се за лично основание за освобождаване от наказателна отговорност, а не за признак от престъпния състав.

Това становище на закона и теоретичната мисъл има важни последици, защото ако неистинността на разгласеното обстоятелство е действително фактически признак, който принадлежи към състава на престъплението, трябва съзнанието за тая неистинност да принадлежи към умисъла на извършителя.

В тази насока е и практиката на ВКС. „Умисълът не обхваща и съзнанието, че разгласените обстоятелства са лъжовни, следователно и неистинността не е елемент от състава на престъплението.“¹⁹

Затова и ВКС в р. 1288—38—III приема, че в този случай, когато подсъдимият докаже истинността на разгласените обстоятелства или приписаното престъпление, той не се признава за виновен, а само се освобождава от наказание.

Според Таганцев „доказването на истинността на разгласеното обстоятелство премахва наказуемостта на клеветата, но не и нейната противоправност“. А Ников разглежда доказването на истинността като „унищожавашо престъпността обстоятелство“.

И тъкмо затова грешката относно неистинността, като грешка относно наказуемостта, а не като грешка относно противоправността или относно някое фактически обстоятелство, което принадлежи към престъпния състав, не е извинителна съгласно чл. 47 от НЗ.

„Затова не съществува право да се казва истината, а само да се доказва истината ... Защото, ако неистинността на разгласеното позорно обстоятелство беше действително фактически обстоятелство, което принадлежи към състава на престъплението, трябва, съгласно чл. 43, ал. 2 на НЗ от 1896 година, съзнанието за тази неистинност да принадлежи към умисъла на клеветника. Но в интерес на наклеветения законодателят е пожелал да изключи важимостта на тази разпоредба и поради това не е изтъкнал неистинността като елемент от състава на клеветата.“²⁰

Следователно, щом като неистинността не е елемент от състава на клеветата и щом само обективната истинност изключва само наказуемостта (а не и противоправността), то погрешната представа на дееца в тази насока, или субективната истинност, добросъвестното, но погрешно убеждение на дееца, че разгласеното обстоятелство е истинско, дори обективно то да е неистинско, не извинява и не оневинява подсъдимия.

Значи нито се изисква съзнание за неистинността, нито пък погрешното приемане на истинността изключва умисъла. Редакцията на чл. 166 от НЗ от 1951 г. и

чл. 147 на НК от 1968 г. почти възпроизвежда текста на чл. 235 от НЗ от 1896 г. В доктрината обаче и съдебната практика отричат дифамацията и влагат друго съдържание в тези разпоредби, като се застъпва становището, че е забранено само разгласяването на неистински позорни обстоятелства или престъпни факти, и категорично се обособява мнение, че неистинността е елемент от фактическия състав на клеветата.

Законодателят е изоставил разбирането, че може да се извърши клевета и чрез разгласяване на истински факти и обстоятелства, без обаче да е направил това с прецизен текст.

Тълкуването на съдържанието на чл. 166 на НЗ от 1956 г. и чл. 147 ал. 1 от сега действащия НК трябва да бъде отнесено не строго граматически към израза „разгласи позорно обстоятелство“, а логически да се свърже този израз с останалото съдържание на текста — „приписване на престъпление“.

„Приписва“ се само онова, което не съществува, което в действителност не е извършено. Следователно в един и същ текст не е допустимо да се урежда едно престъпление по различен начин, що се отнася до неговата същност. Не е възможно в единия случай да се определя клеветата като приписване на неизвършено престъпление, а в другия случай да се счита като клевета разгласяването на истински обстоятелства. Очевидно е, че законът счита като клевета само разгласяването на неистински позорни обстоятелства, а не и на истински такива. Не може в единия случай да се счита като клевета само онова, което не отговаря на истината („припише престъпление“), а в другия случай — да се счита клевета и разгласяването на истински позорни обстоятелства.

Правилното разбиране на съдържанието на чл. 166, ал. 1 от НК от 1956 г. и чл. 147, ал. 1 от сега действащия НК относно неистинността на фактите и обстоятелствата при клеветата следва да се свърже и с разпоредбата на ал. 3 на чл. 166 и чл. 147, ал. 2 НК.

С тези текстове на закона изрично се разпорежда, че „деецът не се наказва, ако докаже, съответно „се докаже“ истинността на разгласените позорни обстоятелства или на приписаните престъпления.

Следователно установяването на истинността на разгласените обстоятелства не е лично основание за ненаказуемост на дееца, а се отнася до същността на престъплението и е само прехвърляне върху дееца тежестта на доказване.

Тази неяснота и неточност, свързана с тълкуването на посочените разпоредби, се преодолява благодарение на съдебната практика.

С тълк. р. 15—1961—ОСНК, ВС на РБ ясно и определено застана на становището, че клеветата според чл. 166 от НК от 1956 г. е разгласяването на неверни обстоятелства и че неистинността е елемент от състава на престъплението. След приемането на новия НК от 1968 г. ОСНК на ВС с тълк. р. 12—71—ОСНК изрази мнение, задължително за съдилищата, че неистинността на разгласеното позорно обстоятелство или приписаното престъпление се явява елемент от състава на същото, без наличието на които не е налице престъплението клевета.

Същото становище застъпват и някои автори, според които ал. 2 на чл. 166 НК от 1956 г. установява не просто ненаказуемост на дееца, а елемент на състава²¹.

В тази насока са и разсъжденията на други теоретици при анализа на престъпното посегателство, визиран в чл. 147 на действащия НК от 1968 година²².

В съвременната доктрина по-различно становище изразяват и в друг аспект разглеждат проблема за неистинността при клеветата А. Гиргинов и Д. Доковска.

Според тях, за да се осъществи престъплението по чл. 147 от НК, е нужно разгласените позорни обстоятелства да са неистински, но не защото неистинността принадлежи към състава на престъплението, а поради факта, че без нея извършеното няма да бъде наказуемо, да притежава необходимите за всяко престъпление свойства, очертани в легалното му определение по чл. 9, ал. 1 от НК.

„Истинността представлява обстоятелство, изключващо наказуемостта на деянието, заради което никаква грешка относно нея не може да изключи умисъла по чл. 147, ал. 1 НК. Дори деецът да греша, че разгласяваните от него позорни обстоятелства са истински, мислейки, че отговарят на действителността, т. е. дори той да съзнава липсата на предвиденото в чл. 147, ал. 2 НК обстоятелство, изключващо наказуемостта, това пак не изключва неговия умисъл, защото разпоредбата на чл. 14 от НК (грешка) е неприложима поради тезата, че неистинността не принадлежи към състава на престъплението — клевета.“²³

По тези съображения умисълът може да бъде изключен само когато деецът греша, че има обстоятелство, изключващо обществената опасност (неизбежна отбрана, крайна необходимост), и поради това деянието му не е общественоопасно, но не и когато греша, че има обстоятелство, изключващо наказуемостта. Защото при това положение е невъзможно той да се заблуди, че деянието му не е общественоопасно.

Тъкмо затова когато деецът не разбира, че разгласените от него позорни обстоятелства са неистински, а мисли, че са верни, той няма да бъде в грешка по смисъла на чл. 14 НК, но и изобщо няма да бъде в такава грешка, която да изключи неговия умисъл.

Истинността изключва винаги, но и само наказуемостта на разгласяването на позорни обстоятелства.

По този начин, според тези автори, вярното позорене пак престава да бъде престъпление, но остава противоправният му характер. То не се изважда от сферата на наказателноправното регулиране, а по съображения, че е поначало общественоопасно, остава забранено от наказателното право.

Следователно извън отделните случаи, в които разкриването на позорната истина е общественополезно, то трябва да бъде оценявано като общественоопасно, водещо обикновено до едно с нищо неоправдано опозоряване на човека, за когото се отнасят, до едно ненужно и вредно създаване на психологични прегради между него и останалите членове на обществото.

Честта на пострадалия се засяга, според тези автори, от позорността на изнесението, а не от евентуалната му неистинност. Той е пострадал от това, че изнесе-

ното е неблагоприятно за доброто му име, а не защото изнесеното не отговаря на обективната действителност, или вярното позорене засяга честта на пострадалия така, както и невярното, т. е. както и самото престъпление клевета. Това становище обаче не може да бъде споделено.

Възниква въпросът — при тези доводи каква в действителност е разликата между престъплението клевета при сега действащия НК и „дифамацията“, необходима ли е юридическа, наказателноправна защита на честта и достойнството срещу разгласени верни, позорни обстоятелства, след като същата не е скрепена със санкция за извършителя, поради което правното регулиране няма практически ефект и води до същите правни последици както при несъставамерност на деянието.

Разбирането, че неистинността е елемент от фактическия състав на престъплението, следва да бъде споделено и влагането на ново съдържание в същността на клеветата в сегашната редакция на чл. 147 от НК възприето предвид обстоятелството, че нашият НК не възпроизвежда някои съществени за дифамацията разпоредби на НЗ от 1896 г.

Обстоятелството, че законодателят е изоставил разпоредбите на чл. 239 и чл. 240 от отменения НЗ, които всъщност характеризират клеветата по чл. 235 от този закон като дифамация, фактът че веднага в ал. 2 на чл. 147 от НК законът говори за ненаказуемост, а не за освобождаване от наказание сочи на това, че той се е отклонил от идеята за дифамация.

Необходима предпоставка за освобождаване от наказание е наличието на извършено престъпление. При дифамацията, когато престъплението се състои в самото разгласяване на позорни и престъпни факти, очевидно установяването на истинността на разгласеното може да доведе само до освобождаване от наказание. Когато се касае обаче за елемент от състава на престъплението, установи ли се, че липсва този елемент, не е осъществен съставът на самото престъпление. Деянието не е наказуемо и следователно не е престъпно.

Законът при формулировката на чл. 147, ал. 2 НК — „деецът не се наказва“ има предвид ненаказуемост на деянието, а не на дееца, поради което правилно се приема, че ненаказуемостта е свързана с установяване на истинността на разгласеното и че неистинността е елемент от състава на престъплението. При отпадане на този елемент отпада и самото престъпление, поради което подсъдимият следва да бъде признат за невинен и оправдан, както правилно приема ВС на РБ в тълк. р. 15 от 1961 г., а не признат за виновен и наказан, каквато е погрешната практиката на съдилищата днес. По-голямата част от съдиите използват терминологичния израз, визиран в разпоредбата на чл. 147 ал. 2 от НК, „не се наказва“, като игнорират обстоятелството, че несъставамерността на деянието обуславя постановяването на оправдателна присъда. „Съдът признава подсъдимия за невинен, когато не се установи, че деянието е извършено, че е извършено от подсъдимия или че е извършено от него виновно, както и когато деянието не съставлява престъпление.“²⁴

Възможността да се вложи друго съдържание в престъпното посегателство клевета досежно неистинността се оправдава и от отношението на нашето общество към критиката като движеща сила в развитието на демокрацията и от разбирането за общественоопасно и общественополезно деяние²⁵.

И тук възникват редица интересни въпроси — защо след като е елемент от състава на престъплението клевета, неистинността не е изрично посочена в очертаване на обективните и субективните елементи на деянието в чл. 147, ал. 1 от НК?

Щом като става дума за признак на престъпното посегателство, правилно ли е становището на някои представители на доктрината и практиката на ВС, че тежестта на доказване лежи върху подсъдимия, позовавайки се на чл. 148, ал. 2 от НК²⁶?

Недостатък на редакцията на текста на чл. 147, ал. 1 от НК е, че клеветата се очертава в този вид, в който е била в чл. 235 на НЗ от 1896 г., което сочи на недостатъчна прецизност, която следва да се отстрани при последващо изменение на НК, като вместо да се укаже кога не е налице клевета, да се посочи, кога е налице престъпното посегателство, като изрично се визира, че става дума за разглашаване на неистински позорни обстоятелства.

Що се отнася до възлагане тежестта на доказване истинността на обвиняемия, респективно подсъдимия, то считам, че това е недопустимо и в противоречие с основните принципи на наказателния процес.

Прехвърлянето на тежестта на доказване на истинността на разгласените обстоятелства е повлияно от старото наказателноправно уреждане на отговорността за клевета и е в противоречие с основния принцип в нашето наказателнопроцесуално право, че обвиняемият се счита невинен до доказване на противното.

Ако приемем и твърдим, че неистинността е елемент от състава на престъплението клевета, то за да бъде признат извършителят за виновен и ангажирана неговата наказателна отговорност, за да се постанови осъдителна присъда, пострадалият или представителят на обвинението трябва да докаже всеки елемент от състава на престъпното посегателство.

По тези съображения и законодателят е използвал в чл. 147, ал. 2 от НК формата „да се докаже“, а не е поставил акцента върху задължението обвиняемият да докаже истинността на фактите.

Във връзка с това трябва да се изтъкне, че не може да споделим становището на някои автори, че не би било правилно пострадалият да бъде задължен да докаже, че не е извършил приписаните му позорни или престъпни обстоятелства, очевидно имайки предвид разбирането, че не могат да се доказват отрицателни факти²⁷.

„Основно съдържание на предмета на доказване обаче винаги се явява съставът на престъплението, по повод на което се провежда и предварително разследване или съдебното разглеждане на делото. За да може съдът да постанови осъди-

телна присъда, необходимо е по делото да е доказан съставът на престъплението във всичките му елементи — обективни и субективни.⁴²⁸

В противен случай, без да се докаже, че са налице всички елементи от състава на престъплението (от обективна и субективна страна), би се стигнало до съдебен произвол и до накърняване презумпцията за невиновност.

2.2. Клеветата е резултатно престъпление. Тя е довършена, щом са разгласени позорните неистински обстоятелства или е приписано престъпление и те са възприети от трето лице. Не е необходимо обаче последният да е повярвал на дееца или да са настъпили каквито и да било други последици.

Вредните последици на престъплението по чл. 147, ал. 1 от НК съставляват една необорима законова презумпция²⁹.

Става дума за особена категория правно понятие и даденост, същността на което се свежда до заключение, което законът извлича от един известен за друг неизвестен факт и което освобождава лицето, в полза на което то съществува от представяне на доказателства, като не допуска неговото оспорване чрез никакви процесуални способности и доказателствени средства. Или с други думи казано, законната презумпция е мислена операция, чрез която нашето познавателно съзнание, респективно съзнанието на законодателя достига до заключението, че известни факти, макар и невъзприети обективно или макар неустановени чрез непосредствени доказателства, все пак следва да се разглеждат като обективно съществуващи или обективно доказани³⁰.

Вредоносният резултат на престъплението клевета е обективна даденост, признак на обективната страна на престъпното деяние, и по силата на закона с осъществяване на изпълнителното деяние на престъплението се приема за настъпил, съществуващ и доказан. С разгласяването на позорните обстоятелства или приписването на престъпление на определено лице се прави заключението, правният извод, че са накърнени обществени отношения, осигуряващи неприкосновеността на обективната чест и доброто име на човека, обществената оценка, която колективът дава за неговото достойнство, и престъпното деяние е довършено.

Опитът към клевета е възможен и наказуем. За престъпния състав на клеветата се изисква не само деецът да е съобщил, предал позорното обстоятелство на друго лице, но също последният да е възприел (чул, видял) съобщението.

Следователно възможно е започване осъществяването на престъпния състав на клеветата, но недовършване на същото поради факта на невъзприемане от трето лице³¹.

3. Субективна страна на престъплението.

Обстоятелства, обуславящи съставомерността на клеветата, са и субективните признаци на престъпното посегателство. Те също подлежат на установяване и доказване в хода на наказателното разследване.

