

СЪВРЕМЕННО ПРАВО

6'2001

СЪДЪРЖАНИЕ

СТАТИИ

Павел Сарафов — Понятието „собственост“ според Конституцията	7
Мариана Костова, Кръстьо Кръстев — Относно недействителността на решенията на органите на търговските дружества	18
Константин Танев — Папирус <i>P. Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571</i> — пример за морски заем от елинистически вид	32

ДИСКУСИИ

Анжело Георгиев — Относно правната природа на решението по чл. 22 от Закона за обществените поръчки и реда за неговото обжалване	43
---	----

МЛАДИ АВТОРИ

Радослав Радусhev — Проблем в практиката, свързани с обезщетението за неизползван годишен отпуск по чл. 224, ал. 1 от Кодекса на труда	52
---	----

ЮРИДИЧЕСКО ОБРАЗОВАНИЕ

Станимир Паунов — Частното висше училище като юридическо лице	58
--	----

КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

Валентин Георгиев — Фундаментално научно изследване	68
Ирина Мулешкова — Рецензия на „Трудове по международно право. Том пети“	76
Васил Киров — „Местното самоуправление“	82

НОВОИЗЛЯЗЛА ПРАВНА ЛИТЕРАТУРА	86
-------------------------------------	----

СЪДЪРЖАНИЕ НА СПИСАНИЕТО „СЪВРЕМЕННО ПРАВО“ ЗА 2001 ГОДИНА	89
---	----

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. XII, Кн. 6, София 2001
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“
2001

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

CONTENTS

ARTICLES

Pavel Sarafov — The Concept of „Property“ according to the Constitution	7
Mariana Kostova, Krustyo Krustev — On the Voidance of Companies’ Bodies Decisions	18
Konstantin Tanev — Papyrus Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571 — an Example of the Hellenistic Maritime Loan	32

DISCUSSIONS

Anjelo Georgiev — On the Legal Nature of the Decision according to Art. 22 of Public Procurement Act and the Procedure of Its Appeal	43
--	----

YOUNG AUTHORS

Radoslav Radushev — An Issue from the Practice Related to the Compensation of Unused Annual Leave according to Art. 224, para. 1 of Labour Code	52
---	----

JURIDICAL EDUCATION

Stanimir Paunov — The Private High School as a Legal Entity	58
--	----

REVIEWS AND SCIENTIFIC LIFE

Valentin Georgiev — Fundamental Academic Study	68
Irina Muleshkova — Review of „Works on International Law. Volume 5“	76
Vassil Kirov — „Local Self-Government“	82

NEWLY PUBLISHED LAW BOOKS	86
---------------------------------	----

CONTENTS OF CONTEMPORARY LAW JOURNAL FOR 2001	89
---	----

CONTEMPORARY LAW

Year XII, 2001, № 6, 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. Climent Ohridski“
Faculty of Law
© SIBI Publishing House
2001

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

СТАТИИ

ПОНЯТИЕТО „СОБСТВЕНОСТ“ СПОРЕД КОНСТИТУЦИЯТА

*Павел Сарафов**

1. Голямото обществено и правно значение на собствеността е причина за регламентирането ѝ на конституционно равнище. По този начин тя придобива особено юридическо качество и се откроява като фигура с конституционноправен характер. Това повдига въпроса дали в рамките на Конституцията понятието за собственост се покрива със съответното понятие на гражданското право или при нея под собственост се разбира нещо по-различно и по-специфично.

Разпоредбите на Конституцията не дават пряк отговор на този въпрос. В нея липсва специална дефиниция, от която, както постановява чл. 37, ал. 2 УПЗНА, да се заключи, че разбирането ѝ за собствеността е различно от общоприетото. Ето защо, в съответствие с изискването за смислово единство на употребяваната юридическа терминология (чл. 37, ал. 1 УПЗНА), основателно може да се допусне, че говорейки за собственост, Конституцията има предвид собствеността в нейния класически, вещноправен смисъл¹.

Безспорно изтъкнатото съображение има своето основание. Съществуването на понятие, различно от общоприетото, би следвало да бъде изрично и недвусмислено оповестено, а не да се залага по един мълчалив и бъдещ съмнения начин. В случая с Конституцията обаче подобно съображение не може да се приеме за решаващо. Предвид особеностите ѝ на нормативен акт, за нея е по-привично да установява основни ценности, принципи и норми, отколкото да навлиза в детайли

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

чрез формулирането на легални дефиниции за една или друга правна фигура. Ето защо единственият сигурен извод, който произтича от обстоятелството, че Конституцията не дефинира употребяваното от нея понятие за собственост, е този, че по този начин тя го предполага, приемайки го за нещо ясно и подразбиращо се. Какво обаче е това, което тя предполага, е друг въпрос, който изисква допълнителен анализ. Тук формалният подход е недостатъчен и се налага специална преценка, отнасяща се до смисъла, предназначението и последиците от превръщането на собствеността в конституционноправна фигура. Само по този начин може да се намерят съответните опорни точки, на чиято основа да се изясни какво според Конституцията следва да се разбира под собственост.

2. Въпросът какво представлява понятието, което Конституцията обозначава с термина собственост, не предизвиква особен интерес у нашата доктрина. Срещат се само изолирани случаи на проявено внимание в тази насока.

Така например В. Таджер приема, че в „чл. 17, ал. 1 на Конституцията се има предвид само тясното и строгото понятие за собствеността върху вещ“³, а не и такива атрибутивно обозначаващи видове собственост, каквито са индустриалната, литературната, интелектуалната и търговската.

На свой ред, съобразявайки тенденциите в практиката на КС и на Европейския съд по правата на човека, М. Марков счита, че в Конституцията е заложено едно по-широко разбиране за собствеността, което наред със същинското право на собственост обхваща ограничените вещни права, вземанията, правата по ценни книги, собствеността върху дялове и акции от търговски дружества, както и търговското предприятие по смисъла на чл. 15 от ТЗ⁴.

Доста по-различна е ситуацията в практиката на КС. За първи път, макар и непряко, той заема позиция по въпроса в тълкувателно Решение № 19/1993 г. по к. д. № 11/93 г.⁵ Независимо че посоченото решение не се занимава с понятието за собственост, анализът в мотивите към него изцяло е базиран върху предпоставката, че собствеността по смисъла на основния закон се отнася до вещи. По-конкретно КС посочва, че за разграничаване на частната от публичната собственост е от значение „кому принадлежи правото на собственост, *какви са вещите*, които са предмет на това право, и *какво е тяхното предназначение*“⁶. От цитирания пасаж ясно се вижда, че застъпеното разбиране не отграничава собствеността в Конституцията от тази в гражданското право.

В по-нататъшната си практика обаче КС преориентира своята позиция. Още в първия случай, при който е сезиран да се произнесе по накърняването на имуществени права, които не представляват вещно право на собственост, той приема, че тези права са обхванати от понятието частна собственост по смисъла на чл. 17, ал. 3 и 5 от основния закон. Става въпрос за правата на вземане на юридически лица и еднолични търговци, произтичащи от определени категории доставки на природен газ. По повод обявяването на тези вземания за държавни от § 1, ал. 1 на

Закона за изменение и допълнение на Закона за държавния бюджет на Р България за 1996 г.⁷ КС посочва, че „Частната собственост и на юридическите лица е неприкосновена. Ето защо едно частноправно вземане, каквито са вземанията по § 1, ал. 1 от ЗИДЗДБ на Република България, не може да бъде обявено за държавно. То може да бъде принудително отчуждено, но само при условията на чл. 17, ал. 5 от Конституцията ...“⁸.

Линията вземанията да се приравняват на собственост е продължена и в други решения на КС. Така в Решение № 17/1999 г. по к. д. № 14/99 г.⁹ се приема, че е недопустимо предвиденото от § 35, ал. 3 от ПЗР на ЗДБРБ за 1999 г. едностранно намаляване на задълженията на държавата към определени търговски банки. Съображението е, че вземанията на банките са имуществени права и като такива „безусловно се обхващат от конституционноправната защита на собствеността, съдържаща се в чл. 17, ал. 1 и 3 от Конституцията. На плоскостта на възможността правото на собственост *в широк смисъл* (к. м. — П. С.), т. е. обхващащо и други имуществени права, включително и вземанията, да бъде накърнявано (засягано) от страна на държавата, важен ограничител се явява разпоредбата на чл. 17, ал. 5 от Конституцията“¹⁰.

Схващането, че вземанията са собственост по смисъла на основния закон, е доразвито и от Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г.¹¹ В него КС пряко поставя знак на равенство между публична собственост и публично вземане, съответно частна собственост и частно вземане. Разглеждайки предвиденото от ДПК деление на държавните и общинските вземания на публични и частни, той приема, че наред с другите си аспекти този въпрос се отнася „и до изясняване на различието между публична и частна собственост по смисъла на чл. 17, ал. 2 от Конституцията“¹². Именно с оглед на това различие неговият извод е, че „конституционният принцип на равнопоставеност на титулярите на правото на частна собственост изключва създаването на специален, различен от общия ред за събиране на частните държавни вземания. Създаването на такъв ред нарушава чл. 17, ал. 1 и 2 ... от Конституцията ...“¹³. Отбелязаният паралел между вземания и собственост е продължен и в останалата част от решението. По-специално съдът „напомня, че вземанията, които не са публични по смисъла на чл. 17, ал. 2 от Конституцията, са частни“ и че „публичните вземания не са частна собственост“¹⁴, поради което привилегированото „събиране на публичните вземания не е посегателство върху *правото на собственост върху* несъбраните частни вземания (к. м. — П. С.)“¹⁵. Така аналогията между вземане и собственост става още по-пълна, а в допълнение се прибавя и до използването на юридически непрецизния израз *право на собственост върху вземания* по подобие на маниера, с който се говори за *право на собственост върху вещ*.

Практиката на КС да отнася към собствеността имуществени права, които не са собственост, не се изчерпва само с вземанията. В своето Решение № 7/2001 г.

по к. д. № 1/2001 г.¹⁶ той приравнява на собственост и ограниченото вещно право на ползване. Според мотивите на това решение правото на ползване „е едно имуществено благо за неговия притежател, имуществено право. В този широк смисъл, разбираемо като имущество, то е част от патримониума на своя титуляр, негова собственост“¹⁷. Независимо от изключителната непрецизност на посочените формулировки от тях ясно се вижда, че КС схваща правото на ползване не с оглед на неговите правотехнически особености, а като някаква нетрадиционна, широко разбираема собственост. Това му позволява да постанови, че Конституцията „закрила собствеността в широкия смисъл на думата. Такава закрила тя предоставя на вземанията, а с още по-голямо основание — на вещните права“¹⁸.

На фона на казаното не предизвиква учудване, че КС приема за собственост и такива имуществени съвкупности като дружествен капитал, търговско предприятие, имущество. По подобие на вече посочения начин, в неговия анализ юридическата специфика на тези правни фигури е обезличена и те са сведени до положението на някаква особена, широко разбираема собственост.

Тази е логиката, от която изхожда КС в своето Решение № 18/1997 г. по к. д. № 12/1997 г.¹⁹, приемайки, че въпросът относно опазването на банковата тайна е свързан с „неприкосновеността на частната собственост — чл. 17, ал. 3“ и е допустимо „доколкото държавното ... участие в съответните дружества надвишава 50 на сто, *държавата като собственик*“²⁰ да разреши със закон нейното разкриване. Очевидно, говорейки за *собственик* и *участие*, КС има предвид смисъла, в който търговското право разглежда правата върху капитала на търговските банки, а не някаква собственост в традиционния смисъл на думата.

Още по-открито отбелязаната позиция е заявена в Решение № 11/2001 г. по к. д. № 18/2000 г.²¹ В него КС приема, че при преобразуването на общински лечебни заведения в акционерни дружества, при което държавата „придобива мажоритарно право на собственост върху преобразуваната болница, независимо дали въобще е имала право на собственост върху тази болница ... винаги е отчуждаване на общинска собственост в полза на държавата“²², влизащо в противоречие с чл. 17, ал. 5 от основния закон. И тук, подобно на предходното решение, изразите собственост, мажоритарно право на собственост и отчуждаване на собственост имат предвид не същинското понятие за собственост, а капитала на вече преобразуваното търговско дружество, респ. за етапа преди преобразуването — активите от имуществото на непреобразуваната болница.

Линията на отъждествяване на собствеността с определени имуществени съвкупности се наблюдава и в Решение № 3/2000 г. по к. д. № 3/2000 г.²³ По-конкретно при него КС приема, че доколкото по своята природа една аптека е предприятие по смисъла на чл. 15 от ТЗ, „закриването на аптеки, образувани от събирателни и командитни дружества и от кооперации на фармацевти, представлява посегателство върху притежаваното от търговеца предприятие и в широк смисъл на ду-

мата посягане върху правото на собственост по чл. 17 от Конституцията²⁴. Така според цитираното решение собственост е и предприятието на търговеца, разбираемо като съвкупност от права, задължения и фактически отношения.

3. Прегледът на досегашната практика на КС показва, че според него онова, което Конституцията нарича собственост, е нещо по-широко и по-различно от собствеността като вещно субективно право. В позицията му тя е представена като самостоятелна правна категория, отличаваща се от тясното и строго техническото разбиране на гражданското право.

Какво точно е това понятие обаче КС не пояснява. Заетата от него позиция е изложена по повод конкретната проблематика на всяка една от разглежданите хипотези и не е израз на някаква ясно формулирана, цялостно избистрена и официално оповестена концепция. Тази позиция дори не е разисквана, не е аргументирана и не е обобщена. Просто КС я приема като даденост, на чиято основа развива своите решаващи мотиви. Любопитно е, че и подходът на повечето от сезиращите го искания е сходен. Без каквато и да било аргументация в тях се говори за собственост, разпореждане със собственост, нарушаване на собственост, под което се разбират имуществени права, твърде различни от вещното право на собственост²⁵.

При все че предпоставянето на едно понятие не означава неговото дефиниране, отделните произнасяния на КС дават материал за определени изводи. От тях ясно личи, че като категория на конституционното право собствеността е *събирателно понятие*, което се отнася до множество имуществени права, а не до едно единствено и точно определено субективно право.

Това води до разширяване приложното поле на конституционните разпоредби, при което в обхвата им попадат и права, нямащи правнотехническите характеристики на собственост. В юридическо отношение те се различават от нея, но в контекста на конституционната релевантност получават закрепване и гарантиране в същата степен, в която това важи за собствеността в тесния смисъл на думата. Всъщност тя е само едно от правата, попадащи в широкото понятие за собственост и от гледна точка на конституционния режим не следва да се счита за нещо по-различно и по-специално от останалите.

Като се има предвид, че Конституцията защитава собствеността заради ролята ѝ на материална основа на индивидуалното човешко съществуване и условие за осъществяване на свободна стопанска дейност, подобен подход е напълно закономерен. В съвременни условия материалното съществуване на индивидите и тяхната стопанска активност не могат да почиват единствено върху вещното право на собственост. Необходими са и други форми на имуществено притежание, които да отговарят на реалните положения от икономическия и социалния живот на хората. Ето защо би било напълно несъстоятелно да се предоставя конституционна защита на най-незначителни случаи на собственост върху вещь — примерно на

собственост върху носна кърпа, а да се отказва подобна защита на вземания по парични влогове или на ограничени вещни права. Това би създадо диспропорция, която няма никакво житейско и правно основание. Ако Конституцията действително цели да осигури условията за едно пълноценно и свободно съществуване на хората, то това може да се постигне само чрез закрепването и защитата на широк спектър от имуществени права. В противен случай от приложното поле на нейните разпоредби биха отпаднали сериозни имуществени интереси и би се открил пътът за несмущаваното им и произволно накърняване от страна на публичната власт.

Изтъкнатото положение е така очевидно, че широкото разбиране за собствеността е възприето и в редица други държави. Във ФРГ и САЩ например този въпрос е изяснен отдавна, като в съответствие с особеностите на националните им правни системи към конституционното понятие за собственост са отнесени различни по характера си имуществени права.

Така например според установения във ФРГ възглед собствеността по смисъла на Конституцията обхваща един широк кръг от имуществени права, сред които освен традиционното право на собственост попадат още и ограничените вещни права, облигационните вземания (*Forderungen*), имуществените права върху нематериални блага (*Immaterialgüterrechte*), правата чрез едно фактическо действие (примерно акт на ловуване) да се придобие в собственост определена вещь (*Aneignungsrechte*), правата, произтичащи от членствени правоотношения (*Mitgliedschaftsrechte*), правото относно установеното и упражнявано селскостопанско или занаятчийско занятие (*Recht am eingerichteten und ausgeübten landwirtschaftlichen oder Gewerbebetrieb*)²⁶. Освен това, доколкото немското право ясно обособява категорията на публичните субективни имуществени права, част от тях също са причислени към широкото понятие за собственост. Според разбирането на Федералния конституционен съд това са тези права, които са резултат от някакво собствено действие (условно казано престативно участие) на субекта, поради което на него му се предоставя, чрез субективното публично право, такава правна позиция, която съответства на позицията на собственика²⁷. Към тях се отнасят правата за различни доволствия, порции и други подобни, произтичащи от дейността, която съответните лица осъществяват, но не и правата, свързани с предоставянето на помощи или плащания, които са само проява на грижа от страна на държавата по отношение на своите граждани.

В САЩ картината е доста сходна, макар и с неизбежните нюанси на националната юридическа традиция. По-конкретно, според американския конституционализъм текстовете за собствеността (*property*) на петата и четиринадесетата поправка на Конституцията се отнасят до която и да било нейна разновидност, а не само до един единствен вид право. Това включва както правата спрямо вещи и интелектуални блага, така и „такива интереси като търговски тайни; заложни

права; лихвата по пари в сметка, трупаща се докато трае правният спор за парите; корпоративното право на иск срещу Република Китай²⁸ и редица други.

У нас каталогът на включените в широкото конституционно понятие за собственост права също е доста разнообразен. Той естествено започва с *вещното право на собственост* и продължава с всички онези права, по които вече има произнасяния на КС — *правото на вземане, вещното право на ползване, правата върху дялове и акции от капитала на търговските дружества, правото върху търговско предприятие по смисъла на чл. 15 от ТЗ*. Към тях следва да се прибавят и останалите ограничени вещни права, както и *правата върху различни ценни книги и форми на дялови участия*. Ето защо собственост по смисъла на Конституцията са и *правото на строеж, сервитутите, правата по облигации, менителни или други ценни книги, както и членствените права с дялов характер в персоналните търговски дружества или кооперациите*. Освен това към широкото понятие за собственост следва да се отнесат *обезпечителните и лицензионните права*, доколкото първите са дубликат на правото на вземане²⁹, а вторите съставляват имуществен актив, свързан с разрешението да се осъществява дейност, носеща определени стопански изгоди.

Независимо че правата на *интелектуална собственост* имат самостоятелна уредба в чл. 54, ал. 3 от Конституцията, те също следва да се отнесат към собствеността в широкия смисъл на думата. Това е така, тъй като посоченият текст цели повече защитата им като творческа изява на човешката личност, отколкото като определено имуществено благо. Показателно е, че в систематично отношение разпоредбата се намира сред текстове, акцентиращи върху създаването и обогатяването на културата и духовните ценности, както и върху свободата в творческата изява на индивидите, а не върху материалната страна на този процес. Отделно посочените в текста *изобретателски, авторски и сродни на тях права* съвсем не изчерпват всички права на интелектуална собственост. Липсват правата върху *марки, географски означения, промишлен дизайн, правата спрямо новите сортове растения и породи животни, както и правата по отношение на топологията на интегралните схеми*. Всички те съставляват форма на имуществено притежание и поради това с основание следва да се отнесат към широкото понятие за собственост и произтичащите от него конституционни гаранции. Същото важи и за производните от тях *лицензионни, издателски и други подобни права*, които осигуряват на своите носители възможността да извлекат имуществени изгоди посредством използването на чуждо нематериално благо.

По-различно е положението с правото на наследяване. То също има имуществен характер, но в чл. 17, ал. 1 от Конституцията е изведено като предмет на самостоятелно гарантиране, паралелно на това на собствеността. Изтъкнатото обстоятелство е симптоматично и, както основателно е посочено в литературата „логически го извежда от кръга на категорията „собственост“³⁰. Очевидно по този на-

чин законодателят се стреми да разграничи правото на наследяване от правото на собственост и така да подчертае, че, макар и имуществено право, то е от по-различен порядък. В това има известно основание, доколкото само по себе си правото на наследяване представлява не толкова форма на имуществено притежание, колкото право, вследствие на чието упражняване се стига до придобиване на други права, представляващи форма на имуществено притежание³¹.

Разбира се, направеният преглед съвсем не обхваща в цялост каталога на имуществените права, включени в широкото понятие за собственост. Тяхното многообразие и конкретни специфики са толкова големи, че, от една страна, е трудно да се постигне изчерпателното им изброяване, а от друга — в определени случаи е необходимо да се прави по-детайлна преценка дали съответното имуществено право е собственост по смисъла на Конституцията или не.

Отделно от това развитието на обществените процеси и еволюцията в правосъзнанието може да поставят на разискване такива въпроси, чието разглеждане в контекста на собствеността понастоящем изглежда непривично. Това важи особено за права, отнасящи се до социални плащания и държавно подпомагане, предоставянето на които може да бъде едностранно преустановено или чувствително намалено. Показателен е фактът, че когато през 1997 г. пред КС се атакува чл. 47в от Закона за пенсиите (отм.) заради предвиденото от него ограничение във възможността да се получава пълният размер на полагащата се пенсия, сезиращото искане се позовава на противоречие с прогласеното от чл. 51, ал. 1 на Конституцията право на обществено осигуряване и социално подпомагане, както и на установената от чл. 57, ал. 1 неотменимост на основните права на гражданите. Отменителните основания изобщо не са търсени в евентуално несъответствие с разпоредбите на чл. 17, ал. 1 и 3 от основния закон³². Явно идеята да се предприеме опит в тази насока не е доловена, тъй като просто е чужда на битуващите у нас юридически представи. Доста по-различна е картината в Германия, където предвид съществуващите схващания не буди никакво смущение поставянето на подобни въпроси в светлината на конституционното понятие за собственост. Както вече стана дума, Федералният конституционен съд на ФРГ нееднократно е сезиран с искания, при които от тази позиция да се произнесе по накърняването на права, произтичащи именно от системите за обществено подпомагане.

4. Следва да се отбележи, че тенденцията собствеността да се разглежда по един широк начин не се наблюдава само в рамките на конституционализма. Широкото разбиране за собствеността е застъпено и в такъв международен акт като Допълнителния протокол № 1 към Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи, чийто чл. 1 гарантира правото на мирно ползване на собствеността. Според практиката на Европейския съд по правата на човека „понятието „собственост“ в първото изречение на чл. 1 не бива да се разбира в правотехническият смисъл на думата. То е по-широко, както се вижда, и от дума-

та *biens* (блага — б. пр.) във френския текст³³. Това понятие „има самостоятелно значение, което не се ограничава до притежаването на вещи: някои други права и интереси, които съставляват активи, също могат да бъдат смятани за право на собственост и следователно са „собственост“ по смисъла на чл. 1“³⁴.

Фактът, че широкото схващане за собствеността се застъпва не само в конституционализма, но и в конвенция с международен характер, свидетелства, че става въпрос не за инцидентно явление, а за определена тенденция при актовете, занимаващи се с правното положение на личността. Техният стремеж да осигурят действителна основа за материалното съществуване на субектите по необходимост извежда проблема извън строгата рамка на цивилистиката и го поставя в един значително по-широк контекст.

На фона на казаното може ясно да се долови истинският мащаб на нормативния замисъл на тези актове. Той надхвърля защитата на отделно взето имуществено право и е насочен преди всичко към цялостно осигуряване на имуществената сфера на частноправните субекти. Това е така, тъй като, получавайки конституционна и конвенционна защита не само за вещното си право на собственост, но и за други имуществени права, те в крайна сметка се сдобиват със защита на имуществената сфера, която тези права в своята съвкупност формират. Именно въпросната сфера осигурява възможността им за предприемат желаните имуществени изяви както в битов, така и в стопански аспект. Ето защо тази имуществена сфера не може да се отнема в цялост, а доколкото е допустимо засягане на някои от съдържащите се в нея права това става само при точно определени от Конституцията и Конвенцията условия и по начин, който не лишава субектите от материалната основа на тяхното съществуване.

Отделен въпрос е доколко удачен е избраният начин за изразяване на нормативния замисъл. Използването на термина „собственост“, който обозначава и едно от правата, включени в широкото понятие, води до насилие над традиционното правно мислене и пренастройването му към напълно излишни условности. Далеч по-коректно е това широко понятие да получи самостоятелно наименование, което ясно да сочи на неговата специфика и да не дава повод за каквито и да било смесвания с други правни фигури.

БЕЛЕЖКИ

1. Не случайно в особеното си мнение по к. д. № 1 от 2001 г. конституционният съдия Неделчо Беронов се позовава именно на този аргумент, изтъквайки, че разпоредбите „на Конституцията, които третираат правото на собственост и конкретно чл. 17, *не предефинират* (к. м. — П. С.) това вещно право, не влагат в него съдържание, различно от приетото и учреденото в действащото обективно право в страната, т. е. установеното със законите“², за да се счита, че собствеността при нея е от друг порядък.

