

# **СЪВРЕМЕННО ПРАВО**

**5' 2002**

# СЪДЪРЖАНИЕ

## СТАТИИ

<b>Живко Сталев, Ружа Иванова</b> — Конституционособразност и законодателна целесъобразност на ЗИД на Закона за международния търговски арбитраж от 24 април 2002 г. ....	7
<b>Огнян Варадинов</b> — Договорът за организирано туристическо пътуване с обща цена .....	17
<b>Кристиан Русев</b> — Европейският омбудсман в контекста на подготовката на ЕС за разширяване .....	36

## ДИСКУСИИ

<b>Цветан Крумов</b> — Отговорност на държавата за вреди от прилагането на противоправни нормативни актове .....	44
--	----

## МЛАДИ АВТОРИ

<b>Диман Димов</b> — Понятието „отличителна способност на марката“ в законодателствата на държавите-членки на ЕС и в българския Закон за марките и географските означения .....	58
---	----

## ЧУЖДЕСТРАНЕН ОПИТ

<b>Кристина Тепкян</b> — Работата на дипломатическите представителства в условията на извънредна ситуация .....	70
---	----

## КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ

<b>Методи Марков</b> — Възможности за приложение на медиацията в семейните отношения .....	84
<b>Мартин Белов</b> — Епистемология и методология на сравнителното право в светлината на европейската интеграция .....	94

НОВОИЗЛЯЗЛА ПРАВНА ЛИТЕРАТУРА .....	99
-------------------------------------	----

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 412. За справки — тел. 9870141.

## СЪВРЕМЕННО ПРАВО

Год. XIII, Кн. 5, София, 2002  
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 Герджи-  
ков, 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“  
2002

**Адрес на издателството:** 1000 София, пл. „Славейков“ № 4, ет. IV  
тел. 9870141, факс 9875709  
e-mail: [sibi@sibi.bg](mailto:sibi@sibi.bg)

# CONTENTS

## ARTICLES

<b>Zhivko Staley, Ruzha Ivanova</b> — Constitutional Conformity and Legislative Expediency of the Amendment Act to the International Trade Arbitrage Law of 24 April 2002 .....	7
<b>Ognian Varadinov</b> — The Contract for Organised Tourist Travel with Common Price .....	17
<b>Cristian Russev</b> — Rethinking the Legal Framework of the European Ombudsman — Preparing the EU for its Unprecedented Enlargement .....	36

## DISCUSSIONS

<b>Tsvetan Krumov</b> — State Liability for Damages Arising from Application of Illegal Enactments .....	44
--	----

## YOUNG AUTHORS

<b>Diman Dimov</b> — The Concept „Distinctive Capacity of the Mark“ in the Legislations of EU Members and in Bulgarian Marks and Geographical Names Act .....	58
---	----

## FOREIGN EXPERIENCE

<b>Cristina Tepkian</b> — The Work of the Diplomatic Missions in State of Emergency .....	70
---	----

## ACADEMIC LIFE

<b>Metodi Markov</b> — Possibilities for Application of Mediation in Family Relationships .....	84
<b>Martin Belov</b> — Epistemology and Methodology of the Comparative Law in the Light of the European Integration .....	94

NEWLY PUBLISHED LAW BOOKS .....	99
---------------------------------	----

## CONTEMPORARY LAW

Year XIII, 2002, № 5, Sofia  
Sofia University Sv. Kliment Ohridski  
Faculty of Law  
SIBI Publishing House

## EDITORIAL BOARD

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

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

© Sofia University „Sv. Kliment Ohridski“  
Faculty of Law  
© SIBI Publishing House  
2002

**Address of the Publishing House:** Sofia, 1000, 4, Slaveykov Sq.  
tel.: 359 2 9870141, fax: 359 2 9875709  
e-mail: [sibi@sibi.bg](mailto:sibi@sibi.bg)

---

# СТАТИИ

---

## КОНСТИТУЦИОНОСЪОБРАЗНОСТ И ЗАКОНОДАТЕЛНА ЦЕЛЕСЪОБРАЗНОСТ НА ЗИД НА ЗАКОНА ЗА МЕЖДУНАРОДНИЯ ТЪРГОВСКИ АРБИТРАЖ ОТ 24 АПРИЛ 2002 Г.

*Живко Сталев \**, *Ружа Иванова \*\**

### I.

След приемането му през 1988 г. (обн., ДВ, бр. 60 от 05.08.1988 г.) Законът за международния търговски арбитраж (ЗМТА) е бил изменян три пъти. Най-значима беше реформата от 1993 г. (обн., ДВ, бр. 93 от 2.11.1993 г.), с която действието на ЗМТА, с малки изключения, се разпростря и към вътрешния арбитраж. С изменението и допълнението на закона през 2001 г. (обн., ДВ, бр. 38 от 17.04.2001 г.) бяха премахнати някои отклонения на ЗМТА от Закона-модел на УНСИТРАЛ, които се оказаха неоправдани, засилена бе неговата интернационализация и увеличено сближаването между вътрешния и международния арбитраж. Тази реформа засегна и уредбата на съдебния контрол на арбитражно решение, като наред с премахване на нищожността като санкция със самостоятелни последици, изрично се предвиди триинстанционен съдебен контрол. Съгласно чл. 47 във връзка с чл. 48, ал. 2 ЗМТА искът за отмяна, родово подсъден на Софийския градски съд, се разглеждаше по реда на общия исков процес, като решението на Софийския апелативен съд подлежеше на касационно обжалване.

---

\* Професор, доктор на юридическите науки.

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

Тази уредба отдалечаваше за дълго време окончателното стабилизиране на неоснователно атакуваното арбитражно решение и намаляваше привлекателността на арбитражното производство. При нея към арбитражното решение и времето за неговото постановяване биха се напластявали средно около 5 години за развитие на триинстанционния съдебен процес, завършващ с отхвърлящо иска решение.

Ако пък в края на този период се окаже, че искът за отмяна е бил основателен, в зависимост от отменителното основание държавният съд или връща делото на арбитражния съд за ново разглеждане, или се открива пътят за предявяване на иск пред държавните съдилища — чл. 49 ЗМТА. И в двата случая страните се връщаха в изходното положение на неразрешения материалноправен спор между тях.

Тази нормативна уредба минираше най-важното предимство на арбитража — неговата бързина, и беше в състояние да демотивира страните да сключват арбитражни споразумения във връзка с решаване на бъдещи или възникнали спорове между тях. Нормативните постижения на реформата от 1993 г. (отмяната на производството за екзекватура от държавния съд като условие за възникване на последиците на арбитражното решение и влизането му в сила с връчване на една от страните съгласно ал. 3 на чл. 41 ЗМТ), които приравниха по правни последици арбитражните и съдебните решения, практически можеха да се обезсмислят в значителна степен<sup>1</sup>.

Ниската държавна такса по исковете за отмяна, считани за неоценяеми, както и незначителната по размер парична гаранция, срещу която се спираше изпълнението на арбитражното решение, допълнително улесняваха недоволната от арбитражното решение страна да отложи за дълго време изпълнението му, като използва докрай възможностите на съдебния процес.

## II.

Нежеланите практически последици на нормативната уредба можеха да се отстранят само по законодателен път. Със ЗИД на ЗМТА от 24 април 2002 г. (обн., ДВ, бр. 46 от 2002 г.) радикално бе променен органът, компетентен да се произнася по искане за отмяна на арбитражно решение (§ 1 от ЗИД на ЗМТА, с който се изменя чл. 47 ЗМТА). Същественото ново бе, че атакуването пред Софийския градски съд, с последващо въззивно и касационно обжалване, бе заменено с атакуване пред Върховния касационен съд (ВКС). Промяната на подсъдността наложи и преходна разпоредба относно висящите производства.

Наред с това беше запълнена нормативната празнота относно спиране на изпълнението на арбитражното решение, като се сложи край на колебанията относно обезпечаване на иска за отмяна на арбитражно решение, а по отношение цената на иска новата уредба препраща към общите правила на чл. 54 и 55 ГПК (§ 2 от ЗИД на ЗМТА).

### III.

ВКС — Общото събрание на гражданската колегия, атакува измененията в ЗМТА пред Конституционния съд поради твърдяно противоречие с редица разпоредби на Конституцията на Република България. ВКС излага съображения за противоконституционност на §1 и §3, ал. 1 от Преходната разпоредба на ЗИД на ЗМТА, в частта, с която се разпорежда на СГС да отмени наложените обезпечителни мерки.

1. Според ВКС замяната на досегашното триинстанционно производство по исковете за отмяна на арбитражни решения с въведеното с §1 ЗИД на ЗМТА едноинстанционно разглеждане от ВКС на делата по чл. 47 ЗМТА противоречи на чл. 56,119, ал. 1,122, ал. 1 и 124 от Конституцията, защото:

— нарушава конституционно установената триинстанционност на процеса и свързаните с нея гаранции за правото на защита на гражданите и юридическите лица, които поради едноинстанционния характер на производството ще бъдат лишени от правото на защита по реда на обжалването в друг стадий на процеса;

— противоречи на следващото от чл. 119, ал. 1 от Конституцията структурно и функционално положение на ВКС като касационна инстанция, която по определение е контролно-отменителна, а не инстанция по същество, каквато роля ѝ отрежда атакуваният §1 от ЗИД на ЗМТА;

— по тези дела ВКС не би могъл да обезпечи единството на собствената си практика като гаранция за сигурност и предвидимост на правораздаването, визирана в чл. 124 от Конституцията на РБългария.

2. Противоконституционността на § 3, ал. 1 от Преходната разпоредба на ЗИД на ЗМТА се обосновава с противоречието и на чл. 8,117, ал. 2 и чл. 56, респ. чл. 122, ал. 1 от Конституцията. Според ВКС с предписанието на законодателя СГС да отмени наложените вече обезпечителни мерки по висящите пред него дела, които следва да прекрати и препрати на ВКС, нарушава конституционно прогласените принципи за разделение на властите и независимостта на съдебната система, както и конституционното право на защита на гражданите и юридическите лица в неговата форма на право на обезпечение на иска.

### IV.

По това искане за отмяна Конституционният съд образува конституционно дело № 15/2002 г., по което се произнесе с решение № 9 от 24 октомври 2002 г. (обн., ДВ, бр. 102 от 2002 г.).

С цитираното решение Конституционният съд отхвърли искането на ВКС, като прие, че ЗИД на ЗМТА от 2002 г. не противоречи на Конституцията, с изключение на част от съдържанието на §3, ал. 1 от Преходната разпоредба (вж. по-горе III. 2.)



1. Според КС възлагането на делата за отмяна на арбитражни решения на ВКС не противоречи на нито една от разпоредбите на Конституцията, релевиращи от ВКС.

Едноинстанционното производство, до което води компетентността на ВКС по исковете по чл. 47 ЗМТА, не противоречи на чл. 119, ал. 1 от Конституцията. В съответствие с предходната си практика (Решение № 16 по КД № 7/1998 г., обн., ДВ, бр. 71 от 1998 г.; Решение № 16 по КД № 20/1998 г., обн., ДВ, бр. 121 от 1998 г.) КС приема, че тази разпоредба не предвижда задължителност на триинстанционното производство във всички случаи. То е преобладаващото разрешение, от което са допустими изключения, които законодателят може да въведе в съдоустройствени и процесуални закони по съображения за законодателна целесъобразност.

Към горните съображения може да се добави и това, че конституционният законодател определя максималния брой на допустимите инстанции, като предвижда такава структура на съдебната система, която може да ги осъществи и която обикновеният законодател не може да променя. Нито с тази, нито с друга разпоредба обаче той не е установил задължителен брой на инстанциите за определен вид правораздаване. Родовата и функционалната подсъдност се определят с други закони. Действащото законодателство дава не малко примери за ограничаване броя на инстанциите по отделни категории дела, включително и едноинстанционно обжалване (чл. 218а ГПК, чл. 80 от Закона за нотариусите и нотариалната дейност, чл. 6, ал. 4, чл. 98 и чл. 113 от Закона за адвокатурата и др.).

Законодателната практика на европейските страни също не предвижда задължителност на принципно триинстанционния процес, като въвежда различни ограничения на броя на инстанциите, обусловени от особеностите на отделни категории дела, включително и от естеството на твърдените нарушения при постановяване на обжалваното решение<sup>2</sup>.

КС съобразява и специфичния предмет на иска по чл. 47 ЗМТА — правото да се отмени атакуваното арбитражно решение поради наличие на някое от предвидените в тази разпоредба основания. В това производство компетентният съд упражнява контрол върху влязъл в сила правораздавателен акт на недържавен съд, а не решава материалноправен спор между страните по делото, както в съдебния исков процес. Поради това при разглеждане на тези дела от ВКС не се засяга възложената му с Конституцията функция на контролно-отменителен съд.

КС не споделя и становището, че чл. 47 ЗМТА отрежда на ВКС функции на първоинстанционен съд в противоречие с конституционно предвиденото му структурно и функционално положение на контролно-отменителен съд. Като държи сметка за специфичните за арбитражното решение отменителни основания по чл. 47 и правомощията на ВКС по чл. 49 ЗМТА, в мотивите към решението на КС се изтъква, че наред с контролно-отменителните функции, §1 от ЗИД на ЗМТА

възлага на ВКС и функции, свързани с първоинстанционно производство, в рамките на което той обаче не навлиза в материалноправните отношения между страните по делото. Чл. 124 от Конституцията възлага на ВКС като основна функцията да осъществява върховен съдебен надзор за точно и еднакво прилагане на законите от всички съдилища. От това обаче не следва, че е конституционно запретиено със закон да му се възлагат и други функции.

За да отхвърли твърдението на ВКС, че едноинстанционното производство по чл. 47 ЗМТА нарушава конституционно предвиденото право на защита на гражданите и юридическите лица във всички стадии на процеса, Конституционният съд приема, че „арбитражното производство, уредено в ЗМТА, е своеобразен „стадий на процеса“ по смисъла на чл. 122, ал. 1 от Конституцията, а производството за отмяна на арбитражното решение по чл. 47 ЗМТА е следващият стадий. От тази гледна точка, доколкото чл. 122, ал. 1 *in fine* има предвид наличието винаги на повече от един стадий на процеса, защитата в рамките на арбитражния процес в неговата цялост се осигурява в два стадия: пред недържавния, арбитражен и пред държавния съд.“ В допълнение КС подчертава, че при отмяна на арбитражното решение от ВКС за заинтересованата страна остават открити възможностите за защита по исков ред, било пред арбитражния, било пред държавния съд, в зависимост от отменителното основание, което осигурява условия за пълноценно реализиране на конституционното право на защита на гражданите и юридическите лица.

Макар от догматична гледна точка тезата за двата стадия на арбитражния процес да не е напълно издържана, т. к. „съдебният стадий“ има за предмет контрол на влязло в сила арбитражно решение, крайният извод на КС може да бъде споделен. Във връзка с правото на защита на страните не е излишно да се припомним, че те по взаимно съгласие са се отказали от съдебния процес, предоставящ им защита в нормативно гарантирания брой инстанции, като в името на бързината са предпочели едноинстанционния арбитражен процес по съществуването на спора.

2. Конституционният съд обяви за противоконституционен § 3, ал. 1 от Преходната разпоредба на ЗИД на ЗМТА в частта, разпореждаща СГС да „отмени наложените обезпечителни мерки“. Той основателно приема, че това законодателно разпореждане нарушава предвиденото с чл. 8 от Конституцията разделение на властите и противоречи на чл. 117, ал. 2, прогласяващ независимостта на съдебната власт, тъй като съдът се лишава от присъщата му функция да решава. С предписаната от законодателя отмяна на вече постановени обезпечителни мерки, която е задължителна за СГС, се постига същият ефект, както когато Народното събрание чрез закон отменя акт, издаден от съдебната власт. КС е имал повод да обяви такива разпоредби за противоконституционни — Решение № 11/11.03.1998 г. по к. д. № 16/1997 г.

Предписанието на разпоредбата в тази ѝ част накърнява и правото на защита на гражданите и юридическите лица — чл. 56 и чл. 122, ал. 1 от Конституцията. Като се ограничава да разпорежи отмяната на вече постановените обезпечителни мерки, без да е дал възможност на ищците, по чието искане те са били постановени, да запазят действието на допуснатото обезпечение, като в определен от него срок изпълнят изискванията на новия закон, законодателят нарушава придобитото им право на обезпечителна защита. В периода след отмяната на заварените обезпечителни мерки от СГС до постановяването на нови от ВКС заинтересуваните страни противоконституционно са лишени от защитата на обезпечението.

Обявената за противоконституционна част от §3, ал. 1 от Преходната разпоредба на ЗИД на ЗМТА не променя смисъла на останалата ѝ част, която продължава да действа.

Тъй като искането на ВКС за обявяване противоконституционността на целия ЗИД на ЗМТА 2002 г. беше мотивирано с обусловеността на § 2 и § 3 ал. 2 от Преходната разпоредба от атакуваните като противоконституционни разпоредби, отхвърлянето му като неоснователно по отношение на основната разпоредба на § 1 относно променената съдебна компетентност доведе до отхвърлянето му и по отношение на обусловените от него разпоредби.

## V.

Новото нормативно решение на въпроса за компетентния съд и едноинстанционното производство по иска за отмяна на арбитражното решение не е оригинална особеност на българската уредба.

Компетентността на ВКС бе заета от швейцарското право, което предвижда, че когато арбитражът е с място в Швейцария, органът, компетентен да се произнесе по отмяната на арбитражното решение, е Федералният съд, заемащ в съдебната система на страната същото място, както нашия ВКС. Производството за отмяна на решенията по международни арбитражни дела е едноинстанционно и когато страните по делото са постигнали съгласие вместо от Федералния съд, спорът да се разгледа и реши окончателно от кантонален съд по седалището на арбитражния съд, постановил атакуваното решение. Тази алтернативна договорна компетентност е предвидена в чл. 191, ал. 2 от Федералния закон за международното частно право на Швейцария, който задължава кантоналните власти да определят за тази цел един-единствен съд, обикновено висшата кантонална инстанция по граждански дела, чието решение не подлежи на атакуване пред Федералния съд. Чрез това новаторско решение, което няма аналог в арбитражното законодателство на никоя друга държава, Швейцария, известна като страна с богат опит и традиции в тази област, цели да запази и укрепи репутацията си на привилегировано място за арбитраж в условията на трайна тенденция за модернизация на арбитражните законодателства след края на седемдесетте години<sup>3</sup>.

Въпреки тази заемка няма пълно съвпадение между българската и швейцарската уредба, защото с § 3 от ПЗР на ЗМТА от 1993 г. (обн., ДВ, бр. 93 от 1993 г.) уредбата на вътрешния арбитраж беше подчинена (с малки изключения) на режима на ЗМТА за международния арбитраж. Поради това компетентността на ВКС е по-широка от тази на Федералния съд на Швейцария, която важи само за международните арбитражни дела.

Възприемането на швейцарския модел за отмяна на арбитражното решение не е привнасяне на чужди на ЗМТА разрешения, като се има предвид, че и по редица други въпроси двете уредби, за разлика от редица други европейски законодателства в областта на арбитража, съдържат идентични разрешения. Така например и решението на арбитраж с място в Швейцария не се нуждае от екзекватура на съд, за да породи последиците си (чл. 190 ФЗМЧП). Атакуването на такова решение пред съд няма суспенсивен ефект и изпълнението му може да бъде спряно само от компетентния по отмяната съд срещу внасяне на определена от него гаранция<sup>4</sup>.

Въвеждането на най-новите реформаторски решения в еволюцията на идеите и правото на арбитража съответства на стратегическата цел на България за интегриране в Европейския съюз, което предполага все по-широко отваряне на икономиката ни и нейното ориентиране към международните пазари.

## VI.

Новата уредба на отмяната на арбитражните решения не само че не противоречи на Конституцията, но по наше мнение дава навременен и верен отговор на проблемите, породени от недостатъците на отменената уредба.