От субективна страна клеветата е престъпление, което може да се осъществи само умишлено, както при пряк, така и при евентуален умисъл. Деецът трябва да съзнава позорния характер на разгласените обстоятелства или престъпния харак-

тер на приписаното деяние. В зависимост от концепцията и от становищата, изложени в правната доктрина и съдебна практика при действието на НЗ от 1896 г. и последвалите НК от 1956 и от 1968 г., по въпроса — неистинността елемент ли е от състава на престъплението клевета, обсъдени по-горе, се оформят и различни мнения досежно необходимостта от съзнание дали разгласените позорни обстоятелства са неистински и приписаното престъпление не е извършено.

Според схващанията в теорията и становищата в практиката на ВС на РБ, която е задължителна, неистинността е признак от състава на клеветата и поради това умисълът на дееца трябва да обхваща и този елемент.

Деецът трябва да съзнава, че разгласява неистински обстоятелства, позорни за честта на пострадалия, или че му приписва престъпно деяние, което той не е извършил. Щом не е налице такова съзнание, не е налице и клевета поради липса на субективната страна на състава на престъплението. Ако деецът е уверен, че разгласените от него позорни обстоятелства отговарят на действителността, то няма да е налице субективният състав на клеветата. Извършителят не съзнава един от обективните признаци на престъпното посегателство и затова не действа умишлено. Същото се отнася и за приписаното престъпление³².

Не е правилно обаче становището, застъпено в р. 1128—58—II на ВС на РБ, че липсва умисъл да се клевети в следния случай: „Народният съд е приел, че страните по делото са близки роднини, живеят в един двор и до изчезването на часовниците отношенията им са били добри. След изчезването на часовниците тъжителката и съпругата на подсъдимия са ходили в съседно село при врач, който им казал, че часовниците са взети от тъжителката. В деня на изчезването им тъжителката е била останала сама в дома на подсъдимия. Подсъдимият е казал на тъжителката да върне часовниците и не искал да извърши обиск в дома ѝ, за да не я излага“.

Не може да се разреши на гражданите да разгласяват позорни или престъпни факти и обстоятелства, позовавайки се на несериозни основания, като врачуване и др., за увереността си, че те са истински. Може да се приеме, че липсва умисъл да се клевети само когато съществуват сериозни основания да се вярва в истинността на изнесените факти.

Увереността на дееца, че разгласените обстоятелства са истински, трябва да се основава на обективни факти, да има оправдание от житейско гледище.

В противен случай би се стигнало до неприложимост на разпоредбата на чл. 147, ал. 1 от НК и до невъзможност да бъде защитена честта и достойнството на гражданите само и единствено при изявление от страна на извършителя на деянието, който е считал, че разгласеното е истина.

Не отпада умисълът на дееца, ако последният се е съмнявал в истинността на позорните обстоятелства или пък не е имал никакви обективни факти да ги счита истински.

В потвърждение на изложеното могат да бъдат споделени мотивите на ВС на РБ в р. 745—81—III, Сб. 1981 г.

ВС постановява, че „доводът на тъжителя, че подсъдимият като юрист не е могъл да не осъзнава естеството и смисъла на изнесеното в статията против него като неоснователни“. Това е така, защото подсъдимият е действал добросъвестно, считайки, че публикува истински факти. Когато в публикация в печата се изнасят факти за определено лице, основани на данни, изнесени в други публикации, не е налице умисъл за клевета, макар тези факти да са неверни и унижителни за лицето, щом деецът не е съзнавал неистинността им.

В конкретния случай липсва умисъл за клевета при наличието на основаната на обективните факти увереност в истинността на изнесеното. Съдържанието на цялата статия сочи, че подсъдимият не е имал намерение да клевети тъжителя. Поведението на подсъдимия след възраженията на тъжителя сочат на липсата на намерение да го клевети (отправя писмено изложение до редакцията на вестник, след като узнава и се запознава с цялостното движение на наказателния процес срещу К.).

Следователно липсва умисъл да се клевети тъжителят. Липсва каквото и да е съмнение или необоснована, гола субективна „увереност“, че изнесеният факт за тъжителя К. е неистински³³.

Вината на дееца по чл. 147, ал. 1 от НК следва да се определи въз основа на съзнанието, което извършителят е имал за обективните елементи на деянието — клевета, когато е разгласил неверните и позорни обстоятелства или е приписал престъпление, за което се знае, че не е извършено.

Не е необходимо съзнание и определено психическо отношение на дееца към настъпилния вредоносен резултат за пострадалия.

„Това е така, защото за съставомерността на деянието — клевета, не е необходимо да се установява дали честта и достойнството на оклеветения са засегнати. Вредните последици за състава по чл. 147, ал. 1 от НК съставляват една необорима законова презумпция и не подлежат на доказване.“³⁴

Умисълът при клеветата може да бъде пряк и евентуален.

Деецът действа с пряк умисъл, когато е сигурен, че позорното обстоятелство е неистинско или че приписаното престъпление не е извършено от пострадалия, като цели твърденията му да стигнат до съзнанието на поне едно трето лице.

Когато клеветата се извършва при евентуален умисъл, деецът допуска неистинността на разгласените позорни обстоятелства, но не се въздържа да ги разгласява и също когато допуска, че неговите твърдения ще бъдат възприети от трето лице, но се примирява с тази възможност.

Типичен пример на оклеветяване при евентуален умисъл е, когато позорното обстоятелство се разгласява чрез фейлетон. Фейлетонът е литературно произведение, но понеже в същото се визират определени лица и се описват конкретни факти и прояви на тези лица, възможно е в него да се изнесат неистински позорни обстоятелства за лицето. Щом фейлетонът съдържа неистински позорни обстоятелства за дадено лице, то не може да не се унизи достойнството и честта на това лице. Когато авторът на фейлетона знае неистинността на разгласените позорни

обстоятелства, но въпреки това ги пише, то той съзнава, че като постига определени литературни цели, унижава честта и достойнството на дадена личност. За автора на фейлетона съществува обществено задължение да отразява само истински факти и обстоятелства, свързани с дейността и проявите на лицата, и същият не може безнаказано и безотговорно да разпространява клеветнически твърдения по отношение на гражданите и тяхната дейност в обществото и средата, в която живеят и работят. Това становище не изключва и възможността за осъществяване състава на клевета чрез написване и разпространяване на фейлетон или друго литературно произведение и при пряк умисъл, ако при анализа и преценката на конкретните обстоятелства и факти може да се заключи, че деецът е целял именно уронване обективната чест и достойнство на определен човек, накърняване доброто име на личността в обществото.

За наличието на умишлено деяние при клеветата не е необходимо деецът да е действал с някакви определени цел или намерение да унизи честта и достойнството на друг. Достатъчно е той да е съзнавал, че разгласените позорни обстоятелства са неистински и че като се разгласяват, ще унижат честта и достойнството на лицето.

Специалната цел или намерение са от значение при определяне само на наказателната отговорност.

Обстоятелствата, обуславящи съставомерността при тези престъпления, следва да бъдат прецизно и внимателно установявани, с оглед правилното и законосъобразно прилагане на материалния закон при разглеждане на съдебните дела, при ангажиране на наказателната отговорност на извършителите и налагането на справедливи наказателни санкции.

БЕЛЕЖКИ

1. Вж. **Долапчиев, Н.**, Докачване на честта, с. 151, **Манчев, Н.**, Престъпления против личността, с. 388.
2. Вж. р. 51–80–II, Сб. 1980, с. 75, р. 108–83–III, Сб. 1983, с. 69, р. 22–95–III, Сб. 1995, с. 72.
3. Вж. **Долапчиев, Н.**, цит. съч., с. 153; **Стоянов, Ив.**, Отговорност за обида и клевета, С., 1961, с. 64; **Ненов, Ив.**, Наказателно право, Особена част, С., 1956, с. 434–435.
4. Вж. р. 1276–38–III, р. 205–1930–I, р. 104–37–III, р. 326–38–III, р. 1159–38–III, р. 798–43–III, р. 114–45–III н. о. на ВКС и р. 51–80–II н. о. на ВС на РБ, Сб. 1980, с. 75.
5. Вж. р. 545–30–III, р. 700–29–I, р. 988–30–I, р. 577–30–I н. о. на ВКС.
6. Вж. р. 429–96–I на ВС на РБ, Сб. 1996.
7. Вж. чл. 147, ал. 2 от НК.
8. Вж. **Таганцев, с. 731**, **Ников, с. 368**, **Долапчиев, Н.**, цит. съч., с. 157–158.
9. Вж. **Стойнов, А.**, Наказателно право, Особена част, Престъпления против правата на човека, С., 1997, с. 138.
10. Вж. **Шило, Н. Я.**, Судебная защита чести и достоинства советских граждан, 1985, с. 29.
11. Вж. **Рашковская, С. Ш.**, Преступления против жизни, здоровья и достоинства личности, Политиздат, 1959, с. 86.
12. Вж. **Гиргинов, А. и Д. Доковска**, Позорните и неистинските обстоятелства като средство на престъплението клевета, сп. Държава и право, 1990, с. 397.
13. Вж. **Франк, с. 426** и **Лилиентал, с. 397**.

14. Вж. р. 577–30–I, р. 545–36–III, р. 1062–37–III н. о. на ВКС.
15. Вж. р. 51–80–II, Сб. 1980, с. 75, р. 108–83–II н. о. на ВС на РБ, Сб. 1983, с. 69.
16. Вж. р. 429–96–I, Сб. 1996.
17. Вж. чл. 239 от НЗ от 1896.
18. Вж. чл. 240 от НЗ от 1896.
19. Вж. р. 984–40–III, р. 107–36–III, р. 781–38–III, р. 1000–38–III, р. 656–41–III и р. 313–45–III н. о. на ВКС.
20. Вж. **Долапчиев, Н.**, цит. съч., с. 165 и 162.
21. Вж. **Стоянов, Ив.**, Отговорност за обида и клевета, НИ, С., 1961, с. 55; **Манчев, Н.**, цит. съч., с. 387; **Ненов, Ив.**, Наказателно право, Особена част, т. I, НИ, С., 1956, с. 433.
22. Вж. **Стойнов, Ал.**, Наказателно право, Особена част, „Престъпления против правата на човека“, С., 1997, с. 138–139; **Михайлов, Д.**, Лекционен курс, Престъпления против честта и достойнството, гл. 2, р. 7 НК.
23. Вж. **Гиргинов, А. и Д. Доковска**, цит. ст., с. 39–40.
24. Вж. чл. 302 на НПК.
25. Вж. **Василев, Н.**, Клевета ли е разгласяването на истински факти, сп. Социалистическо право, 1962, кн. 5, с. 48–49.
26. Вж. р. 128–73–II, Сб. 1973, с. 69 и р. 380–76–II на ВС на РБ, Сб. 1976, с. 55.
27. Вж. **Ненов, Ив.**, цит. съч., с. 432–438.
28. Вж. **Строгович, М. С.**, Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе, 1955, с. 268.
29. Вж. р. 21–95–III, Сб. 1995, с. 73.
30. Вж. **Ганев, В.**, Учебник по обща теория на правото, т. 2, С., с. 502.
31. Вж. **Долапчиев, Н.**, цит. съч., с. 148.
32. Вж. р. 1123–53–III, р. 312–56–III н. о. на ВС, р. 1128–58–ВК и р. 745–91–III на ВС на РБ, Сб. 1991, с. 43.
33. Вж. р. 745–91–III, Сб. 1991, с. 43.
34. Вж. р. 21–95–III, Сб. 1995, с. 74.

THE ASPERSION AS A CRIMINAL ACT

By Tsvetinka Pashkunova

Summary

The article examines certain issues related to both the objective and subjective signs of the aspersion „corpus delicti“ specified in Article 147 of the Criminal Code — felony against the honour, dignity and good name of the individual, encroachment of human rights, related to generally acknowledged values contained in international legal acts and proclaimed in the Constitution of the Republic of Bulgaria.

With reference to the connotation and characteristics of aspersion as a criminal act, and the sanctions that should be applied in its realization, the article examines the legal experience of the Supreme Court of the Republic of Bulgaria and the practical problems which the aspersion as a felony creates to the practising legal professionals.

ДИСКУСИИ

ОТНОВО ЗА СЪЩНОСТТА НА ЗАКОНА

*Стефан Стойчев**

Проблемът за същността на юридическия закон е занимавал умовете на древните философи, на съвременните теоретици на правото и отрасловите правни науки. Няма друг проблем в правната наука, на който да е отделено толкова внимание и интелектуални усилия. Това е обяснимо с ролята на закона като инструмент за управление на обществото и държавата, за регулиране на обществените отношения и на социалните процеси, за развитието им в определена насока, в съответствие с интересите на различни обществени слоеве.

Не съществува аспект от теорията на закона, който да не е обсъждан, изследван, анализиран, утвърждаван или отричан. Основните теоретични тези, решения и аргументи за природата на закона всъщност са формулирани още в античността и по-късно в епохата на Просвещението. Най-новите изследвания само допълват с не особено значими доводи съществуващите теоретични конструкции или със съвременни изразни средства интерпретират вече познати възгледи за закона. В теоретичен план е обоснована идеята за разделение на властите на учредителна (конституирана) и учредена (законодателна). Законодателният орган, на основата и в съответствие с конституцията, твори законите. Достатъчно изчерпателно са изследвани процедурите (процесът) за създаване на закона, с неговите фази (стадии) на производство, а също обнародването, влизането в сила и действието му. Още от древността до днес теоретичните въпроси на законността, т. е. на изпълнението и спазването на закона в дейността и поведението на публичноправните и частноправните субекти, са били обект на задълбочени научни изследвания. Те са осо-

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

бено актуални в условията на утвърждаване на правовата държава. Всички теоретични проблеми имат и важна практическа стойност. Техният анализ и изследване са научна предпоставка, изходно начало, за да се даде отговор на въпроса за същността на закона, за неговата социална роля и предназначение в обществото и държавата.

В съвременната правна наука няма съществени теоретични различия относно формално-юридическите характеристики на закона, ролята на законността в съвременната държава и т. н. Значителни разминавания обаче има по въпроса за същността на закона. Създадени са стройни теоретични конструкции, които дават отговор на тези въпроси от ъгъла на различни социални интереси, цели и идеологии. Това е разбираемо — научният изследовател не е безпристрастен робот при формиране на своите тези, особено в сферата на управлението на социалните процеси и правната уредба на обществените отношения. Даже и да е идейно-политически индиферентен, той живее в обществена среда и принадлежи към определена социална група, които детерминират модела му на мислене, методиката на изследване и неговия научен морал. Също така не са без значение различните ценностни системи в отделните типове общества при анализиране на закона, за формулиране на научните тези. Например за древните философи в Рим и Атина робството е справедливо, защото съответства на степента на развитие на производителните сили и е необходимо на обществото. В съвременните цивилизации робството е юридически и морално укоримо и дотолкова недопустимо, че даже не е нужно порицаването и забраната му.

Настоящото изследване няма за цел да състави каталог на различните теории за същността на закона. Това е опит да се анализира, в **практически план**, неговата същност в съвременната държава, независимо от теоретичните схеми, станали общопризнати в правната доктрина. Само за илюстрация на многообразието от теории ще се спрем на някои от тях, които са изиграли или играят важна роля за утвърждаването на различни типове правни системи, за развитието на правната наука. Критериите и оценките за същностната характеристика на закона са твърде различни по природа и нерядко взаимно се изключват.

Широко известни в античността са били възгледите за висшия разум, вложен в закона, за съдържанието му, като израз на самата природа на човека. Според Аристотел законът е разум без страст¹. По-късно се появяват теориите за закона като израз на общия дух, общата воля, класовата воля и т. н.