2. ДВ, бр. 38/2001 г., с. 7.
3. **Таджер, В.**, Уредбата на собствеността в Конституцията от 1991 г. — В: сп. „Закон“, бр. 1/1993 г., с. 18.
4. **Марков, М.**, Развитие на конституционното понятие за собствеността. — В: сп. „Собственост и право“, бр. 8/2001 г., с. 5—9.
5. ДВ, бр. 4/1994 г.
6. ДВ, бр. 4/1994 г., с. 2.
7. ДВ, бр. 79/1996 г.
8. ДВ, бр. 1/1997 г., с. 2 — Решение № 22/1996 г. на КС по к. д. № 24/1996 г.
9. ДВ, бр. 113/1999 г.
10. Решение № 17/1999 г. по к. д. № 14/1999 г., ДВ, бр. 113/1999 г., с. 17.
11. ДВ, бр. 29/2000 г.
12. Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г., ДВ, бр. 29/2000 г., с. 31.
13. Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г., ДВ, бр. 29/2000 г., с. 32.
14. Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г., ДВ, бр. 29/2000 г., с. 36.
15. Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г., ДВ, бр. 29/2000 г., с. 37.
16. ДВ, бр. 38/2001 г.
17. Решение № 7/2001 г. по к. д. № 1/2001 г., ДВ, бр. 38/2001 г., с. 5.
18. Решение № 7/2001 г. по к. д. № 1/2001 г., ДВ, бр. 38/2001 г., с. 5.
19. ДВ, бр. 110/1997 г.
20. Решение № 18/1997 г. по к. д. № 12/1997 г., т. 5, ДВ, бр. 110/1997 г., с. 8.
21. ДВ, бр. 51/2001 г.
22. Решение № 11/2001 г. по к. д. № 18/2000 г., т. I. 2, ДВ, бр. 51/2001 г., с. 4.
23. ДВ, бр. 37/2000 г.
24. Решение № 3/2000 г. по к. д. № 3/2000 г., т. III. 2, ДВ, бр. 37/2000 г., с. 4.
25. Пример в тази насока е сезиращото искане на народните представители по Решение № 17/1999 г. по к. д. № 14/1999 г., в което е посочено, че атакуваните разпоредби „противоречат на чл. 17, ал. 1 и 3 от Конституцията, защото държавата едностранно се разпорежда със собственост, която не ѝ принадлежи, определяйки по-малък размер на своето задължение към посочените търговски банки“ (ДВ, бр. 113/1999 г., с. 15). Сходно е искането по Решение № 2/2000 г. по к. д. № 2/2000 г., според което привилегираният начин за събиране на частните държавни вземания противоречи на чл. 17, ал. 1 и 3 от Конституцията и поставя в неравностойно положение другите видове частна собственост (ДВ, бр. 29/2000 г., с. 31). В същия дух е и искането на сезирация състав от III отделение на ВАС по Решение № 7/2001 г. по к. д. № 1/2001 г., който счита, че принудителното намаляване срока на ограниченото вещно право на ползване „ограничава правото на собственост, защитено от чл. 17, ал. 3 от Конституцията“ (ДВ, бр. 38/2001 г., с. 4). Подобен е смисълът и на сезиращото искане по Решение № 11/2001 г. по к. д. № 18/2000 г., което поддържа, че при „преобразуването на публичните здравни заведения в търговски дружества министърът на здравеопазването неправомерно се разпорежда с чужда (общинска), а не с държавна собственост“ и че „препределението на капитала на преобразуваните болнични заведения по същество е национализация на общинска собственост“, което противоречи на чл. 17, ал. 5 от Конституцията (ДВ, бр. 51/2001 г., с. 1—2).
26. **Staudinger-Seiler**, BGB — Kommentar, § 903, Rdz 25.
27. Вж. **Kuckein, J. -D.**, Die Eigentumsordnung in der Bundesrepublik Deutschland unter besonderer Berücksichtigung des Wesens des Eigentums. Würzburg, 1973, S. 113—115 и посочените там решения на Федералния конституционен съд на Германия. Вж. още по въпроса и по водените по него дискусии **Riegel, R.**, Das Eigentum im europäischen Recht. Erlangen — Nürnberg, 1975, S. 13—17.
28. **Pollot, M. L.**, Grand Theft and Petit Larceny: Property Rights in America. San Francisco, 1991, p. 92.

29. Реалните обезпечения — залогът и ипотеката, могат да се причислят към широкото понятие за собственост и поради своята вещноправна страна (относно същността на ипотеката и залога вж. **Сарафов, П.**, *Още веднъж за правната същност на ипотеката.* — В: Правни изследвания в памет на професор Иван Апостолов. С., 2001, с. 305—323).

30. **Марков, М.**, цит. съч., с. 8.

31. Съгласно възприетото разбиране правото на наследяване е субективното право на наследника, по силата на което той може *да приеме или да се откаже* от наследството на своя наследодател. В този смисъл упражняването на това право е предпоставка за протичане на наследствено правоприемство, което на свой ред да доведе до придобиване на съдържащите се в наследството права. Ако обаче упражняването на правото приеме обратна посока — на отказ от наследството, тогава изобщо няма да се стигне до придобиване на оставените в наследство права (Вж. **Тасев, Х.**, *Българско наследствено право.* С., 1993, с. 11 и **Цанкова, Ц.**, *Завещанието в българското наследствено право.* С., 1995, с. 30).

32. Вж. Решение на КС № 21/1998 г. по к. д. № 18/1997 г., ДВ, бр. 83/1998 г., с. 12.

33. **ван Дайк, П. и Г. Й. Х. ван Хууф**, *Европейската конвенция за правата на човека — теория и практика.* С., 2000, с. 579.

34. **ван Дайк, П. и Г. Й. Х. ван Хууф**, цит. съч., с. 579.

THE CONCEPT OF „PROPERTY“ ACCORDING TO THE CONSTITUTION

by Pavel Sarafov

Summary

The article is devoted to the concept of property according to the Constitution of the Republic of Bulgaria. On the grounds of the Constitutional Court practice, comparative legal references and juridical analysis it is concluded that this concept has a collective character and encompasses wide range of property rights. This allows applying the constitutional regulations to them, especially those which ensure constitutional protection against their illegal violation.

ОТНОСНО НЕДЕЙСТВИТЕЛНОСТТА НА РЕШЕНИЯТА НА ОРГАНИТЕ НА ТЪРГОВСКИТЕ ДРУЖЕСТВА

Мариана Костова, Кръстьо Кръстев***

Недействителността на решенията, които приемат органите на търговските дружества, винаги е поразила твърде много проблеми и затруднения в правоприложната дейност. Към необходимото обективно научно изясняване на тези проблеми засега все още остават задължени както съдебната практика, така и правната доктрина. По-долу предмет на бележките ни ще бъдат само някои от проблемите, а именно:

1. Относно възможността за нищожност на решенията на общото събрание на търговските дружества.
2. Относно критериите за разграничаване на нищожните от унищожаемите решения.
3. Проблеми относно производството по чл. 74 ТЗ.
4. Критични бележки относно разпоредбите на чл. 74 и чл. 75 ТЗ.

I

За разлика от недействителността на търговските дружества, в ТЗ няма обща нормативна уредба на недействителността на решенията, които приемат органите на търговските дружества. В закона има само един единствен текст, в който определени решения са квалифицирани като нищожни и в който са посочени не само основанията за тяхната нищожност, но и някои от признаците на правния ѝ режим — това е чл. 75 ТЗ. Наред с това в чл. 74 ТЗ е регламентиран редът за отменяване на решенията на общото събрание на търговските дружества, които противоречат на закона или на учредителния договор.

Други текстове, които да регламентират в каквата и да е форма недействителността на решенията на органите на търговските дружества в ТЗ, не се съдържат. Даже когато в някои текстове се говори за решения на общото събрание на търговските дружества, които биха могли да бъдат квалифицирани като недействи-

* Съдия в Апелативния съд — Пловдив

** Бивш председател на Военния съд — Пловдив

телни, законът не ги окачествява изрично нито като недействителни, нито като нищожни или унищожяеми, а само посочва условията за тяхната действителност.

Касае се, следователно, за правни актове, за които в закона не се съдържат указания кои от тях и при какви условия са недействителни, респ. нищожни или унищожяеми. При подобни случаи в теорията и съдебната практика се открояват някои съществени различия в гледищата.

Поддържа се преди всичко тезата, според която в нашето право действа правилото: „без текст няма недействителност“ (*pas de nulite sans texte*)¹. На второ място се поддържа схващането, според което това правило важи не за недействителността изобщо, а само при нищожност. В някои свои решения Върховният съд е категоричен, че „нищожни са само договорите, които законът е обявил за нищожни — в необявените от закона случаи договорите не могат да бъдат признати за нищожни“².

И едната, и другата теза са неприемливи. За да се окачестви един правен акт като нищожен или унищожяем, не е необходим изричен текст в закона. Това е така, защото нито е възможно, нито е необходимо да бъдат предвидени всички случаи на нищожност и унищожяемост. Друг е въпросът, когато правният акт е предмет на правно-нормативно регулиране. В тези случаи е изцяло приемлива тезата, че ако се касае за нищожен правен акт, това изрично следва да бъде указано в закона. За съжаление нашият законодател не винаги съблюдава това изискване. То не се съблюдава не само в другите правни отрасли, но и в гражданското право. Така например в редица случаи нищожни по своята същност сделки в ЗЗД са квалифицирани общо като недействителни — тези например по чл. 38, ал. 2, чл. 94, ал. 1, чл. 113 и др.³

Ето защо липсата в ТЗ на изрични указания за нищожност по отношение на решение на органите на търговското дружество сама по себе си не е основание да се счита, че това решение не може да бъде нищожно.

По въпроса за недействителността на решенията на органите на търговските дружества в теорията и съдебната практика има съществени различия. Докато в съдебната практика обаче различията се свеждат до това кога решенията са нищожни и кога унищожяеми, в доктрината има различия и по въпроса, дали изобщо решенията на търговските дружества (с изкл. на това по чл. 75 ТЗ) могат да бъдат нищожни. Тезата, че решенията на търговските дружества според нашия Търговски закон са по-скоро унищожяеми, а не и нищожни, е обстойно развита от проф. Поля Голева. Според нея ТЗ не предвижда различен правен режим на нищожност и унищожяемост относно решенията на общото събрание, а говори само за един правен дефект — противоречие на закона или на учредителния договор. Това според авторката е така, защото решенията на общото събрание не биха могли да се определят нито като договори, нито като едностранни сделки, за да е

възможно и допустимо прилагането към тях на правния режим на нищожността по ЗЗД⁴.

В Търговския закон наистина не се съдържат изрични указания за възможността към решенията на общото събрание да се прилага правният режим на нищожността (с изкл. на разпоредбата на чл. 75, ал. 2 ТЗ), но както бе посочено по-горе, този факт сам по себе си не изключва тази възможност. Не само в търговското право, но и в други отрасли на правото правният режим на нищожността намира надлежно приложение и без това изрично да е регламентирано в закона.

Трудно би могла да се приеме също така тезата, която отрича близостта на решенията на общото събрание с едностранните правни сделки. Обстоятелството, че решението е волеви акт на общото събрание като орган на дружеството, без да може да го представлява, е специфичен белег, който не отменя неговата родова същност на едностранна сделка. Обстоятелството, че решението е особена съвкупност от индивидуални едностранни волеизявления, които съвпадат по предмет и образуват определено мнозинство, поради което в теорията се определя като съставна едностранна сделка, също не отменя родовата му същност на правна сделка. Тази същност се проявява при всички правомерни правни действия, които съдържат волеизявления на едно или няколко лица, насочени към пораждаване на определени правни последици. Не може следователно да има съмнение, че решенията на общото събрание, въпреки някои техни особености, се включват в общата категория на правните сделки⁵.

Правната природа на решенията на общото събрание обаче не може да има определящо значение при решаването на въпроса, дали и кога по отношение на тези решения е приложим правният режим на нищожността. Даже ако приемем, че решенията на общото събрание не са правни сделки по смисъла на ЗЗД, това не предрешава въпроса за формата на тяхната недействителност и в частност — не изключва възможността към тях да бъде приложен правният режим на нищожността.

Въпросът за нищожността на правните актове не е само правнодогматичен. Той има важни социално-правни основания. Най-същественят признак от правния режим на нищожността е, че недействителността на нищожните актове не е ограничена от давностни и преклузивни срокове, че тя не може да бъде валидирана и след изтичане на тези срокове. От социално-правно гледище има определени недействителни правни актове, по отношение на които режимът на нищожност е безусловно наложителен, актове, чиято недействителност не трябва да бъде валидирана при никакви условия, тъй като това би било не само несъвместимо с основни принципи на правото, но би имало и тежки последици върху обществените отношения, регламентираны от закона. Такива обаче биха могли да бъдат не само правните сделки, а всички правни актове. Вън от съмнение е например, че съдебните решения и административните актове по своята правна природа не са правни

сделки, но в зависимост от естеството на техния порок те могат в редица случаи да бъдат нищожни.

Едва ли обаче може да се приеме за правомерна и противната теза, според която към решенията на общото събрание в качеството им на правни сделки следва *на общо основание* да се прилага чл. 26 ЗЗД, който има силата на генерален текст, уреждащ нищожността на всички видове волеви актове от гражданскоправен характер⁶.

Нормативната уредба на недействителността по ЗЗД по редица причини не може да намери пълно и механично приложение в другите отрасли на правото. Това е така, преди всичко защото обществените отношения, регулирани от другите правни отрасли, се характеризират с особености, по силата на които социалноправното значение на основанията за недействителност по ЗЗД не е адекватно на значението им в тези отрасли. Колкото се касае до решенията на общото събрание на търговските дружества, специфичното проявление на тяхната недействителност е не само въпрос на теория и съдебна практика, както това е например при административните актове, но и предмет на правно-нормативно регулиране. Докато съгласно чл. 26 ЗЗД всички правни сделки, които противоречат на закона, са нищожни, съгласно чл. 74, ал. 1 ТЗ решенията на общото събрание на търговските дружества, които противоречат на закона, могат да бъдат отменявани по съдебен ред. Следователно безусловното прилагане режима на нищожността към решенията, противоречащи на закона, е изключено по силата на изрична законова разпоредба.

II

Всъщност реалните трудности при определяне режима на недействителните решения на търговските дружества са свързани с въпроса — кога и при какви условия те могат да се отменяват по реда на чл. 74 ТЗ и кога това не е необходимо и допустимо, тъй като поради своята нищожност решенията не пораждаат изобщо правни последици.

Съгласно чл. 74 ТЗ решенията, които противоречат на повелителни норми на закона, подлежат на отменяване от съда. Нищожните решения обаче в един или друг смисъл също противоречат на закона. Следователно едни и същи по принцип основания за недействителност в едни случаи водят до нищожност, а в други до унищожаемост. Струва ни се обаче, че има и трета категория решения, които, макар и да противоречат на закона, не са нито нищожни, нито унищожаеми. Касае се за несъществени нарушения на закона или за нарушения, които не са довели до реални неправомерни последици — например в поканата за свикване на общото събрание по чл. 139 и чл. 223, ал. 4 ТЗ не е посочен точният час на неговото откриване, но то е било проведено при пълен кворум и изискуемо мнозинство.

Щом противоречието на закона може да бъде основание както за нищожност, така и за унищожаемост⁷ на решенията, критерият за тяхното разграничаване следва да се търси преди всичко в степента на това противоречие или в кръга на интересите, които то засяга. Необходимо е обаче наред с това тежестта на допуснатите закононарушения да се преценява не абстрактно, а с оглед на специфичните различия в режима на нищожност и унищожаемост. Това би означавало да преценяваме тежестта и естеството на порока с оглед пълната или ограничена несъвместимост на последиците от недействителното решение с действащите разпоредби на закона. Ако порокът на решението го прави непоносимо за правния ред даже само за периода до неговото отменяване, това решение би следвало да се квалифицира като нищожно. В обратните случаи решението би било унищожаемо.

Изхождайки от този общ критерий за отграничаване на нищожните от унищожаемите решения, би следвало да се посочат някои по-конкретни разграничителни критерии. Преди това обаче е уместно да се посочат хипотезите, при които в доктрината и съдебната практика се приема почти с пълно единомислие нищожността на правните актове.

На първо място, това са случаите на т. нар. незавършен фактически състав и в частност — решенията на общото събрание, които пораждаат своето правно действие след надлежното им вписване в търговските регистри. Преди вписването им и при отказ да бъдат вписани те не могат да породят правни последици. Това е т. нар. висяща нищожност, която се трансформира в действителност след вписване на решението. Ако такива решения бъдат изпълнени, действията по тяхното изпълнение преди вписването или при отказ да бъдат вписани ще бъдат извършени без правно основание, т. е. ще бъдат лишени от правна сила.

Друга общоприета хипотеза на нищожност при правните актове, вкл. при решенията на търговските дружества, това са т. нар. несъществуващи правни актове. В правната доктрина доминира схващането, според което липсва основание да се прави разлика между нищожни и несъществуващи правни актове⁸. Различия относно правния режим, на който те се подчиняват, наистина не са налице. Известни различия обаче в нюансите относно естеството на основанието за тяхната недействителност не следва да се отричат. Тези различия, както основателно посочва проф. К. Лазаров, „оставят впечатление, че несъществуващият акт е всъщност по-явно, по-подчертано, по-категорично изявен нищожен акт“⁹. При традиционните основания за нищожност на правните актове последните обикновено не са лишени от формалните признаци на един действителен правен акт. Не е така при несъществуващите актове — те и привидно не осъществяват признаците на един валиден правен акт. Такъв би бил напр. случаят при един изцяло фалшифициран протокол на решение на общото събрание, надлежно вписано в търговските регистри, без да е било проведено събрание. Такъв би бил също така случаят, когато общото събрание приеме решение, с което си присвоява правораздавателни функ-

ции, като освобождава управителя от отговорност, която му се търси в образувано исково производство от съдружник, но на основания, които не са свързани с дейността на дружеството. Проф. Герджиков посочва и други подобни примери на несъществуващи решения, които той окачествява като правно непоносими: решение да не се допускат до офиса органи на реда или решения, взети от лица без право на глас — напр. наемни работници¹⁰.

Във всички останали случаи на недействителни решения на търговските дружества извън посочените, в доктрината и в съдебната практика няма единомислие относно формата на тяхната недействителност. При това, когато едно решение на търговско дружество се квалифицира като нищожно или унищожаемо, обикновено не се излагат съображения за използвания критерий при тяхното разграничаване.

По-долу ще бъде направен опит да бъдат посочени някои от критериите за разграничаване на нищожните от унищожаемите решения, като за тази цел основанията за недействителност се разпределят в няколко групи.

На първо място, това са решенията, които по своето *съдържание* противоречат на императивни норми на закона. Такива решения биха били безусловно нищожни, когато тяхното изпълнение е невъзможно или когато налагат извършването на престъпление. Другият възможен критерий е свързан с кръга на интересите, които решението засяга. Ако по своето съдържание решението не само противоречи на закона, но и засяга интересите на лица, които са лишени от правото да искат неговото отменяване по реда на чл. 74 ТЗ (като кредитори, трети лица и др.), в тези случаи недействителните решения следва да се признаят за нищожни. В противен случай това би означавало определени недействителни решения по същество да не бъдат нито нищожни, нито унищожаеми, тъй като не може да се счете за унищожаемо едно решение, унищожаването на което не може да се иска от лицата, които то засяга.

На второ място са нарушенията на процедурни и други изисквания във връзка с подготовката и провеждането на общото събрание и изготвянето на решенията. В доктрината доминира схващането, според което тези нарушения водят само до унищожаемост. Това важи преди всичко за нарушенията на установения ред за свикване на общото събрание и на изискванията за необходимите кворум и мнозинство. Проф. Таджер обаче приема за нищожни решенията, приети без необходимото мнозинство. Колкото се касае до нарушенията на реда за свикване на общото събрание, той отбелязва: „Нищожно ще бъде решението, което не е прието от свиканото по съответния ред събрание, а от случайно събрали се съдружници, и то без да е осигурена възможност за участие на всички.“¹¹

Едва ли следва да се поставя под съмнение правомерността на доминиращото в доктрината схващане за унищожаемост на решенията, приети в нарушение на отделни, макар и съществени разпоредби относно свикването на общото събрание

и необходимото мнозинство. Когато обаче се касае за случайно събрали се съдружници без осигурена възможност за участие на всички останали, в тези случаи наистина трудно може да се говори за „същински решения по смисъла на ТЗ“, както се изразява проф. Таджер. Пълното пренебрегване на всички процедурни изисквания по подготовката и провеждането на общото събрание дисквалифицира самата същност на приетите от него решения като такива, които могат да се считат за валидни до тяхното отменяване.

Доколкото решенията на общото събрание са **решения**, те биха могли да съдържат и процесуалноправни пороци. Когато тези техни пороци са особено съществени, решенията могат да се признаят за нищожни. Такива биха били решенията, които по своето съдържание и редактиране не позволяват да се разкрие волята на органа, който ги е приел, или позволяват противоречиви и взаимно изключващи се тълкувания. Строго погледнато, такива решения поради абсолютната нееднозначност на съдържанието им не винаги могат да се определят като противоречащи на закона, за да бъдат предмет на разглеждане по реда на чл. 74 ТЗ.

На трето място са нарушенията на нормативните изисквания за **компетентност** на органите, приели решенията. По принцип в теорията няма различия по въпроса, че такива нарушения водят до нищожност. Когато обаче проф. Герджиков говори за нарушения във връзка с компетентността на ООД, има предвид случаите, когато решенията са издадени по въпрос, който изобщо не влиза в пределите на компетентността на ООД, като например решението, с което се издига кандидатурата за народен представител¹².

Така както е формулирано, становището на проф. Герджиков и даденият от него пример сочат на една от третираните вече разновидности на нищожност — несъществуващ правен акт, респ. решение. Не може да има съмнение обаче, че и обикновените нарушения на компетентността в границите на определен вид търговско дружество, допуснати при приемане на решението, водят до неговата нищожност. Такъв би бил например случаят, когато управителни органи на дружеството приемат решение по въпроси от изключителна компетентност на общото събрание.

В съдебната практика има и други примери на некомпетентност, когато тя се отнася не до въпроси, по които определени дружествени органи нямат право да произнасят с решение, а до **лица**, по отношение на които тези органи нямат право да приемат решение. Така например на това основание ВКС е обявил за нищожно решение на общото събрание на ООД, с което на основание чл. 126, ал. 3 ТЗ е изключен съдружник, който при приемането на решението вече не е имал това качество, тъй като преди това е бил изключен на друго по-благоприятно основание — чл. 125, ал. 2 ТЗ. (Р 302/1996 г., V г. о.).

Последна група случаи на закононарушения, водещи до нищожност, се съдържат в разпоредбата на чл. 75 ТЗ. Това са решения на общото събрание, които

са приети в противоречие с влязло в сила съдебно решение. Този въпрос ще бъде разгледан на съответното място в следващото изложение.

III

Правните способности за предявяване недействителността на дружествените решения поражда някои проблеми преди всичко във връзка с предвидения в чл. 74 ТЗ особен ред за тяхното отменяване. Съгласно този текст всеки съдружник или акционер може да предяви иск за отмяна на решението на общото събрание, когато то противоречи на повелителните разпоредби на закона или на учредителния договор, съответно на устава на дружеството.

Искът е конститутивен, защото цели отмяна на решението и правното му действие, т. е. промяна на определени правоотношения в дружеството. Предявяването на този иск обаче не е пречка съдът да постанови едно установително решение, ако прецени, че атакуваното решение не подлежи на отмяна поради своята нищожност.

Този иск може да бъде предявен от всеки съдружник или акционер. Не е нужно той да е изразил несъгласие с атакуваното решение. Ищец може да бъде съдружник или акционер, който е гласувал за решението или даже в чийто интерес то е постановено. Изключването на правния интерес като процесуална предпоставка за предявяване на иска е факт, който разкрива социално значимите функции на това производство в защита на закона и на общия дружествен интерес. Положителното значение на този факт обаче с нищо не оправдава пълното и безусловно елиминиране на правния интерес като процесуална предпоставка за предявяване на иска по чл. 74 ТЗ.

Решенията на общото събрание много често имат широко правно-икономическо значение, което рефлектира върху неопределен кръг икономически субекти. Последните понякога са заинтересувани не по-малко от съдружниците и акционерите от отменяването на незаконосъобразните и противоуставни решения на общото събрание. Ето защо неоправданото стесняване на кръга от лицата, които могат да предявяват иск по чл. 74 ТЗ, лишаването от това право на заинтересуваните кредитори и други трети лица, а до известна степен и неоправдано кратките преклузивни срокове в това производство, са довели до едно законодателно решение, което не е достатъчно съобразено с правната сигурност и интересите на търговския обмен. Право да иска отмяна на противоречащите на закона или на учредителния договор решения на общото събрание трябва да има де леге ференда всички, който може да установи свой интерес от тяхното отменяване — така както има право да предяви иск за обявяването им за нищожни.

Предмет на отменяване по чл. 74 ТЗ могат да бъдат всички решения на общото събрание независимо от въпроса, по повод на който е прието решението, и без оглед на това дали подлежи или не подлежи на вписване. Не може обаче да бъдат

отменявани решения, които не противоречат на закона или на учредителния договор, макар и да нарушават определени изисквания за *целесъобразност*.

В тази връзка интерес представлява въпросът как следва да процедира съдът, когато в исковата молба по чл. 74 ТЗ решението на общото събрание се атакува само с оглед съображения на целесъобразност, макар то в действителност да противоречи на закона или на учредителния договор,

В това производство съдът също следва да се ръководи от диспозитивното и служебното начало в зависимост от естеството на допуснатите нарушения. Ако се касае до пороци, които правят решението нищожно, съдът е длъжен да обяви тази нищожност. Ако се касае до нарушения на закона, които ищецът неправилно квалифицира като проява на нецелесъобразност, съдът не е обвързан с неправилната квалификация, а е длъжен да приложи материалния закон, като отмени решението. Ако обаче в исковата молба са посочени действителни прояви на нецелесъобразност, а реално съдържащите се в решението закононарушения не са посочени като основания на иска, съдът е длъжен да прекрати производството поради недопустимост на иска.

Интерес би представлявала и хипотезата, при която ищецът е предявил иск за обявяване на решението като нищожно, когато то подлежи на отмяна по реда на чл. 74 от ТЗ.

Ако ищецът е съдружник или акционер, съдът следва да отмени решението като противоречащо на закона или на учредителния договор. В този случай това не би било нарушение на диспозитивното начало, тъй като се касае до прецизиране на правната квалификация на посочените от ищеца факти. Неправилната квалификация съдът е длъжен да коригира служебно. Ако обаче искът е предявен от лице, което не е съдружник или акционер, съдът следва да прекрати производството поради липса на активна легитимация.