Тя има следните положителни последици:

1. Като съкращава чувствително времето, необходимо за изясняване съдбата на арбитражното решение, а чрез това и на материалноправните отношения между страните по делото, новата уредба насърчава използването на арбитража като една от вече утвърдените алтернативи на съдебното решаване на имуществени спорове. В този смисъл тя е крачка в осъществяване на Стратегията за реформа на българската съдебна система, т. VIII от която предвижда насърчаване използването на алтернативните способи за решаване на спорове като възможност за облекчаване работата на съда.

2. Тя постига съчетаване на нуждата от бързина на контрола на арбитражното решение с необходимостта от гаранции за правилността на съдебното решение. Едноинстанционното производство по иска за отмяна, бидейки поверено на най-висшата съдебна инстанция, предвид на високия професионален опит на съдиите, не намалява гаранциите за правилно решаване на специфичните и деликатни въпроси, които поставя отмяната на арбитражното решение.

3. Компетентността на ВКС не само не противоречи на функцията му на контролно-отменителен съд, а напротив — отмяната на арбитражното решение въз

основа на специфичните за него и изчерпателно изброени основания, както и правомощията му по чл. 49 ЗМТА характеризират производството по делото именно като контролно-отменително. Нещо повече — за разлика от касационния контрол на съдебните решения, който в определени с последните изменения на ГПК хипотези задължава ВКС да реши материалноправния спор по същество при основателност на иска, правомощията му по чл. 47 ЗМТА се ограничават винаги и само до отмяна на арбитражното решение и никога до решаване на материалноправния спор между страните. Основателно се посочва, че макар и исково, производството за отмяна на арбитражното решение има редица общи черти с отмяната по чл. 231 ГПК, обусловени от обстоятелството, че се атакуват влезли в сила решения. Спецификата на арбитражното решение, качеството му на частноправен акт, съчетаващ юрисдикционни и договорни елементи, правят непригоден общия исков процес и налагат отклонения от него, отразяващи присъщите му особености. Новата уредба е израз на тази специфика. В подкрепа на това следва да се изтъкне и обстоятелството, че основанията за отмяна на арбитражното решение, особено след измененията на чл. 47 ЗМТА през 1993 г., са идентични с тези по чл. V на Нюйоркската конвенция, при наличието на които може да бъде отказано признаването на чуждестранно арбитражно решение или допускане на принудителното му изпълнение. А искът за екзекватура на такова решение съгласно чл. 51, ал. 3 от ЗМТА се разглежда по реда на особеното исково производство по чл. 305 и 306 ГПК. Поради това с основание новата уредба изостави препращането към правилата на общия исков процес, каквото предвиждаше предишната редакция на чл. 48, ал. 1 ЗМТА.

4. По-строгите условия по чл. 48, ал. 2 ЗМТА за спиране на изпълнението на атакуваното решение, освен че съответстват на най-новите чужди законодателни решения (немския и швейцарския арбитражен закон), създават задръжки срещу неоснователното атакуване на арбитражното решение. Това е от съществено значение в международния арбитраж, като се има предвид, че макар предявяването на иска за отмяна да няма суспенсивен ефект за последиците на арбитражното решение и не е пречка да започне производство за екзекватура на решението на български арбитраж в държава-членка на Нюйоркската конвенция, спирането на изпълнението на атакуваното решение от компетентния съд в страната по отмяната е основание за отказ на екзекватура в чужбина по чл. V, ал. 1, б. „д“ от тази Конвенция<sup>5</sup>.

5. В областта на международния арбитраж компетентността на ВКС, допринасяща за бързата стабилизация на арбитражното решение без отслабване на гаранциите за неговия контрол, прави българския арбитраж привлекателен и увеличава шансовете чуждестранните лица, страни по арбитражни споразумения, да се съгласят на арбитраж в България.

6. За българското предприятие изборът на арбитраж в България означава значително спестяване на средства, които би му струвал арбитраж в чужбина.

7. Изборът на арбитраж в България има и редица благоприятни финансово-икономически последици за страната ни.

## VII.

Не би могло да се каже, че компетентността на ВКС има за нежелателна последица неговото претоварване, защото общият брой на делата по чл. 47 ЗМТА е за всички действащи арбитражни институции у нас около 15 дела годишно. С оглед на това той няма да бъде съществено обременен, ако в много редки случаи по тези дела сам събира доказателства (напр. относно дееспособността на страната, относно подправка в текста и съдържанието на арбитражното споразумение и др.), защото и сега той върши това при отмяна по чл. 231 ГПК — напр. при неправилно призоваване.

Що се отнася до опасенията на ВКС, че едноинстанционното производство пред него крие опасност за единството на съдебната практика по делата по чл. 47 ЗМТА, то това би могло да бъде избягнато чрез възлагането им на един специализиран състав от този съд. Желателно е в този състав да не участват съдии, които са включени в листите на арбитри към действащи арбитражни институции (основно АС при БТПП и АС при БСК), за да не се пораждат дори и неоснователни съмнения в независимостта и безпристрастността на решаващия съд.

Доколкото от формална гледна точка производството е първоинстанционно исково, при разглеждане на делата от ВКС трябва да се държи сметка за особеностите на отмяната, които налагат и съответни отклонения от правилата на ГПК. Така например считаме, че не би следвало да намери приложение правилото на чл. 105 ГПК, според което първоинстанционните дела се разглеждат в състав от един съдия. Не само защото в текста изрично са споменати районните и окръжните съдилища, а и защото в арбитражната практика делата се разглеждат от тричленен състав, а едноличният арбитър е изключение.

## БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> Неправилно и в противоречие с чл. 38, ал. 4 и чл. 41, ал. 3 ЗМТА, в т. I от мотивите на решение № 9 по к. д. № 15 от 2002 г. на Конституционния съд е отбелязано, че арбитражното решение влиза в сила, ако в тримесечния срок страните не поискат отмяна на арбитражното решение.

<sup>2</sup> Колко малко може да се гледа на триинстанционното производство като на „светая светих“, прогласена от Конституцията, се вижда не само от изключенията, предвидени в чл. 218а ГПК за касационното обжалване на решенията по редица граждански дела, или едноинстанционното съдебно производство по чл. 80 от Закона за нотариусите и нотариалната дейност и др. Изключения от триинстанционния процес предвиждат и редица чужди законодателства, сред които заслужава да се отбележи т. нар. прескачаша ревизия, предвидена в германския ZPO, където ревизионното производство е раз-

новидност на касационното обжалване. „Прескачащата ревизия“ се прилага, когато никоя от двете страни не сочи пред въззивния съд нови факти и доказателства, а страните спорят само относно правилното прилагане на материалния или процесуалния закон. В такива случаи въззивният съд препраща делото на ревизионния съд, тъй като вероятността той да даде правилен отговор на спорните правни въпроси е по-голяма, отколкото ако те бъдат решени от въззивния съд. По този начин се постига спестяване на инстанции и се ускорява решаването на спора. Като се имат предвид тези полезни последици, би следвало да се помисли и у нас да се въведе, по примера на ФРГ, „прескачаща касация“. Виж по въпроса **Rosenberg, Schwab, Zivilprozessrecht**, 14 Auflage, §143.

<sup>3</sup> Компетентността на Швейцарския федерален съд е предвидена с чл. 191 от Федералния закон за международно частно право на Швейцария, в сила от 1.1.1989 г. Тя е едно от четирите нововъведения, предизвикало по време на обсъжданията оживен дебат и смятано сега за важно предимство на международния арбитраж в Швейцария. Що се отнася до вътрешния арбитраж, компетентността за отмяна на арбитражното решение е възложена на висшите кантонални съдилища, с възможност за обжалване на решенията им пред Федералния съд, съгласно чл. 3 и 36 от швейцарската Конвенция за арбитраж от 1969 г. Вж. по въпроса **Lalive, P., Poudret, J.-F., Reymond, C.** „Le droit de l'arbitrage, Interne et International en Suisse“, ed. Payot Lausanne, 1989.

<sup>4</sup> Виж по тези въпроси цитираните в бел. 3 автори — с. 421—422.

<sup>5</sup> Подробно по този въпрос вж. **Сталев, Ж.** Арбитраж по частноправни спорове, С., 1997, с. 164 и сл.

## CONSTITUTIONAL CONFORMITY AND LEGISLATIVE EXPEDIENCY OF THE AMENDMENT ACT TO THE INTERNATIONAL TRADE ARBITRAGE LAW OF 24 APRIL 2002

*by Zhivko Stalev, Ruzha Ivanova*

### *Summary*

This article is provoked by the unfounded attack of the Supreme Cassation Court on the last amendments to the International Trade Arbitrage Law — State Gazette, issue 46 of 2002. In the article are summarised the arguments of the Constitutional Court on the compliance of the new regulation of the revocation of arbitrage decisions with the Constitution of the Republic of Bulgaria. There are also some additional considerations pointed out. A more important task the authors set themselves, is to emphasise the positive consequences, which followed the radical change in the body competent to pass judgement on the revocation of arbitrage decisions for the national as well as for the international trade arbitrage, performed in Bulgaria.

## ДОГОВОРЪТ ЗА ОРГАНИЗИРАНО ТУРИСТИЧЕСКО ПЪТУВАНЕ С ОБЩА ЦЕНА

*Огнян Варадинов\**

1. Проблемът за юридическата регламентация на договора за туристическо пътуване с обща цена възниква през 60-те години на XX век. Тогава се избистря класическата днес схема на туроператора, който подбира отделни видове туристически услуги и ги предлага на туриста под формата на предварително подготвен от него туристически пакет, и турагента, който посредничи при реализацията на пакета и предлага допълнителни туристически услуги.

От гледна точка на туриста договорът за туристическо пътуване с обща цена е предпочитан най-вече при задгранични пътувания, макар през последните десетилетия да добива важно значение и във вътрешния туризъм. Неговите предимства са свързани с това, че туристът придобива пакет от основните туристически услуги (транспорт, нощувка, хранене и др.), което му спестява време и усилия на място, създава предварителна яснота относно разходите и намалява рисковете, съпътстващи сключването на сделки в чужда държава. Освен това договорът улеснява туриста при реализацията на правото му на рекламация за некачествено изпълнение.

2. Първият опит за международноправна регламентация е направен с Брюкселското споразумение за туристическия договор от 1970 г., което обаче бе ратифицирано единствено от Белгия, Китай и Камерун и на практика, особено след приемането на европейската Директива 90/314 за пакетните пътувания 1, може да се счита за лишено от юридическа стойност.

Необходимостта от създаване на самата Директива е различната правна уредба на договора за организирано туристическо пътуване в различните страни-членки на ЕС, което затруднява развитието на Общия пазар в сферата на туризма<sup>1</sup>. Тя е приета на 13 юни 1990 г., а срокът за въвеждането ѝ в правните системи на отделните държави е 31 декември 1992 г. Директивата създава минимален стандарт за защита на туриста във всички страни-членки на ЕС. Те имат право да създават или да оставят в сила всякакви норми, предвиждащи по-висока степен на

\* Адвокат.



закрила. Директивата третира правото на туриста на информация, условията за сключване и промяна на вече сключения договор, правата на туриста в случаите на пълно или частично неизпълнение на задълженията на туроператора, както и осигуряването в случаите на неплатежоспособност или несъстоятелност на туроператора.

По силата на Европейското споразумение за асоцииране<sup>2</sup> България пое международен ангажимент да хармонизира националното си законодателство с това на Европейския съюз в редица области. Една от тях е посветена на защитата на потребителите на стоки и услуги. Сред основните юридически актове, включени в нея в хода на преговорния процес, е именно Директива 90/314 за пакетните пътувания. Създадената от българското правителство Национална програма за въвеждане достиженията на европейското право предвиждаше тя да бъде имплементирана през 2001 г. След известно забавяне това стана с глава IV, раздел II (чл. 27—43) от новия Закон за туризма (ЗТ), който бе обнародван в ДВ, бр. 56 от 7 юни 2002 г. и влезе в сила на 1 октомври 2002 г., с изключение на разпоредбите, свързани със сключването и удостоверяването на наличието на задължителната застраховка за професионален риск от страна на туроператорите, които влизат в сила от 1 януари 2003 г. Тази правна уредба е нова и непозната на нашето право досега. Старият Закон за туризма<sup>3</sup> не третираше туристическите договори. Единствено старата Наредба за лицензиране на туристическите дейности<sup>4</sup> съдържа изисквания към туристическата брошура, които се доближаваха до тези на Директивата, без да ги покриват напълно.

Като първи, най-общ извод, може да се каже, че новият Закон за туризма въвежда успешно модела на Директива 90/314. Голямото предизвикателство след 1 октомври 2002 г. е точното и съответно на европейските изисквания прилагане на отделните разпоредби, като в хода на този процес не бива да се забравя фактът, че ЗТ въвежда европейско право, т. е. неговите разпоредби трябва да бъдат тълкувани винаги в съответствие с Директива 90/314, за да не се допусне т. нар. вторична дехармонизация, когато уеднаквените на хартия текстове се прилагат по различен начин в отделните страни<sup>5</sup>.

Макар пряко да въвежда изискванията на Директива 90/314, новият ЗТ не е единственият нормативен акт, регламентиращ отношенията, възникващи с договора за туристическо пътуване с обща цена. Съгласно чл. 1, ал. 1, т. 13 от Търговския закон той е вид търговска сделка, към която намират приложение както нормите на Търговския закон, така и тези на гражданското законодателство и по-специално на Закона за задълженията и договорите (чл. 288 ТЗ). Доколкото в случая става дума за потребителски договор, когато при сключването му се използват предварително формулирани от туроператора или турагента клаузи, приложение намира и Законът за защита на потребителите и за правилата за търговия в частта му относно неравноправните клаузи в договорите (чл. 35—37 ЗЗППТ).

3. Легални дефиниции, очертаващи предмета на договора за туристическо пътуване с обща цена, се съдържат в чл. 30, ал. 1 и § 1, т. 14 от ЗТ. По силата на договора за организирано туристическо пътуване с обща цена туроператорът се задължава да предостави на туриста организирано пътуване срещу заплащане на определена цена. Организираното пътуване представлява съвкупност от различни видове туристически услуги. За да попадне то под изискванията на Закона за туризма, е необходимо в пакета да са включени поне две от следните услуги:

— транспорт; нощувка;

— други туристически услуги, които съставляват съществена част от пътуването и не са свързани пряко с транспорта или нощувката.

За да може да се говори за организирано пътуване по смисъла на ЗТ, е необходимо то да трае повече от 24 часа или да включва нощувка. Еднодневните излети не попадат в хипотезите на чл. 27—42 от ЗТ, независимо колко различни видове услуги се предлагат при тях и на каква цена.

При организираното туристическо пътуване са възможни най-различни комбинации от услуги, като например транспорт и нощувки; нощувки и различни видове курсове или екскурзии; транспорт и екскурзии; транспорт и хранене; транспорт, нощувки, хранене и посещение на спортни или културни мероприятия и др. Същественото е, че пакетът се формира предварително от туроператора и се предлага на туриста под формата на съвкупност от услуги на обща цена. За разлика от Директивата, българският закон не изключва своето прилагане в случаите, когато пакетното пътуване се прави по искане на туриста и е индивидуално за него. Така че и при тази хипотеза туроператорът ще следва да спазва всички изисквания на чл. 27—42.

Когато се предлагат други туристически услуги, за да намери приложение ЗТ, е необходимо те да не са свързани пряко с нощувката или храненето и стойността им да съставлява значителна част от цената на пакета. Тези други услуги винаги ще представляват допълнителни услуги по смисъла на § 1, т. 13 ЗТ, но не всички допълнителни услуги са други по смисъла на § 1, т. 14, б. „в“ ЗТ. Няма да е налице пакетно пътуване например, когато се предлагат храна в самолета, кафе при пътуването със спален вагон, нощувка в хотел със закуска, транспорт и застраховка или транспорт и изваждане на визи. За други туристически услуги по смисъла на § 1, т. 14, б. „в“ от ЗТ според мен може да се говори единствено в случаите, когато между тях и транспорта или нощувката няма функционална връзка, т. е. когато те могат да съществуват самостоятелно и биха могли самостоятелно да бъдат предлагани на туристите. По отношение на размера на тяхната стойност спрямо цената на пакета не може да се зададе предварителна формула. Това обстоятелство трябва да се изследва за всеки конкретен случай, като допълнително трябва да се вземе предвид и значението на допълнителната услуга за облика на самия пакет.

Цената на пътуването е обща и се заплаща от туриста за целия пакет. Въпреки това, в съответствие с изискванията на Директивата, ЗТ предвижда, че той се при-

лага и в случаите, когато за отделни включени в пакета услуги се издава отделен документ за плащане. По този начин се блокира възможността за заобикалянето му чрез издаване на различни финансови документи, докато всъщност на туриста се предлага съвкупност от услуги под формата на пакет.

4. В правната теория на страните от ЕС е дискутиран въпросът дали договорът за туристическо пътуване с обща цена не е проява на договора за изработка<sup>6</sup>. Господстващото мнение, към което се присъединявам, отрича тази постановка, като приема, че в случая е налице самостоятелен вид договор (*sui generis*). По силата на договора за изработка се дължи конкретен веществен резултат<sup>7</sup>. При договора за туристическо пътуване очакваният резултат от консумирането на услугите е почивка и възстановяване на работоспособността на туриста, доставяне на приятни емоции или обогатяване на неговите познания и др.<sup>8</sup> Преценката дали той е постигнат обаче е изключително субективна и върху нея туроператорът трудно би могъл да влияе. Дължимото от страна на туроператора е точното подбиране на включените в пакета услуги, така че да се създаде възможност за постигане на очаквания резултат, както и тяхното точно и съответстващо на договора предоставяне. В този смисъл туроператорът дължи полагането на необходимата грижа и усилия, но не и постигането на определен конкретен резултат.

Договорът се доближава до фикс-сделка, т. е. задълженията на туроператора по отношение на началния и крайния момент на пътуването трябва да бъдат предоставени тогава, когато са уговорени. Всяка забава от негова страна би се приела за пълно неизпълнение<sup>9</sup>. Това не важи, разбира се, за размествания и забава в рамките на допълнителните услуги, като например провеждане на еднодневната екскурзия до местна забележителност на 3-ия, вместо на 4-ия ден от пътуването, отлагането ѝ с 2 часа и др. под., които не се отразяват на цялостния облик на пътуването и би следвало да бъдат приети със или без рекламации от туриста.

Трета особеност на разглеждания договор е, че за разлика от класическия договор за изработка, когато задълженото лице само и със собствени усилия изработва продукта, тук туроператорът по правило прибегва до услугите на подизпълнители (превозвачи, хотелиери, ресторантьори, екскурзоводи, аниматори и др.), за чиито действия обаче той отговаря спрямо туриста.

5. Страни по договора за туристическо пътуване са туроператорът и потребителят.

Туроператорът е търговец, който съставя и реализира организирани пътувания с обща цена. Той съставя програмата за пътуването, сключва необходимите за реализацията му договори с подизпълнителите и отговаря пред туриста за цялостното изпълнение на договора. Точка 8 от § 1 ДР на ЗТ изисква туроператорът да е надлежно лицензиран. В тази връзка се поставя въпросът дали ако туристически пътувания с обща цена се предлагат от лице, непритежаващо необходимия лиценз, това изключва прилагането на ЗТ по отношение на него. Според мен на този

въпрос следва да се отговори отрицателно. В правото съществува основен принцип, че никой не може да черпи права от своето противоправно поведение, а точно това би се получило в този случай, тъй като уредбата на договора за туристическо пътуване с обща цена защитава основно интересите на туриста и възлага множество задължения на туроператора.

ЗТ не предвижда туроператорът да сключва договорите по занятие, така че туроператорско качество ще има и онова лице, което еднократно или инцидентно организира пакетни пътувания.