Изключително интересни са възгледите на Марк Тулий Цицерон. Според него „правото е заложено в природата“, т. е. в човешката природа, в природата на нещата, в тяхното божествено начало и разум. Законът „представлява най-висш разум в самата природа, който ни заповядва какво трябва да се прави и ни забранява обратното“². Друга негова теза е за справедливостта на закона. В него „се съдържат смисълът и значението на избор на справедливото и истинското“. Или иначе казано, законът „представлява постановление, което разграничава справедливото от несправедливото“. По-нататък той разкрива предназначението и ролята

на закона за обществото и държавата. Според него „законите са създадени за благото на гражданите, целостта на държавата и спокойния и щастлив живот на хората“³. Да, това е несбъдната мечта на великите мислители — философи и юристи, от античността до днес. Но както и самият Цицерон отбелязва, приетите закони само се наричат закони, „а не че отговарят на действителността“. Мъдрецът пределно ясно сочи разликата между желаното съдържание и роля на закона и обществената действителност.

Не малко от съвременните теоретици на закона разкриват в дълбочина неговите формални белези, но „пропускат“ да анализират обществените реалности, в които се създава и прилага законът. Съвременните теории за същността на закона, съпоставени с тезите на Цицерон, до голяма степен чрез друг съвременен изказ интерпретират, и то не винаги адекватно, основните теоретични конструкции на древния римски мъдрец.

На следващо място най-общо ще шрихираме тезите за същността и ролята на закона на един от мислителите от епохата на Просвещението — Шарл Монтескьо. На основата на възгледите на древните философи той извежда същността на закона от природата на нещата и човека, добавяйки нов идеен материал. Той извежда своите принципи не от предразсъдъците си, „а от природата на нещата“⁴. Според него „законът изобщо е човешкият разум, доколкото той управлява всички народи на земята; а политическите и гражданските закони на всеки народ трябва да бъдат само частно проявление на този разум“⁵. Под политически и граждански закони той разбира юридическите закони. Първите имат за свой предмет устройството на управлението, а гражданските да поддържат неговото съществуване, т. е. да запазят политическото статукво. Очевидна е дълбочината на съжденията, разкриващи социалната роля на закона. Той, както древните, така и някои от съвременните философи и юристи, не е чужд на идеята за общото благо и справедливостта на обществото, които намират израз в законите⁶. Според него добрият закон се характеризира със своята умереност и разумност. Но законът, както показва опитът, много често е ирационален по съдържание, защото чрез него се постигат групови цели, които нямат нищо общо с разумното управление на обществото.

Особен интерес заслужават възгледите за закона на великия женеВСки гражданин Жан-Жак Русо. Той доразвива идеята за същността на закона като израз на общата воля. Според някои тълкувания идеята на Русо за общата воля не трябва да се смесва с волята на всички членове на обществото, тя е особена воля, израз на правото и справедливостта⁷. Русо обобщава богат изследователски материал, натрупан през вековете, за да формулира основни и сега валидни характеристики на закона, а именно общността на неговия обект и абстрактната уредба на обществените отношения. Според него законът „е общ, както е обща и волята“. „Предметът на законите е винаги общ ...“, а деянията са визирани абстрактно. И като изхожда от идеята за народния суверенитет и пряката демокрация, той приема, че „народът, който се подчинява на законите, трябва да бъде техен автор“⁸. Той вижда ролята на закона като средство за добро управление. Въпреки възможните въз-

ражения по възгледите на Русо безусловно трябва да се признае, че тезата му за общата воля е може би най-убедително аргументирана във философските и юридическите изследвания през вековете. Съвременните теории за общата воля, изразена в закона, не са друго освен повторение на тезите и аргументите на Русо, и то не винаги прецизно интерпретирани.

В епохата на буржоазните революции идеята за общата воля става основен постулат в политическата практика и юридическата доктрина. В чл. 6 на Декларацията за правата на човека и гражданина се прогласява, че „законът изразява общата воля“.

В края на миналия век се обосновава идеята за материалния и формалния закон. Според Лабанд законът във формален смисъл е акт, който изразява в приповдигнат стил волята на държавата. А според Бентам законът изразява „волята на законодателя“⁹. В материален смисъл това е акт, който съдържа правни норми (правила)¹⁰, постановени в общ интерес по отношение на всички. По-късно тези възгледи се доразвиват от теоретиците на правото, като се добавят нови характеристики на закона. Позитивноправната теория отъждествява правовия ред с волята и предполага подчиняване на държавната воля независимо от нейното съдържание¹¹. Това означава, че законът трябва да се изпълнява, независимо че в него може да е заложен произволът. В мнозинството от тези теории акцентът се поставя върху формално-юридическите белези на закона като правен акт, а не на неговата същност. Тезата, че законът изразява волята на държавата, не дава отговор на въпроса какви социални интереси са отразени в държавната воля. Конститутивен елемент на държавата е народът, но народът в държавата не е хомогенна структура.

Марксистката теория приема, че законът изразява определена класова воля, а не волята на цялото общество, на всички негови членове. Като се обръщат към буржоазията, класиците на марксизма заявяват: „Вашето право е само възведената в закон воля на вашата класа — воля, чието съдържание се определя от материалните условия на живот на вашата класа“¹². В съвременните европейски политически и правни доктрини идеята за класовата воля се отхвърля.

Теорията за общата воля може да бъде оспорвана и от чисто формални позиции. Волята е суверенна способност на човека съзнателно да иска и да полага усилия за осъществяване на своите стремежи и интереси. Практически възможно ли е волята на индивида да бъде представлявана или делегирана на друг да я осъществява? Ако приемем, че волята е способност (свойство), присъща на човека, очевидно тя не може да бъде делегирана другиму. Следователно политическите представители в парламента не изразяват в закона чужда воля, те изразяват своята воля, която е обусловена от определени свои или чужди интереси.

И колко е прав Русо, като пише: „волята не може да бъде представлявана: или е самата тя, или е друга. Тук среда няма“¹³. Законът изразява определени интереси. Парламентът със закона одържавява своята воля, която изразява определени социални интереси — общи или групови. Както се отбелязва, „когато една партия

или групировка вземе властта, тя може да превърне своята воля във воля на държавата¹⁴.

Общата воля на народа или на мнозинството от него може юридически да бъде формирана и изразена само от закон, приет чрез референдум. Това не означава, че тази обща воля е аритметичен сбор от индивидуалните воли на всички граждани, изразена с гласуване. В този случай волята на гласоподавателите се проявява като политическа воля на народа.

При внимателното изследване на теориите за закона ще открием различни оценки на характеристиките му. Както видяхме, в античността, а и по-късно той се определя като израз на разума, произтичащ от божественото начало в природата на човека. Несъмнено, в закона трябва да бъде отразен разумът, но не абстрактният, а този, обусловен от типа на обществото, без разума да се откъсва от конкретния социален интерес, който трябва да бъде защитен.

В правната наука, без да се отрича тезата за закона като израз на определена воля, той се характеризира предимно с неговите формално-юридически белези. Този подход е типичен за позитивизма. За да се добие реална представа за закона, е необходимо да бъде преодолян този подход. Позитивистичният подход е формален и не дава възможност да се определят социалните цели и предназначението на закона. И по този начин проблемът се затваря в сферата на съжденията за неговите юридически свойства и се оставят встрани въпросите за същността и предназначението му.

Различните възгледи за закона са субективна оценка на твореца, която отразява неговия светоглед, обусловен от социалната действителност, и неговите личностни, идейни и интелектуални качества. Не рядко обществените реалности се проектират деформирано в теоретичните конструкции за закона. Той придобива желан, но не обективен облик. Но те не променят истинската му същност. Теоретичните концепции за закона трябва да бъдат съизмервани с реалностите, на фона на действително съществуващите обществени дадености — социалното разслоение на обществото, икономическото неравенство, степента на развитие на икономическата и политическата система и т. н. Тезите на позитивистичната школа приличат на картина на художник, който е отразил красиво и лъчезарно не твърде лицеприятна действителност. Да се представя законът, който регулира реално съществуващите обществени отношения като висша изява на справедливостта при икономическото неравенство на индивидите, е несъстоятелно. Изследването в теоретичен план на закона от гледището на позитивизма има за цел да не се допусне в публичното ползрение да бъде видяно реалното му предназначение в обществото и неговата същност.

В своята многовековна история човечеството се е стремяло да създаде общество, управлявано по справедливи закони. Категорията справедливост е продукт на мисловни оценки за обществените отношения, за социалната действителност, а не обективна даденост, произтичаща от същността на човешката природа, както твърдят философи от различни епохи и школи¹⁵. Би било висша проява на човеш-

ки разум създаването на справедливи закони, това обаче е възможно само в социално справедливо общество. В условията на икономически несправедливо общество социално справедливи закони не могат да съществуват. Законите закрепват и утвърждават обективно съществуващите отношения на неравенство. Не съществуват както социални, така и юридически механизми, които да превърнат неравенството в социална справедливост. Законите могат само да го обявят за равноправие.

Общи по съдържание и принципи закони, приложими във всички или няколко различни социални системи, не съществуват. Даже формално-юридическите белези на закона като нормативност, форма, процедура на приемане и т. н. не винаги са били признавани от различните юридически школи. Както е известно, на всеки етап от общественото развитие съществуват различни по съдържание, цели и предназначение правни системи и законодателство. Те са обусловени не от някакви всемирни или божествено предопределени принципи на правото, а от социалните условия на живот. Не без значение обаче са приемствеността и традициите в правото, включително и съществуващата морална ценностна система, равнището на правната и политическата култура на обществото и множество други фактори.

Солон със закон е разделял атинския народ на групи съобразно тяхното имуществено състояние и на това основание те са могли да заемат различни държавни служби. Само най-заможните граждани са били избирани на висши държавни длъжности. Очевидно „не всемирната справедливост“ е била заложена в неговите закони, а нещо стоящо далеч от нея. Същността на закона от Солон до днес значително не се е променила, само откровената несправедливост е придобила завоалирана форма. Историческите типове социално-икономически системи са се редували, без да се променя същността на техните основи — различието в имущественото състояние на социалните групи. Разбира се, в съвременните общества тази груба, демонстративна несправедливост към хората в съответствие с тяхното имуществено положение е туширана с провъзгласения принцип за юридическото им равенство — равенство в правата и задълженията, но законът не премахва реалното неравенство.

Според Марксовата теория законът и отразената в него воля „се определя от материалните условия на живот ...“¹⁶, т. е. от съществуващите отношения на производство и разпределение на благата. Марксовите идеи по разбираеми причини в нашето съвремие са отхвърлени, но с това не бяха опровергани историческите и социалните факти, върху които се основават. С отделни негови тези може да не се съгласим, някои от тях не бяха потвърдени от реалния живот, но идеята за закона като израз на волята на определени социални групи се потвърждава от законодателната практика не само у нас. Това, че някои демократични държави с развита икономика приемат отделни закони за защита на социалните интереси на гражданите, не променя същността на закона в нашето съвремие. Упреците и несъгласието с тези наши оценки са предварително известни. Поддържаното становище

не е идеологически обвързано, а откровен опит да се види реалната същност на закона. Тези възгледи са еретични от позициите на модерните либерални европейски теории за закона. В нашата следдесетоноемврийска правна литература се утвърди възгледът за закона като израз на общата воля.

Нужно е едно уточнение. Теорията за закона като израз на общата воля е необорима и справедлива като идейна конструкция, като идея на разума. Законодателят, особено в едно общество, което претендира, че е демократично, трябва да се стреми да се създават закони, които действително отразяват общата воля, т. е. волята на цялото общество или на мнозинството от неговите членове. Но дали това е обективна възможност и дали законодателят наистина се стреми към това? Нито едното, нито другото. Русо, който най-задълбочено е изследвал проблема за общата воля, приема, че тя не е волята на всички членове на обществото. Той влага по-различно, свое съдържание в понятието „обща воля“. Тази воля не е друго освен волята на общото, на обществото като цяло. Той се стреми да докаже, че „има доста голяма разлика между волята на всички и общата воля: общата воля е насочена към общия интерес, а първата — към частния интерес и е само сбор от частни воли“¹⁷. Не би могло да се оспорва, че в основата на общата воля стои общият интерес. Как иначе може да бъде? Но нима общият интерес може да бъде друго освен интереса на всички, на цялото общество. Мъдрият философ твърде умело подменя нещата, като ги поставя на една плоскост и изкуствено създава взаимна зависимост между тях. Защо според него волята на всички е насочена към частния интерес? Нима всички не са общото? Несъмнено, всеки индивид има частен интерес, но това не е интересът на всички, а интересът на всеки поотделно. Така че разграничаването на общата воля от волята на всички има за цел, противопоставяйки ги, да се докаже, че общата воля в никакъв случай не трябва да се отъждествява с волята на всички. Следователно волята и на отделната личност (монарха) или волята на част от обществото (депутатите), изразена чрез закона, може да бъде обща воля, без да е волята на всички членове на обществото. Общият интерес, отразен в закона, не може да бъде друго, освен интереса на общото, т. е. на цялото, определено като народ.

Идеята за общата воля и общото благо се приема още в първите години от зараждането на българската правна наука. След Освобождението в трудовете на изявени теоретици на правото и конституционалисти като Ст. Киров, Л. Владикин, Ст. Баламезов и др. След промените у нас през 1989 г. мнозинството от теоретиците на правото и на конституционноправната наука преоцениха своите възгледи и възприеха идеята за общата воля като същностна характеристика на закона. Поради разбираеми причини няма да се позовавам на становища на философи, политолози и други, а ще цитирам най-общо само някои теоретични разработки в конституционноправната наука. Въпреки интересните теоретични разработки в тази насока, някои становища са неприемливи или недостатъчно убедителни.

Счита се, че парламентът е призван да тълкува и изразява „общата воля на нацията“⁴¹⁸, приема се, че политическата воля (т. е. волята на парламента) е загрижена за общите ценности и интереси и обединява в себе си общата воля и общото благо¹⁹. Ако това е така, то ще е налице един изключително разумен, обективен, необременен от групови интереси парламент. Такова политическо представителство е възможно само по схемите на „чистата наука“, т. е. като идеен модел, но не и като политическа практика. Т. е. „законите ТРЯБВА да изразяват общата воля“²⁰. ПРЕДПОЛАГА СЕ, че в закона намира израз „общото благо“, което изхожда от обществения интерес. По схемата на Русо за общия и индивидуалния интерес, но вече не противопоставяйки ги, се приема, че „общото благо“ интегрира благо на индивида с общото благо²¹. На друго място се приема, че законите трябва (желателно е) да произтичат от „общото съгласие“ и да се създават в полза на „публичното благо“²². Но заедно с това се констатира, че „при съвременния парламентарен режим мнозинството обикновено налага своята воля в законодателния процес“²³. Тогава къде е общото съгласие „в полза на „публичното благо“, дали това мнозинство се стреми към общото благо и дали в закона то изразява общия интерес на нацията? Отговорът е известен.

Някои от изложените възгледи са известни от епохата на Просвещението и буржоазните революции, които сега се допълват с нови аргументи и често са друг техен вербален израз. Тези становища, формулирани като постулати, имат един недостатък. Те представляват виртуален модел на тезата за общата воля, изразена в закона, т. е. неговия желан като идея модел, който обаче съществено се различава от реалното съдържание на закона. Това личи от самите словесни формули на тезите, че законът **трябва** или **се предполага**, че отразява общата воля. За науката не е без значение това как би трябвало да изглежда идейно проектираният модел на закона. Но значение за обществото има преди всичко неговото реално съдържание, същност и роля като регулатор на съществуващи обществени отношения, а не само неговият теоретичен модел.