На атакуване и отмяна по чл. 74 от ТЗ подлежат само решенията на общото събрание, а не и другите дружествени решения. По този въпрос в доктрината има известни различия относно решенията на учредителното събрание на АД. Според проф. Златарев решенията на учредителното събрание на АД относно приемането на устава на дружеството, избиране на неговите органи и други подлежат на отмяна по същия ред, както и решенията на общото събрание¹³. В същия смисъл е тезата, поддържана от проф. Герджиков¹⁴. Противната теза, поддържана от проф. Таджер, А. Калайджиев¹⁵ и др. е в смисъл, че учредителното събрание не е общо събрание и поради това неговите решения не подлежат на отмяна по реда на чл. 74 ТЗ.

По своя персонален субстрат между учредителното и общото събрание има пълно покритие. Различия са налице само относно характера и значението на някои от решенията, а именно — решенията за учредяване на дружеството и приемането на устава. Тези решения са от изключителна компетентност на учредител-

ното събрание и доколкото съставляват определящ елемент от самото учредяване на дружеството, могат да се атакуват само по реда на чл. 70 ТЗ, а не по реда на чл. 74 от с. з. Колкото се отнася до останалите решения — както предвидените, така и непредвидените в закона, всички те не се различават по характер и значение от решенията на общото събрание и поради това могат да бъдат отменявани по реда на чл. 74 ТЗ.

В съдебната практика се повдига и обсъжда въпросът за възможността да се иска отменяването на решения, приемани от събрание на съдружниците на събирателни дружества по реда на чл. 74 ТЗ.

Вън от съмнение е, че не могат да бъдат отменявани по този ред решенията, приети от съдружниците на събирателно дружество на свое събрание, ако общото събрание не е предвидено в учредителния договор като орган на дружеството. Това биха били нищожни решения от рода на несъществуващите правни актове и съдът следва само да прогласи тяхната нищожност.

Няма единомислие обаче по въпроса дали законодателната уредба на събирателните дружества позволява в учредителния договор да се предвиди общо събрание като орган на дружеството. Тезата, която отрича тази възможност, изхожда от съображението, че искът по чл. 74 ТЗ е предвиден за защита интересите на съдружниците и акционерите от капиталовите дружества, които поради особености във вида и структурата им имат общо събрание като орган на дружеството с определена от **закона** компетентност. Събирателните дружества са изградени на друг принцип, несъвместим с регламентираните от закона функции на общото събрание — те се управляват от всеки от съдружниците или от тези, на които е възложено управлението с дружествения договор¹⁶.

Тази теза е основателна само доколкото правнонормативната уредба на събирателните дружества е несъвместима с пълния обем на функциите, които общото събрание изпълнява в капиталовите дружества. Предвиждането обаче на общо събрание в учредителния договор на събирателните дружества е напълно допустимо. Наистина, разпоредбата на чл. 84, ал. 1 ТЗ, съгласно която всеки съдружник на събирателното дружество има право да управлява дружествените работи, е несъвместима с функциите на общото събрание, тъй като изключва възможността за приемане на решения с относително мнозинство. Тази разпоредба обаче е субсидиарна. Тя се прилага само доколкото в учредителния договор не е предвидено друго. Ето защо по принцип решения на общото събрание на събирателните дружества, ако такова е предвидено в учредителния договор, могат да се разглеждат и отменяват по реда на чл. 74 ТЗ.

В ТЗ обаче има разпоредби, по силата на които не всички правомощия, предоставени на общото събрание при капиталовите дружества, могат да се изпълняват от общото събрание при събирателните дружества. Така например съгласно чл. 95 ТЗ изключването на съдружник от събирателното дружество може да стане

само по съдебен ред. Това не е субсидиарна, а императивна разпоредба и следователно задължителна за събирателните дружества. Ето защо решенията на общото събрание на тези дружества за изключване на съдружник са нищожни и не могат да се отменят по реда на чл. 74 ТЗ, а следва само да се прогласява тяхната нищожност¹⁷.

На съдебен контрол по реда на чл. 74 ТЗ подлежат само решенията на общото събрание, а не и на другите органи на търговските дружества, където има такива. Последните могат да бъдат атакувани пред общото събрание на дружеството. Разбира се, става въпрос за решения, които произтичат от вътрешните правоотношения в търговското дружество, а не за сделки с трети лица. Общото събрание може да отмени противоречащите на закона или на дружествения договор решения на подчинените му органи. Така упражненият вътрешноорганизационен контрол обаче открива косвено възможност и за съдебен контрол — решенията на общото събрание, с които се отменят или потвърждават актовете на другите органи, подлежат от своя страна на разглеждане и отмяна по реда на чл. 74 ТЗ. Системата на съдебен контрол може да се включи и в случаите, когато решенията на управителните органи са нищожни и между заинтересуваните съдружници по този въпрос няма единомислие. В тези случаи заинтересуваните съдружници могат да се обърнат към съда с отрицателен установителен иск, за да поискат прогласяване на нищожността.

IV

Правомощията на съда в производството по чл. 74 ТЗ при решения, противоречащи на закона или на учредителния договор, са само отменителни. Съдът може да отмени такова решение, но не и да постанови друго.

Това законодателно решение в чл. 74 ТЗ е предмет на основателна критика в доктрината. Според проф. Голева такава нормативна уредба не осигурява ефективна правна защита на съдружниците — „те трябва отново да изчакват свикване на ново общо събрание, което да вземе желаното решение, без да има гаранция, че този въпрос може да влезе в дневен ред или да бъде решен правилно“ — често това става след продължителен период при променени фактически обстоятелства и интереси¹⁸. Тези и други съображения изцяло подкрепят предлаганата де леге ференда възможност за съда да постановява и позитивни решения по реда на чл. 74 ТЗ. Това е така и като се има предвид, че повторното приемане на решение от общото събрание по същия въпрос е регламентирано в чл. 75 ТЗ по твърде неудовлетворителен начин.

В много случаи отмяната на едно решение на общото събрание по реда на чл. 74 ТЗ предполага приемане на ново решение. Когато решението е отменено поради процедурни нарушения, общото събрание не е ограничено от съдебното решение относно съдържанието на новото решение. Когато обаче решението на общо-

то събрание е отменено поради нарушение на закона или устава, отнасящи се до неговото съдържание, при приемане на новото решение по същия въпрос общото събрание следва да се съобрази с констатациите и указанията в решението на съда. Кога обаче новото решение на общото събрание може да се счита за съобразено с постановеното решение на съда е въпрос, който не намира еднозначно решение в закона.

Съгласно чл. 75, ал. 1 ТЗ задължителни за общото събрание при повторното разглеждане от него на същия въпрос са указанията на съда, дадени по тълкуването на законите, учредителния договор и устава. Чл. 75, ал. 2 с. з. обаче квалифицира като нищожни не само решенията, които не са съобразени с тези указания, а всички действия и решения на органи на дружеството, извършени в противоречие с влязло в сила решение на съда.

В цитираните текстове, следователно, не се съдържа еднозначен отговор на въпроса дали решението на общото събрание е нищожно, респ. противоречащо на отменителното решение, само когато не е съобразено с указанията на съда за тълкуване на законите, учредителния договор и устава или и когато не е съобразено с фактическите констатации в съдебното решение. Някои автори считат, че новото решение на общото събрание би било при всички случаи нищожно, ако не е съобразено с отменителното решение на съда, включително когато се основава на нововъзникнали обстоятелства¹⁹. Други автори поддържат, че общото събрание може да приеме решение в отклонение от постановеното решение на съда само в случаи на нововъзникнали обстоятелства²⁰.

Различията между новоприетото решение на общото събрание и постановеното от съда отменително решение могат да се основават не само на нововъзникнали обстоятелства. Те могат да се основават и на новооткрити обстоятелства, а така също изобщо на обстоятелства, които не са взети предвид при приемане на първоначалното решение от общото събрание и при постановяване на съдебното решение. В тези случаи също са възможни различия в гледищата относно това дали е налице или не е налице противоречие с влязлото в сила съдебно решение по смисъла на чл. 75 ТЗ.

В съдебната практика се открояват различия и по въпроса дали решение на общото събрание следва да се счете за прието в противоречие с влязло в сила съдебно решение, в което се съдържат указания от принципно значение за всички решения на същото общо събрание, третиращи сходни проблеми в нарушение на принципните указания на съда. Различия се открояват и по въпроса дали повторното решение на общото събрание следва да се счита, че е прието в противоречие с влязло в сила решение на съда, когато това решение на общото събрание е прието *преди* влизане в сила на съдебното решение²¹.

Всички тези проблеми, които съществено затрудняват практиката, не биха възниквали, ако производството по чл. 74 ТЗ имаше характер не на отменително,

а на жалбено производство и съдът имаше правомощието не само да отменя, а и да изменя решението на общото събрание.

БЕЛЕЖКИ

1. **Меворах, Н.**, За недействителния брак, 1962, с. 35.
2. Решение на ВС № 15/1980 г., I г. о.
3. В този смисъл **Таджер, В.**, Гражданско право, Обща част. Дял II, С., 1973, с. 236.
4. **Голева, П.**, Нищожността на решенията на общото събрание в капиталовите дружества и нейното заздравяване, сп. Пазар и право, бр. 4/2001 г., с. 5.
5. В този смисъл **Василев, Л.**, Гражданско право, Обща част, С., 1996, с. 375; **Таджер, В.**, Капиталови търговски дружества, С., 1994, с. 85. Според О. Герджиков дружествените решения, от една страна, имат характер на многостранни сделки, а от друга — са близки до съдебните решения — **Герджиков, О.**, Коментар на Търговския закон, С., 1994, кн. 2, с. 502—503.
6. **Василев, Л.**, цит. съч. с. 311.
7. Отчитайки модифицираното приложение на унищожаемостта и нейната все по-голяма нееднозначност в различните правни отрасли, някои автори подменят понятието унищожаемост с израза отменимост или оспоримост (Таджер, Герджиков и др.). Струва ни се обаче, че изразът унищожаемост въпреки неговата нееднозначност по-адекватно и точно отразява обозначаващото понятие като разновидност на недействителността. Това е така, защото на отмяна подлежат не само недействителните, но и действителните правни актове, когато предпоставките за тяхното отменяване възникват впоследствие. В този смисъл унищожаемостта ни се представя като една особена разновидност на отменимостта.
8. В този смисъл **Ненова, Л.**, Семейно право, С., 1977, с. 206, **Меворах, Н.**, цит. съч., с. 35, **Лазаров, К.**, Недействителност на административните актове, С., 1998, с. 23.
9. **Лазаров, К.**, цит. съч., с. 23.
10. **Герджиков, О.**, Коментар на Търговския закон, С., 1994, кн. 2, с. 503.
11. **Таджер, В.**, Капиталови търговски дружества, С., 1994, с. 85.
12. **Герджиков, О.**, Коментар на Търговския закон, С., 1994, кн. 2, с. 503.
13. **Златарев, Е., Христофоров, В.**, Търговско право, С., 1998, с. 105.
14. **Герджиков, О.**, Коментар на Търговския закон, С., 2001, кн. 1, с. 236.
15. **Таджер, В.**, Капиталови търговски дружества, С., 1994, с. 132; **Калайджиев, А.**, Новите положения в търговското право, под редакцията на О. Герджиков, С., 2001, с. 79.
16. Решение № 135/1994 год. на ВС, V г. о. — особено мнение.
17. Решение № 135/1994 год. на ВС, V г. о.
18. **Голева, П.**, Правна защита на акционерите, С., 1994, с. 94.
19. **Розанис, С.**, Проблеми на търговското право, С., 1996, с. 55—56.
20. **Герджиков, О.**, Коментар на Търговския закон, С., 2001, кн. 1, с. 240.
21. Решение № 54/1998 г. на ВКС — 5-членен състав.

ON THE VOIDANCE COMPANIES' BODIES DECISIONS

by Mariana Kostova, Krustyo Krustev

Summary

The subject matter of this article is the voidance of decisions made by companies' bodies. Some issues are raised such as the possibility of nullity of the decisions made by the companies' general assembly. An effort is made to identify and systematise some criteria for distinguishing between null decisions and those, which can be nullified. The issues related to procedure under Art. 74 of the Commercial Act are studied in detail. The article ends with certain critical notes de lege ferenda concerning the regulations under Art. 74 and 75 of the CA.

**ПАПИРУС P. VINDOB. G. 19792 = SB VI, 9571 – ПРИМЕР ЗА
МОРСКИ ЗАЕМ ОТ ЕЛИНИСТИЧЕСКИ ВИД**

*Константин Танев**

В структурата на споразуменията от вида на морските заеми е налице поемане на риска от лицето, което предоставя средствата, до определен срок и за осъществяването на определената като особено рискована търговска операция. Това изключва поемането на други рискове, като например — търговските. В замяна на поетия риск кредиторът по сделката има право да получи допълнителна сума към първоначалния капитал. Определянето на риска става в рамките на включено в договора условие, с чието осъществяване се свързва изискуемостта на облигацията.

Тук трябва да се подчертае, че в римското право не е съществувало институционно единство с оглед на това, че още в древността римските юристи са интерпретирали сделките от този вид като обикновен заем или като ненаименован договор.

Наред с това, вероятно, е липсвало и единство в терминологията, използвана в практическото осъществяване на подобни сделки. В източните провинции на империята и особено в Египет е била запазена старата гръко-елинистическа практика на не дотам единна терминология в документите, свързани с морската търговия, докато официалната правна доктрина е въвела единство в използваната терминология, която следва структурата и езика на споразуменията, описани в речите на Демостен.

Това разминаване в практиката е било зафиксирено и от юристи като Папиниан, които са се опитали да посочат единен модел за приложение на правилата за лихвите в рамките на практическа среда, в която е имало определено терминологично разминаване.

С оглед на модела на правната уредба на морските заеми в уговорките, въпреки наличните различия, все пак може да се посочат определени общи черти.

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

Това е кредитно отношение, което е възниквало върху основата на реално предаване на определено количество потребими вещи (най-вече пари), които е трябвало да бъдат върнати при осъществяването на определено условие за пристигането на кораба, ако то не се е осъществявало, дългът не е бил изискуем. В допълнение към това споразумение е бил сключван договор или споразумение за суми, които трябва да бъдат платени на кредитора над капитала по договора в замяна на това, че той е поел морските рискове.

Формата на основното споразумение е била или обикновен заем — мутуум, комбиниран с допълнителна стипулация за лихвите, или основно споразумение от вида на ненаименованите договори, комбинирано с допълнително неформално споразумение — пакт, за лихвите. Тази форма е характерна за класическия период.

Основата на споразумението за риска е условието за изискуемост на задължението, „ако корабът пристигне в пристанището“. В Рим това е суспензивно условие, което е комбинирано със суспензивен срок.

Този именно елемент, в който се имплантира рискът, е и основният общ характерен елемент на споразуменията в Атина, Рим и следващите правни системи, независимо от това, че в различните правни системи споменатите модалитети могат да бъдат оценявани или като суспензивни, или като резолутивни.

Сведенията, които можем да открием в разглеждания от нас папирус — *P. Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571*, представляват интерес за открояването на разликите в търговските практики от вида на морските заеми в рамките на империята.

Тук предлагам възстановката и превода от изследването на Пурпура¹. Папирусът идва от Фаум. Той съдържа съобщение по договор за морски заем, гарантиран с помощта на взаимна фидеюсия за плащането, дадена от известен банкер.

Theadelphia (?) 13 Февруари 149 сл. Хр.

Recto
 ἀπὸ τῆς Μάρκου Κλαυδίου Σαβείνου [δημοσ][ιας τραπέζεις]
 Σωίλω Ζωγί[α]τος καὶ Καλλιμή[ιδει] Διογ[έν]ους [ἄ]σκα[λωνε][ίταις]
 5 Λ [β] αὐτοκ[ράτορος] Καίσαρος(ς) Τίτου(υ) Αἰλίου(υ)
 Ἄδριανο(ῦ)
 Ἄντωνιν(ίου) Σεβα(ατοῦ) Εὐσεβοῦς Μεχίρ
 [ι]θ. Γάιος Λονγίνοιος Κέλερ καὶ Τιβ[έριος] Κλαύδιος Χάρης
 ἄς ἐπέστειλαν
 ὑμῖν σὺν Σωστράτω καὶ Σώσω ἀμφοτέροις
 10 Διοπίθους Ἄσκαλωνε(ίταις)
 συναυκλήροις ὑμῶν πλοίου ἀκάτου(υ) ᾧ ἐπιγραφή Ἄντινοο(ς)
 Φιλοσάραπ(ις) Σώζων ἀλ-
 ληλεγγύοις εἰς ἔκτησιν δάνιον ναυτοκό(υ) κατὰ
 ναυτικὴν συγγραφὴν ἧς ἦ ἔν-
 15 γειος παρὰ ἑμοί τῷ τραπ[εζίτη] ἐπι [.]ω[.]κ[η] [.]ω
 προγεγραμένω πλοίω
 καὶ τοῖς τοῦτο(υ)

Recto
 Dalla pubblica banca di Marco Claudio Sabino
 a Zoilo (figlio) di Zoiga e a Callimede (figlio)
 di Diogene ascalonititi, anno 12 (del regno)
 dell'imperatore Cesare Tito Elio Adriano Antonio
 Augusto Pio, Mecheir 19 (13 Febraio
 149)
 Gaio Longino Celere e Tiberia Claudio Chares
 vi hann accordato insieme a Sosotrato e soso,
 entrambi (figli) di diopeithes, di Ascalone,
 vostri sunnauklérois dell'imbarcazione di tipo
 akátos (a remi e vela) denominata „Antinoos
 Philosárapis Sózon“, un prestito marittimo se-
 confa le regolle della mutua fideiussione, come
 allegata singrafe nautica, un esamplare della
 quale è stato depositato presso la mia banca, in

σκεῦσι ἐσχάτω ναύ[λ]ω ὥστε ἔχε(iv) ὑμᾶς τοὺς τέσσαρας ἀργυρίο(υ)

(τάλαντα) ζ (δραχμὰς) ἄΕρξ

σὺν οἷς ἔχεται[ε] διὰ χειρὸς (ταλάντοις) ζ, (δραχμὰς) [ἄΕ]ρξ τὰς λοιπὰς, μὴ

ἐλαττωμένον τοῦ ἐνὸς αὐτῶν

Γαίου Λουγείνο[υ] Κέλερος περὶ ὧν ἄλλων ὄφε[ι] αὐτῶ Καλλιμήδης]

Διογένους ... [ψα 4] .. [ψα 6] ... κατὰ ἔνυ[γρα]φον

ἀσφάλειαν

τοκί

(ταλαντ-) [.]

ὠερσο

ἔχει Γάιος Λ[ουγεῖ]νος πιττάκιον

προαναγ(ο) ..κλ.ρο(ι) των π....ων

cambio di (un'ipoteca) sulla sudetta nave, sulle sue attrezzature e sull' ultimo carico, cosicché voi quattro avete ricevute sette talenti d'argento e 5160 drachme a saldo. Senza pregiudizio di quelle cose che deve in base a garanzia iscritta ad uno di loro, Gaio Longino Celere, a Callimede, (figlio) di Diogegene, ... interessi talent ...

Verso

registro di Gaio Longino ...²

Документът от настоящия папирус е съставен от банкера Марк Клавдий Сабин и доказва задължаването на Гай Лонгин Целер и Тиберий Клавдий Хар и двама аскалонци — Сострат и Сосос, за плащане по договора им за морски заем. Този документ е бил депозиран у банкера и е вероятно съобщение за плащане по заем, адресирано до кредиторите по заема Дзоил, син на Дзоига и Калимед, син на Диоген, и двамата произхождащи също от град Аскалон (ред 2). Явно банкерът е бил натоварен с грижата по документите за плащането по заема (*singrafè nautiké*)³. Четиримата са били задължени за седем таланта и 5160 драхми, това е било гарантирано с кораба и товара, и цялата екипировка от последното пътуване. Наред с реалните гаранции е уговорена и особен вид персонална гаранция — характерна за елинистическите правни системи, при която длъжниците са един на друг поръчители пред общия кредитор по поетия морски заем — *взаимната фидеюсия* (*ἀλληλεγγυοῖς εἰς ἔκτησιν*)⁴. Тази практика, изглежда, че е била подкрепена с разпоредба на римски закон — Апулевият закон (*Lex Apuleia*)⁵, информация за който откриваме в институциите на Гай (Gai. III, 122).

Gai. 3, 122 Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quamdam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. Quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur. Unde quaeritur, an post legem Furiam adhuc legis Apuleiae beneficium supersit; et utique extra Italiam superest; nam lex quidem Furia tantum in Italia valet, Apuleia vero etiam in ceteris provinciis. Sed an etiam in Italia beneficium legis Apuleiae supersit, valde quaeritur. Ad fideiussores autem Apuleia non pertinet. Itaque si creditor ab uno totum consecutus fuerit, huius solius detrimentum erit, scilicet si is pro quo fideiussit, solvendo non sit. Sed ut ex supra dictis apparet, is a quo creditor totum petit, poterit ex epistula divi Hadriani desiderare, ut pro parte in se detur actio.

Гай, ком. 3, 122 Между спонзорите и фидепромисорите законът на Апулий създава някаква форма на сдружение. Тъй, ако някой от тях заплати повече от своя дял, може да използва акции срещу останалите за платеното в повече. Този закон е бил въведен в сила преди закона на Фурий. Освен това се повдига въпросът, дали след закона на Фурий преференцията от закона на Апулий ще остане в сила, както е и извън Италия, тъй като законът на Фурий е бил в сила само в Италия. А въпросът е за това, дали и в Италия подобна преференция ще остане в сила. За фидеюсорите законът на Апулий няма да бъде в сила. И така, ако кредиторът е потърсил цялото задължение само от един, само негова (на платилия) ще е загубата, тъй като за това, за което е поръчителствал, не е било изплатено. Но, ако от горе казаното е очевидно, че този, от който кредиторът търси цялото, може по силата на писмото на божествения Хадриан да възрази, че срещу него може да се повдигне акция само за определена част.

Този текст от Гай ни насочва към една особеност на отношенията между няколко лица, които са общо задължени пред един и същ кредитор на основание гаранция за един чужд дълг. Според хипотезата на закона на Апулий, между кредитора и отделните поръчители възникват отношения, при които той може да поиска изпълнението на цялото задължение от всеки един от длъжниците (ефект, подобен на този на солидарните длъжници), наред с това платилият длъжник може да потърси от останалите си съ-поръчители припадащата им се част от дълга, която той е заплатил (ефект, подобен на поръчителство). Изглежда, че разпоредбите на този закон не са в съответствие с традиционните отношения между съдлъжниците в класическия период, тъй като не е ясно с каква акция платилите са могли да потърсят от неплатилите припадащата им се част от задължението. Това затруднение личи още първите думи на Гай в този фрагмент. Според неговите думи от началото на току що цитирания параграф, съдлъжниците се намират в отношения близки до тези от договора за дружество („...*lex Apuleia quandam societatem introduxit...*“ — „законът на Апулий създава някаква форма на сдружение“), тъй като при плащане на един от длъжниците на дълга, изплатилият може да иска от останалите това, което е платено над неговата собствена част от дълга — „...*de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit.*“ — „за това, което е заплатил в повече“). От казаното излиза, че при всяко плащане ще може да се изважда от иска към останалите частта от дълга на вече платилия длъжник. От това, че авторът се затруднява да даде ясно определение на отношенията между отделните съ-поръчители, става ясна нетипичността на тези отношения за римското гражданско право (*ius civile*). Не случайно по-късният закон на Фурий ограничава действието на закона на Апулий само до земите извън Италийския полуостров — т. е. неговото действие, вероятно, е било ограничено само до правото на народите (*ius gentium*)⁶. За нашето изследване са от особена важност първите думи от фрагмента, в които отношенията между поръчителите са подобни на дружество; по своята същност тези отношения са аналогични на характерната за елинистическите държави взаимна фидеюсия, която, както става ясно от дискутирания сега фрагмент, не е била характерна за Рим. За Гай последиците от нея са подобни на тези при общо задължение на съдружници, тъй като и там платилият приспада от иска си към останалите съдружници собствената си част от дълга.

Остава открит въпросът дали такъв тип отношения в действителност са съществували в рамките на цивилното право до въвеждането на закона на Фурий. Според мен това е малко вероятно, защото искът на платилия дълга поръчител срещу основния длъжник по правоотношението не е творение на цивилното право, а на преторското. Този иск се основава на въведената от претора фикция, че *длъжникът е дал мандат на своя поръчител да плати неговия дълг (mandatum pecunia credendae)* и съответно платилият поръчител въз основа на обратната акция по до-

говора за мандата — *actio mandati contraria*, може да поиска стойността на платеното. Това е по-късно развитие на отношенията в римското право, свързани с поръчителството, в сравнение с времето, през което е действал законът на Апулий. Следователно, според мен, е малко вероятно този закон да е действал действително за квиритите, а той винаги си е имал действие само за отношенията между римляни и peregrini или между peregrini и peregrini, а по-късният закон на Фурий е потвърдил съществуващото вече фактическо отношение, внасяйки по този начин яснота в отношенията, свързани с поръчителството.

Правнотехнически анализ на фрагмента

Пурпура търси връзка на вече дискутираните текстове от *Pap. Berol. inv. 5883 + 5853 = SB III, I 7169* и морския заем на Катон⁷ с взаимната обвързаност на съпоръчителите от фрагмента на Гай. Според него обединението на длъжниците и в двата случая се свързва с някаква форма на сдружение и е много вероятно то да е на принципа на взаимната фидеюсия (поръчителство).

Писменият документ за морския заем (*singrafé nautiké*), подписан от Гай Лонгин Целер — представител на цялата група длъжници и сам част от тях, е доказателство за поемането на описаните в него задължения от длъжниците. Самият факт, че документът се е върнал при неговия издател, един от длъжниците, е доказателство, че заемът е бил заплатен.