Затруднения пред точното прилагане на закона може да създаде разграничението на понятията „турист“ и „потребител“. Страна по договора за туристическо пътуване с обща цена е потребителят, така както е дефиниран в § 1, т. 15 от Допълнителната разпоредба. Това е лицето, което сключва договора за туристическо пътуване с обща цена; дава съгласие да се сключи такъв договор; лице от чието име и/или в чиято полза се сключва договорът или се постига съгласие такъв да бъде сключен, или лице, в полза на което е прехвърлено туристическо пътуване с обща цена. В литературата е изразено мнение, че потребител по смисъла на ЗТ може да бъде единствено физическо лице<sup>10</sup>. Това разбиране според мен е неточно, тъй като ЗТ не предвижда пречки страна по договора за туристическо пътуване с обща цена да бъде и юридическо лице, което сключва договора в полза на физическо лице. Практиката познава подобни случаи, когато фирми закупуват пакетни пътувания като поощрение за свои служители. Възможен, макар и рядко срещан, е и случай, при който предприятие сключва договор за туристическо пътуване с обща цена, за да обезпечи служебна командировка на свой служител. При това положение може да се направи изводът, че понятията „потребител“ и „турист“ не се покриват. Туристът е винаги физическо лице (§ 1, т. 1 от Допълнителната разпоредба на ЗТ), потребителят по смисъла на ЗТ поначало също е физическо лице, но практиката познава и случаи, при които потребители могат да бъдат и юридически лица. От друга страна, „турист“ се нарича всеки ползвател на туристически услуги, докато „потребителят“ е страна по един-единствен вид договор — договора за туристическо пътуване с обща цена. Разграничението, направено в ЗТ, е продиктувано от необходимостта от точно въвеждане на Директива 90/314. То е точно проведено и след необходимото теоретично изясняване не би следвало да създава проблеми пред правоприлагането.

ЗТ дава право на туриста да бъде заместен в договора от друго лице, което отговаря на всички изисквания за участие в пътуването. Единственото условие за тази промяна е своевременното уведомяване на туроператора, като срокът за това трябва да бъде установен в договора. Новият и старият турист са солидарно отговорни за всички неизплатени задължения към туроператора. Смисълът на тази мярка е да се даде възможност на туриста, пред когото е възникнала невъзможност за участие в пътуването, да се освободи от всякаква финансова отговорност,

като намери свой заместник, а това от своя страна позволява и на туроператора спокойно да продължи организацията на своето пътуване.

Важна роля при сключването и изпълнението на договора за туристическо пътуване с обща цена играе туристическият агент. Той е представител на туроператора и сключва от негово име договора с туриста. Освен това турагентът предлага допълнителни туристически услуги като организиране на транспорт, изваждане на визи и пр. Доколкото договорът за туристическо агентство е вид комисионен договор, туристическият агент би могъл и сам да сключи договора за туристическо пътуване с обща цена с потребителя, като прехвърли на туроператора всичко, което е получил в изпълнение на договора. Ако договорът се сключва с посредничеството на турагент, това обстоятелство трябва ясно да се отрази в него, като се индивидуализира и туроператорът. Такова е и изискването на б. „g“ от Приложението към Директивата, което обаче не е въведено точно в чл. 30, ал. 3, т. 2 от ЗТ, даващ възможност в договора да се посочи само турагентът, само туроператорът или и двамата. Така ЗТ слиза под минималния стандарт на Директивата и се нуждае от корекции. Докато такива не бъдат направени, е наложително корективно тълкуване на чл. 30, ал. 3, т. 2 в съответствие с изискванията на Директивата.

Важно е да се подчертае, че не турагентът дължи изпълнение на договора. Задължено лице винаги е туроператорът.

6. Директива 90/314 защитава правата и интересите на туриста по един класически за потребителското право начин — като му осигурява достатъчен обем достоверна информация. В съответствие с нейните изисквания ЗТ предвижда задължение за туроператора и туристическия агент преди сключване на договора да предоставят писмена информация с описание на пътуването, паспортния, визовия и санитарния режим и необходимите документи, както и общите условия по него. По този начин законът се стреми да компенсира фактическата неравнопоставеност на страните, произтичаща от недостатъчната информираност на туриста.

7. Договорът за организирано туристическо пътуване с обща цена е формален договор. За неговата действителност е необходимо той да бъде сключен в писмена форма. Екземпляр от него трябва да бъде предоставен на потребителя. Освен това в 15-те точки на чл. 35, ал. 3 е предвидено и минимално задължително съдържание. Сключването на договора без спазване на писмената форма или при невключване на някоя от задължителните клаузи води до налагане на административно наказание на основание чл. 80, респ. 81 ЗТ. Интерес за практиката представлява обаче въпросът за гражданскоправните измерения на тези нарушения. Без съмнение неспазването на изискването за писмена форма задължително ще доведе до нищожност на договора на основание чл. 26, ал. 2 от Закона за задълженията и договорите. Не така стои обаче въпросът с липсата на част от задължителното съдържание. Тя би могла да бъде заместена от други правни норми или от търгов-

ските обичаи, поради което нищожността би била твърде сериозна санкция<sup>11</sup>. Доколкото липсата на част от задължителното съдържание не се покрива с хипотезата на липса на законово предписана форма<sup>12</sup>, подобна хипотеза не е посочена като основание за нищожност нито в ЗЗД, нито в ЗТ. В случая ми се струва достатъчно договорът да бъде тълкуван така, че липсата да не доведе до влошаване на положението на туриста спрямо състоянието, в което той би се намирал, ако договорът беше перфектен.

8. Със сключването на договора туроператорът поема множество задължения. Те са свързани както с коректното изпълнение на отделните видове туристически услуги, включени в общия пакет, така и с неговото точно съставяне и организиране, така че да може да бъде постигната целта на пътуването<sup>13</sup> (отдых, развлечение, обучение и т. н.). Туроператорът е длъжен да изпълни всички свои задължения с грижата на добрия професионалист. При нейната преценка би следвало да се изхожда от общите очаквания на туриста в страната, в която се предлага пътуването. Несправедливо би било да се даде възможност на туроператора да оправдае лошото изпълнение на част от уговорените услуги с обичаите и положението в страната на престой, освен ако туристът предварително не е бил уведомен за тези особености или те не са общоизвестни<sup>14</sup>. За общоизвестно би могло да се приеме например по-високото ниво на шум в южните страни или по-ниските температури и подъждовното време в северните.

Точното определяне на отделните задължения се извлича основно от договора с туриста. При неговото тълкуване обаче важно значение играят каталогът, туристическата брошура и другите видове информация за пътуването, изготвени от туроператора, както и разпространяваните от него реклами.

Сред задълженията на туроператора са:

1. Осигуряване на съответстващ на договора и безопасен транспорт, което включва внимателен избор на превозвач, осигуряване на превоз от летището до мястото за настаняване, осигуряване на обратно пътуване, включително и в случаите на прекратяване или разваляне на договора.

2. Координация при предоставянето на отделните услуги, която се изразява в своевременното осигуряване на необходимия транспорт и персонал и предоставянето на необходимата информация на туристите.

3. Осигуряване на съответстващ на договора подслон, което включва внимателен избор на мястото за настаняване и наблюдение на резервационната дейност на хотелиера с цел изключване на дублажи.

4. Отстраняване на възникналите в хода на пътуването затруднения. За целта е необходимо внимателно проучване на социално-политическата ситуация на място и предприемане на необходимите мерки при опасност от стачки и политически вълнения, уведомяване на туриста за възможни опасности от природни бедствия или престъпления и предприемане на мерки за минимизиране на тези рискове, предприемане на санитарно-хигиенни мерки и др.

5. Полагане на общи грижи за туриста, като предприемане на необходимите мерки за закрила на неговия живот и здраве, полагане на специални грижи за децата и инвалидите, посочване на местен представител, който да предоставя необходимата информация относно местните условия и особености и да оказва необходимото съдействие на туристите.

9. Договорът за туристическо пътуване с обща цена предвижда също така и някои важни задължения за туриста.

Преди всичко той е длъжен да заплати на туроператора уговорената цена. Освен това той е длъжен да се явява навреме на местата за отпътуване, да носи в себе си необходимите документи, а ако туроператорът или турагентът не са поели задължение за изваждането на някои от тях (визи, билети и пр.), туристът е длъжен да си ги набави. Туристът е длъжен също така да спазва по време на пътуването поведението, което не застрашава сигурността и спокойствието на останалите пътници, и да не затруднява туроператора или неговите подизпълнители при изпълнението на техните задължения.

За пакетните пътувания важи принципът на свободното ценообразуване, така че туристът не може да направи възражение, че друго лице е платило по-ниска цена за същия вид пътуване. Цената трябва да бъде посочена в договора като обща сума за всички включени в пакета услуги. Не е забранено обаче за определени услуги да се посочи отделна цена. В цената трябва да са включени всички дължими данъци, такси и други надбавки, т. е. трябва да се посочи онова, което реално се очаква от туриста да плати<sup>15</sup>. В договора трябва да се посочи също така начинът на плащане на цената — в брой или по банков път, като в този случай е препоръчително да се посочи и банковата сметка, по която трябва да се внесат парите, закуп или разсрочено, размерът на отделните вноски и сроковете за тяхното плащане. Веднъж уговорена, цената не може да бъде променяна, освен ако самият договор не предвижда изрично подобна възможност, както и способите за преизчисляването ѝ. Промяна в цената е допустима единствено поради промени в стойността на транспортните разходи, таксите, свързани с ползването на услугите по договора, или промени в относимия към договора валутен курс. Законът посочва изчерпателно основанията, които могат да станат причина за евентуално увеличение на цената. В договора не могат да бъдат включени допълнителни такива, а ако това бъде сторено, те трябва да се считат за нищожни. Недопустимо е например да се увеличи цената поради допуснатата грешка в изчисляването ѝ или поради увеличение на цените на подизпълнителите.

В случаите, когато промяната в цената надвишава 5% от първоначалната ѝ стойност, потребителят има право да се откаже едностранно от договора, без да дължи неустойка или обезщетение. Самата Директива не съдържа подобно фиксиране на размера. В хода на обсъждането ѝ е било предложено потестативното право на отказ да може да бъде упражнено при надвишаващо 10% увеличение на це-

ната. Това предложение обаче не е било прието. Нашият законодател е възприел режим, сходен на този в германското право<sup>16</sup>. В повечето страни-членки на ЕС обаче този праг е при 10%, което е било прието от ЕС като съответстващо на Директивата.

Когато се прави увеличение на цената на посочените по-горе основания, то трябва да бъде съразмерно. Във всички случаи е недопустимо цената да бъде увеличавана 20 дни преди началото на пътуването. По този начин законодателят в съответствие с изискванията на Директива 90/314 възлага риска от промени в пазарната конюнктура през времето от сключване до изпълнение на туристическия договор върху туроператора, което е и справедливо, като се има предвид, че туроператорът е специалист в бранша, по правило е икономически по-силен и има повече възможности да оцени възможните рискове и да предприеме мерки за тяхното избягване.

В случаите, когато туроператорът включи в договора клаузи, които му позволяват едностранно да променя цената, той трябва да се съобразява и с изискванията на чл. 35 и 36 от Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия. Те не бива да водят до значително несъответствие между правата и задълженията на страните, а текстовете трябва да бъдат съставени по ясен и недвусмислен начин, тъй като при всяко съмнение относно действителния им смисъл следва да се предпочете благоприятното за туриста тълкуване.

10. Продължителният период от време между сключването на договора и отпътуването, наличието на природни или социални бедствия или други обстоятелства могат да принудят туроператора да направи промени в туристическия пакет. Директивата и ЗТ отчитат както необходимостта от признаване на интереса на туроператора да направи подобни промени, така и необходимостта да бъде защитен туристът, който се осланя на ангажиментите, поети по вече сключения договор. В резултат се постига следният баланс:

1. По аргумент за противното от чл. 35, ал. 1 ЗТ може да се направи изводът, че незначителни промени в договора трябва да бъдат приети от туриста. Туроператорът може да ги прави със свое едностранно изявление, за което обаче туристът трябва да бъде незабавно уведомен. Подобна клауза в договора не може да се счита за неравнопоставна по смисъла на чл. 35 от Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия, тъй като тя конкретизира едно потестативно право, което самият закон дава на туроператора. Като незначителна промяна може да се приеме промяната в маршрута на пътуването поради съображения за сигурност, при което не се стига до твърде дълго закъснение, промяна на часа на тръгване с няколко часа, промяна на мястото за настаняване, ако новото отговаря на всички изисквания на договора, несъществена промяна в маршрута на едnodневната екскурзия и др. под. Тези промени не засягат съществено общите характеристики на пътуването. Остава да бъде изяснен въпросът какво разбира законодателят под



понятието „съществени клаузи на договора“, използвано в чл. 35, ал. 1 ЗТ. Според нас съществени клаузи са всички клаузи, регламентиращи минималното задължително съдържание на договора, посочено в чл. 30, ал. 3. За да се определи дали други клаузи, включени в договора, са съществени, или не, е необходимо да се изследва волята на страните при сключването на договора и значението, което те придават на уредените посредством клаузата отношения.

2. Значителни промени в съществените клаузи на договора туроператорът може да внесе единствено със съгласието на туриста. Доколкото законът изисква писмена форма за действителност на договора за туристическо пътуване с обща цена, за да бъде действителна промяната, тя също трябва да се оформи писмено и да се подпише от страните. Туристът може да откаже да приеме направените промени, като се откаже от договора. Упражнявайки това си право, туристът има следните възможности:

Първо, да получи друго пътуване от същото или по-високо качество, когато туроператорът е в състояние да му предложи такова. В този случай се поставя въпросът дали туристът ще дължи доплащане на разликата в цената, ако предложеното пътуване е с по-високо качество. Според мен на този въпрос следва да се отговори утвърдително. Уредбата на чл. 35 ЗТ цели да намери справедливия баланс между интересите на страните, а не да създаде възможности за неоснователно обогатяване на някоя от тях, какъвто ефект би настъпил, ако туристът не дължеше доплащане. Разбира се, за да запази доброто си име, туроператорът може да се откаже от доплащането, но тази възможност би следвало да бъде предоставена на неговата преценка.

Второ, туристът може да приеме и пътуване с по-ниско качество, предложено му от туроператора, като в този случай туроператорът или туристическият агент дължат връщане на разликата в цените между отмененото и предложеното пътуване.

Трето, ако туристът не получи предложение за друго пътуване или откаже да го приеме, той има право да развали договора и да получи обратно всички платени от него суми.

За решението си туристът трябва да уведоми туроператора или туристическия агент в 3-дневен срок от получаване на съобщението за промяна в договора, но не по-късно от началната дата на пътуването. Законът оставя открит въпроса какво ще стане, ако туристът не уведоми туроператора или турагента за своето решение или пък го направи след изтичане на 3-дневния срок. За да намерим отговора му, би следвало да се обърнем към общите правила на гражданското право, съгласно които мълчанието се приема за отказ, доколкото друго не е регламентирано в закона. Такава друга регламентация, както вече посочих, в настоящия случай липсва. Следователно мълчанието на туриста е отказ, въпросът е обаче от какво. Да се приеме, че не отговаряйки, туристът се отказва както от предложените промени

в договора, така и от предложеното му друго пътуване или връщане на парите, би противоречало на елементарния житейски разум. Считам, че в този случай мълчанието на туриста би следвало да се разбира като отказ от продължаване на договорните отношения с туроператора, т. е. на туриста би следвало да се върнат парите. Въпросът обаче е сериозен и за да се предотвратят евентуални затруднения при прилагането на закона и създаването на противоречива практика, той би следвало да намери нормативно решение.

ЗТ не предписва задължителна форма за уведомленията на туроператора и туриста. За да се улесни процесът на доказване на действителното съдържание на направеното изявление и на спазването на сроковете, е препоръчително това да стане в писмена форма, като се използват писмо с обратна разписка, куриерска служба или нотариална покана, така че да може да се установи по надлежен начин кога е изпратено изявлението и кога и от кого е получено.

Когато се стигне до промяна в договора или до неговото прекратяване, независимо от това дали е уговорено друго пътуване, или са върнати парите, туристът има право да претендира обезщетение за причинените му имуществени и неимуществени вреди. Големият пробив на ЗТ представлява възможността на туриста да търси обезщетение за неимуществени вреди на договорно основание. Досега константната практика на ВС/ВКС отричаше тази възможност<sup>17</sup>. Неимуществените вреди ще се изразяват най-вече в пропуснатата възможност за отдих, неосъществените положителни емоции и пр.<sup>18</sup>

Когато между сключването на договора и началото на пътуването настъпят събития, които пречат осъществяването му поради икономически или други причини необосновано от гледна точка на туроператора, той може да го отмени. Отмяната представлява потестативно право на туроператора едностранно да прекрати договора за туристическо пътуване с обща цена. В този случай той е длъжен да предложи на туриста друго пътуване или да му възстанови заплатените суми при условията, разгледани по-горе. Туристът има право също така да претендира обезщетение за всички причинени му имуществени и неимуществени вреди, освен ако:

— Причина за отмяната е ненабирането на определения минимален брой участници. Отказ на това основание е допустим единствено ако то е предварително залегнало в договора, където трябва да се посочат минималният брой участници и срокът, в който потребителят ще бъде уведомен, ако той не е набран. Ако тълкуваме чл. 30, ал. 3, т. 10 от ЗТ във вр. с чл. 35 от Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия, би трябвало да достигнем до извода, че срокът трябва да е достатъчно дълъг, за да има възможност туристът да организира почивката си по друг начин. Само за ориентация, примерните общи условия на договор за туристическо пътуване с обща цена на германското Сдружение на туристическите бюра (Deutscher Reisebüro-Verband e. V.) предвиждат срокът за уведомя-

ване да не е по-кратък от две седмици преди началото на пътуването и той се приема за нормален от страна на доктрината и практиката.

— Туроператорът няма да дължи обезщетение и в случаите, когато отмени пътуването поради настъпване на непреодолима сила. Непреодолимата сила е събитие, което не може да бъде предвидено или предотвратено от страните. Такива са например природните бедствия, епидемиите, войните. Според мен в случая с туристическите пътувания с обща цена стачките също трябва да се приравнят на непреодолима сила, стига да не стачкува персоналът на туроператора или на някой от неговите подизпълнители, тъй като подобно събитие не би могло да бъде непредвидено за туроператора и той е бил в състояние да повлияе върху него<sup>19</sup>. Важно е да се подчертае, че действието на непреодолимата сила трябва да бъде от такова естество, че да прави осъществяването на пътуването невъзможно. Туроператорът не би могъл да се позове на непреодолима сила, ако бедствието е отминало и последиците от него са отстранени преди началото на пътуването.

По никакъв начин не може да се приеме за непреодолима сила дублирането на резервации. Това обстоятелство е изрично подчертано в ЗТ.

11. Нека разгледаме един от най-важните и същевременно най-сложни въпроси, свързани с договора за туристическо пътуване с обща цена — неговото лошо изпълнение и правата, които туристът има в тези случаи.

Туроператорът е организатор на пътуването, той е съставил пакета и го е продал на туриста. Поради това чл. 39 ЗТ му възлага отговорността за всяко неизпълнение на поетите задължения, независимо дали вината е у него, или у негов подизпълнител. Така законът, следвайки изискванията на Директивата, въвежда безвиновна отговорност на туроператора за недостатъци, като в същото време му признава правото на регресен иск в случаите, когато причината за неточното изпълнение е у някой от подизпълнителите.

ЗТ предвижда следните права на туриста в случаите на неточно изпълнение на задълженията на туроператора:

1. право да изисква съдействие при неизпълнение на значителна част от услугите;
2. право сам да си достави изпълнение за сметка на туроператора;
3. право да развали договора;
4. право на обезщетение за причинените вреди.