В правната книжнина широко се дискутира феноменът „тиранията на мнозинството“ в парламента, т. е. налагането на волята на мнозинството, без да се зачитат интересите на опозицията. Законът, приет при режима на „тиранията“, ще бъде ли израз на общия интерес, който обуславя общата воля? Положителният отговор, даван от доктрината, се основава на постулата, че парламентът изразява общата воля, независимо каква част от депутатите подкрепят закона, т. е. независимо от това каква част от носителят на суверенитета — народът, стои зад мнозинството в парламента. Този подход е спекулативен и е предназначен да докаже, че законът изразява не някакви партийни или групови интереси, а общия интерес на нацията, юридизиран като обща воля. Логично е да бъде изтъкнат контрааргументът за възможността волята на мнозинството да не е на отделната личност, вярно да отразят общия интерес. Да, така е, но дали мнозинството в парламента, приемайки закона, поставя общия интерес над партийния? Това, че всяка управляваща политическа сила претендира да е единствен изразител на общите интереси на нацията

та, е несъстоятелно. Управляващите са принудени да заявят тези претенции, за да оправдаят господството си чрез властта.

Общата воля е възможна само доколкото нацията има общи интереси — да съхрани своята държавност, териториална цялост, национален идентитет, сигурност, просперитет и други общозначими ценности от най-висока степен. Даже и в тези сфери партийните интереси обикновено имат приоритет над общонационалните.

Ако реално общата воля е възможна, тя ще съществува в общество, което не е разслоено на социални групи на основата на имущественото неравенство. Но такава политическо общество не е възможно. Имущественото неравенство съществува, то е реално и може да бъде оправдавано, аргументирано, обявявано за естествено състояние на индивидите в обществото и т. н. Щом е така, налице са и различни интереси, и то антагонистични. Различието в интересите изключва наличието на обща воля. Колко обективен е Л. Дюги като пише: „Обществена воля, народен суверенитет, колко думи без значение, колко софизми, с които управляващите искат да забулят очите на управляемите ...“²⁴. Може да бъде отправено обвинение, че тези възгледи водят до противопоставяне на социалните групи. Дали ще признаем или не социалното противоречие, то съществува. Идеята за общата воля има за цел да бъдат прикрити тези противоречия и да се изгради архитектурата на „общото благоденствие“. Очевидни са различните изходни предпоставки и подходи към идеята за общата воля. Идеята за „общата воля“ и „общото благо“ могат да бъдат израз на стремежа на човешкия разум за изграждане на едно справедливо общество, основаващо се на общите интереси, но това не са реалностите в съществуващите общества.

В рамките на това кратко изложение е немислимо да се навлезе в детайлите на теоретичните конструкции за общата воля и възраженията срещу тях. Дискусията и аргументите имат смисъл само ако се изостави постулатът за „неоспоримото твърдение“, че законът, независимо от неговото съдържание, цели и роля за уредбата на обществените отношения, е израз на обществената воля. Да вземем за илюстрация реституционните закони, известни като законите „Лучников“. Не става въпрос за оспорване на тяхната справедливост или конституционното им основание, а чий интерес е отразен в тях — груповия или обществения? Известен е аргументът, че тези закони възстановяват справедливостта, нарушеното право на собственост и наследяване и т. н. Даже и да приемем, че е така, те отразяват и обслужват икономически интереси на точно определени групи граждани, като това става за сметка на обществото и трети лица. Ако тези закони са израз на общата воля, тъй като са приети от парламента, то същото качество имат и законите за национализацията от 1947 г. Те са юридически оправдани. И едните, и другите имат за своя основа определена идеология, реализирана чрез съответна държавна политика и поради това са в еднаква степен юридически обосновани. Друг е въпросът, че една социална прослойка или партия, станала управляваща, обявява политиката на друга за несправедлива или обратно. Доказателство за това, че законът отра-

заява определени интереси на по-малки или по-големи социални страти, е многообразието и антагонизмът на историческите типове правни системи и законодателства.

Друг конкретен аргумент в подкрепа на поддържаната теза откриваме в Закона за собствеността и ползването на земеделските земи. Той е приет от парламент, доминиран от БСП, след това беше изменен от 36-то Народно събрание, доминирано от СДС, по-късно тези изменения бяха отменени от 37-то Народно събрание от мнозинството на БСП, а тези негови изменения бяха отменени от мнозинството на ОДС в 38-то Народно събрание. Логичен е въпросът кое Народно събрание е изразител на общата воля на нацията. Получава се така, че различните воли на четирите парламента, отразени в закона, са обща воля, въпреки че измененията взаимно се изключват. Очевидно различни икономически интереси са отразени в закона.

Тезата за закона като израз на общата воля, поддържана през вековете от различни философски и юридически школи, е трудно защитима като практика на законодателните органи. Законите са израз на „общата воля“ само в оценките на парламентарното мнозинство, независимо от неговата политическа ориентация. Волята е обща не защото изразява интересите на нацията, а защото парламентарното мнозинство представя своите интереси, отразени в закона, като общонационални.

Само в теоретичните модели законът е проява на общата воля, а в реалния закон тя винаги е воля на социалната група или политическа сила, зад които стоят точно определени икономически интереси. Законът е предназначен да ги защити и гарантира, обявявайки ги за интереси на обществото.

Всяка политическа сила, борейки се за власт, обявява в своите предизборни програми, че ще води политика за осъществяване на националните интереси и за управление в името на общото благо. Идвайки на власт, тя е длъжна чрез законите да удовлетворява не само, а предимно интересите на своите привърженици. Тя е принудена да прави това, за да има и в бъдеще тяхната подкрепа. Тя е длъжна да прави това и поради обстоятелството, че самото парламентарно мнозинство в по-голямата си част се състои от индивиди от една политическа или социална група, които имат икономически интереси от приемането на „необходимите закони“.

Тези изводи и аргументи са в явно противоречие с „разумните“ и „справедливите“ идеи за общата воля и общото благо. Но за съжаление обществото все още не е съградено и не функционира в съответствие с привлекателните теоретични схеми.

Изложените тук мисли за закона вероятно изглеждат твърде консервативни. Да се възразява срещу господстващите във философията и юриспруденцията възгледи, е неблагоприятно занимание. „Най-сериозното“, но и най-повърхностното об-

винение ще бъде, че те са враждебни на демократичните ценности, на достиженията на съвременната европейска правна наука. Най-убедително „опровержение“ на тези мисли ще бъде обявяването им за марксистки и поради това нямащи право на съществуване и признание в модерната юридическа наука. Вероятно тези възгледи ще получат твърд научен отпор. Те са емоционално и идеологически лесно оборими, особено у нас, откривайки в тях рецидив на вече „остарели“ и отречени теории. В заключение още един път е необходимо да се подчертае, че това е опит да се види действителната, а не само теоретичната, идейна същност и социалното предназначение на закона.

БЕЛЕЖКИ

1. Aristotel, *La politique*, p. 139.
2. Цицерон, М. Т., *За държавата, за законите*, 1994, с. 134.
3. Цицерон, М. Т., цит. съч., с. 155–160.
4. Монтескьо, Ш., *За духа на законите*, 1984, с. 49.
5. Монтескьо, Ш., цит. съч., с. 59.
6. Монтескьо, Ш., цит. съч., с. 29.
7. Торбов, Ц., *История и теория на правото*, С., 1992, с. 131.
8. Русо, Ж. Ж., *Избрани съчинения*, т. 1, С., 1988, с. 112–113.
9. Бентам, *Тактика законодателных собраний*, С. Пб., 1907, с. 79.
10. Баламезов, Ст., *Конституционно право, част втора*, С., 1945, с. 13–14.
11. Тропер, М., *Една юридическа теория на държавата*, С., 1998, с. 165.
12. Маркс, К., Ф. Енгелс, *Манифест на комунистическата партия*, С., 1954, с. 56.
13. Русо, Ж. Ж., цит. съч., с. 171.
14. Владикин, Л., *Организация на демократичната държава*, С., 1992, с. 224.
15. Сократ, Аристотел, Платон, Цицерон и други мислители утвърждават идеята за справедливостта като природно качество на човека, като характеристика на неговата същност. Русо приема, че идеята за справедливост иде от бога, а Монтескьо – че тя произтича от „природата на нещата“, т. е. че тя е обективна даденост. Кант обявява справедливостта и равенството за основа на правото и т. н.
16. Маркс, К., Ф. Енгелс, цит. съч., с. 56.
17. Русо, Ж. Ж., цит. съч., с. 103.
18. Близнашки, Г., *Основни принципи на парламентарното управление*, сп. *Правна мисъл* бр. 3/1994 г.
19. Близнашки, Г., *Форма на държавата*, С., 1999, с. 25.
20. Близнашки, Г., *Функции на Народното събрание: политически и конституционни измерения*, сп. *Съвременно право* бр. 1/1995.
21. Близнашки, Г., *Форма на държавата*, С., 1999, с. 28.
22. Близнашки, Г., *Принципи на парламентарното управление*, С., 1997, с. 21.
23. Близнашки, Г., *Парламентарно управление в България*, С., 1995, с. 62.
24. Daugit, L., *Manuel de droit constitutionnel*, P., 1918, s. 93.

ЗА НЯКОИ ОСОБЕНОСТИ ПРИ ПРЕХВЪРЛЯНЕТО, НАСЛЕДЯВАНЕТО, ЗАЛАГАНЕТО, СЪСОБСТВЕНОСТТА И РАЗДЕЛЯНЕТО НА ДРУЖЕСТВЕН ДЯЛ В ООД

Светлин Кънев

Дружественият дял като предмет на правоприемство

В Търговския закон няма определение за дружествен дял. В правната литература има голямо богатство на използваните определения и на съдържанието, което се влага в тях. Предметът на настоящата статия е друг, но той изисква, макар и накратко, да се изясни първо този въпрос. Делът или основният дял е онази част от капитала на дружеството (по чл. 117, ал. 1 ТЗ), която поема съдружникът с договора и за която над него тежи задължението за вноски по чл. 120 ТЗ. Основният дял е постоянна величина и точно затова той е базата, ако няма уговорено друго в договора, върху която се определят правата и задълженията на съдружниците. *Дружественият дял е променлива величина.* Той е част от имуществото на дружеството, докато то съществува — чл. 133 ТЗ. Тук имущество е употребено в широката смисъл на понятието — като съвкупност от права и задължения. Именно този имуществен комплекс е предмет на прехвърляне, наследяване, залагане, съсобственост и делба, разделяне, принудително изпълнение¹. Делът в капитала или участието² са само базата за изчисляване на стойността на дружествения дял — за първото, или илюстрация на положението на собственика на дела — за второто.

I. Прехвърляне на дружествен дял.

1. Какво се прехвърля. Според чл. 129, ал. 1, изр. 1 ТЗ: „Дружественият дял може да се прехвърля ...“. Цитираната разпоредба прави излишни споровете, подети от някои автори, за това дружественият дял ли се прехвърля или нещо друго³. Остава въпросът за съдържанието. Съмненията, че ако предмет на прехвърляне е целият комплекс от права и задължения, това ще е квота от едно замразено състояние на имуществото на дружеството, са неоснователни. Дружественият дял е по стойност променлива и динамична величина. Това обаче не трябва да навежда на мисълта, че договорът с такъв предмет ще бъде алеаторен. Вярно е, че с дружествения дял се прехвърлят не само права, но и задължения. Но имущественият комплекс, който те съставляват⁴, е оценяем. При формирането на цената от значение ще бъдат и прогнозите и очакванията за бъдещите резултати на дру-

жеството, както и такива фактически положения, като пазарен ареал, постоянни контрагенти и др. под. Всичко това показва, че прехвърлянето на дружествен дял е нещо повече от прехвърляне на отделни имоти или права, или задължения. Това е, както точно се изразява О. Герджиков, прехвърляне на една *universitas iuris*⁵.

2. Свобода на прехвърлянето. За режима на прехвърлянето не е безразлично кой е приобретателят. Макар и определяно като капиталово, ООД притежава много от чертите на персоналните дружества. Една от тях е затвореният характер на дружеството. Прехвърлянето на дружествен дял на трети лица се извършва при спазването на изискванията за приемане на нов съдружник — чл. 129, ал. 1, изр. 2 *in fine* ТЗ. Тези изисквания са посочени в чл. 122, 137, ал. 1, т. 2 и чл. 137, ал. 3 ТЗ. Решението се взема от общото събрание с единодушие. Тъй като преценката е по целесъобразност и зависи от личните качества на всеки отделен приобретател, респ. кандидат за член, разрешението за прехвърляне на дружествения дял се дава за всеки конкретен случай. За останалите съдружници е от значение не толкова това, че някой ще напусне дружеството, колкото това, кой ще стане съдружник на негово място. „Отварянето“ на дружеството още при учредяването или по-късно с подобна уговорка в дружествения договор е недопустимо⁶. То би влязло в противоречие с персоналните елементи от уредбата на ООД и би накърнило целената от законодателя закрила на дружеството. Възможно е обаче с дружествения договор да бъде утежнен режимът на прехвърляне на дружествен дял, тъй като това ще върви не срещу, а в посоката на защита, начертана от законодателя. За право-приемника могат да бъдат предвидени условия, на които трябва да отговаря, а може и напълно да бъде забранено прехвърлянето на дружествен дял, респ. приемането на нов съдружник.

Другояче стои въпросът при прехвърлянето на дружествен дял между съдружници. То става свободно — чл. 129, ал. 1, изр. 2, предл. 1 ТЗ. Това означава, че не се изисква съгласието на общото събрание. Някои съмнения и въпроси поражда прехвърлянето на част от дял между съдружници, но това ще бъде разглеждано по-долу.

(Не) свободата на прехвърляне поставя и още един въпрос — е ли злоупотреба с право недаването на съгласие от общото събрание. Трудно е да се даде категоричен отговор. Злоупотребата с право е поначало мъчно доказуема. Основният критерий е има ли интерес лицето да упражни даденото му от закона право. В случая интерес за общото събрание, т. е. за останалите съдружници да не дадат съгласие за прехвърлянето могат да бъдат обстоятелства като лош имидж на приобретателя, противоречиви търговски интереси и др. под. Но желаещият да купи дружествения дял може да бъде напълно непознато лице или дори такова с отлични препоръки, добре известно в търговските среди и въпреки това, поради някои особености във вътрешните отношения между съдружниците, те да не желаят влизането му в дружеството. Преценката е при всички случаи по целесъобразност и, според мен, за злоупотреба с право тук не може да се говори.

3. Прехвърляне на част от дружествен дял. В Търговския закон няма изрична уредба за прехвърлянето на част от дружествен дял. До тази възможност и до правилата, по които тя следва да се осъществи, се стига по тълкувателен път. На първо място, допустимо е прехвърлянето на идеална част от дружествения дял. Когато тя се прехвърля на трето лице, ще се стигне до позволената от чл. 132 ТЗ съсобственост на дял. Влизането на нов член в дружеството по този начин е най-„безболезнено“. Съсобствениците отговарят солидарно за задълженията на дела, така че ще се запази гаранцията от личността на първоначалния собственик. От друга страна, макар и с един съдружник повече, квотите в общото събрание ще останат непроменени. Възможно е, на второ място, и прехвърлянето на реална част. Щом е позволено прехвърлянето на целия дял, *per argumentum a fortiori* ще трябва да приемем и по-малкото. Още повече, че чл. 131 ТЗ изрично разрешава разделянето на дружествения дял. За целта е необходимо съгласието на всички съдружници, освен ако е уговорено друго. Но дори и да има противна уговорка, прехвърлянето и на идеална, и на реална част се извършва като прехвърлянето на целия дружествен дял, т. е. при спазването на правилата за приемане на нов съдружник, а там така или иначе се изисква единодушие на общото събрание.