Интересна е ролята на банкера Марк Клавдий Сабин в отношенията на страните. На първо място, той е съхранявал документите и е бил издател на свидетелството за възникването на задължението, както свидетелстват първите редове от папируса. Неговото изявление е имало удостоверителна сила както за времевите рамки на споразумението, така и за неговия предмет и за обезпеченията по него (изобщо за клаузите, включени в него). Той е изпълнявал ролята на пазител на полиците по сделката и вероятно е трябвало да ги предаде на една от страните след изтичането на срока на заема, в зависимост от това дали е платено или на кредитора, или длъжниците. На второ място, вероятно е Марк Клавдий Сабин, наред с ролята му на пазител и издател на удостоверителните документи по сделката за морски заем, е оперирал със сметките на страните им, открити в неговата банка, сключвайки договора от тяхно име. Това личи от сведението, че една част от дълга представлява балансовата стойност по сметката от годината, предхождаща договора от папируса. Това предположение за фактическите отношения между Марк Клавдий Сабин и вложителите в неговата банка ни напомня общата дефиницията за банка, която ние имаме от речите на Демостен — *Dem. 36. 11*:⁸

...ἡ δὲ ἐργασία προοδούς ἔχουσα
ἐπικινδύνους ἀπὸ χρημάτων
ἀλλοτρίων

Дейност, която носи печалба от влагането на
чужди пари в рискови операции.

Коен анализира тази дефиниция, като я приема за основополагаща за ролята на банкерите в морските операции като посредници между депонентите и заемателите.

Вероятно подобна роля е играл и банкерът Марк Клавдий Сабин от разглеждания папирус. Това, че в документа не се споменава за предаването на парите, предмет на заема, от кредиторите на длъжниците и че доказателството за задължаването са регистрите и кореспонденцията на банкера, всъщност дава основание за хипотезата, че фактическото предаване на заема е извършено от самия банкер Марк Клавдий Сабин. Това вероятно е станало с прехвърляне на парите от сметката на кредиторите в тази на длъжниците. Той е получил или нарочно писмено уведомление за намерението на страните, или самия договор, подписан от един от длъжниците Гай Целер. Впоследствие, при връщането на заема, длъжниците са внесли дължимата сума пари по сметката на кредиторите, за което банкерът уведомява кредиторите с писмото, съдържащо се в нашия папирус (редове 1 и 2). Наред с това този документ има и ролята на доказателство за плащане — разписка. Доказателство за това е, че копие от писмото до кредиторите е предадено на длъжника Гай Целер, оформил от страна на длъжниците поемането на техните задължения — писмени договор за морски заем, и се намира в неговия архив, както е отбелязано на гърба на папируса (редове 17 и 18).

Анализът на ролята на гражданите на град Аскалон в договора също е основен елемент в дискусиите на изследователите на *P. Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571*. Двама от тях — Дзоил, син на Дзоига, и Калимед, син на Диоген, са кредитори по сделката, а другите — Сострат и Сосос, са също длъжници. Интерес предизвиква това, че и четиримата са определени като съ-моряци на един и същи кораб (*...ὄν Σωστράτω καὶ Σώσω ἀμφοτέροις Διοπέθους Ἄσκαλωνεῖταις) ὑναυκλήροις ὑμῶν πλοίου ἀκάτο(υ) ᾧ ἐπιγραφῇ Ἄντινοο(ς) Φιλοσάραπ(ις) Σώζων* — ...със Сострат и Сосос, (синове) на Диопейт, ваши съ-моряци на кораба „Антиной Филосарапис Содзон“ (вж. ред 5, 6, 7). Интересна е връзката, която се показва с този текст, между кредиторите и другите двама аскалонци. Вероятно те са съсобственици на кораба, а тези, които са се качили на кораба, са същевременно длъжници и капитани на кораба. Пурпура приема, че между тях четиримата има субординация: тези, които остават на брега, са собственици на кораба, а другите двама, които са се качили, са негови капитани (*magistri navis*). Аз не виждам достатъчно основания от текста да приемем наличието на такъв тип субординация между тях.

Тук можем да направим паралел със заема на Катон, където той изпраща този път зависимо от него лице — неговия освободен роб Квинтий, да участва в морската операция. Това вероятно е имало за цел придобиването на печалба не само на основата на лихвите от заема, но и на основа на дял от общата печалба на търговското предприятие.

Друг интересен факт е националността на страните по договора. Договорът е от Фаюм, четирима от участниците са със сигурен неримски произход, а двама от тях са с римски, договорът е сключен на гръцки — т. е. с оглед на класификацията в системите на римското право това са отношения между римляни и peregrini, към които е приложимо правото на народите. Тази информация, както и фактът, че и малкото документи, свързани с морския заем в Рим, са на гръцки, идват да покажат, че вероятно голяма част от морските търговски операции са били осъществявани от лица с неримски произход и вероятно са носители на вече утвърдените в Средиземноморието практики, свързани и с изследвания от нас морски заем. Ролята на римското право е била свързана с регулирането на тези отношения съобразно със стопанската политика на държавата в съответния период. Ние вече имаме възможност да се запознаем с пример за подобно отношение при дискусията ни върху папируса от тази глава, при анализа на законите на Апулий и Фурий, и законодателната намеса на Хадриан.

Структурата на описаното споразумение

Анализът на този документ поставя и редица въпроси, свързани с мястото на неговото откриване — Фаюм, и местата, които са споменати в текста. Това са проблеми, които стоят встрани от основните теми на нашето изследване и са от значение по-скоро за самостоятелно изследване, поради това ние няма да се спираме на тях.

Основният извод, който можем да направим от анализа на този фрагмент е, че в него се съдържат отношения, които са различни от типичните римскоправни отношения по договор за морски заем. Това заключение следва най-вече от особеностите на договора в папируса от Фаюм, свързани с формата на поръчителството и ролята на банкера при сключването на договора, които са били по-скоро характерни за елинския вид договори за морски заем в древна Атина, отколкото за тези в древен Рим. Следователно в римската държава са съществували едновременно различни видове на споразумения за морски заем: в италиейските земи — споразумения с типично римски характер, а в източните провинции като Египет — споразумения от вид, които можем да определим като елински, т. е. по едно и също време не е съществувало единство на търговската практика на морския заем и е по-правилно да говорим не за морски заем, а за морски заеми.

ИНДЕКС НА ЦИТИРАНИТЕ ИЗВОРИ

Gai. III, 122, 3.

P. Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571, 1, 10.

Pap. Berol. inv. 5883 + 5853 = SB III, I 7169, 7.

ИНДЕКС НА ЦИТИРАНИЯТА

Appleton, Étud. sur sponsors et fidepromissores des luttes entre la Plèbe et le Patriciat au VII siècle de Rome, в *Rev. de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1876.

Bogaert, Banquiers, courtiers et prêt maritime à Athènes et à Alexandrie, в *Chron. d'Eg.*, XI, 1965, с. 140 и сл.

Cantarella, Eva, *La fideiussione reciproca*, Milano, Giuffrè, 1965.

Cohen, Edward E., *Athenian Economy and Society: a Banking Perspective*, Princeton, New Jersey, Princeton, Oxford 1992, ISBN 0-691-03609-8.

Collinet, P. *Études historique sur le Droit Justinien*, t. 1, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912; t. 2, *Histoire de l'école de Droit de Beyrouth*, Paris, 1932; t. 3, *La genèse du Digeste, du Code et des Instituts se Justinien*, Paris, 1953; t. 4, *La procédure par libelle*, Paris, 1932; t. 5, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947.

Frezza, P., *Le garanzie delle obbl. Le garanzie personali*, Padova, 1962

Herrero, Castresana, A., *El prestamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana* (Ed. Univ. Salamanca, 1982)

Purpura, Gianfranco, Tabulae pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo, in *Atti del XVII Congresso Internazionale di Papirologia*, Napoli, 1984, = *Studi Romanistici in tema si diritto commerciale marittimo*, Messina, Rubettino 1996, с. 242—264.

Purpura, Gianfranco, в *Atti della Accademia de Sceinze, Lettere e Arti di Palermo*, serie V, vol. II, Anno acc. 1981/82: lettere, с. 449—459.

Rotondi, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912; **Levy, E.**, *Sponsio, fidepromisio, fideiussio*, Berlin, 1907;

Rougé, Jean, „Prêt et société maritimes dans le monde romain“ в *Roman Seaborne Commerce*, *MEM. Amer. Acad. Rom.*, XXXVI, 1980, pp. 291 ss.

Rougé, Jean, Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain, S. E. P. E. N., Paris 1966.

Rudorf, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1857, с. 50 и 366.

Taubenschlag, *The Law of Greco-Rom. Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa, 1955², с. 316 и 392.

Vèlissaropoulos, Julie, *Les nauclères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénise*. Genève — Paris 1980.

БЕЛЕЖКИ

1. **Purpura, Gianfranco**, Recherche in thema di prestito marittimo в *Annali del Seminario Giuridici dell'Università di Palermo*, Volume XXXIX, Palumbo, Palermo, 1987, с. 266 и сл., (*Studi Romanistici in tema su diritto commerciale marittimo*, Messina, Rubettino 1996, с. 170 и сл.), бел. 227, където той цитира допълнителна литература по въпроса. Той посочва, че папирусът е открит през 1886 и е включен в докторска теза, която не е могъл да открие — **Salomon**, *Papyrusurkunden aus der Keiserzeit der Papyrussammlung Erzherzog Rainer der Nationalbibliothek zu Wien*, Wien, Mai 1938; **Gerstinger**, Bericht über die Schicksale der Wiener Papyrussammlung in der Zeit von 1938—1948 und den Stand der Arbeiten an den PER, в *L'antiquité Classique*, XX, 1951, с. 415 споменава за него; **Casson**, New light on maritime loans, в *EOS*, 48, 2, 1957 (= в *Symbolae Taubenschlag*, II) с. 89—93; Id. *SDHI*, XXIII, 1957, с. 360; **Biscardi, Arnaldo**, *Actio pecuniae traiecticae, Contributto alla dottrina delle clausole penali*, Siena, 1947 (II ed., Torino 1974, with appendix Pap. Vindop. G. 19792), с. 211—214; **Taubenschlag**, *The Law of Greco-Roman*

*Egypt*², Warszawa, 1955, с. 316, бел. 8, рецензирана от Зайдл в *SDHI*, XXIII, 1957, с. 360; Id. в *SDHI*, XXIV, 1958, с. 343; **Yutie**, в *TAPA*, 1960, с. 262 (= Id., *Scriptiumculae*, I, Amsterdam, 1973, с. 343); **Bogaert**, Banquiers, courtiers et prêt maritime à Athènes et à Alexandrie, в *Chron. d'Eg.*, XI, 1965, с. 154; **Rougé**, *L'organisation du commerce maritime*, cit., с. 348; **Visky**, Das Seedarlehen, cit., с. 396, бел. 21; **Rougé**, *Prêt et société maritimes dans le monde romain*, в *Roman Seaborne Commerce, MEM. Amer. Acad. Rom.*, XXXVI, 1980, с. 297; **Véllisaropoulos**, *Les nauclère grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénise*. Genève — Paris 1980, с. 310 и сл.; **Castresana Herrero**, *El prestamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana* (Ed. Univ. Salamanca, 1982), с. 153 и сл.

2. Моят превод:

„Отпред

от публичната банка на Марк Клавдий Сабин до Зоил (син) на Зойга и до Калимед (син) на Диогене, от град Аскалон, 12 година от император Цезар Тит Елий Адриан Антонин Август Пий, 19 Мехеир (13 февруари 149)

Гай Лонгин Целер и Тиберий Клавдий Хар са ви поискали заедно със Сострат и Сосос, двамата синове на Диофейт, от град Аскалон, вашите „сьюнауклери“ на кораба от типа акатос (с гребла и платна), наречен „Антиной Филосарапис Содзон“, съобразно правилата на взаимната фидеюсия (поръчителство) по плащането за морски заем, както е описано в морската синграфа, депозирана в моята банка, върху ... горе упоменатия кораб и цялата екипировка и целия товар от последното пътуване, за да получите четиримата сребърни таланта — 7, и драхми, от които седем таланта в брой, останалите 5160 драхми, намалени с дължимото от миналата година. За това се дължи на основание на писмена гаранция, подписана от един от тях, Гай Лонгин Целер, от Калимед, ... лихва талант

Отзад

от регистъра на Гай Лонгин.“

3. Пурпура (**Purpura, Gianfranco**, Ricerche in tema ..., с. 268 (= *Studi romanistici...*, с. 172), бел. 230) представя и мнението на Зайдл, който коментира текста по друг начин: двамата римляни финансират морската операция, а аскалоните Сострат и Сосос са моряци, които са принудени да търсят финансиране и следователно могат да са обвързвани от другите двама (по думите на Пурпура, описващи мнението на Зайдл — „*Invertendo le parti, ha ipotizzato un collegamento con l'actio exercitoria.*“). Целер и Хар са били не тези, които са търсили заема, а *magistri navis*.

4. Тази форма на взаимно поръчителство е характерна за елинските правни системи. Вж. по-подробно за нея у **Cantarella, Eva**, *La fideiussione reciproca*, Milano, Giuffré, 1965, с. 77—78: „...non v'è certo più alcuna possibilità di dubitare che l'assunzione di un debito è ἀλληλεγγύης da parte di più persone consistente nell'assunzione di un'obbligazione di garanzia da parte di ciascun debitore per suoi condebitori“; **Collinet, Paul**, *Études historique sur le Droit Justinien*, t. 1, *Le caractère oriental de l'oeuvre législative de Justinien et les destinées des institutions classiques en Occident*, Paris, 1912; t. 2, *Histoire de l'école de Droit de Beyrouth*, Paris, 1932; t. 3, *La genèse du Digeste, du Code et des Instituts se Justinien*, Paris, 1953; t. 4, *La procédure par libelle*, Paris, 1932; t. 5, *La nature des actions, des interdits et des exceptions dans l'oeuvre de Justinien*, Paris, 1947, L'extension du bénéfice de division aux ἀλληλεγγύη, с. 122 и сл.

5. Gai. III, 122. Пурпура (**Purpura, Gianfranco**, Ricerche in tema ..., с. 271—272 (= *Studi romanistici...*, с. 175—176, бел. 239), смята, че законът е вероятно от III в. пр. Хр. Проблемът за датировката е много дискутиран и Пурпура предоставя следната допълнителна литература по въпроса: **Appleton**, *Étud. sur sponsors et fidepromissores des luttes entre la Plèbe et le Patriciat au VII siècle de Rome*, в *Rev. de législation ancienne et moderne française et étrangère*, 1876, с. 541 и сл.; Id. *Les lois rom. Sur la cautionnement*, cit., с. 72: тук авторът поставя *lex Apuleia* през 102 г., последвана от *lex Furia* през 95 г. пр. Хр.; **Rudorf**, *Röm. Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1857, с. 50 и 366: посочва приблизителната дата 390 г. пр. Хр.; **Levy, E.**, *Sponsio, fidepromisio, fideiussio*, Berlin, 1907, с. 66; **Rotondi**, *Leges publicae populi romani*, Milano, 1912, с. 246 и 506; **Frezza, P.**, *Le garanzie delle obbl. Le garanzie personali*, Padova, 1962, с. 16: Последните предлагат като най-вероятен период за приемането на закона средата на III в. сл. Хр.

6. По-нататък в текста се повдига въпросът за действието на закона на Апулий и привилегиите, които той създава, след въвеждането на закона на Фурий, който е бил въведен в сила след Апулевия, но само за Италия. Вероятно привилегиите са свързани с възможността на платилия длъжник да иска съответните части от дълга, дължими и от останалите длъжници. Тази привилегия не е била допустима за платилите фидеюсори (поръчители) по силата на Фуриевия закон, защото според неговите норми поръчителите са били задължени *in solidum obligabantur* (за цялото задължение) и е бил техен икономическият риск от неизплащането на задължението на главния длъжник. Все пак тази разпоредба в Италия е създавала вероятно икономически конфликти, което е и породило необходимостта от намесата на император Адриан с негово писмо, според което всеки поръчител може да възрази срещу иска на кредиторите, че държи само неговата част от дълга. По този начин се е постигнал икономически ефект, подобен на този от закона на Апулий, само че ищец си остава главният кредитор по облигационното отношение.

7. Морският заем на Катон (*Plut. Cato Maior XXI, 5—7*).

8. **Cohen, Edward E.**, *Athenian Economy and Society: a Banking Perspective*, Princeton, New Jersey, Princeton, Oxford 1992, ISBN 0-691-03609-8, Chapter 5. Banking operations: „Risk-laden revenues from ‘other peoples money’“ с. 111 и сл.

P. VINDOB. G. 19792 = SB VI, 9571 – AN EXAMPLE OF THE HELLENISTIC MARITIME LOAN

by *Konstantin Tanev*

Summary

This document dates from February 13, 149 AD. It comes from the archive of the Markus Claudius Sabinus' Public bank. The document is a special certificate of the maritime loan contract, which is clarified by the terms *danion nautikon kata nautiken sungrafen* (line 11 and 12).

The discussion regards the differences between the Roman kind of maritime loan and the Hellenistic one. They come mainly from two directions — the surety and the participation of the bankers. The surety used in the papyrus is from the kind of *allelenguas eis ektesin* — a mutual *fideiussio* — with no Roman law analogues. It is possible to perceive its difference with the Roman surety institution from Gai. III, 122.

The Greek bankers and later their Hellenistic successors use *other peoples' money* to invest in the risk operations. We know about this practice from the speeches of

Demosthenes (Dem. 36. 11). Such practice is described in our text since a part of the debt derives from the balance between the creditor and the debtor transactions from the previous year.

There are still a lot of differences between the Roman and the Hellenistic maritime loan in spite of having a similar economic background.

ДИСКУСИИ

ОТНОСНО ПРАВНАТА ПРИРОДА НА РЕШЕНИЕТО ПО ЧЛ. 22 ОТ ЗАКОНА ЗА ОБЩЕСТВЕНИТЕ ПОРЪЧКИ И РЕДА ЗА НЕГОВОТО ОБЖАЛВАНЕ

*Анжелю Георгиев **

Законът за обществените поръчки (ЗОП) урежда правоотношения, възникващи във връзка с възлагането на обществените поръчки и избора на техния изпълнител, при което се разпределят огромни по размер обществени средства. Независимо обаче от голямото влияние на този нормативен акт върху стопанския живот на страната в него съществуват редица неясни и несъобразени с действащото право разрешения, което води до затрудненото му прилагане, тромаво действие и противоречива практика. Тук бих включил и въпросите относно правната природа на решението на възложителя по чл. 22, ал. 1 ЗОП, с което се открива процедурата за възлагане на обществена поръчка, подлежи ли то на самостоятелно обжалване и по какъв ред.

Административните действия за избор на изпълнител на обществена поръчка по реда на ЗОП са „затворени“ между две решения на възложителя — решението по чл. 22, ал. 1 ЗОП за откриване на процедурата и решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП, с което възложителят обявява кандидатите, класирани на първите три места, и определя кандидата, класиран на първо място, за изпълнител¹. Относно решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП законодателят изрично е посочил в следващата алинея, че то е индивидуален административен акт по смисъла на чл. 2 ЗАП. Каква е оба-

* Юриконсулт от Плевен

че правната природа на решението по чл. 22 ЗОП? Поради липса на изрична законна уредба отговор на въпроса може да се даде по тълкувателен път, след анализ на правните характеристики на този акт. Според дефиницията на чл. 2, ал. 1 ЗАП, индивидуални административни актове са актовете, издавани от ръководители на ведомства, от кметовете на общините, от кметовете на кметства и на райони и от други органи на общинската изпълнителна власт, както и от други овластени за това органи, с които се създават права или задължения или се засягат права или законни интереси на отделни граждани или организации, както и отказите за издаване на такива актове. Така и правната доктрина приема, че административният акт е властническо волеизявление на орган на държавно управление (или приравнен нему друг орган), издадено въз основа и в рамките на закона, което едностранно предизвиква правни последици в сферата на изпълнителната дейност и което при необходимост може да бъде приведено в изпълнение с помощта на държавна принуда². Ако наложим законната „матрица“ на чл. 2 ЗАП към решението по чл. 22 ЗОП, ще видим, че то носи белезите на индивидуален административен акт — издава се от ръководител на ведомство в рамките на закона и с него се създават права на граждани или организации, т. е. налице е властническо, подзаконно волеизявление на административен орган, едностранно водещо до промени в правната сфера на своите адресати. В разглеждания случай не е предвидено и не е нужно прилагане на държавна принуда поради оправомощаващия характер на акта, като такава не се предвижда и за индивидуалните административни актове по чл. 45, ал. 1 ЗОП. Без съмнение решението по чл. 22 ЗОП запазва характера си на индивидуален административен акт и когато възложителите не са органи на държавно управление — такива по чл. 4, т. 1, б. „а“ и „б“ и т. 2 и 3 ЗОП. Според чл. 2, ал. 1 ЗАП индивидуални административни актове могат да бъдат издавани не само от ръководители на ведомства, от кметовете на общините, от кметовете на кметства и на райони и от други органи на общинската изпълнителна власт, но и от други овластени за това органи. Такова овластяване е налице по силата на чл. 4, т. 1, б. „а“ и „б“ и т. 2 и 3 ЗОП и с оглед нормите на чл. 1, ал. 2 и чл. 2, ал. 1 ЗАП издателят на акта, макар да няма качеството на държавен орган, е приравнен на такъв и действа като такъв³. Вярно е, че чл. 45, ал. 2 ЗОП обявява изрично само решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП за индивидуален административен акт, но това не разколебава извода, че и решението за откриване на процедурата има такава характеристика. Решението по чл. 22 ЗОП е индивидуален административен акт не по нормативно разпореждане, а поради правните си белези и неговата природа не може да се изменя чрез тълкуване *per argumentum a contrario* на чл. 45, ал. 2 във вр. с ал. 1 ЗОП. Следователно, по изложените съображения и с оглед приетата в доктрината класификация, решението по чл. 22 ЗОП е външен, благоприятстващ, конститутивен индивидуален административен акт, издаван по инициатива на овластенения за това орган⁴.

Въпросът за правната характеристика на решението на възложителя по чл. 22 ЗОП има освен теоретично, но и важно практическо значение, най-вече с оглед реда за неговия контрол. След извода, че решението по чл. 22 ЗОП има характер на индивидуален административен акт, то следващият извод, който се налага е, че по отношение на режима на издаване, контрол и изпълнение на този акт следва да се прилага общата клауза на ЗАП. В настоящия случай липсва и ограничението на чл. 1, ал. 1 ЗАП, тъй като нито в ЗОП, нито в друг нормативен акт са установени особени правила, които изрично да вадят решението по чл. 22 ЗОП от обхвата на ЗАП. Преди обаче да бъдат посочени особеностите на обжалването на акта по чл. 22 ЗОП, е необходимо да бъде направен общ анализ на уредения в ЗОП специален режим на обжалване на актовете, издавани по неговото прилагане. Това се налага поради обстоятелството, че този ред е колкото лаконично, толкова и неудачно разработен. Според чл. 56 ЗОП кандидатите, участващи в процедура за възлагане на обществени поръчки, могат да подават жалби за неспазване на изискванията за тяхното провеждане по реда на Закона за административното производство, като жалбата се подава чрез възложителя в 7-дневен срок от обявяване на решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП. Още на пръв поглед се хвърля в очи непрецизната формулировка от страна на законодателя — чл. 19, респ. чл. 33, ал. 1 ЗАП предвиждат обжалване на административен акт, а не на „изисквания“. Липсва легално или правнотехническо описание на термина „изисквания за провеждане“, което затруднява определянето на съдържанието и предметния му обхват. Едва от логическото и систематичното тълкуване на чл. 56 ЗОП става ясно, че тази норма всъщност предвижда ред и специален срок за обжалване на решението на възложителя по чл. 45, ал. 1 ЗОП — арг. от ал. 2 на чл. 56 ЗОП. Използваният в чл. 56, ал. 1 ЗОП израз „жалби за неспазване на изискванията за тяхното провеждане“ създава и невярното впечатление, че обжалваният индивидуален административен акт следва да бъде проконтролиран единствено за съществени нарушения на административнопроизводствените правила. Очевидно това не е така и проверката трябва да обхваща всичките пет условия, обосноваващи отмяната му — липса на компетентност; неспазване на установената форма; съществени нарушения на административнопроизводствените правила; противоречия с материалноправни разпоредби; несъответствие с целта на закона. Друго заблуждение, до което тази законова формулировка води е, че предметният обхват на обжалването на акта по чл. 45, ал. 1 ЗОП включва и решението по чл. 22 ЗОП. Както вече беше отбелязано, административната фаза по избор на изпълнител на обществена поръчка се развива между решението на възложителя за откриване на процедурата по чл. 22, ал. 1 ЗОП и решението на възложителя по чл. 45, ал. 1 ЗОП. След решението по чл. 22 ЗОП в определена последователност и срокове се извършват множество правни действия, които в общия случай включват: подготовка на документацията за участие; представяне на гаранция от кандидатите; определяне на комисия по

избора; разглеждане, оценка и класиране на предложенията от комисията; класиране на кандидатите, чиито предложения отговарят в най-голяма степен на предварително обявените от възложителя условия; съставяне на протокол за разглеждането, оценяването и класирането на предложенията, който се предава на възложителя. Всички изброени действия обуславят пряко и непосредствено съдържанието на акта по чл. 45, ал. 1 ЗОП и следователно са предмет на разглеждане в рамките на неговия контрол. Този контрол обаче не може да обхване и решението по чл. 22 ЗОП, понеже то самото не обуславя пряко и непосредствено съдържанието на решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП, а е самостоятелен индивидуален административен акт по смисъла на чл. 2, ал. 1 ЗАП. Допълнителен аргумент в насока на отделното обжалване на акта по чл. 22 ЗОП намираме в чл. 43 ЗОП, според който комисията класира трима от кандидатите, чиито предложения отговарят в най-голяма степен на предварително обявените от възложителя условия. Следователно изборът на комисията се основава на поставените по реда на чл. 36, ал. 3, т. 3 ЗОП технически условия на възложителя за изпълнение на поръчката, а не на решението му по чл. 22 ЗОП. Връзката между посочените текстове сочи, че контролът на акта по чл. 45 обхваща действията на възложителя и на комисията по избора от момента на съставяне на условията за участие, включително и тяхното съдържание, но не включва акта по чл. 22 ЗОП. При това положение и след като решението за откриване на процедурата не е сред изброените в чл. 20 и чл. 34 ЗАП актове, неговото обжалване по административен и съдебен ред следва да бъде по реда на общата клауза на ЗАП и при общите срокове за това. От своя страна обжалването на решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП също е по реда на ЗАП, но по силата на препращащата норма на чл. 56, ал. 1 ЗОП и при специален срок, по-къс от общия. Така и според чл. 120, ал. 2 КРБ гражданите и юридическите лица могат да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон. Такова изрично изваждане на решението по чл. 22 ЗОП от кръга на обжалваемите административни актове няма нито в ЗОП, нито в друг нормативен акт. Да се допусне в обхвата на контрола по чл. 56 ЗОП и решението по чл. 22 ЗОП, значи този самостоен индивидуален административен акт да бъде подлаган единствено на инцидентна проверка — само и доколкото се обжалва решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП. Такова „обвързано“ обжалване е правно недопустимо, защото би позволило да бъде блокиран контролът на който и да е индивидуален административен акт. Разпоредбите на чл. 19, ал. 1 и чл. 33, ал. 1 ЗАП обаче предвиждат обжалване на всички индивидуални административни актове, щом отговарят на законовото понятие за такъв акт и не са изключени от приложното поле на ЗАП. По изложената логика следва, че решението по чл. 22 ЗОП се обжалва по реда на ЗАП, в сроковете по чл. 22, ал. 1, респ. чл. 37, ал. 1 ЗАП, доколкото няма предвиден друг специален срок⁵.