Туристът обаче има и важното задължение да уведоми незабавно доставчика на услугите, туроператора или турагента за всяко установено от него неточно изпълнение на договора. Уведомлението трябва да се направи писмено или в друга подходяща форма. За улесняване на неговото доказване писмената форма е винаги за предпочитане. Така туристът дава възможност на туроператора да приведе незабавно в съответствие предоставяните услуги, като по този начин ограничи своята отговорност. Ако туристът не изпълни задължението си за уведомяване, туроператорът може да претендира ограничаване на размера на отговорността си.

Решаваща предпоставка, за да може туристът да претендира каквото и да е от туроператора, е причината за неизпълнението да е в неговата сфера на риск<sup>20</sup>. Този извод произтича от ал. 3 на чл. 39 ЗТ, която отрича отговорността на туроператора в случаите, когато неизпълнението се дължи на поведението на туриста, действия на трето лице, непреодолима сила или случайно събитие. Настъпването на някое от тези обстоятелства освобождава туроператора от отговорността за вреди, но не и от задължението да окаже съдействие на туриста.

За да се установи кога са налице недостатъци в пътуването, е необходимо да се изясни точно обхватът от задължения на туроператора. Той е заложен в договора като поредица от услуги, съставляващи туристическия пакет. Тази поредица обаче не е механична. Те са подбрани по начин, че да се постигне една абстрактна цел — да се създаде възможност на туриста да постигне определен ефект от пътуването. Какъв ще бъде той, зависи от самото пътуване. Типични цели, както беше посочено, са почивка и възстановяване, обучение, различни емоционални изживявания и др. При изследването на неизпълнението трябва да се изхожда не само от типичните характеристики на конкретната неточно изпълнена услуга, но и от ефекта на неизпълнението върху целта на пътуването. В този смисъл неточно изпълнение на договора ще бъде налице не само при недостатък на някоя от услугите, включени в пакета, но и при лошото им поддръждане и липсата на необходимия синхрон, при което се стига до загуба на време или до неприятни емоции у туриста.

Както бе подчертано по-горе, необходимо е неизпълнението да произтича от сферата на риск на туроператора. Тя се определя от поетите от него ангажименти, от описанието на пътуването и неговата реклама, от индивидуалните уговорки и обещания, поети спрямо туриста, от вида на самото пътуване, от предоставената на туриста информация и събудените у последния очаквания. Извън тази сфера остава нормалният житейски риск, който всеки носи сам за себе си. Това са всички случаи, чието възникване не е непременно свързано с осъществяването на туристическо пътуване и които могат да се очакват и в нормалното ежедневие. Такива са например автомобилните катастрофи, кражбите, нараняванията при падане, което не е причинено от дефектни мебели или оборудване, заболяванията, които не са резултат от лоша храна или лоша хигиена. Доколкото в резултат на подобни хипотези се стигне до увреждане на туриста, той би могъл да претендира обезщетение от виновното лице на деликтно основание.

Извън сферата на риск на туроператора остават и рисковете, които са свързани с околната среда и обкръжението по време на пътуването. Такива са например обичайното за района замърсяване на плажа и морето, наличието на водорасли и медузи във водата, лошото време, липсата на сняг в зимните курорти, ухапвания от насекоми, доколкото развъждането им не се дължи на лошата хигиена в хотела или ресторанта, шум от църковни камбани или детски площадки, обичайният шум

от увеселителни заведения<sup>21</sup> и др. под. Тези обстоятелства обаче могат да попаднат в сферата на риск на туроператора, ако той изрично е уверил туриста в тяхната липса или е създал у него подобна представа. Така например туроператорът ще отговаря и за плажните и водните замърсявания, ако в описанието на пътуването пише „идеално чист плаж и кристална вода“. Ако се рекламират „райско спокойствие и тишина“, в сферата на риск на туроператора ще попадне всякакъв вид страничен шум, независимо от кого е предизвикан. В ущърб на туроператора следва да бъдат тълкувани всички двусмислици в предоставената на туриста информация за пътуването. Недопустимо е съществуващи неудобства да бъдат представени завоалирано, така че туристът да не бъде в състояние да си създаде ясна представа за условията на място. Това ще бъде налице при използването на изрази от рода на „хотел с централно разположение“ за прикриване на уличен шум; „новооткрит хотел“ за липсваща инфраструктура; „хотел в проспериращ район“ вместо строителен шум; „младежки хотел“ за непрестанен и силен нощен шум; „градски хотел“ за силен шум от преминаващи влакове и т. н.<sup>22</sup>

При преценката относно наличието на недостатък трябва да се вземе предвид и общото положение в приемащата страна. Разбира се, предоставяйки информацията, туроператорът би следвало да се съобрази с представата, която ще получи туристът в страната на предлагане на пътуването. Туристът обаче от своя страна би следвало да приеме за нормални отклоненията в очакваното от него качество на услугите, които се дължат на местната социално-икономическа действителност. Така в страните от Югоизточна Европа не би могло да се очаква наличието на просторни магистрали из цялата територия, а също така би следвало да се приеме за нормално едно по-високо ниво на шум и замърсеност от това в скандинавските курорти например.

Нека се спрем на предпоставките за възникване и на същността на различните права, които туристът има в случаите на неточно изпълнение на договора от страна на туроператора. Чл. 41, ал. 1 от ЗТ изисква неизпълнение на значителна част от услугите като условие за възникване на задължението на туроператора да окаже съдействие на туриста. Според мен тази разпоредба трябва да бъде тълкувана разширително в смисъл, че съществено отклонение в качеството на една услуга също би следвало да задължи туроператора да окаже съдействие за успешното продължаване на пътуването, респ. ако такова бъде отказано, да даде право на туриста сам да си достави изпълнение, ако съдействието бъде отказано. Пример за единична услуга, чието значително забавяне може да се отрази на облика на пътуването, без непременно да застраши точното изпълнение на другите услуги и което би следвало да доведе до намесата на туроператора, е значителното закъснение в транспортирането, без то да води до пропускане на първата нощувка. Ако е налице забавяне на полета с 5—6 и повече часа, туроператорът би следвало да потърси други възможности за транспорт (друга авиокомпания, влак, автобус,

ако чрез тях до известна степен може да се компенсира закъснението), респ. туристът би могъл сам да прибегне до тези заместващи услуги, ако туроператорът не ги осигури, като впоследствие иска от него възстановяване на направените разходи.

Предпоставка за възникване на правото на туриста сам да си достави изпълнение за сметка на туроператора е последният да не е предприел никакви мерки за отстраняване на недостатъка. За доказване на това обстоятелство е препоръчително туристът едновременно с уведомяването за констатираните нередности да даде на туроператора подходящ срок за тяхното отстраняване и да го уведоми за намерението си да си достави изпълнение със собствени средства и усилия. По този начин ефективно може да се блокира възражението на туроператора, че е имал готовност да изпълни и че туристът е действал прибързано и на своя глава. Считам, че ал. 2 на чл. 41 ЗТ, която дава право на туриста да си достави сам изпълнение единствено в случаите, когато туроператорът не предприеме никакви мерки, също се нуждае от разширително тълкуване. Според мен това право би следвало да бъде признато и в случаите, когато предприетите от туроператора мерки са неефективни. Действително текстовете на ал. 1 и 2 на чл. 41 ЗТ възпроизвеждат буквално разпоредбата на чл. 4, ал. 7 на Директива 90/314. Обстоятелството обаче, че тя представлява минимален стандарт и духът на самата уредба допускат възприемането на предложеното разширително тълкуване.

Значителното неизпълнение трябва да се разграничава от обикновеното притеснение, което може да възникне в хода на всяко пътуване и което би следвало да бъде прието за нормално от туриста, без да води до претенции за получаване на заместващи услуги. В кръга на нормалното попадат закъснения в транспортирането до 2 часа; непредвидено междинно кацане; закъснение на багажа до 1 ден; несъществена промяна в началния час или маршрута на екскурзията; промяна в мястото на настаняване, без между двете да има отлика в лукса и местоположението; краткотрайно прекъсване на електрозахранването и водоснабдяването и др. под.

Ако подходящи мерки не могат да бъдат взети или туристът не ги приеме поради основателни причини, той има право едностранно да развали договора и да иска от туроператора да го транспортира до началния пункт на пътуването или до друго договорено място за своя сметка.

Независимо от предприетите мерки, туристът има право и на обезщетение за причинените му от неточното изпълнение имуществени и неимуществени вреди. При разваляне на договора основание за подобна претенция дава чл. 41, ал. 3, т. 2, а във всички останали случаи — чл. 35, ал. 5 от ЗТ.

Законът в чл. 40, ал. 1 дава възможност в договора за туристическо пътуване с обща цена да се уговори горна граница на отговорността за вреди на туроператора. Недоумение буди второто изречение на ал. 1, според което уговорената горна

граница не може да надхвърля трикратния размер на цената на пътуването. При декларираната в чл. 2, т. 3 цел на закона да защити потребителите на туристическия продукт един подобен запис е, меко казано, странен. Тук става дума за мярка за защита на туроператора, и то в случаите на негово неизпълнение. Той обаче има достатъчно възможности за защита и без този запис, тъй като оформя общите условия на договора. Освен житейската му несправедливост този текст би могъл да се приеме и като неточно въвеждане на Директивата, тъй като тя дава право на страните-членки да предвидят подобно ограничение, което обаче не трябва да е несъразмерно. Съответстващ на Директивата запис би бил забрана ограничението да е под трикратния размер на платената цена, или подобен на § 651h от Германския граждански кодекс (BGB), който дава възможност за ограничаване на отговорността до трикратния размер на цената, но единствено в случаите, когато вредите не са причинени умишлено или поради груба небрежност или пък виновен за тях е подизпълнител, а не самият туроператор.

Все пак не бива да се остава с погрешното впечатление, че туроператорът може да ограничи отговорността си до произволно избрана от него величина в рамките от 1 до 300% от платената цена. Прекомерно ниският праг на отговорност би представлявал неравноплавна клауза по смисъла на чл. 35 от Закона за защита на потребителите и за правилата за търговия.

Отговорността за вреди на туроператора може допълнително да бъде ограничена по силата на ратифицирани от Република България, влезли в сила и обнародвани в „Държавен вестник“ международни договори. Това ограничение също възпроизвежда изискване на Директивата<sup>23</sup>.

Много често размерът на обезщетението за неточно изпълнение на туристически услуги се определя на базата на т. нар. Франкфуртски таблици. Тяхната правна природа обаче не е достатъчно позната в България, поради което ще им отделия малко внимание.

Франкфуртските таблици представляват съдебна практика на Провинциалния съд във Франкфурт на Майн и са есенцията на голям брой разгледани от този съд рекламации във връзка с туристически пътувания. Те свързват обезщетението за типични случаи на неизпълнение с процент от заплатената обща цена за пътуването. Таблиците съдържат една обща мярка за справедливост, която обаче трябва да бъде пречупена през особеностите на конкретния случай. Преди всичко Франкфуртските таблици служат за ориентация. Те не са задължителни нито за съдилищата в Германия, нито за съдилищата в другите страни-членки на ЕС, още по-малко за България. Браншът и съдилищата прибягват до тях като обективен и безпристрастен ориентир относно справедливото обезщетяване, но неговият размер може да бъде изчислен и по друг начин, ако това съответства в по-голяма степен на справедливостта в конкретния случай. Ето някои по-характерни позиции от таблиците:

→ при промяна във вида на средството за подслон (хотел вместо бунгало) обезщетението е 5—10% от цената на пътуването;

→ при предоставяне на двойна вместо на единична стая — 20%; на тройна вместо на единична стая — 25%;

→ при твърде малка площ на стаята, липсващ балкон или изглед към морето, ако такъв е обещан — 5—10%;

→ при липса на сервиз в мястото за настаняване — 25%;

→ при силен нощен шум — 10—40%;

→ при лоши миризми — 5—15%;

→ при неосигуряване на хранене — 50%, при лоша храна — 20—30%;

→ при липса на басейн, когато такъв е обещан — 10—20%;

→ при замърсен плаж — 10—20% и т. н.

Тежестта на доказване на неточното изпълнение на договора лежи върху туриста. ЗТ не съдържа ограничение при използването на доказателствени средства, така че са допустими всички — писмени и веществени доказателства, свидетелски показания и заключения на вещи лица. От практическа гледна точка е препоръчително туристът да настоява пред местния представител на туроператора или пред съответния подизпълнител за съставянето на протокол за констатиране на недостатъка, който да се подпише от двете страни, и да пази екземпляр от него.

12. Последният въпрос, който трябва да бъде разгледан във връзка с договора за туристическо пътуване с обща цена, е задължителната застраховка за професионална отговорност на туроператора. Тя е въведена като задължителна по силата на чл. 42 от Закона от 1 януари 2003 г. за всички лица, които развиват туроператорска дейност, независимо дали имат сключени договори с туристи, или не. Чрез нея българският закон отговаря на изискването на чл. 7 от Директива 90/314 да се създадат гаранции за връщането на платените от туриста суми и обратното му транспортиране в случаите на неплатежоспособност или банкрут на туроператора. Европейската практика познава две основни форми на осигуряване срещу подобни рискове — задължителни застраховки и специални гаранционни фондове. Идеята за нарочен фонд бе отхвърлена при подготовката на ЗТ, тъй като създаването му е свързано с твърде високи разходи, а е и непознато на нашата туристическа практика. Взето бе решението да се използват вече съществуващите застрахователни фондове.

Застрахователните събития, които трябва да бъдат покрити, са неплатежоспособност и несъстоятелност на туроператора. Застраховката трябва да покрива връщането на платените от потребителя суми по договора в случаите, когато пътуването не може да бъде проведено, а ако вече е започнало — разликата за неползваните услуги и разходите, свързани с връщането на туриста до началната точка на пътуването. В своята практика Съдът на европейските общности е изяснил, че това включва и направените от самия турист разходи по обратното прибиране<sup>24</sup>.



Туроператорът или туристическият агент са длъжни да впишат в договора за туристическо пътуване с обща цена фирмата и адреса на застрахователя, с който е сключена застраховката срещу професионален риск, и да представят на туриста договора за застраховка. Ако той не бъде представен, туристът има право преди началото на пътуването писмено да се откаже от договора, без да дължи неустойка или обезщетение.

Условията и редът за сключване на застрахователния договор, размерът на застрахователното покритие, лимитите на отговорност и начините за определяне на застрахователната премия са детайлно регламентирани в Наредбата за условията и реда за сключване на задължителна застраховка, покриваща отговорност на туроператора<sup>25</sup>. Приложението към чл. 10, ал. 1 от наредбата предвижда фиксиран размер на застрахователните суми, които застрахователят трябва да заплати при настъпване на събитието. Подобен подход е в противоречие с изискванията на чл. 7 на Директива 90/314, който изисква страните-членки да създадат гаранции за връщане на всички направени от потребителя разходи и плащания. Фиксирането на размера на застрахователната сума създава опасност претенциите на потребителите да останат частично неудовлетворени, което слиза под минималния стандарт на Директивата.

## БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> Вж. т. 2 и 3 от Преамбюла на Директива 90/314.

<sup>2</sup> Обн., ДВ, бр. 33 от 20.04.1993 г.

<sup>3</sup> Обн., ДВ, бр. 71 от 23.06.1998 г.

<sup>4</sup> Обн., ДВ, бр. 99 от 1998 г.

<sup>5</sup> Вж. **Еверлинг, У.** За тълкуването на вътрешното право, уеднаквено с директивите на Европейската общност — в **Хопт, К. и Т. Бузева.** Европейско дружествено право, С., 1999, с. 108 и сл. и **Варадинов О.** Тълкуване на националното законодателство в съответствие с директивите на ЕС — частноправни аспекти в „Съвременно право“, кн. 3, 2000.

<sup>6</sup> Вж. **Führlich, E.** Reiserecht, Heidelberg 1998, с. 67 и сл. и цитираните там автори.

<sup>7</sup> Вж. **Василев, Б.** Облигационно право, специална част — отделни видове договори, С., 1992, с. 86.

<sup>8</sup> Вж. **Георгиев, А., М. Василева.** Туроператорска, агентска и транспортна дейност в туризма, С., 1999, с. 49—50.

<sup>9</sup> Така **Голева, П.** Договор за организирано туристическо пътуване с обща цена, приложение „Търговци“ към сп. „Пазар и право“, кн. 9, 2002, с. VI и XVIII.

<sup>10</sup> Пак там, с. X.

<sup>11</sup> Пак там, с. VII. Авторката сочи, че „отсъствието на един или повече реквизити от договора, посочени в императивната норма на закона, не го правят нищожен“.

<sup>12</sup> Вж. **Павлова, М.** Гражданско право — обща част, т. 2, С., 1996, с. 153—154.

<sup>13</sup> Вж. **Führlich, E.**, цит. съч., с. 113.

<sup>14</sup> Пак там, с. 120 и сл.

<sup>15</sup> Относно способите за формиране на цената на туристическото пътуване вж. **Георгиев А., М. Василева**, цит. съч., с. 54 и сл.

<sup>16</sup> Вж. § 651a, Abs. 5 BGB.

<sup>17</sup> Вж. р. 1786—1970—ІГО и р. 197—1997—V ГО. Преглед на дискусиата относно възможността за обезщетяване на неимуществени вреди при договорна отговорност в **Калайджиев, А.** Облигационно право — обща част, II изд., С., 2002, с. 351—352.

<sup>18</sup> **Голева, П.**, цит. съч., с. XX счита, че претенцията за неимуществени вреди на туриста е с деликтно основание. Това разбиране трудно може да бъде споделено, тъй като тя произтича непосредствено от неизпълнението на поетите с договора за туристическо пътуване с обща цена задължения и не е резултат от допълнително противоправно поведение на туроператора или на някое от лицата, изпълняващи услугите, включени в туристическия пакет.

<sup>19</sup> Така също **Голева, П.**, цит. съч., с. XVIII.

<sup>20</sup> Вж. детайлно **Führlich, E.**, цит. съч., с. 183 и сл.

<sup>21</sup> Тези и по-голямата част от другите примери в настоящото съчинение са посочени по **Führlich, E.**, цит. съч., и са част от съдебната практика на германските съдилища.

<sup>22</sup> Пак там, с. 196.

<sup>23</sup> **Голева, П.**, цит. съч., с. V посочва следните международни актове, ограничаващи отговорността на лицата, предлагащи туристически услуги: Варшавски договор от 1929 г. за международния въздушен транспорт; Бернска конвенция от 1961 г. за железопътния превоз на товари; Атинска конвенция от 1974 г. за морския транспорт; Парижка конвенция от 1962 г. за отговорността на хотелиерите.

<sup>24</sup> CEO, 14.05.1998 — C-369/96 (Verein für Konsumenteninformation/Österreichische Kreditversicherungs AG).

<sup>25</sup> Обн., ДВ, бр. 106 от 12.11.2002 г.

## THE CONTRACT FOR ORGANISED TOURIST TRAVEL WITH COMMON PRICE

*by Ognian Varadinov*

### *Summary*

The new Act on Tourism adopted in 2002 creates a detailed regulation of the contract for a tourist travel with a common price in compliance with Directive 90/314 of the EU.

The article studies the contract for a tourist travel with a common price in respect to its legal nature, parties, subject and form. A special attention is paid to the obligations of the parties and the opportunities a tourist has in case of a failure to fulfil or bad performance on the side of the travel agent or his subcontractors the contractual obligations.

## ЕВРОПЕЙСКИЯТ ОМБУДСМАН В КОНТЕКСТА НА ПОДГОТОВКАТА НА ЕС ЗА РАЗШИРЯВАНЕ

*Кристиан Русев\**

Поради причини от комплексен характер и най-вече като следствие от динамиката на интеграционните процеси се оказва, че както правната доктрина, така и общественото мнение в държавите, членуващи в Европейския съюз или кандидати за членство, е фокусирано през последното десетилетие предимно върху институционалните реформи на Европейската комисия, Съвета на ЕС и Европейския парламент.