Прехвърлянето на дружествен дял между съдружници е свободно. Логично изглежда да става свободно и прехвърлянето на част от дял между съдружници. Последното обаче, когато се прехвърля реална част, води до разделянето на дружествения дял, а това се допуска, както се каза по-горе, само със съгласието на всички съдружници — чл. 131 ТЗ. Излиза, че по-голямото може, а по-малкото — не. Не дава решение и възможността да се прехвърлят идеални части. На външно лице да — по реда за приемане на нов съдружник. Но на съдружник прехвърлянето на идеална част е невъзможно. Неестествено и недопустимо е съдружникът да има един дял самостоятелно и идеална част от друг дял в съсобственост⁷. Следователно между съдружници може да се прехвърля само реална част от дружествения дял. Решението е може би в прилагането по аналогия на чл. 129, ал. 1, изр. 2 ТЗ — свободното прехвърляне на дял ще се отнесе и за частта от дял. Но по този начин не може да се игнорира разпоредбата на чл. 131 ТЗ. Ако последният се отнасяше само за разделянето на дела с цел едната част да се продаде на трето лице, то той би бил излишен, тъй като външното лице може да стане съдружник само по реда за приемане на нов такъв, а в този ред изрично се изисква единодушното съгласие на съдружниците. Тогава чл. 131 ТЗ ще важи и при прехвърляния между съдружници. Намираме се пред колизия на нормите на чл. 129, ал. 1, изр. 2 и чл. 131 ТЗ, дължаща се може би на недостатъчната прецизност на законодателя. Спасението е в диспозитивния характер на чл. 131 ТЗ. Би могло — като друго — да се уговори, че когато се извършва с цел да се прехвърли част от дружествения дял от един съдружник на друг, разделянето се прави свободно.

4. Форма на прехвърлянето. Вписване. Отговорност. Член 129, ал. 2 ТЗ поставя като форма писмен договор с нотариална заверка на подписите и вписване в търговския регистър. Теорията е единодушна, че това е форма за действителност.

На общо основание предписанието на цитираната разпоредба ще важи както за прехвърлянето на целия дружествен дял, така и за прехвърлянето на част от него (независимо дали е идеална или реална) и както за прехвърлянето на трето лице, така и за прехвърлянето между съдружници. Не е достатъчно, както се опитват да практикуват много търговци, да се проведе общо събрание и в протокола да се запише, че един съдружник напуска дружеството, а друго лице се включва с дял от капитала, равен на този на напускащия; нито пък, че един или няколко съдружници „изкупуват“ дела на напускащия. И в двата случая става въпрос за прехвърляне на дял на нов член или на друг съдружник. И в двата случая е задължителна формата по чл. 129, ал. 2 ТЗ⁸.

Прехвърлянето на дружествения дял се вписва в търговския регистър — чл. 129, ал. 2 in fine ТЗ. Вписването не е конститутивно. То има оповестително действие. Но по отношение на трети добросъвестни лица прехвърлянето се смята недействително, ако не е вписано. На вписване подлежи прехвърлянето на дял или част от дял на нов член и прехвърлянето на дял от един съдружник на друг. Единствено при прехвърлянето на част от дружествен дял, и то между съдружници, няма да стои изискването за вписване в търговския регистър⁹.

С прехвърлянето на дружествения дял върху правоприемника преминават припадащите му се не само права, но и задължения. Щом имаме нов носител на задълженията, трябва да освободим от тях стария. Законодателят обаче е предпочел интересите на дружеството пред тези на напускащия съдружник и на неговия правоприемник. Член 130 ТЗ предвижда за тях солидарна отговорност за дължимите вноски в капитала на дружеството, съответни на дела при прехвърлянето му. Без значение е дали прехвърлянето се извършва на трето лице или на съдружник. Няма основание да не се приложи солидарната отговорност и при прехвърлянето на част от дружествения дял.

II. Наследяване на дружествен дял.

1. Видове. Наследяването на дружествен дял е уредено от ТЗ изключително пестеливо. В чл. 129, ал. 1, изр. 1 ТЗ законодателят се задоволява само да посочи възможността да се наследява. Това може да стане *по закон* или *по завещание*. За последиците от наследяването практически няма значение начинът, по който възниква правоприемството, така че по-долу ще се говори общо, като казаното ще важи и за двата вида.

2. Последици от смъртта на съдружника. Положение на наследника. Основният въпрос, който поставят авторите, работили по този проблем, е дължно ли е общото събрание да приеме, респ. може ли да откаже на наследника да встъпи в членствените правоотношения на своя наследодател с дружеството. Досега нито теорията, нито практиката са стигнали до категорично и единодушно мнение по поставения въпрос по една причина — разглеждат статута на наследника преди да изследват преките последици от смъртта на съдружника.

При наличието на някои типични за капиталовите дружества характеристики в уредбата на ООД липсва прекратително основание, като това в чл. 93, т. 4 ТЗ за

СД, респ. за КД (за последното — само за съдружниците с неограничена отговорност). В чл. 154, ал. 1 ТЗ смъртта на съдружник не е посочена. И все пак тя не е факт, ирелевантен за правния мир. Макар и не за дружеството, смъртта е прекратително основание за участието на съдружника — чл. 125, ал. 1, т. 1 ТЗ. При това разпоредбата не се интересува от това има ли съдружникът наследници или не. За да си изясним по-добре последиците от прекратяването на участието, да направим едно сравнение. Какво става при прекратяване на участието на съдружник на друго основание? Първо, разкъсва се връзката между него и дружеството във вида ѝ на членство. За бившия вече съдружник отпадат задълженията да участва в управлението на дружеството, да оказва съдействие за осъществяване на неговата дейност, да изпълнява решенията на общото събрание. Отпадат и правата му — да участва в управлението на дружеството, да бъде осведомяван за хода на дружествените дела, да преглежда книгата на дружеството. Всички тези права и задължения са неприсъщи на едно външно за дружеството лице. Остават обаче някои имуществени права и задължения, които прекратяването на участието на съдружника не погасява по право. Те трябва да бъдат уредени. Това са задължението да изплати или внесе дяловата си вноска, правото на участие в разпределението на печалбата (то се трансформира в правото да бъде включена печалбата по счетоводния баланс към края на месеца в стойността на ликвидационния дял) и правото на ликвидационен дял. Имууществените отношения, породени от тези права и задължения, се имат предвид от чл. 125, ал. 3 ТЗ, когато казва, че имуществените последици се уреждат въз основа на счетоводен баланс към края на месеца, през който е настъпило прекратяването. Окончателното им уреждане е втората последица от прекратяването на участието на съдружника във вида му на дружествен дял. Да се върнем сега на разглежданата хипотеза — как стоят нещата при прекратяване на участието вследствие смърт на съдружника. И тук последиците са същите. Първата възниква с още по-голяма категоричност поради естеството на прекратителното основание. Членственото правоотношение е прекратено, то вече не съществува. Всички права и задължения, които са го регламентирали, се погасяват **ex lege**. Що се отнася до втората последица, то имуществените отношения ще бъдат уредени между дружеството и наследника на съдружника.

Така стигаме естествено до положението на наследника спрямо дружеството. Сега вече, вземайки предвид изложеното дотук, се вижда, че поставеният в началото въпрос е неправилен. Безпредметно е общото събрание да дава съгласие или да отказва на наследника да замести наследодателя в членственото правоотношение, тъй като заместване може да има само в правоотношение, което съществува, а както изяснихме, със смъртта на съдружника членството му се прекратява **ex lege** — чл. 125, ал. 1, т. 1 ТЗ. Така че, ако има наследник, който желае да „замести“ наследодателя си, това ще стане по реда за приемане на нов съдружник¹⁰. Единствената претенция, която ще има наследникът по отношение на дружеството, ще бъде вземането за стойността на дружествения дял на своя наследодател¹¹,

разбира се, срещу задълженията — ако има такива — на последния към дружеството.

3. Придобиване право на членство. Правото на членство се придобива, като се следва процедурата за приемане на нов съдружник — чл. 122 ТЗ. Редът е един и същ за всеки кандидат. Някои автори са на различно мнение¹². Според тях въпросът може да се разреши в дружествения договор. Той обаче не може да изпълни задачата да ограничи кръга от наследници например¹³. По същата причина не може да посочи и кои наследници могат да встъпят в членство. Твърди се още, че придобиването на членство при липса на законови пречки и ограничения в дружествения договор е своеобразна „опция в полза на наследника“ и единствено от неговата воля зависи дали да се възползва от нея¹⁴, т. е. общото събрание не може да откаже на наследника приемането му за съдружник¹⁵. Но тази теза има някои слабости. Говори се за „приемане“, а всъщност се прокарва разбирането за налагане на дружеството на новия член. Също се цитира чл. 122 ТЗ, но само в частта му, че новият съдружник приема условията на дружествения договор. Но чл. 122 ТЗ е категоричен в първото си предложение, че **нов съдружник се приема от общото събрание**, като това стои във връзка с правомощията на последното по чл. 137, ал. 1, т. 2 ТЗ. Тези разпоредби са от императивен характер и не могат да се дерогират с дружествения договор, а точно това би се получило, ако общото събрание е обвързано от уговореното в договора встъпване, респ. от липсващите в договора ограничения, и само формално „приема“, потвърждава волята на наследника. Напротив, на общото събрание трябва да се признае правото свободно и необвързано да преценява целесъобразността от приемането на всеки нов съдружник, съобразявайки се само с евентуални *допълнителни, непротиворечащи на закона* условия в учредителния договор. Разбира се, общото събрание или дружественият договор не могат да ограничават наследствените права на наследника или даже да изключват наследяването. Но тези наследствени права, що се отнася до участието на наследодателя в ООД, ще бъдат **единствено имуществени**. Това е формулирано изключително точно в цитираното опр. 464/96/V, Б 96 XII 17: „Наследяването на дружествения дял, посочено в чл. 129, ал. 1 ТЗ, не означава наследяване на членствените права, тъй като те са по-широко понятие и включват освен дял от имуществото на дружеството — чл. 127 ТЗ, още и лични имуществени и *неимуществени* (к. м. — С. К.) права — чл. 123 ТЗ, които не се наследяват. Наследникът има право само да получи дружествения дял на починалия съдружник от дружеството и *само по волята на общото събрание може да бъде приет за съдружник в дружеството* (к. м. — С. К.).“

III. Залагане на дружествен дял.

1. Правна уредба. ТЗ не взема отношение по въпроса може ли дружественият дял да се залага като обезпечение за задълженията на съдружника. От приемането му през 1991 до 1997 г. отговорът се търсеше по тълкувателен път. Но на 01. 04. 1997 г. влезе в сила Законът за особените залози, който изрично разреши въпроса, посочвайки в чл. 4, ал. 1, т. 2 като имущество, което може да се залага, „дружест-

вени дялове от събирателни и командитни дружества, командитни дружества с акции и *дружества с ограничена отговорност*“. В чл. 19, ал. 1 ЗОЗ се указва формата на учредяване на залога, а в чл. 45 ЗОЗ — начинът, по който се извършва изпълнението върху дружествен дял и, макар че уредбата е оскъдна, тя все пак постави основа в позитивното право, върху която да се изгради институтът на залог на дружествен дял.

2. Предмет на залога. Законът изглежда ясен — залага се дружественият дял. Има нужда обаче от някои уточнения. Залогодателят трябва да е собственик на имуществото, върху което учредява залог. Така е и при обикновения, и при търговския залог. Дори в предвидените особени хипотези на ЗОЗ, имуществото е винаги собственост на залогодателя. С едно изключение — залогът на дружествен дял. При него се залага не участието в дружеството, а неговото имуществово изражение. Това е видно и от разпоредбата на чл. 45, ал. 1 ЗОЗ, която препраща към чл. 125, ал. 2 ТЗ, уреждаща прекратяването на участието на съдружника. Следователно заложният кредитор ще се удовлетвори от стойността на дружествения дял на съдружника-длъжник, след като последният напусне дружеството. Но към момента на учредяване на залога въпросното имущество не е собственост на съдружника, а на дружеството¹⁶. Дори вноските в капитала, направени от съдружника, не са негова собственост и той няма вземане срещу дружеството нито за тях, нито за припадащия му се дял. Това вземане възниква едва с прекратяване на участието в дружеството¹⁷. Не мисля, че дружественият дял може да се определи съвсем точно и като бъдещо имущество по чл. 4, ал. 2 ЗОЗ. Много по-добре се вписва в това определение бъдещата реколта например, но можем да си позволим едно по-разширено тълкуване. И все пак, не трябва да се правят изводи, че залогът на дружествен дял е с невъзможен предмет или че е неприложим. Напротив — законът изрично го е предвидил. Но в случая залогодателят учредява залог върху *имущество, което ще му принадлежи в бъдеще*, и то при сбъдването на определено условие, а именно прекратяване на участието му в дружеството. За заложния кредитор това не трябва да създава притеснения, тъй като точно той е този, който може да предизвика сбъдане на условието, предприемайки действията по чл. 45, ал. 1 ЗОЗ. Ако трябва да характеризираме залога от чисто теоретична гледна точка, и то с една по-свободна формулировка, можем да го определим като залог с по-особен предмет в сравнение с особените хипотези на ЗОЗ.

3. Учредяване на залога. Форма. Залогът на дружествен дял се учредява с договор, сключен в писмена форма с нотариална заверка на подписите — чл. 19, ал. 1 ЗОЗ. Формата е за действителност. За валидността на залога не е необходимо и решение на общото събрание. За последното могат да се наведат два довода. *Първо*, към момента на учредяване на залога съдружникът залага на практика (формално) чуждо имущество — това на дружеството. Изглежда естествено в такъв случай да е необходимо неговото (на дружеството) съгласие. Не трябва обаче да се греша — не дружеството учредява залога като обезпечение на задължението на своя член, а самият съдружник, и то *като собственик на дела*. *Второ*, имайки

предвид целта на залога — да служи за обезпечение на вземането на кредитора — следва, че при неизпълнение от страна на съдружника-длъжник неговият дружествен дял (или имущество на такава стойност) ще бъде изваден от имуществото на дружеството като пряка последица от прекратяването на участието на съдружника. Но за да може да се впише промяната в търговския регистър, трябва да са уредени и имуществените отношения между дружеството и съдружника¹⁸. Това обикновено става или чрез действия, или предизвиква като резултат последици, за които се изисква решение на общото събрание — прехвърляне на дружествения дял на нов член, намаляване на капитала, внасяне на допълнителни парични вноски. И все пак това е решение на един последващ етап и не би могло то да се „подсигурява“ с предварително решение за даване на съгласие от общото събрание за залога. Също както не се изисква разрешение от общото събрание, за да може съдружникът да направи предизвестие по чл. 125, ал. 2 ТЗ.

4. Действие на залога спрямо трети лица и спрямо съдружника-залогодателя. Учреденият залог на дружествен дял по реда на ЗОЗ е противопоставим на трети лица след вписване в търговския регистър по партидата на дружеството — чл. 12, ал. 1 ЗОЗ във вр. с ал. 3 на същия във вр. с чл. 19, ал. 2 ЗОЗ. Но между съдружника-длъжник, учредяващ залога, и залогоприемателя, действието е от сключването на договора в предвидената от чл. 19, ал. 1 ЗОЗ форма. По-деликатен е въпросът могат ли да се разглеждат като трети добросъвестни лица останалите съдружници и самото дружество. Щом за валидността не е необходимо решение на общото събрание, значи е възможна хипотезата залогът да остане за определен период неизвестен за тях. От друга страна, вписването, което трябва да се извърши, според чл. 494, б. „а“ ГПК не може да бъде поискано нито от залогоприемателя, нито от съдружника-длъжник, учредяващ залога (освен ако последният не е от кръга на оправомощените лица). Следователно един от тях ще трябва да се обърне към управителя на дружеството, за да поиска той вписване на залога. Но това е предпоставка за евентуални обструкции за двете страни и особено за залогоприемателя. Ако управителят откаже да поиска от съда вписване на залога, ще бъде нарушена сигурността в гражданския оборот и дискредитирана гаранционната функция на залога. Затова правната логика изисква инициативата за вписване на залога на дружествен дял да бъде дадена в ръцете на зложния кредитор. В такъв случай до момента на вписване на залога останалите съдружници, респ. самото дружество, могат да се считат за трети добросъвестни лица.