В допълнение на горното е важно да бъде отбелязан и различният административен режим, при който се издават актовете по чл. 22 ЗОП и чл. 45, ал. 1 ЗОП. Решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП се издава при обвързана компетентност — възложителят е длъжен да определи за изпълнител кандидата, класиран на първо място в протокола на комисията по чл. 44 ЗОП, и да сключи договор с него на основание чл. 17, ал. 1 ЗОП. От друга страна, актът по чл. 22 ЗОП се издава при режим на оперативна самостоятелност, тъй като решението дали и кога да се стартира даден проект, свързан с разходване на обществени средства, е оставено на свободното усмотрение на възложителя⁶. Това обстоятелство още веднъж показва самостоятелния характер на този акт, неговата независимост от решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП, а оттук и необходимостта от отделното му обжалване.

Какви особености крие обжалването на решението по чл. 22 ЗОП с оглед сроковете и страните по това административно правоотношение?

По отношение на срока за обжалване и неговото начало:

В зависимост от вида на процедурата (открита, ограничена или на пряко договаряне) уведомяването на заинтересуваните лица за решението по чл. 22 ЗОП се извършва чрез покана за участие, публикувана в „Държавен вестник“ или отправена пряко до определените кандидат или кандидати — чл. 34, ал. 2, чл. 47, ал. 2 и чл. 52, ал. 1 ЗОП. Във всички случаи обаче поканата задължително съдържа и решението по чл. 22 — чл. 34, ал. 1, т. 2, чл. 47, ал. 1, т. 2 и чл. 51, ал. 2 ЗОП. С публикуването/изпращането на поканата е налице изпълнение на изискването на чл. 17, ал. 1 и 2 ЗАП за уведомяване на адресатите на индивидуалния административен акт. Следователно сроковете по чл. 22, ал. 1, респ. чл. 31, ал. 1 ЗАП за обжалване на решението по чл. 22 ЗОП започват да текат от датата на публикуване на поканата в „Държавен вестник“, респ. от получаването ѝ от участниците при провеждане на процедура на пряко договаряне.

По отношение на наличието на правен интерес на лицата да обжалват:

Извън случая, когато решението е за провеждане на процедура на пряко договаряне по чл. 52, ал. 1 ЗОП, в който адресатите са ограничени от възложителя, кръгът на адресатите на решението по чл. 22 ЗОП е неопределен. Това е така, понеже в хипотезите на открита или ограничена процедура решението има характеристиката на общ административен акт. Кръгът на адресатите обаче е определяем и това са лицата, които са заинтересувани от него⁷. Придобиването на положение на страна в административното правоотношение, а оттук и на легитимация за обжалване е свързано с пораждането на задължения или засягане на права или законни интереси на адресатите на индивидуалния административен акт. При това е възможно да бъде засегната правната сфера и на повече лица⁸. В случаите, когато решението по чл. 22 ЗОП е за провеждане на открита или ограничена процедура (по глава четвърта и пета на ЗОП), е особено важно да използваме този обективен критерий, тъй като кръгът на заинтересуваните да обжалват лица не винаги е ясно

видим отнапред. Първият и най-широк кръг от адресати на този индивидуален административен акт е очертан в чл. 5 ЗОП и обхваща всички български и чуждестранни физически или юридически лица, както и техни обединения, регистрирани като търговци по смисъла на Търговския закон или упражняващи свободна професия. Не всички лица по чл. 5 ЗОП обаче могат да участват в процедура за възлагане на обществена поръчка. В чл. 24 ЗОП са предвидени ограничения, според които не може да участва в процедура за възлагане на обществена поръчка кандидат, който:

1. е обявен в несъстоятелност или е в производство за обявяване в несъстоятелност;
2. е осъден за банкрут;
3. се намира в ликвидация;
4. е лишен от правото да упражнява търговска дейност;
5. има парични задължения към държавата, установени с влязъл в сила акт на компетентен орган, или задължения към осигурителни фондове;
6. е осъден с влязла в сила присъда за престъпление против собствеността или против стопанството, освен ако не е реабилитиран.

Следователно кандидатите, отговарящи на условията по чл. 24 ЗОП, съставляват втория, по-тесен кръг адресати на акта по чл. 22 ЗОП. И третият, най-тесен кръг адресати включва лицата, които не само отговарят на условията по чл. 5 и чл. 24 ЗОП, но и са представили изискуемата по чл. 30 ЗОП гаранция. Представянето на гаранция в някоя от посочените в чл. 31 ЗОП форми и в размер, не по-малък от установения в чл. 30 ЗОП също е *conditio sine qua non* за участие в процедурата. При това положение считам, че в случаите на открита или ограничена процедура правен интерес да обжалват имат единствено лица от третия и най-тесен кръг, т. е. които отговарят на условията по чл. 5 и чл. 24 ЗОП и са представили гаранция в определения размер и форма. Само върху тяхната правна сфера актът по чл. 22 ЗОП има пряко и непосредствено действие и следователно само тези лица са „заинтересувани“ от законосъобразното му издаване. Правния си интерес да обжалва лицето трябва да докаже, като приложи документи, че отговаря на условията по чл. 5 ЗОП, изискуемите по чл. 24, ал. 3 ЗОП документи и декларации, че за него не са налице обстоятелствата по чл. 24, ал. 1 и ал. 2 ЗОП, пречатстващи участието му в процедурата, както и доказателство за представена гаранция за участие в процедурата в законоустановения размер и форма. Едва след проверка на описаните доказателства за наличие на правен интерес и спазване на преклюзивните срокове за подаване на жалбата по-горният контролиращ орган, респ. съдът може да започне проверката на акта по същество. Описаното затруднение не съществува в хипотезата, при която с решението по чл. 22 ЗОП се открива процедура на договаряне (глава шеста на ЗОП) — в този случай могат да обжалват само лицата, до които възложителят е отправил покана по реда на чл. 52, ал. 1 ЗОП.

Разбира се, и в тази облекчена хипотеза трябва да бъде доказан правен интерес да се обжалва чрез прилагане на доказателства за наличие на положителните и липса на отрицателните предпоставки за участие в процедурата — по чл. 5, чл. 24, ал. 3 ЗОП, както и доказателство за представена гаранция в изискуемия размер и форма.

Практическата полза от правилното квалифициране на решението по чл. 22 ЗОП, а оттук и прилагане на съответния на правната му природа режим на обжалване не е за пренебрегване. Нерядко участници в процедурите обжалват решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП, като сочат недостатъци в решението по чл. 22 ЗОП. Важно е да се отбележи, че ЗОП предвижда относително дълги минимални задължителни срокове между публикуването/изпращането на поканата за участие и датата на провеждане на процедурата, респ. обявяването на решението по чл. 45 ЗОП. По тази причина и с оглед на сроковете по чл. 22, ал. 1, респ. чл. 37, ал. 1 ЗАП, ако жалбата против решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП, подадена в срока по чл. 56, ал. 2 ЗОП, включва недостатъци и на решението по чл. 22 ЗОП, тя ще бъде просрочена и следователно недопустима в тази нейна част. Поради непрецизно формулирания в чл. 56 ЗОП предметен обхват на контрола така релевираните неотнормирани към предмета на жалбата и просрочени като заявка недостатъци често обаче биват разглеждани от по-горестоящия административен орган, респ. от съдилищата. В резултат се достига до произнасяне по недопустима жалба в частта ѝ досежно недостатъци в решението по чл. 22 ЗОП. Нещо повече, понякога тези недостатъци служат като единствено основание за отмяна на решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП. Следствието е забавяне на инвестиционния процес на възложителя и излишни допълнителни разходи по провеждане на нова процедура и разминаване с формулираната в чл. 2 ЗОП цел на закона — да бъде повишена ефективността при използването на бюджетните и обществените средства. Освен това налице е нетърпимият факт на наличие в правния мир на порочно решение на контролиращия орган. В доктрината съществува и мнение, което прави опит да оправдае така съществуващата незаконосъобразна практика с аргументи за целесъобразност. С оглед да не се допуска накъсване на процедурите и злоупотреба с право при възможност за обжалване на всяко действие на възложителя се приема, че жалба може да бъде подавана само след издаване на решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП⁹. Това мнение не намира нормативна подкрепа поради следните причини:

На първо място, ЗАП не предвижда обжалване на отделни действия, а само на издадени индивидуални административни актове. На второ място, правно недопустимо е да бъде пресичана възможността за контрол на индивидуални административни актове само по съображения за целесъобразност, без да са налице законовите предпоставки за това. На трето място, такава „процесуална икономия“ по-скоро подпомага за шиканиране на процеса по възлагане на обществената поръчка. На практика такава злоупотреба с правото на обжалване се реализира,

като в сроковете за обжалване се „премълчат“ недостатъците в решението по чл. 22 ЗОП с намерение те да бъдат посочени в жалба срещу решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП при неблагоприятен за участника резултат от избора на изпълнител. Ако решението по чл. 45, ал. 2 бъде отменено по такава недопустима жалба, ще е налице неблагоприятен както за икономиката, така и за правоприлагането резултат.

За съжаление освен разгледаните в тази статия остават още много спорни разрешения в ЗОП, което и занапред ще затруднява прилагането му. В теорията и практиката липсва ясен и аргументиран отговор дори на въпроса подлежи ли решението по чл. 45, ал. 1 ЗОП на обжалване по административен ред по глава трета, раздел първи на ЗАП или може да се обжалва само по съдебен ред по раздел втори¹⁰. Предстоящите промени в ЗОП предлагат добра възможност за поправка на сега съществуващите слабости в закона и за съобразяване режима на издаване и контрол на индивидуалните административни актове по ЗОП с нормативната уредба, относима към урежданите от него обществени отношения. Привеждането на текста на ЗОП към общите правни принципи и разрешения и прецизирането на използваните формулировки без съмнение ще доведе до по-добро реализиране на целите на закона, до гладкото му, икономично и безпротиворечиво функциониране в полза както на субектите на обществени поръчки, така и на обществото като цяло.

БЕЛЕЖКИ

1. ЗОП урежда смесен фактически състав, който включва административноправни и частноправни елементи. Процедурата по възлагане на обществена поръчка се изчерпва едва със сключване на договор с кандидата, определен за изпълнител на поръчката — чл. 17, ал. 1 във вр. с чл. 45, ал. 1 от ЗОП. Предмет на настоящата статия обаче е само административната фаза на процедурата, предхождаща сключването на договора.

2. Вж. **Дерменджиев, И., Д. Костов, Д. Хрусанов**, Административно право на РБ, обща част, трето преработено и допълнено издание, Сиби, с. 137.

3. Вж. **Костов, Д., Д. Хрусанов**, Административен процес на РБ, Сиби, с. 115.

4. Вж. **Дерменджиев, И., Д. Костов, Д. Хрусанов**, Административно право на РБ, обща част, трето преработено и допълнено издание, Сиби, с. 139.

5. Вж. **Костов, Д.**, Административното обжалване по ЗАП, УИ „Св. Климент Охридски“, с. 4.

6. Вж. **Лазаров, К.**, Обвързана компетентност и оперативна самостоятелност, Феня, 2000, с. 31.

7. Вж. **Костов, Д., Д. Хрусанов**, Административен процес на РБ, Сиби, с. 119.

8. Пак там.

9. Вж. **Марков, М.**, Защита срещу нарушения в процедури за възлагане на обществени поръчки — сп. Пазар и право, 2000, кн. 12.

10. Пак там.

**ON THE LEGAL NATURE OF THE DECISION ACCORDING
TO ART. 22 OF PUBLIC PROCUREMENT ACT AND THE
PROCEDURE OF ITS APPEAL**

by Anjelo Georgiev

Summary

This article aims to answer the questions about the legal nature and the procedure of the appeal of the decision, issued by the entrustee of public procurement according to Article 22, paragraph 2 of the Public Procurement Act. These questions are interrelated and are of practical use for the better implementation of the law. To some extent the solution to these problems is complicated because the scope and system of appeal of the acts, issued in application of the law is unprecisely formulated in Article 56 of the Public Procurement Act. A number of arguments are given to prove that the decision according to Article 22 is an individual administrative act in the sense of Article 2 of the Administrative Procedure Act. That is why this decision is a subject to an appeal, independent from the appeal of the decision, issued according to Article 45, paragraph 1 of the Public Procurement Act. This control should be based on the common clause, given in the Administrative Procedure Act, as far there are no limitations for that. There are some characteristics about the terms and the legal interest in challenging this individual administrative act, which are also mentioned. Attention is paid to some different opinions about the problems, treated by the present article.

МЛАДИ АВТОРИ

ПРОБЛЕМИ В ПРАКТИКАТА, СВЪРЗАНИ С ОБЕЗЩЕТЕНИЕТО ЗА НЕИЗПОЛЗВАН ГОДИШЕН ОТПУСК ПО ЧЛ. 224, АЛ. 1 ОТ КОДЕКСА НА ТРУДА

*Радослав Радушев**

Обезщетението за неизползван платен годишен отпуск е субективно право на работниците и служителите, регламентирано в чл. 224, ал.1 КТ, който гласи:

„При прекратяване на трудовото правоотношение работникът или служителят има право на парично обезщетение за неизползания платен годишен отпуск пропорционално на времето, което се признава за трудов стаж.“

Материята за изплащането на неизползания платен годишен отпуск е уредена още и с Наредба за работното време, почивките и отпуските, приета с Постановление № 72 на Министерския съвет от 30 декември 1986 г. Тук са уредени някои особени хипотези във връзка с обезщетението, като са доразвити нормите на КТ.

Член 178 КТ забранява компенсиране на платения годишен отпуск с парични обезщетения освен при условията на чл. 224 КТ. Законът изисква едновременното наличие на две предпоставки — прекратяване на трудовото правоотношение и неизползван платен годишен отпуск. При осъществяване на тази хипотеза за работника или служителя се поражда право на вземане спрямо работодателя, на което съответства задължение на този работодател за изплащане на обезщетение. Единственото изключение от правилото да не се компенсира парично платеният годишен отпуск, без да се прекратява трудовото правоотношение, е в Закона за изме-

* Юрисконсулт в МВР.

нение и допълнение на Кодекса на труда, § 118, където е уредено едно преходно положение. Този текст допуска еднократното компенсиране на отпуска без прекратяване на трудовото правоотношение. Нормата ще изчерпи своето действие към 31. 03. 2002 година.

Въпреки че законодателят е уредил изчерпателно отношенията между правните субекти във връзка с изплащането на обезщетението по чл. 224 КТ, на практика възникват проблеми при прилагането на този текст. Често, когато се прекратява трудово правоотношение и работникът или служителят не е използвал изцяло полагащия му се платен годишен отпуск, работодателят прибегва до следната схема на заплащане на обезщетението за неизползван годишен отпуск: ако работникът или служителят е ползвал част от този отпуск, това време се изважда от размера му, като заплащането на остатъка става пропорционално на отработеното време през годината, за която се дължи обезщетението. Такова разбиране застъпват професор Атанас Василев¹ и к. ю. н. Борис Михайлов². Основание за този подход дава края на ал. 1 на чл. 224: „... пропорционално на времето, което се признава за трудов стаж“. Според защитниците на посочения метод за обезщетение в този текст законодателят има предвид трудов стаж за положен труд през годината, за която се дължи обезщетението. Допълнителни доводи в подкрепа на изложената позиция може да се търсят в принципа на справедливостта — не е оправдано работодателят да плаща възнаграждение за труд, който работникът, респ. служителят, не е положил.

Ще си позволя да предложа различно мнение от това на посочените автори. Размерът на обезщетението напълно трябва замества възнаграждението за платения годишен отпуск, ако лицето би ползвало този отпуск. Съществуват няколко аргумента в подкрепа на този подход при определяне на обезщетението по чл. 224 КТ.

Първата група аргументи имат своята опора в принципите на трудовото право, залегнали в глава първа на Кодекса на труда — в конкретния случай това е принципът на закрила на труда (чл. 1, ал. 3 КТ). Съществуването на института на платения годишен отпуск цели да осигури възможност на работниците и служителите да възстановяват работната си сила от положения през годината труд. Работодателят също има полза от това право, защото така се осигурява по-добра ефективност на труда. Нормата на чл. 224 КТ е закрилна, тъй като задължава работодателя да заплати при прекратяване на трудовото правоотношение пълния размер на неизползания платен годишен отпуск. Така го стимулира да се въздържа от злоупотреби, свързани с разрешаване на ползването на отпуска. С нормата не се нарушава принципът на справедливостта, тъй като това не е плащане за труд, който не е бил положен, а плащане с компенсаторен характер, задължението за което възниква при наличието на предпоставките на чл. 224, ал. 1 КТ. Принципът на справедливостта е общ за правото и има приложение във всички правни отрасли.

Проявлението му в трудовото право е търсенето на баланс при регулирането на трудовите правоотношения, което ясно личи при уредбата на съдържанието на трудовия договор³. В режима на отпуските тази идея виждаме в чл. 33, ал. 2 НРВПО:

„Когато след ползване на платения годишен отпуск в пълен размер трудовото правоотношение се прекрати в същата календарна година, работникът или служителят не дължи обезщетение на предприятието за частта от отпуската, за която не е отработил съответното време. До края на същата календарна година работникът и служителят няма право да ползва платен годишен отпуск освен ако за новата работа се предвижда отпуск в по-голям размер.“

Така при встъпване в ново трудово правоотношение с друг работодател работникът или служителят ще има право на отпуск, но не и на възнаграждение, защото вече го е получил⁴. В тази хипотеза законодателят не задължава работника или служителя да връща част от полученото в заплащане на отпуската. Подобна е логиката в уредбата на обезщетението по чл. 224 КТ — то трябва да покрива изцяло възнаграждението за времето на платен годишен отпуск, защото се явява заместваща това възнаграждение престация⁵.

Втората група аргументи произтичат пряко от редакцията на чл. 224 КТ и от основанието на обезщетението. В алинея 1 законодателят използва категориите „платен годишен отпуск“ и „трудова стаж“, които са легални понятия. Това обстоятелство ни задължава да се обърнем към законовата уредба на тези два института на трудовото право.

Правото на платен годишен отпуск е закрепено в чл. 155 и сл. КТ. То е субективно право на работника или служителя, което възниква, когато придобие най-малко 8 месеца трудов стаж. Това е законово изискване за възникването на правото, като няма условие стажът да е придобит при определен работодател по конкретно правоотношение. Предпоставките са две — наличие на трудово правоотношение и изтичане на посочен в закона период от време. Веднъж възникнало, правото следва работника или служителя при встъпване в последващи трудови правоотношения със същия или друг работодател. Това разбиране е залегнало и в чл. 22 НРВПО.

Всеки работник и служител, който има най-малко 8 месеца трудов стаж, придобива право да ползва платен годишен отпуск по чл. 155 и 156 КТ. Когато 8-месечният трудов стаж е придобит през първата година на работа на работника и служителя, той има право на платен годишен отпуск за същата година в пълен размер. Когато част от 8-месечния трудов стаж е придобита през една календарна година и друга част — през следващата календарна година, той има право на платен годишен отпуск за първата календарна година пропорционално на трудовия му стаж през тази година, а за втората година придобива право на платен годишен

отпуск в пълен размер. За ползване на платения годишен отпуск за втората и следващите календарни години не се изисква нов 8-месечен трудов стаж.

Платеният годишен отпуск се полага за календарната година и се ползва при условията по чл. 172 КТ. От редакцията на текста става ясно, че отпускът може да бъде ползван и в началото на годината. Но в хипотезата, когато трудовото правоотношение се прекратява към 02. 01. xxxx година, според възгледа за пропорционално заплащане работодателят просто няма да заплати обезщетение, защото за тази година не е престиран труд. Така се стига до ощетяване на работника или служителя, тъй като за него вече е възникнало правото на платен годишен отпуск за текущата година, респ. правото на обезщетение. На практика работниците или служителите ползват целия платен годишен отпуск преди да прекратят трудовото си правоотношение. По този начин те получават възнаграждение за това време и не са длъжни да го върнат по изричната законова разпоредба на чл. 33, ал. 2 НРВПО. От друга страна, ако приемем, че работодателят не дължи плащане за размера на целия неползван платен годишен отпуск, а пропорционално на отработеното през годината на прекратяването време, то при условие, че той изплати възнаграждение при ползване на отпуска преди прекратяване на трудовото правоотношение, плаща нещо недължимо. А работниците или служителите, които използват полагащия им се отпуск в този случай, за да получат полагащото им се възнаграждение, заобикалят закона — с позволени от закона средства постигат забранен резултат (плащане, което не се дължи, в случая се явява единственото основание за ползване на отпуска).

Другата категория, която законодателят използва при уредбата на обезщетението за неизползвания платен годишен отпуск, е „трудова стаж“.

Трудовият стаж е уреден в чл. 351 и сл. КТ. Трудов стаж по смисъла на Кодекса на труда е „времето, през което работникът или служителът е работил по трудово правоотношение, доколкото друго не е предвидено в този кодекс или в друг закон, както и времето, през което лицето е работило като държавен служител“ (чл. 351 КТ). Друго в този кодекс или друг закон във връзка с обезщетението по чл. 224 КТ не е предвидено. Поради тази причина посоченият текст на ал. 1 на чл. 224 КТ не може да послужи за аргумент в подкрепа на становището за заплащане на обезщетението пропорционално на изработеното през годината на прекратяването време, признато за трудов стаж. Нищо в редакцията на ал. 1 на чл. 224 КТ не ни указва конкретизация на периода за времето на трудовия стаж. Без наличие на такова указание би означавало необосновано да прибегнем към стеснително тълкуване на нормата. Ако законодателят би искал да ограничи действието ѝ, той би могъл да редактира текста в смисъл : „... време, което се зачита за трудов стаж през годината на прекратяването“. Но той не го е направил и възниква въпросът „Защо?“. Отговорът на този въпрос откриваме в две насоки: от една

страна — в действащото законодателство, а от друга — в промяната на режима на отпуските с изменението на текста на чл. 155 КТ от месец март 2001 г.

Първата хипотеза, към която има отношение частта относно трудовия стаж в чл. 224, ал. 1 КТ, е развита в чл. 42 НРВПО. Това е случаят, когато работниците или служителите за пръв път встъпват в трудово правоотношение и все още нямат придобито право на отпуск. За тях не е изтекъл изискуемият от закона 8-месечен трудов стаж, но въпреки това изричният текст на чл. 42 от Наредбата предвижда плащане на обезщетение по чл. 224 КТ. Тук се прилага пропорционалното заплащане „на времето, което се признава за трудов стаж“ (чл. 224, ал. 1 КТ). Законодателят е счел за необосновано заплащането на обезщетението в пълен размер, тъй като в случая това би противоречало на принципа на справедливостта. Но за времето, през което е положен труд, обезщетение се дължи пропорционално на трудовия стаж.

На второ място, обезщетяването по чл. 224, ал. 1 КТ пропорционално на трудовия стаж кореспондира с текста на чл. 155, ал. 2 КТ преди измененията от месец март 2001 година :

„Размерът на основния платен годишен отпуск е:

1. не по-малко от 14 работни дни — при трудов стаж до 10 години;
2. не по-малко от 16 работни дни — при трудов стаж от 10 до 15 години;
3. не по-малко от 18 работни дни — при трудов стаж над 15 години.“

Според тази разпоредба размерът на платения годишен отпуск зависи от трудовия стаж на работника и служителя. Това е втората хипотеза на приложение на дискутираната част от алинея 1 на чл. 224 КТ. Към настоящия момент тя няма практическо значение, тъй като нормата е изменена и размерът на платения годишен отпуск вече не е обвързан с трудовия стаж. Поради тази причина се губи и връзката на обезщетението за неизползван годишен отпуск с втория случай на приложение на пропорционално изчисляване размера на това плащане. Необходимо е законодателят да коригира чл. 224, ал. 1 КТ с оглед избягване на затруднения при прилагането на тази разпоредба.