Подобен засилен интерес към горепосочените институции е обясним предвид стратегическото им значение за функционирането на ЕС като уникален субект на международното публично право. При все това е твърде уместна една подчертано критична констатация, а именно, че доктриналният дебат през последните няколко години като цяло пропусна да реагира адекватно и да отдаде дължимото внимание на твърде значимата „роля“ на Европейския омбудсман — останал сякаш в „сянката“ на Европейския парламент.

А именно при Европейския омбудсман е налице неотложна потребност от създаване на обновена правна регламентация в *acquis* (и то в първичното право на ЕС) с оглед изграждане на капацитет (вкл. кадрови и бюджетни ресурси) за ефикасно функциониране на Омбудсмана в периода след предстоящото разширяване на ЕС чрез присъединяване на първата „вълна“ от кандидати за членство. Безспорно броят на потенциалните жалбоподатели ще нарасне в пъти, тъй като към ЕС ще се присъединят държави от Централна и Източна Европа, които са в процес на утвърждаване на модела на правова държава в контекста на приключващ „законотворчески спринт“ на техните национални парламенти с цел ускорена хармонизация на вътрешното им законодателство с правото на ЕС.

В този смисъл може да се съгласим, че Европейският омбудсман вероятно е в приемлива степен в състояние да изпълнява функциите (правомощията) си в един Европейски съюз с 15 членуващи държави със сходни правни и политически

---

\* Асистент в ЮФ на ВТУ „Св. св. Кирил и Методий“, член на Международната асоциация на специалистите в Хагската академия по международно право.

традиции, но едва ли Омбудсманът ще бъде подготвен (при запазване на сегашната му правна регламентация) за предизвикателствата, които неминуемо ще възникнат след масираното разширяване на ЕС на изток.

Вероятно вече е настъпил моментът, в който е необходимо да се инициира един конструктивен дебат сред представителите на европейската правна доктрина относно необходимостта от усъвършенстване на правната регламентация на Европейския омбудсман с оглед преосмислянето на традиционния „скандинавски модел“ на парламентарен посредник/защитник, символизиращ редица демократични начала, но с подчертано скромно институционално присъствие.

Безусловно т. нар. скандинавски модел представлява изключително ценно достояние и е допринесъл твърде много за сегашния позитивен имидж на Европейския омбудсман, но този вековен модел (с вътрешноправна природа) обяснимо не е достатъчно пригоден за реалностите на един интензивно разширяващ се ЕС, включващ в средносрочен план според оптимистичните сценарии 25 членуващи държави.

Вярно е и това, че „еманципирането“ на Европейския омбудсман и налагането му в сферата на несъдебния контрол като пълноценен блюстител на субективните права на гражданите на ЕС може да се възприема донякъде и като функция на утвърждаването участието на Европейския парламент в нормотворческия процес. Необходимо е да се преодолеят крайните оценки по отношение институцията на Европейския омбудсман и в случая е извънредно вредно както подценяването му, така и създаването на свръхочаквания във връзка с дейността му.

Все пак би било нелепо да се счита, че той представлява панацея на всички проблеми, произтичащи от т. нар. лошо администриране от страна на институциите<sup>1</sup> на ЕС, и ако си позволим една спонтанна игра на думи — неприемливи са всякакви визии, обрисувачи Омбудсмана в бъдеща обединена Европа като „супермен“, светкавично прелитащ и интервениращ с лекота във всяка „гореща точка“ на европейското пространство.

Следователно това, което е потребно в този стратегически момент на подготовка на решаваща за разширяването на ЕС Междуправителствена конференция (IGC), е трезво преосмисляне на постиженията и пропуските в сегашната роля на Европейския омбудсман (във вида, в който е уредена в Договора от Маастрихт, Амстердамския договор и в концептуалната рамка на Декларацията от Лаекен).

С цел постигане максимална степен на конкретност в настоящия анализ е необходимо да бъдат селективно коментирани редица противоречиви разпоредби в актовете, съдържащи общностната правна регламентация на Европейския омбудсман. Подходящо е да се постави фокус върху някои особено значими актове от вторичното право на ЕС, а именно Статута на Европейския омбудсман<sup>2</sup>, а също и малко известното, но така важно в процесуален аспект Решение на Омбудсмана (прието на 16.10.1997 г. и влязло в сила на 01.01.1998 г.)<sup>3</sup>. Поради ограниче-

нията в обема на това изложение ще бъдат открити само най-проблемните разпоредби в Статута на Европейския омбудсман, сред които могат да бъдат посочени чл. 8 (във връзка с чл. 6 — изисквания за заемане на подобна длъжност), според който всеки Омбудсман, който не отговаря вече на изискванията за заемане на поста или е извършил тежко провинение (*serious misconduct*), следва да бъде освободен от длъжност с акт на Съда на ЕС при сезиране от Европейския парламент.

Безспорно е необходим подобен коректив, но той поражда известни опасения, че би могло да се накърни така важната приемственост между отделните омбудсмани или в резултат на разширяването на ЕС да се допусне нежелано политизиране (а не юридизиране!) на евентуален конфликт между Омбудсмана и някои от институциите на ЕС. В резултат на това не са невъзможни искания от страна на Европейския парламент до Съда на ЕС за отстраняване на „неудобен“ Омбудсман под претекст за извършено тежко провинение.

Още повече, дори сегашният високо ценен Омбудсман — Якоб Съдерман (назначен през септември 1995 г. и преизбран от Европейския парламент на основание чл. 6 от Статута), открито и безпощадно критикува редица институции на ЕС, а никой не би могъл да предскаже естеството на отношенията между Европейската комисия и Съвета на ЕС и бъдещите лица, заемащи тази длъжност. От друга страна, трябва да признаем, че най-надеждният гарант за правомерното функциониране на Омбудсмана е именно Съдът в Люксембург.

Показателен за горното твърдение е дори един бегъл поглед към Декларацията от Лаекен относно бъдещето на Европейския съюз (декември 2001 г.)<sup>4</sup>. В Декларацията самите държавни глави на 15-те членове на ЕС с огорчение признават, че гражданите на ЕС често не откриват никаква връзка между стратегическите цели на Съюза и ежедневните бюрократични дейности на институциите му, а освен това като „червена нишка“ се откроява тезата, че е дошъл моментът институциите на ЕС да се реформират и да станат истински демократични, прозрачни и ефикасни — т. е. да възприемат швейцарския „принцип на доброто държавно управление“ (*good governance principle*).

За Европейския съюз това означава установяване на партньорство между Европейския парламент и националните парламенти на държавите-членки с цел легитимиране на прехода от ЕС като класическа международна организация (от суверенни държави) към безпрецедентен международноправен субект със собствена конституция<sup>5</sup>. От друга страна, в самата Декларация от Лаекен (раздел III) откриваме поредното потвърждение за нарастващото признание за ролята на Омбудсмана, тъй като в проектирания в Декларацията Конвент (*Convention*) за бъдещето на Европа е отредено участие и на Европейския омбудсман със статут на наблюдател.

Нека припомним, че въпросният форум се характеризира с балансирано участие на представители на законодателната, изпълнителната и съдебната власт на

държавите, членуващи в ЕС, и започна тържествено своите заседания в Брюксел на 01.03.2002 г., като целта е да се изработи концептуалната рамка, която да се превърне в основа за решенията за предстоящата Междуправителствена конференция на ЕС. Наред с Европейския омбудсман в Конвента участват 15 представители на държавните и правителствените глави на членовете на ЕС, 30 членове на парламентите на 15-те държави, двама представители на Европейската комисия и 16 членове на Европейския парламент, както и представители на кандидатите за членство в ЕС (вкл. и на България с квота, равна на тази на другите участници).

Необходимо е да бъде гарантирана независимостта на Омбудсмана<sup>6</sup> предвид стратегическата му роля по приемане на жалби за незаконосъобразно администриране (допуснато от институции на ЕС, с изключение на Съда на ЕС и на Първоинстанционния съд в Люксембург), подавани от физически и юридически лица (т. е. лица, които са граждани на ЕС или са пребиваващи на законно основание или регистрирали седалище в държава-членка на ЕС). В този смисъл твърде интересно би било изследване на ежегодните доклади на Европейския омбудсман до Комитета по петициите при Европейския парламент, но в случая ще бъдат шрихирани само някои основни моменти от доклада на г-н Якоб Съодерман за 2001 г., представен на 08.04.2002 г.<sup>7</sup>

Докладът съдържа поредните потвърждения за евентуален конфликт между Омбудсмана и някои институции на ЕС, тъй като г-н Съодерман недвусмислено изразява своя шок и огорчение от пълната липса на конкретни действия от страна на Европейската комисия и Съвета на ЕС с оглед съобразяване на „духа“ на Хартата на ЕС за основните права, Ница, декември 2000 (The Charter of Fundamental Rights).

Всъщност подобни напрежения между институции на ЕС не би следвало да се възприемат като опасно начало на „междуинституционална война“, защото такива конфликти съдействат като коректив с оглед повишаване интензитета на юридическа закрила на правата и свободите на гражданите на ЕС. Колкото до самия доклад за 2001 г., той показва известно равномерно увеличаване в броя на жалбите — 1874 получени жалби, от които допустими са били едва 313, довели до 204 проверки — разследвания от служители на Европейския омбудсман, и до 4 проучвания от типа *ex officio* на основание чл. 3 от Статута.

Любопитно е и това, че 77% от жалбите са насочени срещу Европейската комисия, 7% срещу самия Парламент, 2% срещу актове на Съвета на ЕС, като оплакванията са най-често свързани с отказ на горепосочените институции за обществен достъп до информация, със спорове относно възлагане на обществени поръчки (напр. от Комисията) и прояви на дискриминационно третиране спрямо граждани на ЕС. Смущаващо впечатление остава обаче прекомерната средна продължителност на производството — проверка от Омбудсмана, — 289 дни за всеки отделен случай през 2001 г.

При все това като успех може да се открият постигнатите в 80 случая „приятелски спогодби“ между институции на ЕС и граждани/юридически лица в членуващи държи, както и 46-те критични препоръки — отправени от Омбудсмана, а също и двата т. нар. Special Reports, критикуващи фразиращи случаи на дискриминация по признак пола принадлежност или незаконосъобразни откази за достъп до информация.

Един опит да бъде обобщено представен Статутът на Европейския омбудсман би довел до заключението, че би могло да се настоява за преосмисляне и прецизиране на чл. 5 от Статута, който дава възможност на Европейския омбудсман да си сътрудничи с националните омбудсмани на държавите, членуващи в ЕС при спазване на съответната вътрешноправна уредба.

Нека уточним, че въпросното сътрудничество е лаконично регламентирано и в чл. 12 на цитираното вече Решение на Европейския омбудсман (в сила от 01.01.1998 г.)<sup>8</sup>, но в този акт уместно като ръководно начало в партнирането между тези институции е посочена необходимостта от все по-ефикасна правна закрила на гражданите на ЕС. Следва да се съгласим, че горепосоченото Решение донякъде компенсира редица пропуски на обсъдения вече Статут, при което удачно са регламентираны редица аспекти, свързани с допустимостта на жалбите (чл. 3), евентуалното им пренасочване към други компетентни институции, правомощията на Омбудсмана (чл. 5), а подкрепа заслужава и диференцираният режим на мерките, предприемани от Омбудсмана при нарушения по смисъла на чл. 7 (т. нар. критични бележки при не толкова значителни нарушения) и на чл. 8 (т. нар. reports and draft recommendations при фразиращи прояви на т. нар. лошо администриране от институции на ЕС).

Същевременно е повече от необходимо Европейският омбудсман да бъде снабден със съответния инструментариум с оглед да не се допусне превръщането му в прекъснал връзки с реалността общностен „Дон Кихот“, атакуващ с крехкото си копие непревземаемите „вятърни мелници“ на бюрократичните институции на ЕС. Тази препоръка е във все по-голяма степен валидна предвид значително еволюираните очаквания към него и с оглед нарасналите публичноправни функции, възложени му и от Европейския кодекс за добро администриране (административно обслужване), тържествено приет с Резолюция на Европейския парламент от 06.09.2001 г.<sup>9</sup>

Този Европейски кодекс представлява опит да бъде преодолян съществуващият „вакуум“ в правото на ЕС и се базира на редица принципи, формулирани в юриспруденцията на Съда на ЕС. Според чл. 1 от Кодекса той следва да бъде съблюдаван от „всички институции и публичноправни тела на Европейския съюз, както и от техните служители в отношенията им с обществото“<sup>10</sup>, като според чл. 26 от Кодекса всяко физическо или юридическо лице може да отправи жалба до Европейския омбудсман при нарушение на разпоредбите на Кодекса, а в из-

пълнение на чл. 27 институциите на ЕС са длъжни в 2-годишен срок от приемането на този акт (т. е. до 6 септември 2003 г.) да депозират доклади пред Омбудсмана относно степента на прилагането на Кодекса в тяхната дейност<sup>11</sup>.

Удачно е да припомним, че според чл. 41 от Хартата на ЕС за основните права — Ница, 2000 г. (която в средносрочен план вероятно ще бъде снабдена с така необходимото обвързващо действие), субективното право на „добро администриране“ включва като компоненти: правото да бъде изслушано едно лице, преди да бъдат взети каквито и да е мерки от естество да му повлияят отрицателно; право на достъп до лични данни, съхраняване от институции на ЕС; право да се изисква от служителите на институциите на ЕС да мотивират своите актове; право на своевременно отговор при отправени запитвания, и то на избрания от лицето работен език в ЕС, а също правото да се претендира обезщетение при т. нар. лошо администриране от страна на служители в институции на ЕС.

Всъщност Европейският омбудсман би могъл да интервенира много по-ефикасно, ако в обозримо бъдеще Европейската комисия удовлетвори искането на Европейския парламент (отправено със същата Резолюция от 06.10.2001 г., с която бе приет Европейският кодекс) за изработване от Комисията на проекторегламент, инкорпориращ кодекса и придаващ му необходимия интензитет на обвързващо правно действие.

Наред с това обсъжданият тук Европейски кодекс притежава редица достойнства, сред които е регламентираният „каталог“ от легални определения на основните правни принципи, които следва да бъдат съблюдавани от институциите на ЕС, а всъщност се визират следните ръководни начала (някои от които са регламентирани и в българското законодателство):

— принцип на законосъобразност на актовете на служителите в институции на ЕС (чл. 4 от Кодекса);

— принцип на пропорционалност, т. е. допустимо е санкциониране и рестриктивни мерки само в необходимите за целта предели (чл. 6);

— принцип за недопускане на превратно упражняване на властта и злоупотреба с властнически правомощия (чл. 7);

— принцип на закрила срещу дискриминация (чл. 5);

— принцип на обективност и приоритет на обвързаната компетентност пред т. нар. дискреционна преценка (чл. 9);

— принцип на необходимостта да бъдат удовлетворени т. нар. легитимни очаквания на субектите в правните им отношения с институциите на ЕС (чл. 10);

— принцип на справедливост, независимост и безпристрастност (чл. 8,11), но във връзка с този принцип не е удачно регламентирана превенцията на евентуални „конфликти на интереси“ на служители на ЕС. Освен това Европейският кодекс регламентира и редица важни аспекти на правната закрила на лични данни и на достъпа до информация (чл. 21)<sup>12</sup>, като изисква в своите актове институциите



на ЕС да посочват реда и сроковете за тяхното атакуване. Не би било пресилено да се твърди, че поради изброените достойнства на Европейския кодекс е повече от наложително да се настоява за инкорпорирането му в регламент, чрез което значително ще се съдейства за адекватни мерки от страна на Европейския омбудсман.

Наред с това всеки европейски юрист не може да не изпита неподправено доктринално любопитство относно бъдещите етапи в еволюцията и утвърждаването на Европейския омбудсман като необходим блюстител на човешките права и свободи в ЕС в сферата на несъдебния контрол върху актове на институциите на ЕС. Несъмнено реформирането на Омбудсмана (наред с Европейската комисия, Съвета и Парламента на ЕС) ще спомогне косвено за подготовката на ЕС за разширяване и следователно ще съдейства за утвърждаване модела на правова държава в Европейския съюз.

Българското общество и правна доктрина са във висша степен заинтересовани от обновата на правната регламентация на Европейския омбудсман в *acquis*, тъй като след присъединяването на Република България към ЕС гражданите на страната ни ще се сдобият с още един надежден гарант за своите права.

## БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> Съгласно терминологията, възприета в първичното право на ЕС, би следвало терминът „институции“ на ЕС да включва понятията „institutions“ и „bodies“.

<sup>2</sup> Цитираният акт е популярен с названието „Статут на Омбудсмана“, но всъщност точното му наименование е: Decision of the EP on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties; OJ L 113/1, 4.4.1994.

<sup>3</sup> Това решение е аналог в *acquis* на вътрешноправно постановление на орган на държавна власт за прилагане на вече приет законов акт и е с наименование Decision of the European Ombudsman adopting implementing provisions.

<sup>4</sup> Вж. Annexes to the Presidency conclusions, Laeken, 14 and 15 December 2001, SN 300/1/01, Rev. 1, Annex I, Laeken Declaration on the future of the EU.

<sup>5</sup> За ролята на сътрудничеството между Европейския парламент и националните парламенти вж. Декларацията за бъдещето на ЕС, включена като Анекс към Договора от Ница, декември 2000 г.

<sup>6</sup> Вж. чл. 10 от Статута на Европейския омбудсман, както и протокола за привилегиите и имунитетите на Европейските общности.

<sup>7</sup> Вж. 2001 Annual Report of the European Ombudsman to the Committee of Petitions of the European Parliament, 8 April 2002.

<sup>8</sup> Вж. Decision of the European Ombudsman adopting implementing provisions of 1 Jan. 1998.

<sup>9</sup> Вж. European Code of Good Administrative Behaviour, Sept. 2001.

<sup>10</sup> Според чл. 3 (9) от Кодекса „общество“ включва като термин всички физически или юридически лица, независимо дали имат постоянно местожителство/седалище в държава — член на ЕС, т. е. и български граждани могат да се позоват на разпоредбите на Европейския кодекс за добро администриране.

<sup>11</sup> За възможността за сезиране на Омбудсмана в случай на незаконосъобразно администриране вж. и чл. 43 от Хартата на ЕС за фундаменталните права.

<sup>12</sup> Вж. Regulation (EC) № 1049/20013, както и Regulation (EC) № 45/2001.

## **RETHINKING THE LEGAL FRAMEWORK OF THE EUROPEAN OMBUDSMAN-PREPARING THE EU FOR ITS UNPRECEDENTED ENLARGEMENT**

*by Christian Roussev*

### *Summary*

The principal aim of this article is to evaluate the unique role of the European Ombudsman in the domain of efficient implementation of the right to good administration.

The author dedicates his attention to a number of strategic paradigms-related to the competences of the European Ombudsman and his at times controversial interaction with other EU institutions.

The article suggests the introduction of new legal concepts in the field of building the necessary adequate administrative capacity of the European Ombudsman.

---

# ДИСКУСИИ

---

## ОТГОВОРНОСТ НА ДЪРЖАВАТА ЗА ВРЕДИ ОТ ПРИЛАГАНЕТО НА ПРОТИВОПРАВНИ НОРМАТИВНИ АКТОВЕ

*Цветан Крумов\**

Предмет на настоящата статия е отговорността на държавата за вреди от прилагането на три групи нормативни актове: противоконституционни закони; закони, противоречащи на международното право, и противозаконни нормативни административни актове.

### **I. Отговорност на държавата за вреди от прилагането на противоконституционни закони**

Преди всичко се налага да бъде посочено, че за вреди, които са пряка и непосредствена последица от влизането в сила на противоконституционния закон, обезщетение не може да се търси поради липсата на такъв фактически състав на гражданска отговорност (вж. по-долу параграф I.2.). Именно поради тази невъзможност в изложението ще се говори за вредите от **актове, издадени въз основа** на противоконституционния закон (административни актове и актове на правозащитни органи).