По отношение на съдружника, залогът му отнема възможността да прехвърля (целия или част), да разделя, да залага отново дружествения дял, т. е. лишава го от всякаква разпоредителна власт с имуществените права във връзка с дела. Но личните, контролните и защитните права като: правото да участва в управлението на дружеството, да преглежда книгата, да бъде осведомяван за дружествените дела, правото на защита по чл. 71 и чл. 74 ТЗ и особено правото на глас остават за съдружника-залогодателя.

5. Удовлетворяване на заложния кредитор от дружествения дял. Последници. Ако кредиторът не получи изпълнение, има право да „отправи изявление за прекратяване на участието на залогодателя в дружеството със заложения дял съгласно чл. 125, ал. 2 ТЗ“ — чл. 45, ал. 1 ЗОЗ. За сравнение, при СД и КД интервенцията е много по-драстична — там изявлението е за прекратяване на самото дружество по реда на чл. 96 ТЗ. Това се обяснява с персоналния характер на тези дружества, докато наличието на елементи на капиталовите дружества в ООД предполага този диференциран подход на законодателя.

Също както при напускане по инициатива на съдружника, след изтичане на тримесечния срок от предизвестията участието му се прекратява. За да може да настъпи прекратяването и да бъде вписано това обстоятелство, не е необходимо решение на общото събрание¹⁹, но трябва да бъдат уредени имуществените отношения между дружеството и — в случая — заложния кредитор. Ако съдружникът-длъжник е имал задължения към дружеството, те ще бъдат прихванати от дружествения му дял. Заложният кредитор ще може да се удовлетвори от останалото чисто имущество. По силата на залога той има право на предпочитително удовлетворение от дружествения дял на съдружника-длъжник пред останалите кредитори, но не и пред дружеството за вземанията на последното към съдружника.

От прекратяването на участието на съдружника по реда на чл. 125, ал. 2 ТЗ настъпват и последици, касаещи изключително дружеството. Освен напускането на един от членовете му, от имуществото на дружеството се изважда такова, равностойно на дружествения дял, върху който е предприето изпълнение. Това може да свали основния капитал под изискуемия минимум, може да наложи правенето на допълнителни вноски, да доведе до решение за приемане на нов съдружник и др. п. Във всеки конкретен случай дружеството ще решава по целесъобразност как да се справи с възникналите проблеми²⁰.

IV. Съсобственост на дружествен дял.

1. Възникване. Съсобствеността е институт на вещното право. С оглед обаче на особения характер на дружествения дял като имущество, неговото съпритежание е предмет на специална уредба. Все пак, в случаите, когато не противоречат на нормите, дадени в ТЗ, ще намерят приложение и тези на ЗС. Възможността един дял да принадлежи на няколко лица е предвидена в чл. 132 ТЗ. Законът не посочва начина, по който може да възникне съсобствеността, но това не е нужно — може да бъде всяка хипотеза, водеща до съсобственост върху имущество въобще. На първо място, възможно е още при учредяване на ООД *един дял да бъде поет от две или повече лица*. Друг, дори по-често срещан случай, е *наследяването на дружествен дял от няколко лица*, последвано от съгласие (единодушно решение) на общото събрание да бъдат приети за членове. Възможно е, както се каза по-горе, до съсобственост да доведе *прехвърлянето на идеална част от дружествен дял на трето лице* (пак с процедура за приемане на нов член). Но независимо от това как е възникнала съсобствеността, отношенията между съсобствениците и между тях и дружеството са едни и същи.

2. Разпределение на правата и задълженията между съсобствениците. Отношения между съсобствениците и между тях и дружеството. От задълженията на всеки съдружник да участва в управлението на дружеството, да оказва съдействие за осъществяване на неговата дейност — чл. 124 ТЗ, следва и разпоредбата на чл. 132 ТЗ, че правата при съсобственост се упражняват само съвместно. Всички съсобственици заедно ще представляват „един съдружник“ в ООД. Това са норми, извикани на живот от персоналните елементи в характера на ООД, в което участието в дружествените работи е не само право, но и задължение. Уредбата на чл. 132 ТЗ се различава от тази за обикновената съсобственост, дадена в чл. 31 и 32 ЗС. Съсобствениците на дружествен дял не могат да упражняват правата по него поотделно; нито да го експлоатират, заплащайки обезщетение за частта на останалите съсобственици; нито да го управляват с мнозинството на имащите повече от половината собственост. Но затова пък, ако не е уговорено друго, ще се приложат именно разпоредбите на ЗС при определяне на частите на съсобствениците — чл. 30, ал. 2 ЗС (особено при поемане на един дял от няколко лица още при учредяване на ООД — ако в дружествения договор или в договор между съсобствениците не е указано какви са частите им, те ще се считат за равни), при продажба на частта от дела — чл. 33 ЗС.

Така както печалбата се разпределя съразмерно на дяловете на съдружниците — чл. 133, ал. 1 ТЗ, така и ползите от дружествения дял се разпределят съразмерно на частите, които имат отделните съсобственици — чл. 30, ал. 3, предл. 1 ЗС. Тежестите обаче, за разлика от чл. 30, ал. 3, предл. 2 ЗС, се разпределят не съразмерно, а се носят солидарно от съсобствениците — чл. 132, изр. 2 ТЗ. Това е предвидено с оглед защитата интересите на дружеството.

Съпритежателите на дела могат да определят лице, което ги представлява пред дружеството — чл. 132, изр. 3 ТЗ. Законът не използва думата „могат“, но едва ли ще се отрече възможността всеки път всички съсобственици едновременно да правят волеизявленията си. По-практично е, разбира се, да се учреди представителна власт за едно лице. Упълномощаването трябва да е изрично, с нотариална заверка на подписите. То ще има договорен характер. Представителят задължително трябва да е един от съсобствениците²¹. Тук нямаме противоречие с чл. 124 ТЗ. Предвиденото е с оглед икономия в процедурата. Във всички случаи представителят ще изразява общата и единна воля на всички съсобственици.

3. Прекратяване на участието на един от съсобствениците. (Делба.) Съпритежанието на един дружествен дял от няколко лица не е неизменимо състояние. Както при всяка съсобственост и тук е възможно да настъпят обстоятелства, налагащи нейното прекратяване въобще или излизането на един от съсобствениците. Възможни са няколко варианта. *Първият* е някой от съсобствениците да пожелае да напусне дружеството въобще. За това ще е необходимо предизвестие по чл. 125, ал. 2 ТЗ, тъй като прекратяването на личното участие на съдружника-съсобственик и солидарната отговорност с останалите съсобственици са факти, засягащи дружеството. Но съгласие на общото събрание не е необходимо.

Няма да се уреждат и имуществени отношения между напускащия и дружеството. Бившите съсобственици помежду си ще уредят това (като заплатят частта на напускащия). *Вторият* е съсобствениците да решат да поделят дружествения дял. До тази хипотеза ще се стигне, ако при първия вариант съсобствениците не успеят да се споразумеят за частите или стойността им. Тогава ще се наложи споровете да се разрешат по пътя на делба на имуществото. В такъв случай обаче ще трябва да се прекрати участието на всички съсобственици в дружеството, като на „един съдружник“. Процедурата е същата както при прекратяване на участието на който и да е съдружник. След уреждане на имуществените отношения между „съдружника“ и дружеството съсобствениците ще поделят стойността на дружествения дял.

V. Разделяне на дял.

Разделянето на дружествения дял е уредено от чл. 131 ТЗ, който е озаглавен „Делба на дружествен дял“. Изглежда, че за закона делбата и разделянето са идентични действия. Това не е така. Делбата е *поделяне от съсобствениците на дружествения дял, т. е. на имуществото, което го остойносттава. Разделянето на дружествения дял означава от един дружествен дял да се обособят два (или повече) нови дяла* (като сборът им ще е равен на размера на първоначалния). Това задължително води до приемането на нов пълноправен съдружник, титуляр на новия дружествен дял. Разделянето на дела става *само със съгласието на съдружниците освен ако е уговорено друго* — чл. 131 ТЗ. Но да видим дали във всички случаи може да се уговаря друго.

Най-често разделянето на дела става, като се прехвърли реална част от дружествения дял на несъдружник. На мястото на разделения дружествен дял идват два нови — факт, който трябва да се отрази в дружествения договор. Досегашният титуляр на дела запазва членството си, поемайки единия от новите дялове, но приобретателят на прехвърлената част — този, който поема другия нов дял — трябва да бъде приет също за член, т. е. да стане съдружник. Приемането на съдружник, както и прехвърлянето на дружествен дял на нов член (независимо дали целия или част от дела) става с решение на общото събрание — чл. 137, ал. 1, т. 2 ТЗ. Това изискване не може да бъде дерогирано с дружествения договор. Следователно при разделяне на дружествения дял чрез прехвърляне на реална част на несъдружник *не може да се уговаря друго*, изключващо „съгласието на съдружниците“, и то единодушно — чл. 137, ал. 3, изр. 1 ТЗ. Тази промяна за дружеството ще подлежи и на вписване — чл. 119, ал. 2 ТЗ във вр. с чл. 115, т. 3 ТЗ.

До разделяне на дружествения дял може да се стигне и при съсобственост, когато съсобствениците не предприемат делба и прекратяване на членството си, а се споразумеят да разделят дружествения дял на нови по-малки, като всеки ще поеме един от тях. Това обстоятелство също ще се отрази в дружествения договор. Тук обаче, макар че формално съдружниците ще станат повече — на мястото на досегашния „колективен“ съдружник ще дойдат няколко „нови“ — за дружеството няма да настъпи действителна промяна в персоналния му състав. В такъв случай ня-

ма пречка да се уговори друго, различно от съгласието на съдружниците, а настъпилите промени ще подлежат на вписване.

Както се вижда, дружественият дял може да бъде предмет на много и различни прехвърляния, правопримства, чисто търговски сделки. Всички те се уреждат от нормите на специалния Търговски закон, но и от други закони на търговското и гражданското право — Закона за особените залози, Закона за собствеността, Закона за наследството и др. Често обаче разпоредбите са пестеливи откъм текст и с общи формулировки. Това, заедно с динамиката на отношенията в търговската сфера, води до попадането в особени хипотези, поставящи въпроси, които не са изрично уредени и създаващи известни затруднения при правоприлагането. Именно някои от тези въпроси привлякоха вниманието ми и инспирираха този материал. Но изложеното по-горе не претендира за изчерпателност. Всеобхватното разглеждане на правната природа на дружествения дял, на всички права и задължения, свързани с него, на всички възможности за прехвърляне, разпореждане и правопримство предполага един доста по-обемен труд.

БЕЛЕЖКИ

1. Вж. статията на автора „За някои въпроси при принудителното изпълнение върху дял на съдружник в ООД“, Съвременно право, бр. 2/2000, с едно уточнение. Специално за залагането, за което ще стане дума по-долу в настоящата статия, и за принудителното изпълнение, за което се отнася цит. статия, предмет ще бъде не комплексът от права и задължения, както пиша там, а делът от имуществото в тесния смисъл на понятието, т. нар. чисто имущество. Това е така, защото задълженията не могат да служат за обезпечение, нито да бъдат предмет на принудително изпълнение. Макар и с тази забележка, авторът остава принципно на позициите си, изложени в цит. статия.

2. Лучников, С., Преобразуване и обединяване на търговските дружества. Имущество и капитал на търговските дружества, С., 1992, с. 73 и 74.

3. Пак там.

4. Вж. по-горе. Също и цит. статия на автора – Съвременно право, бр. 2/2000.

5. Герджиков, О., Коментар на ТЗ, кн. II, С., 1994, с. 398.

6. На противното Герджиков, О., цит. съч., с. 399. По-горе обаче, на същата страница, О. Герджиков казва, че съгласието на общото събрание не може да бъде дадено *in abstracto*.

7. Герджиков, О., цит. съч., с. 385; Диков, Л., Курс по търговско право, т. I, С., 1992, с. 330.

8. Вж. реш. 54/93/V, Съдебна практика. Граждански дела, т. XIII, с. 178; реш. 1269/94/V, Съдебна практика. Граждански дела, т. XIII, с. 180.

9. На вписване в търговския регистър подлежат извършените промени на обстоятелства, поначало подлежащи на вписване. Такива са посочените в чл. 119, ал. 2. При прехвърлянето на реална част от дружествения дял между съдружници се изменя единствено размерът на дяловете. Той не е сред изброените, така че и промяната в него не се вписва. Но ако се прехвърли целият дял, макар и между съдружници, прехвърлителят ще напусне дружеството, а това е обстоятелство, подлежащо на вписване.

10. Обратното решение 129/97/V, Б 97 XI–XII 24. Заетото в това решение становище на ВКС не може да бъде споделено. То поставя като единствено условие наследникът да замести наследодателя в членственото правоотношение, да „няма законова пречка и дружественият договор да не изключва изрично възможността наследникът да встъпи на мястото на наследодателя в ООД“. Дори да забравим за момент изложеното по-горе, предложеното решение е пак неприложимо. Практически е невъзможно при сключване на учредителния договор да се предвиди колко и кои

ще са наследниците на всеки един съдружник към момента на смъртта му. Като вземем под внимание силното присъствие на елементи на персоналните дружества в характеристиката на ООД (вж. за това статията на автора в сп. Съвременно право, бр. 2/2000), не можем да натрапим на останалите съдружници едно чуждо и нежелано от тях лице, пък било то и наследник на бившия им съдружник.

11. Вж. опр. 464/96/V, Б 96 XII 17.
12. **Герджиков, О.**, цит съч., с. 403–405; **Бобатинов, М.**, Коментар на ТЗ. ООД, С., 1998, с. 58.
13. Вж. заб. 10.
14. **Герджиков, О.**, пак там.
15. **Бобатинов, М.**, пак там.
16. **Таджер, В.**, Капиталови търговски дружества. С., 1994, с. 49; **Бобатинов, М.**, цит. съч., с. 56.
17. Макар че се казва, че възниква вземане в полза на напускащия съдружник, той всъщност не получава качеството кредитор на дружеството за своя дял. Ако би се позволило последното, съдружникът би могъл да използва напускането си, за да се разграничи от задълженията на дружеството и сам да му стане кредитор.
18. Вж. реш. 230/95/V, Б 95 XI 20.
19. Вж. реш. 5/96/V, Съдебна практика. Гражд. дела, т. XIII, с. 151; реш. 776/97/V, Б 98 III–IV 32; обратно – реш. 1124/99/V, Търговско право, бр. 6/1999.
20. Вж. цит статия на автора, където се разглежда и въпросът как да се извърши изпълнението въобще. Тъй като ЗОЗ посочва начина за принудително изпълнение върху дял на съдружник в ООД, за който има учреден залог, вж. за последиците от изваждането от имуществото на дружеството на дела на съдружника-длъжник.
21. Обратно **Бобатинов, М.**, цит. съч., с. 61. Там се прави сравнение с чл. 114, ал. 2 ТЗ, което ми се струва некоректно. Цитираната разпоредба се отнася до сключването на дружествения договор. Съдружникът обаче е длъжен лично да участва в дружествените работи – чл. 124 ТЗ. Упражняването на правата и задълженията на съдружника от представител след учредяване на дружеството ще бъде заобикаляне на закона.