Важно значение има основанието, поради което се дължи обезщетението — неизползване на платения годишен отпуск. Плащането, което извършва работодателят, се явява „заместваща престация“⁶. Затова е необходимо да има гъбвестност между размера на възнаграждението, което работникът и служителят щяха да получат, ако биха ползвали отпуск, от една страна, и размера на обезщетението по чл. 224, ал. 1 КТ, от друга. Тъй като това основание е законово, неплащането от страна на работодателя е нарушение на закона.

Промените в общественно-политическия живот неизбежно се отразяват на отношенията между субектите по трудовите правоотношения. Днес се наблюдава засилена динамика на пазара на труда, което изисква гъвкава уредба на материята. Но какъвто и подход да избере законодателят при регулирането на тези отноше-

ния, принципът на закрила, залегнал в Кодекса на труда, трябва да е гаранция за спазването на правата на работниците и служителите. В тази светлина трябва да разглеждаме и проблема относно обезщетенията, закрепени в Кодекса на труда, и конкретно обезщетението по чл. 224 КТ.

При отказ на работодателя да изплати изцяло дължимото обезщетение, за работника или служителя е открита възможността да брани правото си по реда на чл. 357 и сл. КТ.

БЕЛЕЖКИ

1. **Василев, Ат.**, Обезщетения по трудовото правоотношение, Сиби, С., 1997, с. 98.
2. **Михайлов, Б.**, Правен режим на отпуските, „Д-р Петър Берон“, С., 1988, с. 119.
3. Вж. **Мръчков, В.**, Трудово право (второ преработено и допълнено издание), Сиби, С., 1998, с. 194.
4. **Мръчков, В., Кр. Средкова, Ат. Василев**, Коментар на Кодекса на труда (пето основно преработено и допълнено издание), Сиби, С., 2001, с. 568.
5. Така **Мръчков, В.**, цит. съч., с. 582.
6. **Василев, Ат.**, цит. съч., с. 33.

ЮРИДИЧЕСКО ОБРАЗОВАНИЕ

ЧАСТНОТО ВИСШЕ УЧИЛИЩЕ КАТО ЮРИДИЧЕСКО ЛИЦЕ

Станимир Паунов *

Демократизирането на системата на висшето образование в България започна почти едновременно с промените след 10 ноември 1989 г. Още на 2.02.1990 г. е приет Законът за академичната автономия на висшите учебни заведения (ЗААВУЗ, отм.), който реформира основно съществуващия дотогава Закон за висшето образование (ЗВО, отм.). Въведен е принципът за академична автономия — ограничена е държавната намеса в дейността на висшите учебни заведения.

На този начален етап все още законодателството не допуска изрично съществуването на частни висши учебни заведения (частни висши училища (ЧВУ) по новата терминология, б. а.), не е предвиден особен ред за тяхното създаване, нито особени права. Единствената разпоредба, която употребява словосъчетанието „държавни висши учебни заведения“, е чл. 13, ал. 1, т. 2 ЗААВУЗ. Оттук *per argumentum a contrario* можем да направим извода, че законодателят още тогава е виждал възможността да съществуват и други — недържавни, ВУЗ, но не е предвидил специален ред за тяхното създаване и за тяхната дейност.

С приемането на новата Конституция на Република България (КРБ) при регламентирането на правото на образование в чл. 53 имплицитно се въвеждат и видовете и степени училища, а нормата на чл. 53, ал. 5 изрично предвижда въз-

* Студент в Юридическия факултет на БСУ.

можността граждани и организации да създават училища „при условия и по ред, определен със закон“.

В такава нормативна среда, при липса на законова регламентация, Великото народно събрание с решение от 18. 09. 1991 г.¹ даде статус на висше училище на първите три частни университета — Нов български университет, Американски университет в България и Бургаски свободен университет. По-късно се създадоха Варненският свободен университет и Славянският университет.

На 12. 12. 1995 г. Народното събрание приема действащия Закон за висшето образование (ЗВО), който за пръв път изрично направи делението на висшите училища на държавни и частни (чл. 12) и очерта реда за създаване на ЧВУ и техните права и задължения.

Член 6, ал. 1 ЗВО признава качеството юридическо лице (ЮЛ) на висшите училища изобщо, като определя и предмета им на дейност, а чл. 5 постановява, че „висше образование се придобива във висши училища, създадени по ред, определен със закон“².

Делението на висшите училища на държавни и частни, направено в чл. 12 ЗВО³, има за основа собствеността и инициативата за създаването на тези висши училища.

ДВУ се създават по инициатива на Министерството на образованието (чл. 10, ал. 2, т. 2 ЗВО). Те се създават и осъществяват дейността си въз основа на предоставена държавна собственост и ежегодна държавна субсидия (чл. 13 ЗВО). Собствеността, предоставена им от държавата, е публична държавна собственост (чл. 2, ал. 2, т. 2 от Закона за държавната собственост⁴). Предметът на дейност на ДВУ е очертан в чл. 6, ал. 1 — реализиране правото на образование на гражданите. Органите им за управление са снабдени с властнически правомощия. От така очертаните белези се налага изводът, че ДВУ като ЮЛ е държавно учреждение. То е публичноправно ЮЛ. Делението на ЮЛ на публичноправни и частноправни за първи път е направено в Решение № 29 от 1998 г. на Конституционния съд⁵. Правилна е забележката на В. Георгиев⁶, че „не е много ясно какво може и какво не може „юридическото лице на публичното право“ и следователно тази характеристика е чисто негативна (в смисъл, че не става въпрос за юридическо лице на частното право)“.

ЧВУ е частноправен субект с особен предмет на дейност. Можем ли да говорим, че в случая има изрично овластяване от закона на един частноправен субект да извършва публичноправни функции? Е ли дейността по предоставяне на висше образование на гражданите задължение единствено и само на държавата?

В литературата е даден положителен отговор на този въпрос⁷, който като че ли е подкрепен и от ЗВО. Член 38 ЗВО постановява: „Актовете на органите за управление на висшите училища могат да се обжалват пред съда по реда на

Закона за административното производство“. Текстът не прави разлика между държавни и частни ВУ, а щом тези актове се обжалват по реда на ЗАП, това е косвено признание на закона за властническия им характер, т. е. органите и на ЧВУ са снабдени с властнически правомощия. Мисля обаче, че логиката на разсъжденията води към друг извод. Не процесуалният ред за обжалване на акта определя неговия характер, а от характера на акта трябва да се изведе по какъв ред ще се обжалва той⁸.

За да отговорим на въпроса изключителен прерогатив на държавата ли е предоставянето на висше образование на гражданите и можем ли да говорим за възлагане със закон на ЧВУ да извършва публичноправни функции, трябва да изходим от чл. 23 КРБ — държавата създава условия за свободно развитие на науката и образованието. Член 53 КРБ прогласява правото на образование, като сочи и докъде държавата поема задължение да осигури реализацията на това право. Първото ѝ задължение е да създаде законодателна база за реда и начините за придобиване на образование; второто — да създаде условия за реализирането му от всички граждани. Именно затова са създадени особени държавни учреждения — държавни и общински училища, където началното и средното образование, а в определени от закона случаи и висшето образование, е бесплатно⁹. С разрешителната норма на чл. 53, ал. 5 граждани и организации да създават училища по ред, определен със закон, Конституцията предоставя възможност тази дейност да се извършва и от частноправни субекти. Държавата си запазва правото на контрол върху извършваната от тях дейност, което предвид високата обществена значимост на образованието е съвсем обяснимо.

Не можем да говорим за възлагане на публичноправни функции върху частноправни субекти по силата на закона в конкретния случай, именно защото няма какво да се възлага. На конституционно ниво държавата се е отказала от монопол върху образователната дейност и е дала възможност тя да се осъществява от частноправни субекти, признала е частноправния ѝ характер. За възлагане по силата на закон можем да говорим, само ако преди това тази дейност е била публичноправна, властническа, и по този начин се прехвърлят властнически правомощия за осъществяване от частноправни субекти. Конституцията е актът, който урежда докъде ще се простира държавата и откъде започва гражданското общество и частноправното регулиране.

Друг аргумент в защита на тезата, че ЧВУ извършва публичноправна дейност, е фактът, че дипломата, която то издава, е официален документ, а такива могат да издават само държавни органи в границите на своята компетентност¹⁰. Действително дипломите, които издават ЧВУ, са официални документи, но въпросът е дали критерият, посочен от проф. Сталев за това деление, е наистина този. Няма основание да смятаме, че упражняването на държавновластнически правомощия е белегът за делението на документите на частни и официални. Това

не почива на анализа на чл. 143 ГПК, който говори за **длъжностно лице** (к. м.), а това е по-широко понятие от държавен орган. То трябва да се разбира в смисъла на чл. 93, т. 1 НК.

Като „чисто“ частноправни субекти са уредени и частните училища в Закона за народната просвета (ЗНП) и правилника за прилагането му, а по този начин се възприемат те и от съдебната практика¹¹. Член 37, ал. 7 ЗНП посочва, че: „Административните актове на директорите на държавните ... училища ... могат да се отменят от министъра на образованието и науката, на директорите на общинските училища ... от началника на инспектората по образованието ...“. От анализа на тази разпоредба и от мълчанието на закона по отношение на частните училища следва да се приеме, че ЗНП третира като административен акт само актовете на държавните и общинските училища, детски градини и обслужващи звена, а тези на частните са обикновени частноправни актове, които се обжалват по общия исков ред. Че частните училища се третират като частноправни субекти е видно и от чл. 17 ППЗНП, където са уредени необходимите документи за откриване на частно училище; т. 2 предвижда **„проект на договор за обучение“** (к. м.), следователно връзката ученик — частно училище е **договорна, частноправна, а не властническа** (к. м.).

Изводът, който се налага е, че ЧВУ като ЮЛ е субект на частното право, не снабден с властнически правомощия и неизпълняващ публичноправни функции. Логическите следствия от това са:

1. Актовете на органите на ЧВУ не са властнически актове.

От този извод се натъкваме на един сериозен законодателен проблем по отношение на актовете на ЧВУ. Нормата на чл. 38 ЗВО гласи: „Актовете на органите за управление на висшето училище могат да се обжалват по реда на Закона за административното производство“. Законодателят е използвал родовото понятие „висше училище“, но могат ли да попаднат в обсега на контрол на ЗАП актове, които нямат властническа природа и не отговарят на изискванията на чл. 2 ЗАП за индивидуален административен акт (каквито ще са актовете на органите за управление в частното висше училище)? Струва ми се, че няма основание за таква законодателно решение, което влиза в разрез с принципното приложно поле на ЗАП¹². Налага се едно ограничително и поправително тълкуване на чл. 38 ЗВО и той да се прилага само относно актовете на органите на държавните висши училища, и то само тези от тях, които имат характер на индивидуален административен акт по смисъла на чл. 2 ЗАП.

Неотчитайки принципната разлика между държавните и частните висши училища, нашият законодател не я провежда и в закона. И частните, и държавните висши училища възникват с решение на Народното събрание, т. е. по разпоредителната система. Известно е обаче, че по тази система възникват **само публичноправните ЮЛ**.

ЮЛ на частното право възникват по нормативно-контролната система, включваща два елемента — частноправно волеизявление на субекта и охранително производство по вписването му в регистъра, което осъществява контрол за законосъобразност на извършеното волеизявление. Всички последващи изменения в статута на ЮЛ също подлежат на вписване и те не могат да се противопоставят на трети добросъвестни лица, ако не са били вписани (арг. чл. 18 ЗЮЛНЦ, чл. 489 и сл. ГПК).

След като за ЧВУ законът не е предвидил вписване в регистъра, не може върху тези волеизявления да се упражнява контрол за законосъобразност от съда при вписването (такова няма). Няма аналогична норма на чл. 74 ТЗ за отмяна на решения, които противоречат на закона или учредителния акт. Тогава единствената възможност остава тези волеизявления — предвид частноправния им характер, да се прогласяват за нищожни по чл. 26 ЗЗД или унищожени при хипотезите за унищожаемост (чл. 27 и сл. ЗЗД). *De lege ferenda* е абсолютно наложителна законодателна промяна в тази насока.

2. Правоотношенията, в които влиза ЧВУ, никога не могат да имат властнически характер. Те са чисто частноправни, договорни правоотношения.

3. Дипломите, които издава ЧВУ, са официални документи по смисъла на чл. 143 ГПК.

Ако продължим анализа в този ред, трябва да отговорим и на въпроса какъв е характерът на извършваната дейност — стопански или нестопански? Придобива ли ЧВУ качеството търговец?

Предметът на дейност, така както е посочен в чл. 6, ал. 1 ЗВО, включва не само предоставяне на висше образование на студентите, които влизат в договорни отношения с ЧВУ, но и развитие на науката и културата, а също така и други съпътстващи дейности, свързани със спецификата на конкретното висше училище. В основната си част това ще са дейности, които обективно не носят приходи — организиране на семинари, конференции, поддържане на библиотека, лаборатории и др. И това е напълно разбираемо, защото висшето училище освен образователна институция е призвано и да развива науката и културата, за разлика от средното училище. Така погледнато, ЧВУ извършва дейност, която има смесен характер.

От една страна, то сключва договори със студентите за предоставяне на образование срещу заплащане на съответна цена (такса)¹³. Тази дейност по своя предмет и обем изисква да се води по търговски начин и следователно то ще придобие качеството търговец на основание чл. 1, ал. 3 ТЗ. От друга страна, ЧВУ е призвано да развива науката и културата, което е по същество нестопанска дейност.

Че отношенията, в които влиза едно ЧВУ, имат стопански характер, е констатирали и Комисията за защита на конкуренцията в решение № 3 по протокол 17 от 02. 12. 1991 г. В него се казва: „От значение е как е създадено учебното заведение

— с акт на държавен орган или с частноправен акт, дали той е създаден за осъществяване на държавна функция от държавни служители. При липсата на тези изисквания, както е при свободните университети, налице са стопански отношения ...“¹⁴

Една част от основната дейност на ЧВУ — развитието на науката и културата, ще бъде в голямата си част субсидирана, подпомагана, т. е. нестопанска. КС в решение № 10 от 1994 г. изрично допуска възможността да съществуват сдружения със смесен характер на дейността си.

По-важното и определящото за нестопанския характер на организацията е фактът, че това е организация, която не разпределя печалба или дивидент или други имуществени права, а приходите от дейността ѝ се разходват отново за постигане целите на организацията.

Този анализ относно нестопанския характер на ЧВУ и възможността то да извършва търговска дейност се подкрепя и от разпоредбите на новоприетия Закон за юридическите лица с нестопанска цел, чл. 3, ал. 3 от който дава възможност да се извършва стопанска дейност като допълнителна, но изрично в чл. 3, ал. 6 прогласява, че ЮЛ с нестопанска цел не могат да разпределят печалба.

Практически важен и сложен е и един друг въпрос относно характера на ЧВУ като ЮЛ, а именно дали то е корпоративно ЮЛ или от тип учреждение, т. е. без членствен състав?

В литературата е изказано становището, че ЧВУ е ЮЛ от тип учреждение¹⁵. Това становище е правилно и напълно се присъединявам към него по следните съображения:

Първо, ЧВУ се създава по искане на граждани или организации, наричани от закона учредители (чл. 14, ал. 1 ЗВО). Тези лица представят предварителен проект, учредителен акт, който трябва да съдържа описание на предоставеното имущество и начин на финансиране (чл. 15, ал. 3, т. 4 ЗВО). Именно съдържанието на този учредителен акт, възплетено после в решението на НС, с което се дава статус на висше училище, ще определя бъдещата организация и начин на управление. В този акт ще се даде отговор кой ще формира правнорелевантна воля на това ЮЛ¹⁶. Действително, предвид императивната уредба на академичната автономия, тази свобода на учредителите да предпришат начина на устройство и управление е ограничена. Но дори и в тези рамки, които ѝ оставя законът, те са единственият субект, властен да направи това¹⁷. Аргумент в тази насока ни дава и чл. 36 ЗВО, „Частните висши училища могат да имат и друга структура, начин на управление и определяне на ръководните органи, при условие, че не се нарушават академичните свободи.“

Властни да определят начина на управление са учредителите. Те могат да запазят за себе си права по управлението на създаденото от тях ЧВУ, но могат и да

предоставят изцяло управлението му на предвидените в учредителния акт органи. Затова се казва, че органите на едно ЮЛ от учрежденски тип са служещи органи, задачата им е да изпълняват волята на учредителя, която също е откъсната и от него самия, и материализирана неотменно в учредителния акт¹⁸.

Учредителите и създаденото от тях ЧВУ са два различни правни субекта, но първите не са членове на второто¹⁹, а само формиращи волята, материализирана в учредителния акт. Те ще имат права по управлението само ако са предвидили такива в този акт (примерно ако е предвидено, че учредителите формират настоятелство, което поема функцията по управлението на финансите или че те контролират избора на академичен състав и др.).

Поставя се въпросът възможно ли е учредителите да не са предвидили нищо относно управлението на висшето училище в учредителния акт и ако това е така, какъв ще бъде крайният акт — решението на Народното събрание за създаване на ЧВУ, ще възникне ли правен субект? Можем ли да смятаме, че след като няма изразена изрична воля за друг начин на управление, меродавен е предвиденият в ЗВО ред? В тази хипотеза, при мълчанието на ЗВО, трябва да изходим от вида на ЮЛ — ЧВУ и да приложим по аналогия сходно правно разрешение. Като се има предвид, че ЧВУ като ЮЛ е от учрежденски тип, т. е. без членствен състав, то логично е да се обърнем към законодателното решение на този проблем при основния за частното право некорпоративно устроен субект — фондацията. Новият закон за юридическите лица с нестопанска цел в чл. 34, ал. 4 урежда този проблем така: „Ако са нужни действия за изменения или допълнение на учредителния акт и не е възможно те да бъдат извършени от учредителя или по установен от него или закона ред, по искане на заинтересуваните лица окръжният съд по седалище на фондацията извършва промените. Съдът е длъжен да извърши действията в съответствие с волята, изразена в учредителния акт.“ Съгласно отменения чл. 152 ЗЛС това правомощие беше в ръцете на ресорния министър, но предвид сложната административна процедура, предвидена в ЗВО до достигане на крайния акт — решение на Народното събрание за даване статус на висше училище, не се е стигало до тази хипотеза.

Написаното дотук разглеждаше ЧВУ, които биха възникнали при действието на ЗВО от 1995 г., а такива понастоящем няма. Нужно е да се отговори какво е положението на възникналите преди ЗВО от 1995 г. ЧВУ и доколко те се съотнасят с уредбата, предвидена в този закон.

Трябва да се има предвид фактът, че „закъснелият“ ЗВО всъщност урежда съществуващото и предвидената в него регламентация за откриване на ЧВУ по същество бе тази, която се бе осъществила в действителност преди това. В преходните и заключителните разпоредби на този закон няма изрична разпоредба, че тези правни субекти запазват правата си и се ползват с правата по новия закон, но няма и изрична норма, която да прекратява тяхното съществуване, даже напротив

— § 18 от преходните и заключителните разпоредби на ЗВО изрично постановява, че с влизането на този закон в сила мандатът на органите за управление на висшето училище не се прекъсва, т. е. то продължава да съществува във вида, в който е било и преди, като в срок до 1 година трябва да приеме правилник за дейността на висшето училище, който да е в съответствие с изискванията на новия закон.

Към момента на откриване на съществуващите сега ЧВУ няма изрична уредба за реда за тяхното откриване и съществуване. Бланкетната норма на чл. 53, ал. 5 КРБ не е била изпълнена все още със съдържание. Действащите тогава ЗВО (отм.) и ЗААВУЗ (отм.) не третираат изобщо въпроса за ЧВУ. Все пак правомощието на Народното събрание да разкрива с решение висши училища (дори и не по искане на Министерството на образованието) е потвърдено от КС²⁰. Постави се въпросът за статуса на тези висши училища — доколко уредбата в ЗААВУЗ (отм.) е задължителна за тях, може ли те да имат и друга структура на управление и какви са правата и задълженията на учредителите спрямо учреденото от тях висше училище? Предвид казаното дотук за ЧВУ като ЮЛ на частното право без членствен състав за него уредбата в тези закони е задължителна дотолкова, доколкото предвидените права и задължения, предоставени на академичния състав и студентите, са реализация на принципа за академична автономия. Няма пречка то да има и друга структура и управление, да се възлагат определени права и задължения на учредителите, но това е могло да стане единствено и само по силата на тяхната воля, материализирана в акта за учредяване на висшето училище. Ако и доколкото те са предвидили права за себе си в този акт и ако тези права не нарушават принципа за академична автономия, те ще се ползват от тях. Връзката учредител — ЧВУ може да съществува само и доколкото е изградена от учредителя. Ако той се е дистанцирал от създаденото от него ЧВУ и е предоставил управлението му на академичния състав по предвидения в ЗААВУЗ (отм.) ред, такава е била волята му. Но като вторично ЮЛ — ЧВУ няма как да „заживее“, освен ако „получи живот“ от външна за него воля. Някой (и това е само учредителят) трябва да формира първите органи на това ЮЛ, да назначи първия ректор, както това се прави от министъра на образованието при новооткрито държавно висше училище. Ако пък липсва ясно изразена воля от учредителите за бъдещото управление на създаденото от тях ЧВУ, тази празнота трябва да се запълни, като се приложи по аналогия чл. 34, ал. 4 ЗЮЛНЦ.

В заключение, ЧВУ е нестопанска организация, която не разпределя печалба, но извършваната от него дейност има смесен характер. Сключваните от ЧВУ възмездни договори със студентите водят до придобиване на качеството търговец по силата на чл. 1, ал. 3 ТЗ, но върху него не тежи задължението да се вписва в търговския регистър. ЧВУ е ЮЛ от учреденски тип и по отношение на празнотите в учредителния акт може да се приложи по аналогия нормата на чл. 34, ал. 4 ЗЮЛНЦ. Изводът за този характер на ЧВУ се налага от нормативната уредба в

ЗВО от 1995 г., а по отношение на създадените преди това този извод се налага по гълкувателен път.

БЕЛЕЖКИ

1. Обн. ДВ, бр. 80 от 1991 г.
2. Ако проследим развитието на системата на висшето образование в България, ще установим, че невинаги и не всички училища са били признати за ЮЛ. ЗВО от 1958 г. признава качеството ЮЛ на ВУЗ (чл. 2, ал. 4); действащата преди 1944 г. нормативна уредба не признава за ЮЛ всички висши училища (вж. Закона за народната просвета от 1909 г.); със специален закон от 1904 г. се признава за ЮЛ Софийският университет. Единственият частен университет, съществуващ тогава, е открит със заповед № 2155 от 05. 07. 1920 г. на министъра на просветата, а едва през 1924 г. със специален закон е признат за ЮЛ.
3. Към делението на ЮЛ на държавни, общински и частни в зависимост от правото на собственост се премина след демократичните промени и приемането на новата Конституция — вж. **Павлова, М.**, Гражданско право — обща част, С., Т. 1, с. 292). Преди това, поради отричане на категорията частна собственост и частно право, делението е на **държавни и недържавни** (к. м). Вж. също и **Таджер, В.**, Гражданско право на НРБ, дял 2, С., НИ, 1973, с. 79.
4. Вж. по-подробно **Христофоров, В.**, Държавните учреждения — правна същност и административноправен режим. С., 1966, с. 23.
5. Обн., ДВ, бр. 135 от 1998 г.
6. Вж. **Георгиев, В.**, Епистомологичен опит върху частното и публичното право — В: Съвременно право, бр. 3/1996, с. 35—36.
7. Вж. **Златарева, М.**, Нестопански организации с публичноправни функции — В: Търговско право, бр. 3/2000, с. 25 и сл.
8. В този смисъл вж. **Дерменджиев, И., Д. Костов, Д. Хрусанов**, Административно право. Обща част, С., 1998, с. 161.
9. В близкото минало се приемаше, че реализирането на правата на гражданите е грижа на държавата и че във всеки един случай те се опосредстват от правоотношение между гражданина и съответното държавно учреждение. Вж. **Христофоров, В.**, Държавните учреждения — правна същност и административноправен режим. С., 1966, с. 68.
10. Така **Сталев, Ж.**, Българско гражданско процесуално право, С., 1994, с. 257.
11. Вж.: Решение № 17 от 18. 07. 1998 г. на КС, обн., ДВ бр 73 от 1998 г. В решението правилно се поддържа, че: „Дейността на държавните и общинските детски градини, училища и обслужващи звена е дейност, свързана преди всичко с изпълнението на задължението на държавата по чл. 53 от Конституцията — да обезпечи на всички правото на образование.....“. В същия см. решение № 4374 от 25. 06. 1997 г. на ВАС, непубл.
12. Исторически погледнато, в българското право е имало случай, в който ВАС се е произнасял по отказите на Ипотекарната банка (която е била АД, а не обществено учреждение — б. а.) да отпусне заем на определена община, който отказ е бил гражданскоправно волеизявление, а не административен акт. Но това е изолиран случай на смесване на компетенции, с основание критикуван в литературата. За повече подробности вж.: **Стайнов, П.**, Административно правосъдие. С., 1993, с. 73
13. ВС приема, че образователните услуги могат да бъдат предмет на дейност на търговец — вж.: решение ф-47 от 21. 04. 1992 г. В същия смисъл е и р. 4374 от 25. 06. 97 г. на ВАС.
14. Възможността нестопански организации да придобиват качеството търговец по ал. 3 на чл. 1 ТЗ е приета от доктрината у нас за разлика от съдебната практика, която изискваше извършваната

търговска дейност да бъде обособена отделно в друг правен субект — ЕООД или друго (вж. **Стефанов, Г.**, Гражданско право — обща част, С., 1995, с. 57). По-интересен е въпросът от кой момент възниква търговското качество — дали по силата само на материални предпоставки или след вписването? По този въпрос доктрината в България е разединена (вж. за повече подробности: **Бояджиев, Цв.**, Общи предпоставки за придобиване на търговска правосубектност — В: Правна мисъл, бр. 1 от 1995 г.). Склонен съм да приема схващането на О. Герджиков, че в случаите по ал. 1 и 3 на ТЗ качеството търговец възниква по силата само на материалните предпоставки (вж: Коментар на Търговския закон, кн. 1, С., 1991, с. 46).