След като Конституцията не дава някаква особена уредба за актовете по прилагане на закона, трябва да се приеме, че те ще споделят съдбата на другите порочни актове, като и за тях се допусне отмяната, респ. обявяването на нищожността им, след което се открива пътят за обезщетяване на причинените вреди по За-

---

\* Адвокат.

кона за отговорността на държавата за вреди, причинени на граждани (ЗОДВПГ). Основа за такъв извод има в чл. 22, ал. 4 от Закона за Конституционен съд (ЗКС), където се казва, че възникналите правни последици от акта, обявен за неконституционен, се уреждат от органа, който го е постановил. Очевидно е, че законодателят счита за недопустими последиците от прилагането на противоконституционния закон, защото ако бе обратното, нямаше да се налага те да бъдат „уреджани“. Анализирайки посочената разпоредба, проф. Ж. Сталев изглежда приема, че тя се отнася единствено до последиците от прилагането на противоконституционния закон по висящи към момента на влизането в сила на решението на Конституционния съд (КС) правоотношения<sup>1</sup>. Буквалното тълкуване на нормата обаче не дава основания за подобно стесняване на приложното ѝ поле. Употребеното членувано прилагателно, когато се говори за „възникналите“ правни последици от обявения за неконституционен акт в чл. 22, ал. 4 ЗКС и липсата на изрично посочени изключения налагат извода, че законодателят е имал предвид всички последици от прилагането на противоконституционния закон, включително и тези от приключили към момента на влизането в сила на решението на КС правоотношения. Въз основа на чл. 22, ал. 4 ЗКС Народното събрание има възможност да приеме специален закон с цел уреждането на тези последици. Ако обаче такъв няма, нищо не пречи да се прибегне до общите разпоредби, касаещи последиците от противоправни актове на държавни органи. Въпросните общи норми включват: първо — отмяна, респ. обявяване на нищожността на актовете по прилагане на противоконституционния закон, след което — предявяване на иск по ЗОДВПГ за репарирание на причинените вреди от прилагането на такива актове.

### **I.1. Отмяна, респ. обявяване на нищожността на актовете по прилагане на противоконституционния закон.**

Необходима предпоставка за искането на такава отмяна или обявяване на нищожност е влизането в сила на решение за констатиране на противоконституционността на закона, защото преди това никой не може да се позовава на противоконституционността и на самите актове по прилагане на закона. Затова основанията за отмяна или обявяването на нищожността на актовете по прилагане на закона ще бъдат разгледани във връзка с правното действие на решението, обявяващо противоконституционността на закона.

**I.1.1. Правно действие на решенията на КС по чл. 151, ал. 2 от Конституцията на Република България (КРБ).** Решенията на КС в тази хипотеза имат две основни последици, които служат, за да се постигне отмяна, респ. обявяване на нищожността на актовете, издадени въз основа на закона, ако последните противоречат на КРБ. Въпросните последици са посочени в чл. 151, ал. 2, изр. второ КРБ: „актът, обявен за противоконституционен, не се прилага от деня на влизането на решението (на КС) в сила“. Двата ефекта от решението на КС са — устано-

вителен, изразяващ се в обявяването на противоконституционността от КС, и конститутивен, състоящ се в забраната да се прилага такъв закон занапред.

#### **I.1.1.1. Основният ефект от решенията на КС е установителният.**

Съществуването на този елемент от правното действие на решението на КС е обосновано подробно от проф. Ж. Сталев<sup>2</sup> и затова тук няма да се спираме на този въпрос. По-важният проблем е какви са правните последици от установителното действие на решението на КС.

Считам, че установителното действие на решението на КС служи за отмяната на актовете по прилагане на закона, влезли в сила преди решението на КС, като премахва процесуалната пречка за непосредствено прилагане на Конституцията. До влизането в сила на решението на КС никои не може да се позовава на противоконституционността на закона, а оттук и на противоконституционността на актовете по неговото прилагане. С други думи, съществува процесуална пречка за това, изразяваща се в наличието на специална процедура и орган за констатиране на противоконституционността. С установяването на противоконституционността на закона със сила на пресъдено нещо обаче отпада и процесуалната пречка за позоваване на противоконституционността на актовете по прилагане на закона, като последните подлежат на отмяна.

Въпросните актове подлежат на отмяна само ако те самите противоречат на Конституцията. Не е достатъчно, че са издадени въз основа на противоконституционен закон, защото конститутивният елемент на решението на КС няма обратна сила. Ако конститутивното действие на решението на КС имаше обратна сила, актовете по прилагане на закона щяха да подлежат на отмяна само затова, че са издадени въз основа на противоконституционен закон. Напълно възможно е обаче те да не противоречат на основния закон. Затова в името на правната сигурност е възприето, че конститутивният елемент на решението на КС действа занапред.

Господстващото становище е, че липсата на обратно действие на конститутивния елемент на решението на КС е пречка въобще да се търси отмяна на актовете по прилагане на противоконституционния закон, дори когато те противоречат на основния закон. Въпросното разбиране изхожда от схема, в която има противоконституционен закон и решение на КС. Забравя се обаче в тази схема да се вземе предвид наличието на самата Конституция, която не е престанала да се прилага. Игнорирането на основния ни закон по такъв начин е допустимо, ако съществуваше правна норма, според която в периода на прилагане на противоконституционния закон Конституцията спира да се прилага. Такава норма за временно спиране на прилагането на Конституцията не съществува. Напротив, чл. 5 КРБ е достатъчно ясен и категоричен точно в обратния смисъл, постановявайки, че Конституцията има непосредствено действие — в ал. 2, и че останалите закони не могат да ѝ противоречат — в ал. 1. Нещо повече, това правило е повторено в чл. 57, ал. 3 КРБ, където са регламентирани и изключенията от принципа — хипо-

тезите, в които се допуска временно ограничение със закон на упражняването на основни права на гражданите, а сред тях не е хипотезата на временно ограничаване в периода на прилагане на противоконституционен закон. Затова наред с прилагането на противоконституционния закон не трябва да се забравя, че в същото време трябва да се приложи и Конституцията. И тъй като не могат едновременно да се приложат два нормативни акта с различна юридическа сила, които си противоречат, този с по-малка юридическа сила — в случая законът, трябва да отстъпи, а актовете, резултат от прилагането му, могат да бъдат отменени.

Процесуалните пътища и основанията за отмяна на различните видове актове по прилагане на закона са следните.

— За индивидуалните административни актове, които са влезли в сила, без да бъдат обжалвани пред съд, процесуалният път е отмяна по чл. 231 ГПК, но само от по-горестоящия административен орган или ако такъв няма — от органа, издал акта (чл. 32, ал. 1 ЗАП). Отказът за преразглеждане на въпроса в този случай подлежи на съдебно обжалване<sup>3</sup>.

Основанието за отмяна е — ново обстоятелство от съществено значение за делото, което при решаването му не е могло да бъде известно на страната — чл. 231, ал. 1, б. „а“ ГПК. Това ново обстоятелство е решението на КС, което със задължителна за всички сила премахва формалната, процесуална пречка за непосредствено приложение на Конституцията.

— За влезлите в сила индивидуални административни актове, които са били обжалвани по съдебен ред, процесуалният път е отмяна на влязло в сила решение от ВАС по раздел IV ЗВАС. Основанието за отмяна отново е чл. 231, ал. 1, б. „а“ ГПК (вж. чл. 41, ал. 1 ЗВАС).

— За влезлите в сила наказателни постановления по ЗАНН, без значение дали са обжалвани по съдебен път, или не, процесуалният път е отмяна от окръжния съд след възобновяване на административнонаказателното производство по чл. 70—73 ЗАНН. Основанието е чл. 70, б. „в“ ЗАНН.

— За влезлите в сила актове на правозащитни органи — присъди, решения и определения, процесуалният път е отмяна от ВКС след възобновяване на наказателните дела по глава XVIII НПК. Основанието за възобновяване е чл. 362, ал. 1, т. 3 НПК. Тук се изисква обстоятелствата, от съществено значение за решаване на делото, които не са могли да бъдат известни на съда, постановил присъдата, решението или определението да са били разкрити чрез „разследване“. Решението на КС ще се яви като основание за възобновяване по аргумент на по-силното основание, защото за разлика от разследването установява обстоятелството със задължителна за всички сила на пресъдено нещо.

— Считаю, че не е нужно да бъдат отменяни от съда нормативните административни актове, защото решението на КС, което обявява за противоконституционен закона, въз основа на който те са издадени, има същия ефект и спрямо тях

— арг. от чл. 13, ал. 1 от Закона за нормативните актове (ЗНА). С други думи, конститутивният ефект на решението на КС се пренася и върху нормативните административни актове, издадени въз основа на закона. Установителният ефект на решението на КС обаче не се пренася автоматично върху тези актове. Напълно възможно е те да не противоречат на Конституцията и затова, за да се констатира със сила на пресъдено нещо противоречието им с основния закон, лицето, чието право е нарушено, може да поиска инцидентно произнасяне по въпроса от съда в производството по чл. 1 ЗОДВПГ, във връзка с чл. 15, ал. 2 ЗНА. Чл. 1 ЗОДВПГ поставя две условия, за да се търси обезщетение за вреди от прилагането на **административен** акт (а не само от прилагането на **индивидуални** административни актове, според едно разпространено схващане — вж. по-подробно част III от настоящото изложение). Първото условие е актът да е отменен, което в случая се изпълнява, чрез прилагането на чл. 13, ал. 1 ЗНА. Второто условие е административният акт да е незаконен, което съдът може да установи и инцидентно въз основа на чл. 1, ал. 1 ЗОДВПГ във връзка с чл. 15, ал. 2 ЗНА<sup>4</sup>.

Установителният ефект е предпоставка за ангажиране на отговорността на държавата за вреди от прилагането на противоконституционния закон преди влизането в сила на решението на КС. За обезщетение за вреди от прилагането на закона след този момент предпоставка е конститутивният ефект.

**I.1.1.2. Конститутивният ефект на решенията на КС** се изразява в прекратяването на прилагането на противоконституционния закон занапред. И тъй като въз основа на чл. 14, ал. 6 ЗКС решенията на КС са задължителни за всички държавни органи, юридически лица и граждани, то ще бъде противоправно прилагането на обявения за противоконституционен закон след влизането в сила на решението на КС.

В случаите, в които се използва конститутивният ефект на решението на КС, административните актове, издадени въз основа на закона, са изцяло лишени от правно основание, тъй като са издадени въз основа на един на практика отменен закон. Затова в тези хипотези административните актове са нищожни<sup>5</sup>. По отношение на съдебните актове обаче в същата хипотеза нещата не стоят така. Присъдите, решенията и определенията на наказателния съд, издадени въз основа на отменен закон, подлежат на касационно обжалване по чл. 352, ал. 2 НПК<sup>6</sup>, т. е. те не са нищожни. Що се отнася до актовете на гражданския съд, то основанията за тяхната нищожност са очертани от съдебната практика и сред тях няма основание за нищожност, изразяващо се в неприлагане на закона, който е трябвало да се приложи<sup>7</sup>.

**I.1.1.3. Специфично конститутивно действие** на решението на КС е налице, когато се касае за незабавното му действие спрямо висящи правоотношения<sup>8</sup>. Касае се за конститутивно действие, защото противоконституционният закон прества да се прилага към правоотношения, спрямо които той дотогава се е прила-

гал. Практическите последици обаче на това специфично конститутивно действие съвпадат отчасти с тези, които наблюдаваме при установителното действие на решението на КС. Невлезлите в сила административни актове, издадени въз основа на противоконституционния закон, не са нищожни, каквото е правилото при конститутивното действие на решението на КС, а само унищожаеми, както е при установителното действие. Те са само унищожаеми, тъй като в момента на издаването им е съществувало валидно правно основание за това — законът, който до обявяването му за противоконституционен се прилага.

Специфичното конститутивно действие на решенията на КС е предпоставка за отмяна на **невлезлите в сила** индивидуални административни актове и съдебните решения, издадени въз основа на противоконституционния закон. Те подлежат на отмяна чрез редовните способности за това. Във въпросните хипотези вреди са възможни, ако е започнало изпълнението на акта преди влизането му в сила — при допуснатото предварително изпълнение или при актове, подлежащи на незабавно изпълнение.

**I.1.2. Специфично установително действие** е налице при констатиране на противоконституционността с решение на КС по пар. 3, ал. 1 от Преходните и заключителни разпоредби на КРБ.

Решението на КС в тези случаи е с установителен ефект, защото само констатира със сила на пресъдено нещо факта, че завареният от Конституцията закон, който ѝ противоречи, е отменен с влизането в сила на основния закон (арг. от пар. 3, ал. 2). Актът по пар. 3, ал. 1 от Преходните и заключителни разпоредби на КРБ не е юридически факт, от който непосредствено да следват някакви промени, свързани с действието на противоконституционния закон. Промяната, изразяваща се в отмяна на закона, следва от влизането в сила на Конституцията, а решението на КС по пар. 3, ал. 1 само я констатира със сила на пресъдено нещо. Практическите последици от това специфично установително действие обаче се припокриват с последиците от конститутивното действие на решението на КС по чл. 151, ал. 2 КРБ, доколкото и тук административните актове, издадени въз основа на такъв закон, са без правно основание и затова са нищожни.

**I.1.3. Специфично установително действие с ограничени субективни предели** е налице, ако отмяната на заварен от Конституцията закон, който ѝ противоречи, се установи съгласно пар. 3, ал. 1 от Преходните и заключителни разпоредби на КРБ от обикновен съд. В този случай силата на пресъдено нещо обвързва само страните по спора — чл. 220, ал. 1 ГПК. И това констатиране обаче е достатъчна предпоставка за отмяна или обявяване на нищожността на актове по прилагане на отменения от Конституцията закон.

**I.2. След отмяната, респ. обявяването на нищожността на актовете, издадени въз основа на противоконституционния закон, може да се търси обезще-**



тение от държавата за претърпените вреди. Фактическите състави са в ЗОДВПГ.

Основна разпоредба на конституционно равнище, свързана с отговорността на държавата, е чл. 7 КРБ — „Държавата отговаря за вреди, причинени от незаконни актове или действия на нейни органи и длъжностни лица.“ Тълкуването на този текст налага извода, че не може да бъде търсено обезщетение направо въз основа на него. Първо — нормата предвижда възможността не всички актове и действия на държавни органи и длъжностни лица да водят до отговорност за вреди, тъй като прилагателното „незаконни“ е използвано в нечленувана форма. Второ — използваното нечленувано съществително „вреди“ допуска ограничения в обема на отговорността. Следователно начинът на формулиране на конституционния принцип дава широки възможности на законодателя за уреждането на въпросната отговорност<sup>9</sup>.

Що се касае до уредените със закон състави на гражданска отговорност, то анализът им води до заключението, че не всички вреди от прилагането на противоконституционния закон подлежат на обезвреда.

Правно ирелевантни са вредите, пряка и непосредствена последица от влизането в сила на закона. С други думи, това са последиците, които възникват без опосредстващата роля на административен акт или акт на правозащитен орган. Това е така, защото чл. 45 и чл. 49 ЗЗД, единствено мислими в такава хипотеза, изискват виновно поведение от деца, а според съдебната практика изкуствените правни образувания, каквото е и Народното събрание, не могат да имат психическо отношение към деянието<sup>10</sup>.

Гражданската отговорност на държавата се ограничава до някои непреки вреди от прилагането на противоконституционния закон. Наричаме ги непреки, защото те не са в пряка и непосредствена причинна връзка със закона, а с актове по прилагането му, издадени от други държавни органи. Въпросните непреки вреди са тези, които са резултат от прилагането на административен акт — чл. 1 ЗОДВПГ, и от акт на правозащитен орган по смисъла на чл. 2 от ЗОДВПГ.

Внимателният анализ на ЗОДВПГ води до заключението, че този закон не изчерпва всички хипотези на актове по прилагане на закона, от които са възможни вреди. Сравнително пълна е отговорността на държавата за вреди от административни актове. По отношение на актовете в наказателния процес чл. 2 ЗОДВПГ изброява хипотезите, в които държавата дължи обезвреда, но това не са всички възможни случаи, в които гражданите могат да претърпят вреди. Що се отнася до актовете в гражданското правораздаване, тук държавата носи отговорност по ЗОДВПГ само ако се касае за актове, с които съд налага административна мярка. За всички хипотези, които не попадат в приложното поле на ЗОДВПГ, може да се предяви иск за неоснователно обогатяване, след като актът, издаден въз основа на противоконституционния закон, бъде отменен.

## **II. Отговорност на държавата за вреди от прилагането на закон, противоречащ на международноправни норми**

Чл. 5, ал. 4 КРБ предвижда, че международните договори, които са ратифицирани, обнародвани и влезли в сила за Република България, са част от вътрешното право на страната и имат предимство пред тези норми на вътрешното законодателство, които им противоречат. По аргумент на противното международните договори, които не отговарят на условията в чл. 5, ал. 4 КРБ и обичайните норми на международното право, не са част от вътрешното право. Тези различия налагат да се разгледат поотделно отговорността на държавата за вреди от прилагането на закони, противоречащи, от една страна — на международни договори по чл. 5, ал. 4 КРБ, и от друга страна — на обичайни международноправни норми и международни договори, извън тези по чл. 5, ал. 4 КРБ.

### **II.1. Отговорност на държавата за вреди от прилагането на закони, противоречащи на международни договори по чл. 5, ал. 4 КРБ.**

Противоречието на закон с международен договор по смисъла на чл. 5, ал. 4 КРБ е правно-релевантно само след като бъде установено със сила на пресъдено нещо по предвидения за това процесуален ред. Този извод следва от принципа за отнапред установената процедура в процесуалното право<sup>11</sup>. Следователно, както и при противоконституционните закони, има период от време, когато съществува процесуална пречка за позоваване на материалноправното несъответствие между закона и международното право.

**а.** Противоречието, за което говори чл. 5, ал. 4 КРБ, може да се констатира с решение на КС за установяване несъответствието между закон и международен договор — чл. 149, ал. 1, т. 4 КРБ.

Считам, че определената от вътрешното ни право специална процедура за установяване на несъответствието между закон и международен договор от КС изключва възможността правораздавателните органи да се произнасят инцидентно по въпроса. Това следва и от чл. 15, ал. 2 ЗНА, според който, ако постановление, правилник, наредба или инструкция противоречат на нормативен акт от висока степен, правораздавателните органи прилагат по-високия по степен акт. По аргумент на противното от тази разпоредба следва, че те не могат да правят същото и по отношение на законите.

**б.** На следващо място, нарушението на международен договор чрез закон, който му противоречи, се констатира от международни съдилища, чиято задължителна юрисдикция е призната от Република България. Тук трябва да бъдат посочени Международният съд на ООН (вж. чл. 36 от Статута на Международния съд и чл. 1 от Закона за приемане на Декларация за признаване задължителната юрисдикция на Международния съд на ООН, обн., ДВ, бр. 41 от 19.05.1992 г.) и Европейският съд за защита правата на човека (ЕСЗПНЧ) — чл. 46 от Европейската конвенция за защита правата на човека и основните свободи. Тъй като междуна-

родните нормативни съглашения при посочените от чл. 5, ал. 4 КРБ условия стават част от българското законодателство, решенията на международните съдилища със задължителна юрисдикция са всъщност постановени съобразно вътрешното ни право и затова тяхното допускане и изпълнение не е обусловено от екзекватура<sup>12</sup>.

ЕСЗПНЧ може да бъде сезиран за нарушение на Конвенцията чрез закон както от държави, така и от физически лица. При индивидуалните жалби считам, че преди да отнесат въпроса до ЕСЗПНЧ, българските граждани трябва да използват възможността по чл. 182, ал. 1 б. „ж“ ГПК<sup>13</sup>.