ABOUT SOME PARTICULARITIES CONCERNING TRANSFERRING, INHERITING, PAWNING, OWNERSHIP AND SHARE'S DIVIDING IN THE LLC*

by *Svetlin Kanev*

Summary

The company's share in a LLC could be a subject of many and different transferring, successions and simply commercial deals. In this article without aiming at and claiming to thoroughness the author gave only some of them. He brought attention to some particularities and controversial points in theory and practice. The author is briefly suggesting the opportunities for solution of submitted questions.

* Limited Liability Company

МЛАДИ АВТОРИ

ДОКАЗАТЕЛСТВЕНА СИЛА НА ВЕЩЕСТВЕНИ ДОКАЗАТЕЛСТВЕНИ СРЕДСТВА, ИЗГОТВЕНИ ЧРЕЗ ИЗПОЛЗВАНЕ НА СПЕЦИАЛНИ РАЗУЗНАВАТЕЛНИ СРЕДСТВА

*Анета Петрова**

Процесът на доказване е строго формализирана дейност. Детайлната регламентация на отделните институти е гаранция за законосъобразното протичане на наказателния процес. Определянето на значимостта на всяко едно доказателство и доказателствено средство е критерий за годността им в процеса на доказване. От друга страна, качеството на доказателствения материал обезпечава правата и законните интереси на гражданите. В тази насока най-съществени са опасенията за използване на незаконсъобразни средства на разследване от страна на полицията. Недопускането на доказателствен материал, събран не по предвидения в Наказателно-процесуалния кодекс ред, обезсмисля извършената дейност от органите на полицията. Фактическите данни, получени в резултат на тази извънпроцесуална дейност, не притежават никаква доказателствена стойност в процеса на доказване.

Необходимостта от повишаване ефективността на наказателния процес наложи поредица от законодателни разрешения, приобщаващи част от дейността на органите на полицията към наказателното съдопроизводство¹.

Законът за специалните разузнавателни средства, приет през 1994 г., посочи случаите, при които могат да се използват специални разузнавателни средства.

* Асистент в ЮФ на Пловдивския университет „Паисий Хилендарски“.

Той обаче остави редица въпроси, засягащи доказателствената сила на сведенията, получени чрез наблюдение, подслушване, фотографиране, филмиране (чл. 2, ал. 1 от ЗСРС — отменен), без отговор. Липсваше и синхронизиране с разпоредбите на процесуалния закон. Изготвените фотоснимки, диапозитиви, кинозаписи, видеозаписи, звукозаписи и белязани предмети не притежаваха доказателствена сила и не бяха допуснати в процеса на доказване. Като доказателствени средства те не бяха изготвени по реда на НПК, нито пък събрани по предвидената в него процедура. Оставаше открита възможността за използването им като доказателства в наказателния процес. Основание за това дава обстоятелството, че фактическите данни, освен че са относими, могат да бъдат установени по реда на НПК посредством предвидените в чл. 85, ал. 1 от НПК доказателствени средства. Разгледаната в теоретичен план възможност не се възприемаше в практическата процесуална дейност².

Разрешението за използване на специални разузнавателни средства се даваше от окръжен прокурор (чл. 7 от ЗСРС — отм.). С това контролът за законосъобразност бе оставен в системата на органите на предварителното производство³. Утвърденото разбиране в международноправната литература за ефективност на контрола за законосъобразност от орган, стоящ извън контролираната система, не бе проведено като законодателно разрешение в ЗСРС от 1994 г.⁴

Естественото развитие на материята превърна дейността по изготвяне на специални разузнавателни средства от оперативно-разузнавателна в процесуална със ЗСРС от 1997 г.⁵ Направеният преглед на еволюцията на специалните разузнавателни средства бе провокиран от факта, че наказателнопроцесуалната система е единство от взаимосвързани елементи. Само така, на фона на вече извършените промени относно специалните разузнавателни средства и предпоставките, наложили тези промени, можем да тълкуваме разпоредбите на ЗСРС и НПК в тяхната взаимоотношеност.

Когато разглеждаме процесуалния закон, следва да имаме предвид не само конкретните разпоредби, засягащи специалните разузнавателни средства (чл. 111, ал. 2, 3, чл. 111а, 111б, 111в, 113 и 113а), но възможността за използването им като конкретно проявление при извършване на предварителната проверка по чл. 191 от НПК, както и от гледна точка на цялостната материя на процесуалното доказване.

Неотменима част от теорията на доказване е и все още актуалният проблем за доказателствената сила на веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства. Този въпрос е стоял открит от времето, когато специалните разузнавателни средства бяха оперативно-издирвателни действия, регламентирани с подзаконови нормативни актове на МВР. И така, въпросът е — дали могат данните, събрани чрез специалните разузнавателни средства, да се използват в наказателния процес като доказателствен материал⁶. Или от друг ъгъл погледнато — дали ще се ползват веществените доказа-

телствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства, с доказателствена сила в процеса на доказване.

НПК разграничава два вида веществени доказателствени средства. Първите се изготвят, когато не могат да бъдат отделени от мястото, където са намерени, както и в други предвидени в НПК случаи, докато вторите са изготвени посредством използване на специални разузнавателни средства, и то за тежки умишлени престъпления, изрично посочени в чл. 111, ал. 2 от НПК.

При веществените доказателствени средства от първата категория (да ги определим като традиционните за НПК), лицето е предварително уведомено за изготвяните фотоснимки, диапозитиви, кинозаписи, видеозаписи, звукозаписи, планове, схеми, отливки и отпечатъци. Така например в досъдебното производство, при извършване на предварително производство по инициатива на разследващия орган, може да се изготви звукозапис. Лицето, което ще се разпитва, се уведомява до започване на разпита. Разпитваният също може да направи искане като част от системата от права по чл. 51 от НПК до ръководно-решаващия орган за извършване на звукозапис при провеждане на разпита. Звукозаписът трябва да съдържа сведенията, необходими за правилното оформяне на протокола като писмено доказателствено средство. Освен общите предпоставки по чл. 101, ал. 1 от НПК, с оглед на особеността, че съдържа обяснения на обвиняем (не и на уличен при използването на звукозапис по чл. 225 във връзка с чл. 111, ал. 1 от НПК), респ. показания на свидетел, протоколът следва да отговаря и на изискванията на чл. 224 от НПК. Разбира се, те трябва да бъдат съобразени с обстоятелството, че се изготвят не на устно, а на веществено доказателствено средство. Така звукозаписът се възпроизвежда изцяло на разпитвания след завършването на разпита. В звукозаписа се отразяват допълнителните обяснения и показания. Разпитваният прави изявление, че дадените показания, респ. обяснения, са дадени правилно. Изготвеният нарочен протокол за разпит при извършване на звукозапис съдържа основни обстоятелства при разпита, взетото решение за изготвяне на звукозапис, изричното уведомяване на разпитвания, че ще се извърши звукозапис, бележки на разпитвания, възпроизвеждане на звукозаписа и заявленията на следовател и разпитан за правилността на звукозаписа. Накрая следва запечатването на звукозаписа, към който се прилага протоколът с бележки.

Посоченият ред за извършване на звукозапис би могъл да се отнесе и спрямо останалите видове веществени доказателствени средства. Няма пречка при очертаните вече предпоставки да бъде изготвен видеозапис или отливка, т. е. със съставен протокол, отговарящ на законоустановени изисквания и при осигурени условия, гарантиращи достоверността на доказателствените средства. Наличието на подобни специфични изисквания, като това за запечатването на вещественото доказателствено средство и разпечатването му само с изричното разрешение на прокурора в присъствието на разпитания, обезпечава доказателствената сила на вещественото доказателствено средство. Липсата на доказателствена сила на ве-

щественото доказателствено средство обезсмисля извършената от органите на предварителното производство дейност по събиране на доказателствен материал.

Разгледаните „типични“ за НПК веществени доказателствени средства, по-конкретно регламентацията на звукозаписа, се отнасят до диференцираната форма на досъдебно производство — предварително производство. При полицейското производство изрично не е предвидено използването на веществените доказателствени средства. Като имаме предвид регламентацията на института в общата част на НПК, следва да отнесем използването им и в тази алтернативна форма на досъдебно производство. Нещо повече, извършването на звукозапис или видеозапис при разпит на уличен би премахнало всякакви съмнения за използване на принуда и би било гаранция за гражданите срещу незаконен произвол от страна на съответните органи.

Провеждането на подобно разрешение би било уместно и в практически план. Още повече като се има предвид, че за процеса на доказване с доказателствена сила се ползват фактите, установени със средствата, предвидени в НПК. Без значение е доказателственото средство, с което те се установяват. Всички доказателствени средства се ползват с еднаква по степен доказателствена сила⁷. Единствените критерии за определяне на доказателствената сила на доказателствените средства са изискванията за достоверност и регламентираност в НПК.

Систематизираната и подробна регламентация на нормативната уредба, свързана с определяне на доказателствената сила на доказателствените средства, в частност на веществените доказателствени средства, е гаранция за изготвянето на качествени, ползващи се с доказателствена сила веществени доказателствени средства. Наличието на доказателствена сила е и предпоставка за допускането им в процеса на доказване.

На същите общи принципи относно доказателствената сила на доказателствените средства е подчинена и организацията на нормативната уредба, регламентираща доказателствената сила на веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства. Въпреки че специалните разузнавателни средства са разгледани в специален ЗСРС, материята за специалните разузнавателни средства е напълно синхронизирана с НПК. В това число и с оглед последвалите изменения и допълнения на НПК⁸.

ЗСРС изрично посочва, че специалните разузнавателни средства се използват за изготвяне на веществени доказателствени средства (чл. 2, ал. 1 от ЗСРС). От своя страна НПК ги регламентира в чл. 111, ал. 2, т. е. урежда ги като вид веществени доказателствени средства. Специфичните предпоставки за приложението им обуславят и наличието на диференциран режим при определянето на доказателствената сила на веществените доказателствени средства по чл. 111, ал. 2 от НПК.

Различията между веществените доказателствени средства по чл. 111, ал. 1 и чл. 111, ал. 2 се проявяват в следните насоки:

а) При получаване на сведения по реда на чл. 111, ал. 1 от НПК лицето се информира предварително за изготвянето на фотоснимки, диапозитиви, кинозаписи,

видеозаписи и др., докато при хипотезата на чл. 111, ал. 2 то не знае, че спрямо него е предприето наблюдение, подслушване, проследяване и др. оперативни способности или използване на технически средства;

б) Използването на специални разузнавателни средства е предвидено само при извършването на тежки умишлени престъпления по глава първа, глава втора, раздел I—II, раздел I—IV, глава осма, раздел II—IV, глава единадесета, раздел I—IV, глава дванадесета, глава тринадесета и глава четиринадесета от Особената част на НК, т. е. при извършването на тежки престъпления, докато изготвянето на веществените доказателствени средства по чл. 111, ал. 1 от НПК се извършва независимо от вида на престъплението;

в) При веществените доказателствени средства по ал. 1 на чл. 111 от НПК се изготвят фотоснимки, диапозитиви, кинозаписи, видеозаписи, звукозаписи, планове, схеми, отливки и отпечатьци за веществените доказателствени средства, а по ал. 2 е характерно използването на по-малко по обем веществени доказателствени средства — оперативни способности и технически средства за изготвянето на кинозаписи, видеозаписи, звукозаписи, фотоснимки, белязани предмети;

г) Веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства, се осигуряват и прилагат единствено от оперативно-техническите служби на Министерството на вътрешните работи, докато веществените доказателствени средства по чл. 111, ал. 1 от НПК — от органите по разследване, т. е. различен е органът, който ги изготвя;

д) Различни са и основанията за допустимост при използването им. За използването на специални разузнавателни средства е необходимо разрешение от председателя на окръжен съд или апелативен съд, или изрично упълномощени от тях заместник-председател, а при веществените доказателствени средства по чл. 111, ал. 1 от НПК компетентен е органът, който ръководи процесуално-следствената дейност на съответния етап от наказателното производство.

Посочените различия в режима на веществените доказателствени средства — по чл. 111, ал. 1 от НПК, и чрез специалните разузнавателни средства (ал. 2), предполагат и диференцирания подход при определянето на доказателствената им сила. В зависимост от изпълнението на всяка една предпоставка (в случая различие) ще се отговори и на въпроса — дали конкретното веществено доказателствено средство притежава доказателствена сила. Наличието на особен режим за изготвяне на веществени доказателства чрез използване на специални разузнавателни средства е гаранция за законосъобразност и ефективност при протичането на наказателния процес.

Общото между двата вида веществени доказателствени средства е, че те се изготвят с оглед на образуването или протичането на наказателен процес.

Оттук следват и общите изисквания за наличието на доказателствена сила — да са събрани и проверени с предвидените в НПК доказателствени средства и да е установена достоверността на доказателствените средства. С това се изчерпват общите изисквания, на които следва да отговарят веществените доказателствени

средства във връзка с доказателствената им сила. Възможностите, които предоставят специалните разузнавателни средства за произволи и нарушаване на правата на гражданите, налагат необходимостта от допълнителни изисквания към веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства.

Разрешителният режим за използване на специални разузнавателни средства при изготвянето на веществени доказателствени средства се изразява в изискването за предварително дадено разрешение за изготвянето на специални разузнавателни средства от председателя на окръжен или апелативен съд или упълномощени от тях заместник-председатели. При липсата на разрешение те не притежават доказателствена сила. Аналогично е положението и в случаите на непосредствена опасност от извършване на тежки умишлени престъпления или заплаха за националната сигурност, когато специалните разузнавателни средства са използвани без разрешение, въз основа на разпореждане на министъра на вътрешните работи или на писмено упълномощен от него секретар на Министерството на вътрешните работи. Независимо че визираната хипотеза попада в разпоредбата на чл. 18, ал. 1 от ЗСРС, липсата на последващо одобрение за извършените действия на оперативно-техническите служби до момента на използване на специални разузнавателни средства за изготвянето на веществени доказателствени средства обезсмисля извършената работа. Причина за това е липсата на последващо потвърждаване от страна на съдебните органи. А това води до отпадане на доказателствената сила не само на самото веществено доказателствено средство, но и на протокола за изготвяне на веществени доказателствени средства по чл. 113 от НПК.

Всяко нарушение, свързано с прилагането на оперативни способности при използване на технически средства, води до отпадане на доказателствена сила. Тук се има предвид не само конкретното използване на специални разузнавателни средства, но и съвкупността от процесуални норми, осигуряващи достоверността на веществените доказателствени средства. Така например следва да се запази редът за издаване на разрешение за използване на специалните разузнавателни средства. Този ред включва изготвяне на мотивирано искане от органите по чл. 13, ал. 1 от ЗСРС до съответния ръководител, предоставяне на искането на председателя на съответния окръжен съд, разпореждане за разрешение за използване на специални разузнавателни средства от председателя на апелативен съд, при направен отказ от страна на председателя на окръжен съд, разпореждане на министъра на вътрешните работи и конкретно приложение от оперативно-техническите служби на МВР. От запазване се нуждае и наказателнопроцесуалната форма на протокола за изготвените веществени доказателствени средства (чл. 113 от НПК и чл. 29, ал. 3 от ЗСРС), както и съхраняването и унищожаването на веществените доказателствени средства.