15. **Златарева, М.**, цит. съч., с. 25 и сл.; а по отношение на бившия „Свободен университет“, вж. **Стоянов, П.**, Данъчно право. С., 1994, с. 174.

16. Така в устава на бившия „Свободен университет“ в част 4, чл. 16 четем: „Професорското тяло и Съветът за първата учебна година се избират от професорите, влизащи в състава на инициативната Комисия, която е уредила настоящия устав.“ (Годишник на Свободния Университет за политически и стопански науки в София (Балкански близоизточен институт), С., 1923).

17. По отношение на въпроса за правосъздаващата сила на частната воля вж. **Диков, Л.**, Правната норма и частната воля (ректорска реч). Год. на СУ. Офиц. раздел. 1923—1924, с. 41 и сл.

18. Вж. в този смисъл **Диков, Л.**, Курс по българско гражданско право, Т. 1 — обща част, С., 1940, с. 277.

19. В този смисъл вж. р. 17 на КС от 24. 11. 1992 г. — обн., ДВ, бр. 98 от 1992 г., а също и опр. 1189 на ВАС — 3-то отд. от 11. 12. 1997 г.

20. Вж. р. №17 — обн., ДВ, бр. 98 от 1992 г.

КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

ФУНДАМЕНТАЛНО НАУЧНО ИЗСЛЕДВАНЕ

*Валентин Л. Георгиев**

I. В българската правно-политическа мисъл определено се чувства липсата на фундаментални изследвания. Животът издребнява, а заедно с него и правните изследвания във все по-голяма степен се ориентират към елементарно коментаторство на законите и на практиката на съдилищата. Тъжно е, обаче, правна халтура от рода на „Как да регистрираме едноличен търговец“ се радва на издателски и читателски интерес, докато основополагащи трудове не само не се търсят, но не се и пишат.

Ето защо следва да поздравим издателство „СИБИ“ за това, че държи под око хора като Янаки Стоилов¹. Неговият труд се очакваше отдавна и с нетърпение от научната и политическата общественост. Всяка значима обществена трансформация се нуждае от адекватно на себе си теоретично осмисляне, но бидейки лично ангажиран със самия процес на социалната трансформация, Я. Стоилов не бързаше, воден от мисълта на Хегел, че совата на Минерва излита по здрач.

II. Проблемите на държавната власт са занимавали и други светли умове на човечеството. Макар още Цицерон да определя държавата като организация, основана на съгласие по въпросите на правото, юридическата теория на държавата възниква значително по-късно — през втората половина на XIX в. Учените-юри-

* Ст. н. с. II ст. в ИПН на БАН.

сти се изправят пред непреодолимия дуализъм на юридическата държава: държавата е творение на правото, но е и реален социален факт; тя е еманация на суверенитета, но е и легитимно употребена сила; тя е съвкупност от социални функции, но е и форма на териториална организация. Всеки, опитвал да дефинира държавата, се оказва въввлечен в нейните многобройни същности и проявления, които са верни сами по себе си, но трудно се съчетават в цялостно учение. По тази причина всяко цялостно учение за държавата се е оказвало донякъде едностранчиво.

1. Авторът схваща сложността на проблема и още в уводните изречения дефинира същността му: проблемът е методологически. Юридическа теория на държавната власт може да се изгради само чрез описване на функциите на държавата по отношение на правото. *„Цялото предметно многообразие на държавата се свежда до нейните юридически функции“* (с. 53). Но връзката между правото и държавата и същинското появяване на юридическите функции е продукт на XVII столетие. До тази епоха държавната (юридическата) функция се схваща като юрисдикция; като власт да се прогласи и наложи правото с принудителна сила. До появата на парламентаризма и съвременната рационална държавност създаването и прилагането на правото са се схващали като единна функция. Правото — в разбиранята на древността и средновековието — е проява на сила, по-висша от човешката и следователно стояща над нивото на компетентност на държавната власт. Самата изпълнителна власт в предмодерните общества не се е възприемала като юридическа функция, а като една фактическа власт, функция или просто като произвол, основан върху силата.

2. Зад отделните видове власти (функции) стои една основополагаща власт, наречена учредителна власт. Джон Лок вероятно е първият, който се опитва да маркира нейните предели и който я нарича „естествена власт“. През XVIII в. в Европа, за разлика от САЩ, трудно възприемат идеята за учредителната власт. Изключението се нарича абат Сиес, но неговите слова изглеждат по-скоро като казани от Хамилтън или някой друг американец, нежели от французин. През XVIII в., както и в течение на целия XIX в., Франция остава под влияние на теорията за народния (респективно националния) суверенитет, която трудно се съгласува с принципа за разделяне на властите и с идеята за учредителна власт. Я. Стоилов е категоричен, че *„... разделението между учредителната и учредените власти ... е първичното и обобщаващо разграничение на властта ...“* (с. 63). С утвърждаването на теорията за учредителната и учредените власти се появява и разбирането за същността на конституциите като основен закон и върховно юридическо основание за видовете власти в държавата. Същевременно обаче с появата на ясното юридическо дефиниране на учредителната власт последната започва да изглежда не толкова откъсната от останалите власти. Това е така, защото самата учредителна власт е израз на някакъв предходен конституционен или върховен

ред. Това обстоятелство допуска в теоретичен план да се говори за „първична“ и „вторична“ учредителна власт.

Необходимостта от юридическа защита на учредителната власт специално в страните от континенталната правна система постепенно е довела не само до контрол за конституционност върху текущото законодателство, но и до т. нар. вторична учредителна власт — върху законите, с които се променя самата конституция (с. 76). Оттук следва, че изменението и допълнението на самата конституция не е възможно иначе, освен като се допуска и юридическо оспорване на някои конституционни текстове.

3. Генезисът на разделението на властите, като теоретично обоснован и рационален модел, може да се намери в трудовете на Лок и Монтескьо. Когато се говори за разделение и баланс (сдържане) между властите, се има предвид както разграничението между основните юридически функции на държавата, така и разграничението между органите, които ги осъществяват. Първото разграничение е функционално, а второто — формално (с. 88). Множество примери от нашата и от чуждестранната теория могат да илюстрират често допусканото смешение между функционалното и формалното разделение на властите. Например у нас Народното събрание дава разрешение за сключване на заеми, за преминаване на чуждестранни войски, обявява война, сключва мир и пр. Очевидно е, че това не са действия по нормосъздаване, а действия, присъщи на изпълнителната власт. Функционалният анализ на разделението на властите позволява по-точно да се схваща юридическото значение на едни или други властнически актове. Парламентарният контрол например е едновременно типична компетентност на легислатурите, но заедно с това е и форма на „корекция“ на изпълнителната власт, на опосредствено упражняване на изпълнителната власт.

4. Функционалният критерий е особено полезен при разграничаване на политическата от юридическата власт, каквато по принцип е властта на съдилищата. В САЩ съдилищата разполагат с т. нар. „правомощие за съдебен преглед“, което представлява контрол за конституционност, осъществяван конкретно в хода на всяко съдебно дело. Също така съдилищата имат право да издават т. нар. заповеди *mandamus*, т. е. право на съда да нареди на всеки орган на изпълнителната власт да извърши определени действия. Обратно, в Европа съдебният контрол се е развил по пътя на формално разширяване на неговия предметен обхват (с. 113). Все пак, позволявам си да вметна, различието между европейския и американския модел на конституционен контрол е по-скоро историческо и формално, отколкото реално и практическо².

По отношение на изпълнителната власт разграничителната линия между юридическото и политическото в нея минава през разликата между оперативна самостоятелност и обвързана компетентност. „В съдебната власт — изтъква Я. Стоилов — субективното право служи за удовлетворяване на интереси; в поли-

тическата власт интересът е мотив и основание за установяване на права...“ (с. 117).

Политическата власт отразява настроенията в обществото е и проекция на определен избран резултат. Съдебната власт не се конституира чрез избори; дори в САЩ изборите за съдии са различни от общите избори³.

Разликите между политическа и неполитическа власт, разбира се, са условни. Историята помни множество случаи, когато съдилищата са излизали от рамките на правосъдието и са изпълнявали политически функции. Важна е не толкова намесата на съдилищата в политическата власт, колкото характерът на тази намеса. Намесата на съдилищата трябва да бъде само чрез специфичните юридически средства, които едновременно съдържат държавната власт (най-вече изпълнителната власт) и едновременно с това защитават правата на гражданите (с. 125).

5. Авторът е отделил специална глава на т. нар. „позитивна“ и „негативна“ власт. Позитивната власт издава актове, които пораждат права и задължения. Негативната власт е власт спрямо издадени вече властнически актове; тя е в правото си да прогласи нищожност, респ. друга форма на недействителност на един позитивен властнически акт. Към негативните власти следва да се отнесе спирането на изпълнението и отмяната на административни актове, прогласяване на противоконституционност на закони и парламентарни решения, вето на президента върху законите и др.

Негативната власт в най-голяма степен осигурява контрол върху управлението. Негативната власт се простира само върху учредените власти, но не би могла да се разпрости върху първичната учредителна власт. Тя в определена степен е в противоречие с основния принцип на демокрацията за подчиняване на волята на мнозинството. Субектите на негативна власт като правило не са изборни органи, не отразяват моментното съотношение на политическите сили и техните решения не винаги са популярни.

Слабост на негативната власт е потенциалната опасност за блокиране на управлението. В теоретичен план има различни форми на негативна власт. При вето на президента, например, парламентът може да прегласува закона и да наложи неговото въвеждане в сила. При отмяна на закон от страна на Конституционния съд парламентът следва да се съобрази с решението му и не може да се наложи.

Особена форма на власт е абстрактното тълкуване на Конституцията, което е възложено като правомощие на българския Конституционен съд. Авторът правилно посочва, че това не е „негативно правомощие“, а възможност, дори опасност от пренаписване на Конституцията и предрешаване на съдържанието на някои законови актове. Според мен обаче проблемът не е толкова във възможността Конституционният съд да се превърне в позитивен законодател, колкото в **принципиалната невъзможност да се прави абстрактно тълкуване**. Съдебното тълкуване е

контекстуално — то се прави върху основата на определени факти. Когато изчезнат позитивните факти и бъдат заменени с абстрактни мотиви, очевидно се върши нормосъздаване, но не и тълкуване. **Тълкуването in abstracto е само теоретична, познавателна възможност, чрез която се създават правни норми.** Без да бъде поставена в контекста на факти, една норма не може да е истински тълкувана; в най-добрия случай това е властно изясняване на съдържанието на нормативния текст.

6. Интересен и (доколкото ми е известно) пионерен характер имат съжденията на автора за съотношението между дискреционна и юрисдикционна власт.

Дискреционната власт дълго се е смятала за единствена възможна форма на изпълнителната власт. Развитието на частното право през XVI и XVII в. поставя проблема за широтата на публичната (изпълнителната) власт и степента на съответствие с правно защитения частен интерес. Така се стига до феномена, наречен „правосъдна държава“ в Германия през XIX в.

Разграничението между дискреционна и юрисдикционна власт може да се съпостави с разграничението между политическа и юридическа власт. Но разликите между политическа и юридическа власт опират до правосъздаването и правосъдието, докато разликите между дискреционна власт и юрисдикция сочат по-скоро на разликите между правоприлагане и свободна преценка (с. 145). Но най-голямото предимство на дискрецията — свободата на преценяване, е същевременно и най-голям недостатък — възможност от злоупотреба с власт. Дискреционната власт е оперативна власт, чиито действия са насочени към бъдещето. Все пак въпросът за съотношението между дискреция и юрисдикция остава някак си отворен. Авторът по-скоро го маркира, без да предлага модел за неговото решаване.

7. Разликата между гражданската (цивилната) и военната власт е продължение на проблема за политическата и административната власт. Идеята за политическата роля на разделението на властите е по-стара от тази за качествените различия между политическата и военната дейност (с. 164). Я. Стоилов, позовавайки се на С. Хънтингтън, сочи три типа отношения между гражданските и военните власти: равновесни, координирани и вертикални. Държавният глава почти навсякъде е върховен главнокомандващ.

При вертикалния модел нему непосредствено се подчиняват министърът на отбраната, началникът на генералния щаб и т. н., които също са в отношение на субординация. При координирания модел има разграничение във функциите между министъра на отбраната и висшия военен. Първият ръководи цивилните служби и военната администрация; вторият — въоръжените сили. Равновесният модел предполага политическо ръководство на армията и този модел сякаш се възприема от повечето съвременни държави.

8. Решаващата и препоръчителната власт, разглеждани като видове власти, на пръв поглед предизвикват известно учудване. Може ли една препоръка изобщо да

бъде власт? По мнението на автора препоръчителната власт е резултат от взаимодействието между същинската държава и гражданското общество, при което се създават многобройни държавно-обществени институции. Те нямат властнически правомощия в истинския смисъл, но се предполагат като изразители на обществената воля и следователно техните мнения и волеизявления имат място в цялостния механизъм на държавната власт.

Препоръчителна по естеството си е и дейността по парламентарния контрол. Изказванията на отделни народни представители, разбира се, не са задължителни за правителството, обаче това са важни политически изявления, които нерядко водят до изменения в държавната политика. Интересна е аналогията (с. 179) между препоръчителна власт и решаваща власт, от една страна, и законен интерес и субективно право — от друга. Носителите на определен интерес нямат субективно право в същински смисъл, но разполагат с определени юридически възможности, тъй като препоръчителната власт не е същинска власт, но може да въздейства върху властта.

Институционални форми на препоръчителната власт са петициите, консултативните референдуми, становищата на синдикатите и др. Важна организационна форма на препоръчителна власт са обръщенията на президента, както и различните консултативни съвети (напр. Съвет по национална сигурност при президента). Типична препоръчителна власт има омбудсманът, но тази фигура не е предвидена в българската Конституция.

9. Въпросът за централизацията и децентрализацията в правната книжна традиция традиционно се поставя като въпрос за формата на държавно устройство, за характера, вида и обема на компетенции, предоставени на местните органи на управление. Я. Стоилов съвсем правилно отбелязва, че същинският проблем вече не е само в структурата на държавата. Проблемът е наддържавен, а заедно с това — свързан със засилване на партикуларни тенденции, стигащи до сепаратизъм.

От чисто юридическо гледище Я. Стоилов потвърждава тезата на Х. Келзен, че държавата е винаги централизирана (с. 198). Учредителната власт е централизирана по дефиниция; не е сериозно да се доказва обратното. Законодателната и съдебната власт също са централизирани. За децентрализация може да се говори само по отношение на изпълнителната власт.

III. В книгата на Я. Стоилов са поставени повечето от основните проблеми на теорията на държавата. В полемичен план може да се възрази срещу някои тези — не защото не са аргументирани, а защото могат да се посочат аргументи в обратната посока.

Доста спорно е например твърдението на автора, че наказателното право съдържа дискреционни елементи. Наказателният съд, по мнение на автора, индивидуализира и конкретизира наказателната отговорност „... в рамките на дискреционна власт, наречена свобода на съдийско усмотрение“. Точно обратното ва-

жало по граждански дела, където съдът определя причинените вреди и пропуснатите ползи по „обективни критерии“.

Много може да се спори по този въпрос. Свободата на съдийско усмотрение е термин, използван като синоним на „вътрешно убеждение“. Няма спор, че всеки съд формира волята си по силата на вътрешното убеждение, обаче като правно понятие вътрешното убеждение игнорира формалната сила на доказателствата. Съдът може да кредитира едни доказателства и да отхвърли други; може да дава различни квалификации на деянието, но това категорично не е дискреционна власт. Присъдата по наказателни дела може да се обжалва с аргумент за 1) законосъобразност, 2) необоснованост и 3) несправедливост (чл. 312 НПК). Ако присъдата се основаваше изключително на дискреция, тя не би могла да се обжалва на тези основания.

Няма принципна разлика между начина, по който става определянето на наказанието по наказателни дела и присъждането на обезщетения по граждански дела. И в двата случая действат еднакви правила. И в двата случая съдът е еднакво обвързан от материалния закон и не би могъл да прояви усмотрение. Отделен въпрос е, че правилата на морала имат значително по-висока степен на приложимост в наказателното, отколкото в гражданското право, макар че и по този въпрос може да се спори.

Още по-убедителен довод може да се изведе от самата същност на правораздаването. Съдът не търси целесъобразност, не отчита обществените нагласи, не прогнозира въздействието на присъдата си върху развитието на обществените отношения. Напротив, на съда е забранено да използва такива доводи. Съдът отмерва точния размер на наказанието, но правилата за отмерването са ясно и изчерпателно посочени в закона — обществена опасност на деянието, на дееца, мотиви и други смекчаващи или отегчаващи обстоятелства. Някои от използваните законови формулировки в НК са бланкетни, но бланкетните норми не губят качеството си на правни норми.

Дискреционната власт взема решения по целесъобразност, т. е. в поливариантна ситуация се избира вариант, смятан за максимално сполучлив. Това решение по естеството си не подлежи на обжалване, защото се взема от лице или лица, приети за най-компетентни. Дискреционното решение има за цел да разреши проблем, а не да квалифицира случай; в основата на правосъдието както по граждански, така и по наказателни дела, винаги има един факт, който следва да се квалифицира.

IV. В книгата на Я. Стоилов се съдържат редица приноси, които трябва да бъдат подчертани. В досегашното изложение някои приноси бяха посочени и коментирани. Мога да отбележа още няколко.

Не бива да се отмени опитът за очертаване на параметрите на компетентност на Конституционния съд и неговата характеристика като негативна власт. Във ва-

рианта, избран от българската Конституция, конституционното правосъдие по същество навлиза в областта на позитивната законодателна власт.

Сериозни и важни обобщения се съдържат в размишленията на автора относно разграниченията между централна и местна власт и новия начин, по който трябва да се разбира децентрализацията на властта.

В общата теория на правото, за разлика от политологията, не е засяган въпросът за т. нар. „неюримически власти“ — на партиите, на медиите, на корпорациите и пр. Съществуват проблеми, които дори повечето юристи-теоретици традиционно пренебрегват. Смята се, че „неюримическа власт“ — доколкото няма конституционно и правно основание — не е същинска власт и нейното съществуване е правно ирелевантно. Достоинство на труда на Я. Стоилов е, че той се опитва да анализира юридическите измерения на „неюримическата власт“. Прецизният правно-теоретичен анализ, който отчита въздействието на различни обществени фактори върху юридическите проявления на държавната власт, правят тясна за автора класическата „юримическа униформа“. Затова в бъдеще може да се очаква, че той ще отдели специално внимание на обществените проявления на държавната власт и на взаимодействието между различните власти в обществото.

Възприетият от автора методологически подход характеризира монографията като интердисциплинарна. Използваният научен апарат е разнообразен, започвайки от класиците на юридическата теория на държавата (Елинек, Лабанд и др.), Я. Стоилов стига до съжденията на съвременни автори, които са традиционно далеч от юриспруденцията (Ръсел, Джон Ролс и др.). По изложените причини книгата се посреща с интерес не само от юристи, но и от политолози, философи, социолози, политици и др. Книгата несъмнено ще бъде настолно четиво за всеки, размишляващ върху цялостната конституционна структура на държавата, както и върху структурата, функциите и компетенциите на отделните държавни институции.

БЕЛЕЖКИ

1. **Янаки Стоилов.** Държавната власт (THE STATE POWER). С., СИБИ, 2001 г., 259 с.
2. Върховният съдия Ърл Уорън е формулирал някои правила в практиката на Върховния съд на САЩ. Например съдът никога **не отменява закон**, ако може да реши случая по друг начин. Тълкуването на конституцията се прави максимално стеснително — само доколкото е необходимо да се реши съответният казус, **без да се формулира конституционна теория**. Следователно американските съдилища са възприели една политика на съзнателно ограничаване на съдебната намеса в политически дела.
3. Повечето щати използват прецедента на Мисури от 1941 г. Съдиите първоначално се назначават, а година след това назначението се потвърждава от избори.

**РЕЦЕНЗИЯ НА „ТРУДОВЕ ПО МЕЖДУНАРОДНО ПРАВО.
ТОМ ПЕТИ“, издание на Българската асоциация по
международно право, 2000**

*Ирина Мулешкова **

През 1999 г. Българската асоциация по международно право взе решение да се възстанови издаването на „Трудове по международно право“. Том пети е посветен на 75-годишнината от рождението на световноизвестния учен и дългогодишен председател на БАМП чл. кор. на БАН проф. д-р Александър Янков. Поради юбилейния характер в структурата на том пети се включва специална част, посветена на дейността и трудовете на проф. Янков. Както отбелязва ст. н. с. Сава Пенков в своите встъпителни бележки: „В 100-годишната дейност на българските специалисти по международно публично право Александър Янков определено следва да бъде поставен на едно от първите места — по броя на неговите произведения и по участието му в разработването на редица отрасли на съвременното международно право.“ Включени са и редица поздравителни адреси от България и чужбина.

Съдържанието на сборника е обособено в три раздела: „Международно публично право“, „Международно частно право“ и „Европейско право“. В първия раздел с авторски разработки участват: проф. Тодор Тодоров, проф. Васил Мръчков, проф. Иван Владимиров, д-р Александър Драгиев, д-р Маргарит Ганев и д-р Ангел Анастасов. В раздела, посветен на международното частно право, са включени статиите на проф. Йорданка Зидарова, ст. н. с. Цветана Каменова и доц. Николай Натов. В раздела „Европейско право“ участват доц. Юлия Захаријева, Атанас Семов и д-р Венцислава Желязкова. Прави впечатление, че в том пети са включени научни разработки както на утвърдени български учени, така и на млади научни работници. Това, което ги обединява, е задълбочеността на извършеното от всеки участник изследване и актуалността на избраната тема.

Проф. Тодор Тодоров в „Съответствие на международните договори с Конституцията“ (с. 35—44) анализира важния проблем за съотношението на българ-

* Доцент, доктор по право.

ското право с международното право след приемането на новата Конституция от 1991 г., която създаде правната основа за решаването на този важен проблем. Изхождайки от „нормологичния приоритет“ на обичайното международно право, формулиран от Келзен, авторът стига до извода, че: „... нито една държава не може да си позволи да пренебрегва установените международноправни принципи и да създава национален правен ред в противоречие с тези принципи В този смисъл може да се говори за една обща тенденция към организация на човечеството върху принципа на *civitas maxima*“ (с. 37). С това твърдение не може да не се съгласим. При решаването на въпроса за съответствието важна роля играе практиката на Конституционния съд. Проф. Тодоров анализира подробно трите хипотези на чл. 149, ал. 1, т. 4 от Конституцията, в които се определя компетенцията на съда. Авторът приема, че при последващ контрол на съответствието на ратифицираните международни договори с Конституцията трябва да се прилага конформният принцип на тълкуване на двата акта (с. 44).

В „Морските трудови конвенции и препоръки на Международната организация на труда и България“ (с. 47—67) проф. Васил Мръчков анализира нормотворческата дейност на МОТ, свързана с труда на моряците. Изясняват се двата подхода на МОТ при регулирането на трудовите и осигурителните отношения: първи — изработването и приемането на конвенции и препоръки, с които се регулират основни права на човека или отделни страни на трудовите и осигурителните отношения на всички трудещи се независимо от отрасъла, характера на изпълняваната работа и условията, при които работят; и втори — диференцирано регулиране чрез международни конвенции и препоръки, отнасящи се до отделни категории работници и служители според отрасъла, условията на работа, особеностите на извършваната работа и т. н. Авторът прави извода, че международните трудови конвенции и препоръки, регулиращи труда и общественото осигуряване на моряците, е най-ранната и най-внушителната изява на диференцирания подход (с. 48). В последващото изложение се анализират действащите конвенции и препоръки в тази сфера и участието на България в тях. Според нас е много ценен направеният извод, че нашата страна традиционно е подкрепяла и подкрепя нормотворческата дейност на МОТ и че българското трудово законодателство е изпитвало положително и благоприятно въздействие на международните трудови конвенции и на препоръките (с. 67). Актуално звучи и препоръката, която отправя проф. Мръчков, за преодоляване на застоя в ратификационната политика на страната по отношение на конвенциите на МОТ, тъй като възприемането на техните разрешения води не само до обогатяването на нашето трудово и социално законодателство, но и до интегрирането на България в европейската и световната правна и социална общност (с. 67).

Проф. Иван Владимиров е озаглавил своята разработка „Функции на международните организации“ (с. 72—89). Авторът дефинира функциите на междуна-

родната организация като съвкупност от действия, които са насочени към изпълнението на задачите, стоящи пред нея (с. 72). Подробно се анализира нормотворческата функция (с. 73—84) чрез нейните форми на проявление, а именно: договорите с участие на международни организации и участието на международните организации в нормотворческия процес на държавите. Прави се обосноваването извод, че тази функция ще се развива и за в бъдеще (с. 82). Специално място се отделя на кодификационната и контролната функция, като непосредствено свързана с нормотворческата функция (с. 82—84). Напълно сме съгласни с извода на автора, че една от съществените насоки за развитие на международните организации е увеличаване на тяхната роля в осигуряването на принуда за спазване нормите на международното право (с. 84). Интерес представлява и предлаганото определение на санкциите, които прилагат международните организации. Това са „...всички мерки за защита на международния правопорядък, които са предвидени в норми на международното право, които носят принудителен характер, и които в случай на нарушение на международното право се прилагат спрямо държавата-нарушителка с помощта на институционния механизъм на международните организации“ (с. 85). Отбелязва се и влиянието, което международните организации оказват върху развитието на съвременното международно право.