Международният съд на ООН може да бъде сезиран само от държави за спорове между тях, които решава на основата на международното право — чл. 34 и 36 от Статута на Международния съд.

**в.** Най-сетне, нарушаването на международното право чрез закон може да се констатира и от международен арбитраж, като и тук страни по спора могат да бъдат само държави — чл. 37, ал. 1 от Конвенцията на ООН за мирно уреждане на международни конфликти от 1969 г.

При установено със сила на пресъдено нещо противоречие на закон с международен договор по един от трите посочени начина се открива възможността за отмяна на актовете по прилагане на закона поради примата на международния договор според чл. 5, ал. 4 КРБ. В случая е възможна само отмяна въз основа на установителния елемент на въпросните решения, защото и решението на КС за установяване несъответствието на закон с международен договор, и решението на международен съд или арбитраж за установяване нарушението на международен договор чрез закон нямат за последица отмяната на самия закон. С други думи, за разлика от хипотезата, при противоконституционните закони решението тук няма конститутивно действие.

Господства разбирането, че тази липса на конститутивно действие е пречка въобще да се прибегне до пряко прилагане на международния договор, докато законът, който му противоречи, не бъде отменен изрично. Считам обаче, че „предимството“, за което става въпрос в чл. 5, ал. 4 КРБ, включва и прилагане с предимство на международния договор пред закона, който му противоречи.

Ако закон противоречи на Европейската конвенция за защита правата на човека и това е констатирано от ЕСЗПЧ, основанието за отмяна на актовете по прилагане на закона е чл. 231, ал. 1, б. „з“ ГПК. За актовете по прилагане на закон, противоречащ на други международни договори, основанията за отмяна са аналогични на тези при противоконституционните закони, описани в параграф I.1.1.1.

След отмяната на акта по прилагане на закона се открива възможността за обезвреда по ЗОДВПГ.

За разлика от хипотезата при противоконституционните закони вредите, които са **пряка и непосредствена последица** от закон, противоречащ на между-

народен договор, подлежат на обезвреда според някои международни конвенции — напр. чл. 50 ЕКЗПЧ; чл. 39, чл. 139, чл. 263 от Конвенцията на ООН по морско право и др. В посочените актове се говори за нарушения, без да се правят други уточнения, и следователно се касае за всякакви нарушения, включително и такива, които са пряка и непосредствена последица от закони, нарушаващи въпросните договори.

Вредите, които са пряка последица от закон, подлежат на обезвреда и когато нарушението на международното право е установено от Международния съд на ООН или от международен арбитраж и същите осъдят държавата да плати обезщетение. Международният съд е прилагал нееднократно<sup>14</sup> принципа, че всяко нарушение на международноправно задължение води до задължение за обезщетяване на причинените вреди. Доказателства за съществуването на този принцип откриваме и в международната арбитражна практика<sup>15</sup>. А щом всяко нарушение на международното право води до задължение за обезвреда, това се отнася и за нарушенията чрез закон.

**II.2. Отговорност на държавата за вреди от прилагането на закони, противоречащи на международен обичай и на международни договори, извън чл. 5, ал. 4 КРБ** не може да възникне съгласно вътрешноправните норми на Република България. До такава отговорност ще се стигне само ако са налице предпоставките за прилагане на принципа за обезщетяване на вредите от нарушаване на международноправно задължение и е постановено съответно осъдително решение в този смисъл от Международния съд на ООН или от международния арбитраж.

**III. Отговорност на държавата за вреди от прилагането на противозаконни нормативни административни актове**

**III.1. Установяване на противозаконността на нормативен административен акт.**

Противозаконните нормативни административни актове подлежат на отмяна или обявяване на нищожността им от ВАС по ЗВАС, а в случаите с актове на общински съвет — от съответния окръжен съд, като и тук по аналогия се прилага процедурата по ЗВАС<sup>16</sup>. Следователно и за тази категория актове е установена специална процедура за оспорването им, а тя от своя страна се явява абсолютна процесуална предпоставка за търсене по-нататък на обезщетение за причинените от такива актове вреди. Инцидентното констатиране на противозаконността на нормативен административен акт по чл. 15, ал. 2 ЗНА не дава право на претенция за обезвреда. Това е така, защото въпросното констатиране няма за последица отмяната или обявяването на нищожността на акта, а чл. 1, ал. 2 ЗОДВПГ изрично изисква отмяна или обявяване на нищожността като предпоставка за иск по ЗОДВПГ. Установяването по чл. 15, ал. 2 ЗНА обаче е необходимо, за да се търси

обезщетение по чл. 1 ЗОДВПГ, ако отмяната на нормативния административен акт не е станала по съдебен ред.

### **III.2. Уреждане на последиците от противозаконен нормативен административен акт.**

**а.** Вредите, които са пряка и непосредствена последица от противозаконния нормативен административен акт, подлежат на обезвреда по чл. 1 ЗОДВПГ. Тук законодателят е употребил по-общите понятия „административна дейност“ и „административни актове“ и следователно е имал предвид както индивидуалните, така и нормативните административни актове. Легален аргумент, че в понятието „административни актове“ се включват и нормативните такива, може да се извлече от ЗВАС, където много последователно се употребяват термините „нормативни административни актове“ и „индивидуални административни актове“ за означение на двата вида административни актове, плод на административна дейност. В миналото разпоредбата на чл. 1 ЗОДВПГ се е тълкувала ограничително, като се е считало, че в приложното ѝ поле попадат само индивидуалните административни актове<sup>17</sup>. Считаю, че в това е имало донякъде основание, защото тогава не е съществувала възможност за отмяна или обявяване нищожността на нормативни административни актове по съдебен ред, а чл. 1, ал. 2 ЗОДВПГ изисква, преди да се търси обезщетение, актът да бъде отменен, респ. да се обяви нищожността му. Тъй като в момента съществува съдебен ред за отмяна, респ. за обявяване нищожността на нормативен административен акт по ЗВАС, то вредите от такъв акт подлежат на обезвреда по чл. 1 ЗОДВПГ.

Дори и в миналото обаче, преди създаването на съдебна процедура за отмяна, е съществувала възможност за обезщетяване на вреди от незаконни нормативни административни актове. В чл. 1 ЗОДВПГ се изисква актът да е отменен, но не е необходимо това да е станало непременно от съд. Възможно е актът да е отменен от органа, който го е издал. Също така актът може да загуби юридическата си сила, ако бъде отменен законът, въз основа на който е постановен. Така например при отмяна на закон от НС или от КС по силата на чл. 13, ал. 1 ЗНА нормативният административен акт също трябва да се счита за отменен. След постановяването на такава отмяна може да се предяви иск по чл. 1 ЗОДВПГ, а незаконността съдът може да констатира инцидентно по силата на чл. 15, ал. 2 ЗНА.

Чл. 1 ЗОДВПГ поставя две изисквания като предпоставка да се търси обезщетение по този ред. Първото — в ал. 1, е административният акт да е незаконен. Това изискване се удовлетворява от установителния ефект (вж. по-долу параграф III. 2. б.) на решението на ВАС при съдебна отмяна. При отмяна не по съдебен ред изискването на ал. 1 се изпълнява от инцидентното установяване на незаконността по чл. 15, ал. 2 ЗНА. Второто изискване — в ал. 2, е актът да е отменен, без да се изисква отмяната да е с обратна сила.

Въз основа на чл. 1 ЗОДВПГ и с изложените тук аргументи авторът на настоящата разработка спечели иск срещу държавата за вреди от прилагането на ПМС № 212/2001 г. с влязло в сила съдебно решение от 22.10.2002 г. по гр. дело № 4353/2002 г. пред Софийски районен съд, I-во г. о., 33-ти състав. С въпросното постановление бяха увеличени цените на топлоенергията и електроенергията с 10% без съгласуване по чл. 3, ал. 1 КТ с представителните организации на работниците и служителите и на работодателите. Обезщетението, което държавата бе осъдена да плати по посоченото дело, се изразява в разликата между начислена цена за топлоенергия по време на прилагане на постановлението и цената, която трябваше да се определи, ако незаконният акт не бе издаван.

**б.** Вредите, които са резултат от прилагането на индивидуален административен акт, издаден въз основа на противозаконен нормативен административен акт, подлежат на обезвреда по същите правила, които бяха посочени в параграф I. 1. за противоконституционните закони.

Установителният елемент на решението по чл. 27 ЗВАС, явяващ се „ново обстоятелство“ и служещ като основание за отмяна, следва от чл. 12 ЗВАС, където са посочени основанията за отмяна на нормативни административни актове. Следователно, без да установи наличието на някое от тях, съдът не може да отмени акта. Освен това и в теорията<sup>18</sup>, и в съдебната практика<sup>19</sup> няма съмнение по въпроса, че конститутивното действие на съдебните решения във всички случаи има за своя основа и се предпоставя от установеното със сила на пресъдено нещо по-тестативно право.

#### **IV. Заключение**

В заключение трябва да се посочи, че съществуват две основни ограничения пред възможността да се търси обезщетение за вреди от прилагането на противоправни нормативни актове.

Първото е свързано с наличието на специални процедури за констатиране на противоправността на нормативния акт — от КС, ВАС и т. н. Въпросните процедури в значителна степен забавят обезвредата. Като се има предвид освен това, че някои от органите, имащи право да констатират противоправността, не могат да бъдат сезирани от граждани, е напълно възможно до отговорност на държавата в тези случаи никога да не се стигне.

Второто ограничение е свързано със ЗОДВПГ, който е основният закон, по който може да се търси обезщетение за вредите от прилагането на противоправни нормативни актове. Той е твърде казуистичен и съвсем не обхваща всички хипотези на актове на държавни органи, от които е възможно гражданите да претърпят вреди. Търсенето на обезщетение по силата на общите правила за гражданската отговорност по чл. 45 и 49 ЗЗД пък е свързано с изискването за вина на дееца, което, както бе посочено по-горе, прави обезвредата по този ред в интересуващи-

те ни случаи почти невъзможна. Затова се оказва, че за част от тези вреди държавата въобще не носи отговорност поради липсата на съответен фактически състав.

## БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> **Сталев, Ж.** Сила на решенията на Конституционния съд, обявяващи закон за противоконституционен, „Съвр. право“, бр. 5, 1995, с. 19—20, 23.

<sup>2</sup> **Сталев, Ж.**, цит. съч., с. 10—11.

<sup>3</sup> **Костов, Д. и Д. Хрусанов.** Административен процес на Република България, С., 2001, с. 245.

<sup>4</sup> В по-ранен, непубликуван вариант на настоящата работа, цитиран от М. Славова (вж. **Славова, М.** Принципи на административното право, С., 2002, с. 109, бележка № 2) наистина се сочеше, че в тази хипотеза може да се предяви установителен иск по чл. 97, ал. 1 ГПК. Смятам, че това е погрешно, при условие, че съществува по-краткият процесуален път на инцидентното установяване и затова в настоящия вариант на разработката твърдението е коригирано.

<sup>5</sup> В решение № 255 от 12.9.1994 г. по административно дело № 3621/1993 г. на III г. о. на Върховния съд се казва, че за да бъде един административен акт нищожен поради материална незаконосъобразност, е необходимо при неговото издаване да е бил изцяло лишен от законно основание.

<sup>6</sup> Вж. **Чинова, М.** Обща характеристика на касационното производство по НПК, „Съвр. право“, бр. 5, 1999, с. 27, където авторката сочи прилагането от съда на отменен закон като практически пример за отменителното основание по чл. 352, ал. 2 НПК.

<sup>7</sup> Вж. **Мингова, А.** Въззивно и касационно обжалване на съдебните решения, С., 1999, с. 89—96.

<sup>8</sup> Незабавното действие на решението на КС спрямо висящи правоотношения е напълно самостоятелно, като дори може да възникне без конститутивното действие на решението на КС по чл. 151, ал. 2 КРБ. Това е възможно, когато се иска обявяването на противоконституционността на отменен от НС закон. Вж. **Зартов, Я.** Гранични проблеми на противоконституционността на закона в практиката на Конституционния съд и съдилищата, „Съвр. право“, бр. 2, 2001, с. 68—69.

<sup>9</sup> В потвърждение на този извод е и употребата на членувани форми при означението на вредите и извършителите на противоправните деяния в ЗЗД и ЗОДВПГ. В редките случаи, когато са използвани нечленувани форми, конкретизацията на вредите и извършителите на деянията е постигната чрез изричното посочване на индивидуализиращи признаци (вж. чл. 1, ал. 1 и 2 ЗОДВПГ).

<sup>10</sup> Вж. **Калайджиев, А.** Облигационно право. Обща част, С., 2002, с. 342. Тази практика се критикува от доц. Калайджиев, тъй като небрежността в гражданското право има обективен характер.

<sup>11</sup> **Яновски, Б.** Принципът за отнапред определената процедура в исковия граждански процес, „Правна мисъл“, кн. 5, 1982, с. 62—69.

<sup>12</sup> **Сталев, Ж.** Българско гражданско процесуално право, С., 2000, с. 906.

<sup>13</sup> Срв. с жалба 6452/74 Sacchi v. Italy (**Ван Дайк, П. и Г. Й. Х. Ван Хууф**, Европейската конвенция за правата на човека — теория и практика, С., 2000, с. 128).

<sup>14</sup> Напр. в делото за пролива Корфу от 1949 г. (Кратко изложение решений, консультативных заключений и постановлений Международного Суда 1948—1991, ООН, Нью-Йорк, 1993, с. 11.)

<sup>15</sup> Напр. в делото за британските претенции в испанската част на Мароко (**Briggs, H.** The law of nations. Cases, documents and notes., New York, 1952, pp. 601—604).

<sup>16</sup> **Панайотова, Ем.** За някои необходими промени в правната уредба на административния контрол върху органите на местното самоуправление, „Съвр. право“, бр. 3, 1999, с. 65.

<sup>17</sup> Вж. **Гоцев, В.** Отговорност на държавата за вреди, причинени на граждани, С., 1989, с. 30. Същото обаче продължава да се приема и в по-ново време — вж. **Сукарева, З.** Облигационно право.

Извъндоговорни облигационни отношения, 1998, С., с. 49; **Димитров, Д.** Административно право — обща част, С., 1999, с. 573.

<sup>18</sup> **Сталев, Ж.** Българско гражданско процесуално право, С., 2000, с. 374.

<sup>19</sup> Вж. постановление на Пленума на ВС № 1 от 1965 г.

## STATE LIABILITY FOR DAMAGES ARISING FROM APPLICATION OF ILLEGAL ENACTMENTS

*by Tsvetan Krumov*

### *Summary*

This article deals with state liability for damages arising from application of three groups of illegal enactments: unconstititutional laws; laws, incompatible with international law and unlawfull administrative normative acts.

The state is liable for damages which are in direct causal link with enactment in all the cases of unlawful administrative enactments and in some cases of laws, contravening international law provisions. In all the other cases only the damages arising from acts issued on the basis of the illegal enactment can be repaired; these are the damages from administrative acts and from judgements, issued on the basis of the enactment. The reparation is possible after the repealing or declaring null and void of the acts issued on the basis of the illegal enactment. The judgements on the illegality of the enactments have two major effects serving as grounds for such repealing or declaring null and void. The first legal effect consists in the establishing of the illegality with *res judicata*. The second one consists in the enactment's cessation to apply *ex nunc*. After repealing or declaring null and void of the acts issued on the basis of the illegal enactment, the injured party may claim reparation according to State Liability Act for Damage Inflicted on Citizens.



---

# МЛАДИ АВТОРИ

---

## ПОНЯТИЕТО „ОТЛИЧИТЕЛНА СПОСОБНОСТ НА МАРКАТА“ В ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТА НА ДЪРЖАВИТЕ-ЧЛЕНКИ НА ЕС И В БЪЛГАРСКИЯ ЗАКОН ЗА МАРКИТЕ И ГЕОГРАФСКИТЕ ОЗНАЧЕНИЯ

*Диман Димов* \*

Българското марково право е една от правните области, за които би могло да се твърди, че формално е постигнато сближаване със законодателството на Европейския съюз (ЕС)<sup>1</sup>. С приетия през 1999 г. Закон за марките и географските означения (ЗМГО) се извърши цялостна реформа в тази област, като се въведоха правни институти и критерии, заимствани от източниците на правото на ЕС<sup>2</sup>. При изготвяне на ЗМГО са взети под внимание разпоредбите на Първата директива на Съвета на Европейската общност от 21 декември 1988 г. за сближаване на законодателствата на страните-членки относно марките (Първа директива)<sup>3</sup>, Регламент № 40/94 на Съвета на Европейската общност за търговска марка на общността<sup>4</sup> (Регламент за търговска марка) и Регламент № 2081/92 на Съвета на Европейската общност за закрила на географските указания и наименования за произход на земеделски и хранителни продукти<sup>5</sup>. Много от разпоредбите на ЗМГО нямат предишен еквивалент в българското марково законодателство<sup>6</sup>. Като пример може да бъде посочена разпоредбата на чл. 15 от ЗМГО, в който за първи път се въвежда правният институт „изчерпване на правото върху марка“<sup>7</sup>.

Разпоредбите, които са включени в българското марково законодателство, са съобразени в голяма степен откъм съдържание и имат отчасти нова редакция,

---

\* Ст. асистент в ЮФ на ПУ „Паисий Хилендарски“.

сходна с разпоредбите на европейското законодателство. Оттук следва необходимостта при тълкуване на ЗМГО да се има предвид практиката на Съда на Европейската общност (ЕО) по въпроси, свързани с прилагането на Регламента за марка на общността и Първата директива, както и да се вземат под внимание теорията и практиката в страните на ЕС. В следващите редове ще бъде разгледана проблематиката, свързана с отличителната способност на марката в законодателството на държавите-членки на ЕС след хармонизирането му с разпоредбите на Първата директива, практиката на Съда на ЕО и разрешенията, приети в българския закон.

### 1. Понятието „отличителна способност на марката“

В българската правна литература и в тази на страните от ЕС през последните десетилетия се води дискусия относно функциите на марката<sup>8</sup>. Посочва се, че наред с изискването марката да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица, тя притежава и ред други функции: гаранционна, рекламна, комуникативна, амортизираща; функция, указваща произхода; функция, водеща до разпределението на пазари, функция за качество.

Не би могло да се твърди, че всички от посочените функции на марката се ползват в действителност с правна закрила. В чл. 9, ал. 1 от ЗМГО марката се определя като знак, който е *способен да отличава* стоките или услугите на едно лице от тези на други лица и може да бъде представен графично. Това определение е заимствано от чл. 2 на Първата директива, според който търговската марка<sup>9</sup> може да се състои от всеки знак, способен да бъде представен графично, по-конкретно думи, включително имена на лица, дизайн, букви, числа, формата на стоките и техните опаковки, при условие, че тези знаци са *способни да отличават* стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго.

В преамбюла на Първата директива, изречение десето, се посочва, че функцията на търговската марка да служи като указание за произход се ползва с правна закрила, след като марката бъде регистрирана. В практиката на Съда на ЕО също се изразява разбирането, че основната функция на марката е да отличава. Така в решението си по дело *C-39/97 Canon Kabushiki Kaisha v Metro-Goldwin-Mayer Inc.*<sup>10</sup> Съдът посочва, че основната функция на търговската марка е да гарантира пред потребителя или крайния ползвател идентичността на произхода на пуснатия на пазара продукт, като му дава възможност, без да съществува вероятност за объркване, да различи стоките или услугите от други стоки или услуги, които имат друг произход. Съдът приема, че за да може търговската марка да изпълни основната си функция, трябва всички означени с нея стоки да са произведени под контрола на едно предприятие, което носи отговорност за тяхното качество<sup>11</sup>. От представените аргументи може да се направи изводът, че основната функция на марката, която се ползва с правна закрила, е способността да разграничава, да отличава.