Веществените доказателствени средства, независимо от техния вид, се изготвят в два екземпляра. Единият от тях се предава запечатан на органа, дал разрешението в срок от 24 ч. от изготвянето им, а другият екземпляр се съхранява от съот-

ветните органи на Министерството на вътрешните работи. След започване на досъдебното производство веществените доказателствени средства се съхраняват от съответните органи на съдебната власт (по арг. от чл. 111 във връзка с чл. 113а от НПК и чл. 31, ал. 1 и ал. 2 от ЗСРС).

Израз на отрицанието на използването на формалните доказателства е разпореждането на чл. 111, ал. 5 от НПК във връзка с чл. 16, ал. 2 от НПК. Доказателствата и средствата за тяхното установяване не могат да имат предварително определена доказателствена сила. Присъдата не може да се основава само на веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства, както и само на тях и на свидетелски показания на анонимен свидетел.

При спазване в пълна степен на принципа за оценка на доказателствения материал по вътрешно убеждение се разгръща и цялата система от гаранции, обезпечаваща доказателствената сила на доказателствените материали, в т. ч. и доказателствената сила на веществените доказателствени средства, изготвени чрез използване на специални разузнавателни средства. Безусловното съобразяване на законодателя с изискванията на чл. 8 от Европейската конвенция за правата на човека и на чл. 17 от Международния пакт за граждански и политически права е израз на демократизма и хуманизма на нашия наказателен процес. По този начин се осигурява закрила срещу незаконното вмешателство в личния и семеен живот на гражданите, при зачитане неприкосновеността на тяхното жилище и тайната на кореспонденцията.

БЕЛЕЖКИ

1. Със ЗИДНПК (ДВ, бр. 28/82 г.) се възложи на органите на МВР извършването на отделни следствени действия; при извършване на предварителна проверка: със ЗИДНПК (ДВ, бр. 110/93 г.) се въведе „бързото полицейско производство“ по чл. 409 и следващите от НПК.

2. **Чинова, М., Б. Рашков**, Сведенията, получени чрез подслушване по Закона за специалните разузнавателни средства, могат ли да се използват в наказателния процес, сп. Съвременен право, 1997, кн. 4, с. 39.

3. **Трендафилова, Е.**, Прокуратурата и следствието и правата на гражданите в наказателния процес, сп. Съвременен право, 1996, кн. 6, с. 10.

4. **Criminal Justice Systems in Europe and North America, 1990: Crime and Criminal Justice in Europe and North America 1986–1990**, р. 24–25, цит. по **Трендафилова, Е.**, Прокуратурата и следствието и правата на гражданите в наказателния процес, сп. Съвременен право, 1996, кн. 6, с. 10.

5. ДВ, бр. 95 от 21. 10. 1997 г., ЗИДЗСРС, ДВ, бр. 70 от 06. 08. 1999 г.

6. Вж. **Радева, Р.**, Могат ли да се използват резултатите от подслушването в наказателния процес на НРБ, Бюлетин на СЮБ, № 1, 1986, с. 31–33.

7. Вж. р. 397–97–I н. о.

8. Вж. за сравн. § 253 от ЗИДНПК (ДВ, бр. 70/99) отн. чл. 15 от ЗСРС и чл. 111а, ал. 5 от НПК.

КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

ЦЕНЕН ПРИНОС В НАКАЗАТЕЛНОПРОЦЕСУАЛНАТА ЛИТЕРАТУРА

*Ивайло Цонков**

Пред читателите е новата книга на доц. Екатерина Трендафилова, озаглавена „Промените в НПК от 1999 г.: теоретически положения, законодателни решения, тенденции“.

Актуалността на това монографично изследване е очевидна — то е посветено на едни от най-значимите промени в НПК и се появява в забележително кратък срок след като тези промени станаха действащо право.

Още съдържанието обещава всеобхватно, задълбочено и систематизирано изследване на последната реформа на българския наказателен процес. И всяка прочетена страница убеждава читателя, че не е подведен в очакванията си.

Но нито заглавието, нито съдържанието разкриват друго важно качество на монографията — богатата информация за разрешения, които чужди наказателнопроцесуални системи дават за проблеми, аналогични на стоящите пред нашия наказателен процес. Трябва ясно да се каже, че в случая не става дума за самоцелно преразказване, а за удачен подход при изясняване и обосноваване на авторската позиция по реформите, извършени в НПК през 1999 г. С това качество произведението на доц. Трендафилова придобива подчертан сравнителноправен характер — нещо твърде рядко и поради това особено ценно за съвременната българска наказателнопроцесуална литература.

Не изненадва прецизното познаване и уместното позоваване на тези международноправни актове, които имат особено значение за националните наказателни

* Главен асистент в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“.

процедури — преди всичко Европейската конвенция за правата на човека (ЕКПЧ). Впечатляват обаче систематизираните знания за огромната практика на европейските институции за контрол по приложението на ЕКПЧ.

Както съвременното появяване на монографията, така и умението на доц. Трендафилова да прилага сравнителноправния метод при изследване и решаване на проблемите в българския наказателен процес не са случайни. Те са естествен резултат от трайния интерес и дългогодишната работа на автора (особено като специализант на фондациите „Хумболдт“ и „Фулбрайт“) по проучване на чужди правни системи, на европейското законодателство и практика, на възможността доказали рационалността си идеи и решения да се използват при наказателнопроцесуалната реформа в Република България.

Точният, юридически прецизен език на изложението, съчетан със силна аргументация, прави авторските тези ясни и убедителни.

Монографията е структурирана в четири глави. **Глава първа** е озаглавена „Основни насоки на реформата в наказателния процес“. Тя се характеризира с подчертано теоретичния си характер. Тъкмо тук доц. Трендафилова представя **концепцията (системата от идеи)**, в съответствие с която през 1999 г. е осъществена реформата в наказателния процес. Това е ключът към правилното разбиране на приетите от законодателя конкретни позитивноправни решения. Нещо повече, тази концепция съдържа потенциал за разгръщане на реформата и дори за създаване на нов НПК — ако практиката се справи успешно с предизвикателството на вече извършените промени.

Като концептуална основа на реформата се определя **последователното и разгърнато прилагане на идеята за съда като главен субект в наказателния процес**. Теоретически безспорна идея, недостигнала полагащото ѝ се обуславящо въздействие върху наказателнопроцесуалните норми и институти. Тъкмо тя е белязала голяма част от промените през 1999 г. — най-вече **преосмисленото съотношение между двете процесуални фази и засиления съдебен контрол върху досъдебното производство** (което има за пряк резултат както увеличаване на гаранциите за правата на гражданите в първата наказателнопроцесуална фаза, така и повишаване ефективността при решаване на задачите на наказателния процес). Във връзка с определянето на **досъдебното производство като производство „за прокурора“** (събиране на доказателствени материали, позволяващи на прокурора обосновано да прецени възможно и законосъобразно ли е формулирането на обвинителна теза и защитима ли е тя в съдебното производство) се обосновават **два важни извода:**

— съществува необходимост от **разширено участие на полицията при разследването** в досъдебното производство;

— по своята същност фигурата на съдия-следователя е несъвместима с идеята за ефективен наказателен процес, масово се изоставя в навечерието на новото хилядолетие и е принципно несъвместима с конституционните основи на съвремен-

ния български наказателен процес. Поради това **контролът над досъдебното производство трябва да се осъществява от независим съдия.**

В същата глава убедително е аргументирано и виждането, че **бързината** следва да се въздигне до **основен принцип** на организацията и функционирането на наказателния процес. Пряко следствие от това разбиране (но подкрепени и с множество допълнителни съображения) са идеите за ограничаване възможностите за връщане на делата в предходен процесуален стадий; за въвеждането на диференцирани процедури (разтоварващи съдебната система и компенсиращи недостига на човешки и материални ресурси чрез големите възможности на една по-добра организация на наказателния процес); ограничаване на процесуалния формализъм; конкретизиране на изискването за „пълнота“ на събираните доказателства с оглед на наказателнопроцесуалните субекти — адресати на това изискване.

Авторът убедително защитава и тезата, че нито принципът за бързина, нито очертаните в монографията нови аспекти на принципа на състезателността в съдебното производство ще попречат на разкриване на истината в наказателния процес. Напротив, те не само ще помогнат за достигане на истината, но са предпоставка за разгръщане и на други, безспорно демократични принципи (осигуряване на гражданите право на защита, непосредственост, устност).

Важно значение за гарантиране на конституционните права на гражданите има **акцентът върху ограниченията**, които иманентно се съдържат в т. нар. „**способи за събиране и проверка на доказателствен материал**“. Във връзка с това се обосновава въвеждането на съдебен контрол и върху някои от тези процесуално-следствени действия.

Особен интерес представлява и **теоретичното изясняване на многообразието от диференцирани производства**, чрез които различните национални наказателнопроцесуални системи осигуряват „икономично прилагане на съществуващите ресурси за постигане на законовите цели“ — т. е. чрез разтоварване на системата за наказателно преследване да се ускори процесуалното развитие, да се повиши качеството и ефективността на процеса. Потенциалът на тези „диференцирани процедури“ е огромен, но правосъзнанието у нас затруднява приемането дори на т. нар. „споразумение“ (на конкретната му регламентация в българския наказателно-процесуален закон е отделено място в глава IV от монографията).

Следващите глави в монографията са посветени на конкретните промени от 1999 г. **Глава II** е озаглавена „Промените в досъдебното производство“. Обосновава се **конституционностьта на полицейското разследване** (съществувало и преди 1999 г.) и **целесъобразността на неговото по-широко приложение**. Изясняват се **видовете полицейско разследване** (дознание и бързо полицейско производство), съотношението между тях и предварителното производство. Прави се **подробна правна характеристика на фигурата на „уличеното лице“**.

В същата глава са маркирани и не особено съществените промени в предварителното производство (в „следствието“ — според предишната терминология на НПК).

Значително повече внимание е отделено на **промените в прокурорския институт**. Повечето от тях са детерминирани от концептуалната идея за утвърждаване на съда като главен субект на процеса. Някои промени са извършени поради необходимостта от синхронизиране на НПК с важни изменения на устройствения Закон за съдебната власт (ЗСВ); други — за да се отстранят някои неудачни решения от 1997 г. Независимо от породилите ги причини, тези промени са разгледани и обяснени подробно и задълбочено — нещо естествено на фона на традиционния интерес на автора към фигурата на главния обвинител по наказателните дела от общ характер.

Особено важно значение има и **глава III** — „Съдебният контрол върху досъдебното производство“. Този контрол се разпростира преди всичко върху посегателствата над основни права на гражданите — правото на свобода, неприкосновеността на личния и семеен живот, на жилището, тайната на кореспонденцията, правото на труд, някои имуществени права. Естествено, акцентът е върху **засилените гаранции срещу противозаконно ограничаване на правото на свобода**. Те са свързани преди всичко с мярката за неотклонение „задържане под стража“. Убедително са обяснени както **нововъведения предварителен („разрешителен“) съдебен контрол** при вземане на тази мярка за неотклонение, така и **усъвършенстваната уредба на последващия съдебен контрол** (върху продължаващото задържане под стража — известната процедура „*habeas corpus*“). Изчерпателно са анализирани тези позитивноправни решения, които представляват конкретни гаранции срещу ограничаване на правото на свобода както чрез посочената мярка за неотклонение „задържане под стража“, така и чрез други мерки за процесуална принуда (домашен арест, забрана за напускане пределите на страната, настаняване за изследване в психиатрично заведение и т. н.). Воден от добри намерения, законодателят е надхвърлил минималните стандарти на ЕКПЧ, въвеждайки двуинстанционност на съдебния контрол. Усеща се безпокойството на автора, че това по принцип демократично решение едва ли е съобразено с ресурсите на нашата правосъдна система. Безпокойството е още по-силно при обсъждане на трудно защитимата разпоредба на чл. 152, ал. 2 от НПК. Правилен е изводът, че в най-добрия случай **„текстът на чл. 152, ал. 2 НПК се намира на границата на допустима от ЕКПЧ и практиката на Съда уредба“**. Критично се разглежда и уредбата на **съдебния контрол върху правомощията на прокурора да прекратява и спира наказателното производство**. Възприетият у нас модел бе обусловен от ясно и категорично формулираните (през 1998 г.) разпоредби на чл. 116, ал. 4 и ал. 5 от ЗСВ. Поради сериозните недостатъци на това решение доц. Трендафилова правилно предлага ***de lege ferenda* този контрол „да се осъществява по искане на субекта, който има правен интерес“**.

Нов институт е и **съдебният контрол при събиране на гласни доказателствени средства в досъдебното производство**. Той също е обоснован и изяснен прецизно. Особено внимание е отделено на ролята на съдията при разпита на обвиняем или свидетел в първата фаза на процеса — неправилното разбиране на та-

зи роля лесно може да доведе до опорочаване на идеите и целите на законодателя. Тъкмо при разглеждане на тази форма на съдебен контрол ярко се очертава още едно качество на труда — **предлагането на конкретни решения за възникнали в практиката организационни и тактически въпроси** (каквито решения по принцип са извън предмета на един кодекс).

В последната глава IV основен предмет на изследване са **промените в съдебната фаза на процеса**. Те са разгледани систематизирано — с оглед отделните стадии на съдебното производство. **Основни цели на тези промени са:** преодоляването на празноти и противоречия, резултат от многобройните промени на НПК (чл. 247а, чл. 268 и др.); съобразяването на разпоредби с обществените реалности или със същността на институтите и производствата, с които тези разпоредби са свързани (чл. 258; чл. 319, ал. 1; чл. 337а и др.); избягване на противоречия между нови законодателни решения и стара правна уредба (чл. 277 и чл. 279; чл. 287, ал. 1, т. 1; чл. 303, ал. 5 и др.); и, разбира се, ускоряване на процеса и разгръщане на състезателния му характер при засилване на гаранциите както за защита правата на гражданите, така и за разкриване на истината (чл. 114, ал. 2 и обусловените от него промени в чл. 275, ал. 4, в чл. 278, ал. 2, и в чл. 280, ал. 2; чл. 266, ал. 2; срока по 255, ал. 3; чл. 285 и т. н.).

Сред другите промени в НПК, изследвани в глава IV, **особено практическо значение имат** (и поради това са привлекли специалното внимание на автора) **възобновяването на наказателното дело по искане на задочно осъдения; задължителното прилагане** на института за освобождаване от наказателна отговорност с налагане на административно наказание **при условията на чл. 78а от НК**; премахване възможността делото да се изнема от по-горен съд за разглеждане; уреждането на въпроса за **защитата на бедните обвиняеми** (чрез промяна на института на необходимата защита); въвеждането на толкова спорния **институт на споразумението**. Задълбоченият, аналитичен подход на доц. Трендафилова се откроява и при обсъждането на тези промени. Особено при споразумението силно впечатлява подробното и прецизно изясняване на истинската същност на този институт, на спецификите при уреждането му в българския НПК, на ползата от неговото прилагане. Тази полза, впрочем, все по-често се доказва от единствения достоверен критерий — наказателнопроцесуалната практика.

В заключение може да се обобща: промените в НПК от 1999 г. са особено значими и като обем, и като съдържание. Това обективно би затруднило всеки, който желае да ги обхване и осмисли в тяхната взаимовръзка и взаимна обусловеност, да разбере концептуалната основа на извършената законодателна реформа. С монографията си доц. Трендафилова решава тази задача. Затова определих представения труд като ценен принос в наказателнопроцесуалната литература. Поради същата причина бих си позволил искрено да го препоръчам на всички, които ще изследват, ще прилагат, ще изучават или просто ще се заинтригуват от реформирания български наказателен процес.

Издательство „СИБИ“
Редактор *Наталия Гуджева*
Коректор *Лиляна Йорданова*

Печат „Симолони“
Печатни коли 6,25
Формат 70x100/16

ISSN 08611815
София 2000