Темата на разработката на д-р Александър Драгиев е: „Прилагането на общите принципи на правото и съдебните решения в производството пред Международния съд на ООН“ (с. 92—111). Авторът предлага твърде интересна от теоретична гледна точка теза за съотношението между източниците на международното право и приложимото право в производството пред Международния съд. Според него приложимото право по чл. 38, ал. 1 от Статута на Международния съд включва в себе си както всички източници на международното право (международния договор и международния обичай), така и правни средства, които не са правни норми, т. е. не са източници на международното право (с. 95). Сред тези правни средства са и общите принципи на правото и съдебните решения. Юридическата същност на общите принципи на правото като приложимо право по смисъла на чл. 38, ал. 1 от Статута на Международния съд е спорен въпрос в теорията на международното право. Д-р Драгиев прави задълбочен анализ на тяхната правна природа (с. 95—104). Подкрепяме извода, че механизмът на прилагане на общите принципи на правото „...се състои не в директното им прилагане към дадено дело за неговото решаване, а в намирането на тези договорни или обичайни международноправни норми, които, макар и по пътя на аналогията, биха могли да се приложат и да решат съответното дело“ (с. 105). Задълбоченият анализ на същността на съдебните решения по смисъла на чл. 38, ал. 1, б. „г“ от Статута (с. 106—109) обосновава извода на автора, че Международният съд не се е превърнал в съдебен орган от типа на съдилищата от системата на общото право и независимо че е цитирал многократно в мотивите си свои предишни решения, той ви-

наги е решавал делата само чрез прилагане на международноправни норми (с. 109).

Най-обемната разработка е на д-р Маргарит Ганев, която е озаглавена: „Международноправната система за опазване на световния мир и сигурност на границата на новия век и на новите предизвикателства“ (с. 113—159). Темата безспорно е свързана с най-глобалния съвременен проблем на световния мир и сигурност. Още в самото начало се формулира водещата теза на изследването, че: „...няма причини да се допусне, че пълната и ефикасна забрана на прибягването до сила е сама по себе си условие за съществуването на един правен ред. Достатъчно е тази употреба да бъде регламентирана, какъвто е точно случаят в международното право“ (с. 113). Интересна е тезата, че според съвременното международно право съществува ограничение на прибягването до сила, а не забрана на употребата на такава, тъй като според автора са налице достатъчно хипотези за законното ѝ използване (с. 115). От теоретична гледна точка поставеният въпрос дали ООН е световен център или отминал етап е много важен за съвременната международноправна доктрина (с. 116). Анализирайки подробно дейността на ООН от гледна точка на органи (с. 116—118), компетенции (с. 119—127), осъществяване на пълномощията (с. 127—129), принудителните мерки (с. 129—130), мерките за омиротворяване (с. 130—136) и операциите за поддържане на мира (с. 136—146), д-р Ганев формулира редица изводи: първо, че акцентираната от него схема на разграничаване на функциите на ООН в областта на международния мир и сигурност (принудителни мерки по глава VII от Устава на ООН, действия по омиротворяване, гравитиращи около глава VI от Устава, и операции по поддържане на мира, представляващи съчетание на първите две) като „чиста конструкция“ и безапелационна класификация вече не е актуална (с. 146); второ, че зачестяват случаите на т. нар. „хуманитарна интервенция“, по отношение на която дори ООН е доста затруднена да създаде и отстои една балансирана позиция (с. 147); трето, че ролята и отговорността на ООН са сериозно компроментирани вследствие неоспоримите разкрития за шпионска дейност на лица от състава на специалната мисия от наблюдатели в Ирак (с. 147); четвърто, че лишената от собствена военна мощ ООН изпада във все по-голяма зависимост от волята и добронамереността на отделни свои членове и че все по-актуален става въпросът за „реанимирането“ на Военнощабния комитет и намирането на подходящи форми за създаването на военни контингенти, които да са на разположение на организацията (с. 148); и пето, първостепенна цел остава преодоляването на „кризата на консенсуса“ в Съвета за сигурност (с. 148). На дълбок анализ е подложена и дейността на другите международни организации и тяхното взаимодействие с ООН (с. 149—157). Съгласни сме с констатацията, че ООН е в дълг в отношенията си с регионалните организации относно изработването на гъвкави методи и механизми за решаване на споровете с мирни средства и с произтичащата от това препоръка да се заключ-

ват регионални споразумения, базирани върху глава VI от Устава на ООН, между съответните организации и ООН (с. 157). Интересни са и заключителните бележки относно ограничаването на суверенитета на отделни държави като резултат от намесата на международни организации — както ООН, така и други регионални такива (с. 157—159).

Разработката на д-р Ангел Анастасов е посветена на актуален въпрос, свързан с използването на моретата и океаните за мирни цели, и е озаглавена: „Международното морско право и инспекциите на място в районите, намиращи се извън юрисдикцията или контрола на която и да е държава, съгласно Договора за всеобхватна забрана на ядрените опити“ (с. 165—175). Анализирайки нормативно уредените инспекции на място в морските пространства, намиращи се извън юрисдикцията или контрола на която и да било държава, авторът достига до твърде важен извод, че са налице редица направления на противопоставяне на основния принцип на морското право за общото наследство на човечеството и на суверенитета на отделните държави, но че в сферата на сигурността и специално в контролния механизъм на ядрените опити сътрудничеството и взаимозависимостта между държавите са определящи (с. 174—175).

В раздела на Международното частно право на първо място е статията на изтъкнатия специалист в областта — проф. Йорданка Зидарова, на тема: „Новата уеднаквена уредба на закрилата на децата в международното частно право“ (с. 177—198). Както отбелязва авторът, Хагската конвенция относно компетентността, приложимия закон, признаването, изпълнението и сътрудничеството в материята на родителската отговорност и на мерките за закрила на децата, „...утвърждава и закриля чрез средствата и механизмите на международното частно право основните права на детето, определени от съвременното международно право“ (с. 178) и създава нова система за международно сътрудничество в материята за закрила на децата (с. 179). Подробно са анализирани приложното поле на Конвенцията (с. 180—184), компетентността на съдебните и административните органи и признаците за нейното определяне (с. 184—189) и приложимият закон (с. 189—193). Засегнати са и въпроси, свързани с признаване и изпълнение на мерките за закрила на детето и сътрудничеството между държавите в тази област. Проф. Зидарова посочва, че развитието на съвременното международно частно право в тази сфера поставя изисквания и пред българското международно частно право не само чрез развитие и усъвършенстване на уредбата на национално равнище, но и чрез ратифициране на Хагската конвенция (с. 198).

Ст. н. с Цветана Каменова е представила разработка, озаглавена: „Правна уредба на интелектуалната собственост на международно и национално равнище в края на двадесети век“ (с. 201—217). Напълно сме съгласни с констатацията, че: „Може би нито един друг клон на правната система на отделните държави не претърпя такова бързо интернационализиране като правото на интелектуалната соб-

ственост“ (с. 202). Заслужава да се обърне внимание на анализа, предлаган от автора, на спецификата на защитата на топологията на интегралните схеми и на компютърните програми (с. 206—215) и направения извод, че „...икономическите интереси, когато са подкрепени с достатъчно силна политическа воля, имат предимство пред научните категории или пред традиционните законодателни критерии“ (с. 214).

В този сборник участва и доц. Николай Натов със „Заобикаляне на закона в международното частно право“ (с. 221—240), тема твърде актуална за съвременния международен търговски и граждански оборот. Актуалността на темата се обосновава и с липсата на изрична обща разпоредба в българското МЧП. Авторът анализира две форми на заобикаляне на закона: материалноправно заобикаляне чрез манипулация на факти от обема на колизионната норма и автономията на волята. Основният извод е, че автономията на волята като форма на заобикаляне на закона е възможна при диспозитивните норми, докато материалноправното заобикаляне предполага императивни стълкновителни норми.

В раздела „Европейско право“ са включени две интересни и актуални разработки: на доц. Юлия Захаријева „Европейско гражданство. I. Развитие, съдържание и реализация на идеята за европейско гражданство“ и на ас. Атанас Семов „Европейско гражданство. II. Правото на свободно движение на лицата като част от института на гражданството на Европейския съюз“, които са тематично свързани. Докато първата е общотеоретична (с. 243—249), втората разглежда конкретен аспект на института на европейското гражданство (с. 253—265).

Д-р Венцислава Желязкова участва със статия: „Европейското дружествено право и обединението на предприятия в Европейския съюз“ (с. 267—290), в която се разглеждат някои актуални проблеми на европейското дружествено право. Несъмнено е интересен изводът на автора, че: „Нормотворческата дейност на институциите на Съюза в областта на дружественото право следва да примири няколко противоречиви тенденции: обединяване на капитали и усилия и мерки за лоялна конкуренция на пазара; съвместяване на наднационалното европейско право с консерватизма на националното дружествено право; създаване на структури — правни субекти, които се държат и участват в оборота като „местни“ за всяка държава-членка; правният инструмент, основан на европейското право, в никакъв случай не следва да измести националните юридически лица“ (с. 290).

Като заключение искам да отбележа, че всички автори, участващи в том пети на „Трудове по международно право“, са представили разработки на високо научно ниво и с това не само са допринесли за издигане на авторитета на българската юридическа наука, но са изразили и своята почит към големия български учен проф. Александър Янков.

МЕСТНОТО САМОУПРАВЛЕНИЕ¹

*Васил Киров**

1. Наскоро на книжния пазар се появи второто преработено и допълнено издание на книгата на проф. д-р Живко Миланов „Местното самоуправление“. Бих казал, че тази книга, макар и обявена като второ издание, има самостоятелен живот. Още от пръв поглед прави впечатление значителната разлика в обема, а при прочитането на книгата — и в съдържанието на първото и второто издание. Практически може да се каже, че проф. Миланов представя на своите читатели нова книга, която посвещава на своята любима тема — самоуправлението. Това, което характеризира тази нова книга, е нейната комплексност и теоретична задълбоченост, нещо, което е постигано от малцина автори, работили с тази проблематика. Впрочем не би било пресилено или невярно твърдението, че в съвременната българска конституционноправни литература не се отделя необходимото внимание на проблемите, свързани с местното самоуправление. Проф. Ж. Миланов показва на страниците на своята работа, че голяма наука може да бъде правена и извън изследването на фундаментални теми от типа на народния суверенитет и разделението на властите.

Съдържанието на книгата е систематизирано в двадесет глави, всяка от които е посветена на основен проблем на местното самоуправление. Подобен начин на структуриране, макар да изглежда на съвременния читател на правна литература нетрадиционен, всъщност представлява едно сполучливо връщане към времето на просветителите, времето на „Общественият договор“.

Изложението на отделните теми, включени в изследването, представлява една сложна плетеница от исторически анализ, от сравнителен анализ и от теоретичен анализ на съвременните институции на българското местно самоуправление. Книгата съдържа умерен казуистичен анализ, който, от една страна, илюстрира доктриналните разсъждения на автора, а от друга — би бил в значителна степен полезен на читателите, осъществяващи политическа активност в сферата на местното самоуправление.

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

2. Един от основните теоретични въпроси, разисквани в самото начало на книгата на проф. Живко Миланов, е *въпросът за характера на органите на местното самоуправление*. Макар да е бил винаги един от най-дискусираните теоретични въпроси на местното самоуправление, този въпрос и до днес не е еднозначно решен.

Споделяйки, че „и досега господстващата теза за местното самоуправление е, че то е извън единната система на държавните органи“, проф. Миланов обосновава поддържаната от него идея за държавния характер на органите на местното самоуправление. Този характер се определя и от обстоятелството, отбелязва авторът, че тези органи имат властни правомощия, осъществяват действия по прилагането на Конституцията и законите, приемат нормативни и индивидуални административни актове, налагат санкции.

Ако направим анализ на характера на властта, осъществявана от органите на местното самоуправление, и я съпоставим с властта, осъществявана от институциите на другите местни социални формирования (местни религиозни общности, местни професионални общности, местни клубни — спортни, филателистки, елитаристки и пр. общности), ще установим, че първата носи основните белези на държавната власт, които отсъстват напълно при втората — всеобхватност и суверенност. Всеобхватността и суверенността на властта, осъществявана от органите на местното самоуправление, следва да се разглежда като продължение на всеобхватността и суверенността на държавната власт въобще, тъй като първата се явява естествено продължение на втората. Общината, която според сполучливото определение на проф. Ж. Миланов е „най-устойчивата форма на „спонтанния ред“, „първична структура на социалната организираност“, предхожда държавата, но на съвременния етап от общественото развитие тя се съдържа иманентно в държавата, напълно е интегрирана в нея и е неразривно свързана с основния интегриращ елемент — държавната власт. Това разбиране може да бъде открито и в рецензирания труд, където местното самоуправление е представено и като *децентрализация на държавната власт*.

3. Представянето на местното самоуправление като *естествено право* на социалните индивиди, обитаващи определена територия (общината), също е свързано с въпроса за неговия характер. Макар проф. Ж. Миланов да е известен в правната доктрина повече като привърженик на позитивноправната, отколкото на естественоправната школа, той прави според мен една много сполучлива интерпретация на местното самоуправление като естествено право. Неговата интерпретация обаче носи белега на правния позитивизъм. Той отбелязва: „За да може обаче териториалната общност до осъществява своето право на самоуправление, тя трябва да бъде институционализирана в определена от Конституцията и закона структура на местно самоуправление“.

4. Особен интерес представлява анализът на кметската институция, направен от проф. Живко Миланов. Според него законодателството и практиката в нашата страна формират недостатъчно изяснен статус на кмета на общината. Той вижда противоречие в начина на формиране на кметската институция и в предоставените ѝ от закона функции, свързани освен с формирането на политиката в общината, и с ръководството на общинската администрация. От една страна, установеният у нас режим на местното самоуправление допуска дублиране в политическото ръководство — избран председател на общинския съвет и избран кмет на общината, а от друга — лишава администрацията от професионален ръководител, възлагайки тази функция на изборния кмет. Проф. Миланов предлага това противоречие да бъде преодоляно чрез ясното разграничаване на политическата и професионално-административната функции, при което общинският съвет да се оглавява от избран кмет, който да ръководи политиката на общината, а общинската администрация да се ръководи от професионален ръководител — главен секретар на общината.

Предлаганият модел е близък до съществуващия. Според мен не би могло да се говори за качествено различен поход с качествено различни последици за ефективността на местното самоуправление.

Според действащия модел кметът на общината е орган на изпълнителната власт с обща компетентност, който действа в условия на „разделени власти“. В своята дейност той се подпомага от администрация, която се ръководи от секретар. Независимо от това дали кметът ще оглавява органа на представителната власт (общинския съвет) като председател *ex officio* и наред с това ще осъществява изпълнителната власт, или само ще осъществява изпълнителната власт, секретарят на общината ще се намира в непосредствена зависимост от него. Секретарят не би могъл да бъде натоварен с осъществяването на изпълнителната власт, не би могъл да „стане“ орган на власт, защото това би влязло в противоречие с принципа за политическа обвързаност на органите на власт и политическа неутралност на администрацията, подпомагаща ги в осъществяването на техните функции, който се налага напоследък².

Въпреки тези и други възражения, които биха могли да бъдат направени, считам, че в предложената от проф. Миланов конструкция се съдържат редица положителни елементи, които следва да бъдат обстойно обсъдени *de lege ferenda*. При бъдеща промяна в законодателната уредба на местното самоуправление би следвало да се обсъди дали съществуването отделно на председател на общинския съвет и кмет на общината е достатъчно обосновано. Макар че поддържам тезата за разделянето на местната власт на представителна и изпълнителна, считам, че би могло да бъде обсъдено известно отклонение от този принцип (що се касае до местната власт) с оглед оптимизиране на местното самоуправление.

5. Особено бих желал да подчертая съществуването на две много важни по мое мнение теми в изследването на проф. Живко Миланов — общинската собственост и общинските финанси. Както отбелязва авторът, без осигурена финансова основа на дейността на общината не може да има и развито местно самоуправление. При това акцентът следва да бъде поставен върху законодателното осигуряване на достатъчно собствени за общината приходоизточници, които да гарантират по обективен начин самостоятелността на институциите на общината при формирането на общинската политика.

В заключение бих желал да отбележа, че представената с тази рецензия книга е полезна не само за студентите, изучаващи местното самоуправление, но и за множеството общински деятели — съветници, кметове, местни политици, служители на общинската администрация. Авторът е успял да структурира своя труд по начин, който го прави достъпен и удобен за ползване. В него биха могли да намерят отговор някои от най-заплетените въпроси, възникващи в процеса на местното самоуправление.

БЕЛЕЖКИ

1. **Живко Миланов.** Местното самоуправление. Юриспрес. София, 2001, 240 с.
2. Вж. Мотивите към Законопроекта за изменение и допълнение на Закона за администрацията.

НОВОИЗЛЯЗЛА ПРАВНА ЛИТЕРАТУРА

Търговско право. Книга втора

Поля Голева

ISBN 954-8214-48-4

„Фенея“, цена 12,00 лв., 412 с.

Книгата се състои от две основни части — общи положения на търговските сделки и отделни видове търговски договори. Изложението следва правната уредба на търговските сделки, уредени в част трета на Търговския закон. В книгата са намерили място и търговскоправни сделки, които не са включени в Търговския закон, като борсовите сделки, факторинга и франчайзинга.

Държавна служба. Основи

Димитър Костов

ISBN 954-730-124-1

„Сиби“, цена 12,00 лв., 220 с.

Книгата е посветена на Закона за държавния служител и свързания с него Закон за администрацията, които според автора представляват важно събитие както за българското административно законодателство, така и за българската административноправна теория.

Разгледани са понятието и принципите на държавния служител, видовете държавни служители и въпросите относно постъпването на държавна служба — условия за заемане на държавна служба, назначаване и встъпване в длъжност.

Casebook по римско облигационно право

Херберт Хаусманингер

превод на български език Борис Иванов и Иван Йорданов

ISBN 954-730-121-7

„Сиби“, цена 16,00 лв., 472 с.

Това е втората книга на австрийския автор Херберт Хаусманингер, преведена и издадена на български език. През 2000 г. беше издадена „Casebook по римско вещно право“ от същия автор.

„Casebook по римско облигационно право“ е предназначена за семинарни занятия на студентите по право. За разлика от други сходни издания, тук акцентът е върху самостоятелната работа на студентите върху оригинални фрагменти от съчиненията на римските юристи. Дадена е достатъчна допълнителна информация за авторите на фрагментите — римски юристи от класическата епоха, както и кратки встъпления към отделните теми, което позволява да се открият основните проблеми във всеки текст. Препращанията към съвременните законодателства разкриват приемствеността с институтите на съвременното право, както и някои важни отлики.

Научен редактор на изданието е Теодор Пиперков. Мария Костова е редактор на превода на латинските текстове, а препращанията към българското законодателство са дело на Кристиан Таков.

Списание „Юридически свят“ 2/2001

Издавателство „Сиби“

Цена 7,50 лв., 210 с.

Част от статиите, публикувани в броя, са „Размисли по темата за парламентарната опозиция“ на Б. Спасов, „Дискриминацията в търговския обмен по българското право“ на Е. Георгиев, „Същност и цели на наказанието“ на Я. Бояджиев, „Развитие на производствената функция на трудовото право чрез правната уредба на работното време“ на Кр. Средкова и „Конституционното развитие на Република Беларус“ на Гр. Василиевич.

В рубриката „Десет години Конституция“ авторите Н. Неновски, Г. Бойчев, Е. Танчев, С. Начева, Г. Близнашки и Я. Стоилов са обединили своите статии, посветени на проблемите на българския конституционализъм.

Също така броят съдържа практика на Конституционния съд, критичен преглед на практиката на ВКС по трудови спорове през 2000 г. и анализ на практиката на ВАС — основания за отмяна на административните актове.

Възражението за прихващане в съдебния исков процес

Валентина Попова

Феня, 954 8214 50 4, цена 11,00 лв., 356 с.

Монографичното изследване е посветено на процесуалните проблеми на възражението за прихващане в съдебния исков процес, като са използвани практико-приложният, сравнителноправният и историческият подход. Книгата съдържа четири глави: понятие, условия за допустимост, последици на съдебното решение и усложнения при възражението за прихващане. Изложението съдържа и предложения де леге ференда.

**СЪДЪРЖАНИЕ НА СПИСАНИЕ
„СЪВРЕМЕННО ПРАВО“ ЗА 2001 ГОДИНА**

СТАТИИ

- Ботева Д.** — Съвместимост на конституционната забрана за предаване на български граждани с Римския статут за международен наказателен съд бр. 1
- Варадинов О., Т. Механджийска** — Правна уредба на рекламата бр. 4
- Великов В.** — Митническата измама по чл. 234 от Закона за митниците бр. 5
- Големинов Ч.** — Относно потребителското право бр. 1
- Денков Г.** — Легитимност, легалност и правовост на закона бр. 2
- Костов Е.** — Правоотношенията „кмет — полицейски орган“ при осигуряване на обществения ред бр. 2
- Костова М.** — Някои проблеми относно недействителността на търговските дружества по чл. 70 от Търговския закон бр. 3
- Костова М.** — Правното положение на синдика и предявяването на вземанията според измененията и допълненията в глава 42 и глава 43 от Търговския закон бр. 1
- Костова М., Кр. Кръстев** — Относно недействителността на решенията за органите на търговските дружества бр. 6
- Манев Н.** — За мястото на прокуратурата при осъществяване на държавната власт бр. 3
- Мингов Е.** — За състоянието на правната уредба на администрацията и на държавния служител бр. 4
- Мингов Е.** — Понятията неработоспособност и нетрудоспособност в българското осигурително законодателство бр. 2
- Митов Г.** — Процесуални проблеми в производството по дела за престъпления по член 227б НК бр. 4
- Мръчков В.** — Развитие на колективното трудово право бр. 5
- Пенчев Г.** — Екологичната политика на Република България: някои проблеми и перспективи бр. 5
- Петканов Г.** — Отсрочване и разсрочване на данъчните задължения бр. 2
- Сарафов П.** — Понятието „собственост“ според Конституцията бр. 6
- Сивков Цв.** — Функции, компетентност и актове на органите на държавно управление и съотношението между тях бр. 3
- Спасов Б.** — Един неуспял опит за ревизия на Конституцията бр. 4
- Спасов Б.** — Достоинството като конституционно понятие бр. 1

- Средкова Кр.** — Удължаване на работния ден бр. 3
- Станчева-Минчева В.** — Чуждестранни инвестиции според Закона за публичното предлагане на ценни книжа бр. 3
- Стойчев Ст.** — „Ненормативните“ и „тълкувателните“ закони бр. 1
- Сукарева Зл.** — Форма и разновидности на общите условия на договорите бр. 4
- Танев К.** — Залозите и ипотеките — пример за приемствеността в правното мислене бр. 5
- Танев К.** — Папирус *P. Vindob. G. 19792 = SB VI, 9571* — пример за морски заем от елинистически вид бр. 6
- Танчев Е.** — Типология и класификация на конституциите бр. 5

ПРАВО НА ЕВРОПЕЙСКИЯ СЪЮЗ

- Кацарски Ал.** — Съответствие на българското търговско право с трета (78/855/ЕИО) и шеста (82/89/ЕИО) директива в областта на дружественото право (продължение) бр. 1
- Пашке М.** — Търговското право под влиянието на европейското право бр. 1

ДИСКУСИИ

- Бойчев Г.** — Предметът на философията и на социологията на конституционното право и необходимостта от нови конституционни принципи бр. 5
- Георгиев, А.** — Относно правната природа на решението по чл. 22 от Закона за обществените поръчки и реда за неговото обжалване бр. 6
- Зартов Я.** — Гранични проблеми на противоконституционността на закона в практиката на Конституционния съд и съдилищата бр. 2 и 3
- Кемалова Е., Кр. Кръстев, Н. Дърмонски** — Проблеми относно прекратяването на наказателното производство бр. 5
- Колев Т.** — Относно Решение № 13 от 29 май 2001 г. на Конституционния съд бр. 5
- Неновски Н.** — За началото на мандата на Народното събрание бр. 1
- Орсов Зл.** — Придобивни основания по Закона за обезщетяване на собственици на одържавени имоти бр. 4
- Стойчев Ст.** — Още за началото на мандата на Народното събрание бр. 2

ЧУЖДЕСТРАНЕН ГОСТ

- Давитковски Б., А. Павловска-Данева** — Нуждата от административни договори в македонското административно право и практика бр. 2
- Исени З.** — Наказателноправна защита срещу престъпления спрямо децата бр. 1

ПРОБЛЕМИ НА ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО

- Герджиков О.** — Цивилистични патологии в данъчните закони бр. 2
Станева А. — Неуместна законодателна намеса в материята на наследяването бр. 3

МЛАДИ АВТОРИ

- Костадинова Я.** — Правото на информация според измененията в Кодекса на труда в светлината на социалното право на Европейския съюз бр. 4
Михайлов А. — Наказателноправна характеристика на тероризма бр. 3
Пенчева Цв. — Прекратяване на трудовия договор по инициатива на работодателя срещу уговорено обезщетение (чл. 331 КТ) бр. 3
Радусhev P. — Проблеми в практиката, свързани с обезщетението за неизползван годишен отпуск по чл. 224, ал. 1 от Кодекса на труда бр. 6
Русев Кр. — Уреждане на международни търговски спорове в правната уредба на Световната търговска организация бр. 1
Цолова К. — Задължителна сила на установеното в мотивите на съдебното решение бр. 3

ЮРИДИЧЕСКО ОБРАЗОВАНИЕ

- Паунов Ст.** — Частното висше училище като юридическо лице бр. 6
Славова М. — Правната клиника на Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“ — година втора бр. 2
Славова М. — Обнова на юридическото образование бр. 5

КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

- Георгиев В.** — Фундаментално научно изследване бр. 6
Киров В. — Местното самоуправление бр. 6
Мулешкова И. — Рецензия на „Трудове по международно право. Том пети“, бр. 6
Наумова Ст. — Оригинален принос в теорията на правото бр. 4
Неновски Н. — Правни изследвания в памет на един голям юрист: проф. Иван Апостолов бр. 2

IN MEMORIAM

- Цанкова Ц.** — В памет на проф. Лиляна Ненова бр. 4

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

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

ISSN 08611815
София 2001