Процесът на хармонизация на законодателствата на държавите-членки на ЕС в областта на марковото право създава възможност нови видове знаци да бъдат регистрирани като марки<sup>12</sup>. По този повод в изречение седмо от Преамбюла на Първата директива се посочва, че е необходимо да посочат примери за знаци, които могат да представляват търговска марка. Това примерно изброяване е направено в чл. 2 от Първата директива<sup>13</sup>. Следва да се отбележи, че в чл. 2 от Първата директива не се посочва изрично дефиниция за „търговска марка“<sup>14</sup>, въпреки че този резултат се постига, като се определят класове от знаци, от които марката може да се състои. Единственото условие, което трябва да бъде спазено, е тези знаци да са „способни да отличават“.

В контекста на разпоредбата на чл. 2 от Първата директива изразът „способен да отличава“ би могъл да носи няколко значения. Като се вземе под внимание основната функция на марката, може да се направи изводът, че преди един знак да бъде регистриран като марка, трябва да се изследва неговата способност да отличава. Би могло да се приеме, че чл. 2 от Първата директива не съдържа изискване за предварително използване на знака, а по-скоро намерение за неговото използване. Тук е възможно да се постави следният въпрос — ако знакът се използва, той ще може ли да отличава? При положителен отговор този знак съставлява марка. Ако изразът „способен да отличава“ се тълкува по този начин, той дава предимството текстът на чл. 2 от Първата директива да определя мълчаливо марката като знак, който веднага след използването му изпълнява основната функция на марка. На такъв знак би следвало да се предостави привилегията да бъде регистриран като марка след подаване на заявка за регистрация.

На другия край от възможни тълкувания изразът „способен да отличава“ би могъл да притежава много по-ограниченото значение „да не е неспособен да отличава“. Недостатък на това значение би било следствието, че дефиницията в чл. 2 от Първата директива разширява много своето съдържание. Тя би включвала не само знаците, които изпълняват или са способни да изпълняват основната функция на марка, ако бъдат използвани, но също и тези знаци, които биха могли да изпълняват тази функция в бъдеще, но нямат тази способност в настоящия момент.

Представените въпроси имат значение поради обстоятелството, че понятието за отличителност на марката се свързва с основанията за отказ на регистрация и заличаване на марката. В разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (а) от Първата директива се посочва, че знаци, които не съставляват марка, няма да бъдат регистрирани или ако са регистрирани, ще бъдат заличени. Според разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (б) от Първата директива същите последици се отнасят и за марките, които нямат отличителен характер. Изключение се допуска по силата на чл. 3, ал. 3 от Първата директива, ако преди датата на подаване на искане за регистрация знакът е придобил отличителна способност в резултат на използване.

## II. Отличителна способност на марката в законодателството на държавите-членки на ЕС

### 1. Закон за търговските марки на Великобритания

Разпоредбите на чл. 2 и 3, ал. 1 от Първата директива са инкорпорирани в чл. 1, ал. 1 и чл. 3 от Закона за търговските марки (ЗТМ) от 1994 г.<sup>15</sup> Дефиницията за търговска марка е посочена в чл. 1, ал. 1 от ЗТМ. В текста се наблюдава известно отклонение от формулировката на чл. 2 на Първата директива, което по изразните становища в литературата създава възможност за неправилно тълкуване<sup>16</sup>. Според ЗТМ търговска марка е всеки знак, способен да бъде представен графично, който е способен да отличава стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго. В чл. 2 от Първата директива се използва изразът „... при условие, че знаците са способни да отличават ...“.

При формулирането на абсолютните основания за отказ на регистрация в ЗТМ също е допуснато известно отклонение от разпоредбите на Първата директива. Така текстът на чл. 3, ал. 1, б. (а) от Първата директива „знаци, които не представляват марка“, е заменен в чл. 3, ал. 1, б. (а) от ЗТМ с израза „знаци, които не отговарят на изискванията на чл. 1, ал. 1“. За разлика от това, разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (б) от Първата директива „марки, които нямат отличителен характер“, е възприета буквално в чл. 3, ал. 1, б. (б) от ЗТМ. Други абсолютни основания за отказ на регистрация в чл. 3, ал. 1 са свързани с описателния и родовия характер на марката<sup>17</sup>. В чл. 3, ал. 1 ЗТМ също така се предвижда, че регистрация на марката няма да бъде отказана по силата на б. (b), (c) и (d) при условие, че марката преди датата на заявка за регистрацията е придобила отличителен характер в резултат на употреба.

Тълкуването на израза „способен да отличава стоките или услугите на едно предприятие от тези на други“ в съдебната практика на Великобритания се влияе силно от формулировката на чл. 3, ал. 1, б. (а) и (b) от ЗТМ. Като следствие от това може да се твърди, че към условието за наличие на отличителна способност в чл. 1, ал. 1 от ЗТМ се поставят много ниски изисквания. Така в решението по делото *AD2000* се приема, че за да се изпълни изискването на чл. 1, ал. 1 от ЗТМ, е необходимо един знак, който може да се представи графично, да е само до такава степен „способен да отличава“, че „да не е неспособен да отличава“ стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго<sup>18</sup>. След изпълняването на това изискване знакът се разглежда като потенциална марка и се съпоставя с разпоредбите на чл. 3, ал. 1, б. (b), (c) и (d) от ЗТМ.

В решенията по делата *Philips v Remington*<sup>19</sup> и *Bach Flower Remedies*<sup>20</sup> се приема, че ако някоя от разпоредбите на чл. 3, ал. 1, б. (b), (c) или (d) от ЗТМ намира приложение, то трябва да се изследва дали марката е придобила отличителен характер в резултат на употреба.

В правната теория и практика на Великобритания, за да се определи дали един знак притежава отличителна способност, разпоредбите на ЗТМ се разглеждат в следната последователност:

Първо се поставя въпросът дали знакът отговаря на изискванията на чл. 1, ал. 1 от ЗТМ, т. е. способен ли е да отличава в смисъла на „да не е неспособен“ или „да има нереализирана способност да отличава“. При положение, че знакът е неспособен да отличава, се прилага разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (а), който гласи, че знаци, които не отговарят на изискванията на чл. 1, ал. 1 от ЗТМ, не следва да бъдат регистрирани.

Ако знакът е способен да отличава, тогава се изследва дали към него не се отнасят основанията за отказ на регистрация, предвидени в чл. 3, ал. 1, б. (б), (с) и (д). В случай, че тези основания не са приложими, то знакът се регистрира.

Ако някое от основанията за отказ е налице, тогава се прави преценка дали знакът е придобил отличителна способност преди датата на заявка за регистрацията в резултат на употреба (чл. 3, ал. 1 ЗТМ). При наличие на придобита отличителна способност, в резултат от употреба, знакът се регистрира като марка.

От прилагания подход в съдебната практика на Великобритания се налага изводът, че разпоредбите на чл. 3, ал. 1, б. (а) и (б) от ЗТМ водят до прилагане на тест, състоящ се от поне две части относно отличителната способност. Поради опасността от нееднакво прилагане в държавите-членки на ЕС на залегналите в Първата директива разпоредби, Апелативният съд на Англия и Уелс по делото *Philips v Remington* поставя пред Съда на ЕО следния въпрос за преюдициално тълкуване: има ли категория от марки, която не е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (в) — (д) и чл. 3, ал. 3 от Първата директива, която въпреки това е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (а)?

## **2. Закон за закрила на марките на ФРГ**

През 1995 г. в Германия влиза в сила Законът за закрила на марките и другите обозначения (ЗЗМ), с който се прави цялостна реформа на германското марково право<sup>21</sup>. Разпоредбите на чл. 2, чл. 3, ал. 1, б. (а), (б), (с) и (д) и ал. 3 от Първата директива са инкорпорирани в текстовете на ЗЗМ по начин, който се различава от решението, прието от законодателя във Великобритания. Определението за марка, което се придържа към формулировката на чл. 2 от Първата директива, се съдържа в чл. 3, ал. 1 от ЗЗМ<sup>22</sup>. От друга страна, структурата на абсолютните основания за отказ на регистрация на марка се отклонява от разрешението, предложено в Първата директива и намерило отражение в ЗТМ на Великобритания. Според разпоредбата на чл. 8, ал. 1 от ЗЗМ не се допуска регистрацията на знаци, способни да бъдат защитени като марка по смисъла на чл. 3 от ЗЗМ, които не могат да бъдат представени графично. На следващо място, в чл. 3, ал. 2, т. 1 от ЗЗМ се посочва, че не се допуска регистрация на марки, на които липсва всякаква отличителна способност за посочените стоки или услуги.

От това кратко представяне на разпоредбите на ЗЗМ може да се направи извод, че въпросът, поставен от Апелативния съд на Англия и Уелс за преюдициално тълкуване от Съда на ЕО, не би могъл да възникне при прилагане на германския закон. Това се дължи най-вече на ясната, много добре организирана структура и редакция на германския ЗЗМ. Така в чл. 8, ал. 1 от ЗЗМ е избягната формулировката „знаци, които не представляват марка“, посочена в чл. 3, ал. 1, б. (а) от Първата директива. Германският законодател не е възприел и формулировката в ЗТМ на Великобритания „знаци, които не отговарят на изискванията на чл. 1 ал. 1“, което в немския закон би следвало да гласи „знаци, които не отговарят на изискванията на чл. 3, ал. 1“. Вместо това в разпоредбата на чл. 8, ал. 1 от ЗЗМ като абсолютно основание за отказ присъства само неспособността знакът да бъде представен графично. С тази редакция се избягва необходимостта да се преценява два пъти отличителната способност на марката.

Въпросът за отличителна способност на марката се разглежда единствено в разпоредбата на чл. 8, ал. 2, т. 1 от ЗЗМ. В германската теория и практика също се изследва проблемът за двойната същност на отличителната способност на марката. Тук обаче двойната същност на отличителната способност на марката се отнася до качествените характеристики на отличителната способност и няма връзка със създадения от съдебната практиката във Великобритания двоен тест за наличието на отличителна способност.

Според застъпените в германската правна литература становища чл. 3, ал. 1 от ЗЗМ изисква наличието на една абстрактна способност за отличаване на стоките или услугите на две предприятия<sup>23</sup>. За да може един знак да бъде защитен като марка по смисъла на тази разпоредба, достатъчно е знакът да е способен да отличава стоките или услугите в който и да е теоретично възможен случай. От друга страна, при разпоредбата на чл. 8, ал. 2, т. 1 от ЗЗМ се изисква наличието на конкретна отличителна способност<sup>24</sup>. Тук се поставя изискването отличителната способност на знака да се преценява по отношение на стоки или услуги, за които се иска неговата регистрация. Възможно е един знак да притежава отличителна способност по отношение на определени стоки, но за други тя да липсва<sup>25</sup>. Критерий за конкретната отличителна способност на знака е и мнението на потребителите.

### **3. Отличителната способност на марката в законодателството на другите държави-членки на ЕС**

#### **3.1. Съответствие с чл. 2 от Първата директива**

При прегледа на резултатите от хармонизирането на законодателствата на държавите-членки на ЕС в областта на марковото право може да се заключи, че не съществува единен подход по отношение разпоредбите, свързани с отличителната способност на марката. Така Ирландия следва буквално редакцията на раз-

гледания по-горе ЗТМ на Великобритания<sup>26</sup>. Законодателствата на други държави до известна степен се отклоняват от формулировките на чл. 2 и чл. 3 на Първата директива. В законодателството на Австрия<sup>27</sup>, страните от Бенелюкс<sup>28</sup>, Франция<sup>29</sup> и Испания<sup>30</sup> търговската марка са определя посредством отправяне към концепцията за знак, който служи да отличава стоките или услугите. Финландия<sup>31</sup> определя марката като специален символ, който отличава стоките. Дания<sup>32</sup>, Швеция<sup>33</sup>, Италия<sup>34</sup> и Португалия<sup>35</sup> използват израза „способен да отличава“, но в контекста на „знаци, които могат да представляват марка“.

### **3.2. Съответствие с абсолютните основания за отказ, посочени в чл. 3, ал. 1, б. (а), (б), (с) и (d) и ал. 3 на Първата директива**

Трябва да се посочи, че само Великобритания, Германия, Бенелюкс, Ирландия и Гърция използват израза „липса на всякакъв отличителен характер“ при привеждане на законодателствата си в съответствие с разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (б) на Първата директива. В Швеция се използва изразът „марка може да се регистрира само ако е отличителна ...“. Другите държави-членки са включили в законите си разпоредби за абсолютните основания за отказ на регистрация при наличието на описателен характер на марката или при превръщането ѝ в родово понятие, но не са включили разпоредба за отсъствие на отличителен характер на марката. Всички държави-членки на ЕС са инкорпорирали в законодателствата си разпоредбата на чл. 3, ал. 3 на Първата директива.

### **III. Решението на Съда на ЕО по делото *Koninklijke Philips Electronics NV v Remington Consumer Products Ltd.*<sup>36</sup>**

Съдът на ЕО е компетентен по производството на чл. 234 от Договора за създаване на Европейската общност да дава преюдициални заключения относно първичното право, производното право на ЕО, както и международните договори, сключвани от общността с трети страни. Всеки национален съд има право самостоятелно да вземе решение дали да се обърне към Съда на ЕО по конкретен правен въпрос<sup>37</sup>. Апелативният съд на Англия и Уелс, който разглежда делото *Philips v Remington*, отнася до Съда на ЕО седем въпроса, свързани с различни аспекти от правния спор. Във връзка с отличителната способност на марката е от значение следният въпрос: *има ли категория от марки, която не е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (в) — (d) и чл. 3, ал. 3 от Първата директива, която въпреки това е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (а) на основание, че такива марки не са способни да отличават стоките на едно предприятие от тези на други предприятия?*

В своето решение Съдът на ЕО първо се позовава на десето изречение от преамбюла на Първата директива, като посочва, че целта на защитата, предоставяна чрез търговска марка, е именно да се гарантира търговската марка като указание за произход. По-нататък Съдът се спира на разпоредбата на чл. 2 на Първата

директива, според която марката може да се състои от всеки знак, който може да бъде представен графично и с чиято помощ могат да се отличават стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго. Съдът се позовава на решението си *Windsurfing Chiemsee*<sup>38</sup>, в което се определя, че по силата на разпоредбите на чл. 3, ал. 1, б. (b) — (d) от Първата директива на търговските марки, лишени от отличителна способност, на описателните марки и на марките, които се състоят изключително от означения, станали обичайни в говоримия език или установената търговска практика, следва да им бъде отказана регистрация или да бъдат заличени, ако са били регистрирани.

Съдът на ЕО прави извода, че чл. 3, ал. 3 на Първата директива добавя значителна квалификация към правилото, установено от чл. 3, ал. 1, (b) — (d), като допуска, че знакът може чрез употреба да придобие отличителна способност, която първоначално не е била налице, и на това основание да бъде регистриран като марка. Съдът допълва, че както отличителната способност е едно от общите условия за регистрация на марка според разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (b), така и отличителната способност, придобита чрез употреба, означава, че марката трябва да служи за идентификация на продукта, за който е подадена заявка за регистрация, като произлизащ от определено предприятие и по такъв начин да отличава този продукт от тези на други предприятия.

Съдът приема, че според чл. 3, ал. 1, б. (a) на Първата директива на знаци, които не могат да представляват марка, следва да им бъде отказана регистрация. От друга страна, от формулировката на чл. 3, ал. 1, б. (a) и от структурата на Първата директива става ясно, че с тази разпоредба се желае основно недопускането на такива знаци до регистрация, които като цяло не са способни да бъдат марка и поради това не могат да бъдат представени графично и/или не са способни да отличават стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго. Следователно, заключава Съдът, чл. 3, ал. 1, б. (a) на Първата директива, подобно на правилото, установеното от чл. 3, ал. 1, б. (b) — (d), изключва регистрацията на знаци, които не отговарят на условието, постановено в чл. 2 на Първата директива, с което се изисква знаците да са способни да отличават стоките или услугите на едно предприятие от тези на друго. От това Съдът заключава, че не съществува клас от марки, имащи отличителна способност по своята природа или придобили отличителна способност в процеса на употреба, които не са способни да отличават стоки или услуги по смисъла на чл. 2 на Първата директива. Въз основа на тези изводи Съдът решава, че отговорът на въпроса, поставен от Апелативния съд на Англия и Уелс, следва да бъде, че няма категория от марки, която не е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (v) — (d) и чл. 3, ал. 3 от Първата директива, която въпреки това е изключена от регистрация по силата на чл. 3, ал. 1, б. (a) на основание, че такива марки не са способни да отличават стоките на едно предприятие от тези на други.



С това решение Съдът потвърждава ясно, че чл. 3, ал. 1, б. (а), (b), (с) и (d) и чл. 3, ал. 3 от Първата директива образуват едно цялостно условие за преценка дали е налице отличителна способност. Прилаганият от съдебната практика във Великобритания двоен подход при определяне на това, дали знакът притежава отличителна способност, следва да бъде отхвърлен.

#### **IV. Значение на решението *Philips v Remington* за българското марково право**

Българският Закон за марките и географските означения е приет през 1999 г. Законодателят е имал достатъчно време да изследва опита на държавите от ЕС при хармонизиране на законодателството им в областта на марките с Първата директива, приета през 1989 г. Това би дало възможност в българския закон да не се допуснат решения, които водят до отклонения от Първата директива. Независимо от този десетгодишен период от време българският законодател приема закон, в който са възприети несполучливи законови решения на някои държави в ЕС. В същото време са допуснати и пропуски при сближаване с Първата директива, които в определена степен поставят под съмнение прокламираната марковоправна закрила<sup>39</sup>.

Структурата и съдържанието на разпоредбите относно отличителната способност на марката в българския ЗМГО са изцяло заимствани от ЗТМ на Великобритания. Определението за марка е посочено в чл. 9, ал. 1 от ЗМГО, където марката се определя като „знак, който е способен да отличава стоките или услугите на едно лице от тези на други лица и може да бъде представен графично“. При абсолютните основания за отказ на регистрация в чл. 11, ал. 1, т. 1 от ЗТМО се посочва, че не подлежи на регистрация знак, който не е марка по смисъла на чл. 9, ал. 1 от ЗТМО. След това в чл. 11, ал. 1, т. 2 от ЗТМО се сочи, че не се регистрира марка, която няма отличителни белези; в т. 3 се въвежда изискването марката да не се състои изключително от знаци или означения, станали обичайни в говоримия език или в установената търговска практика в Република България; с разпоредбата на т. 4 не се допуска до регистрация марка, която се състои изключително от знаци, които указват вида, качеството, количеството, състава, предназначението, стойността, географския произход, времето или метода на производство на стоките, начина на предоставяне на услугите или други характеристики на стоките или услуги.

Следвайки съдържанието на разпоредбата на чл. 3, ал. 1 от ЗТМ на Великобритания, българският ЗМГО предвижда в чл. 11, ал. 2, че разпоредбите на ал. 1, т. 2, 3 и 4 не се прилагат, когато марката в резултат на употреба е придобила отличителност по отношение на стоките или услугите, за които е заявена.

### Заклучителни бележки

От направения преглед на чл. 11, ал. 1 и ал. 2 на ЗМГО може да се заключи, че те се придържат почти напълно към структурата и съдържанието на чл. 3, ал. 1 от ЗТМ на Великобритания, като е разменена само поредността на разпоредбите относно марките, станали обичайни в говоримия език или в установената търговска практика — т. 3 от чл. 11, ал. 1 на ЗМГО, а в ЗТМ на Великобритания съответно б. (d) от чл. 3, ал. 1, и относно описателните марки — т. 4 от чл. 11, ал. 1 на ЗМГО, а в ЗТМ съответно б. (c) от чл. 3, ал. 1. Оттук следва, че съществува възможност българската практика да достигне до разрешения, сходни с тези на съдебната практика във Великобритания, като приложи двоен тест при изследването на въпроса дали даден знак притежава отличителна способност. Именно поради това решението на Съда на ЕО по делото *Philips v Remington* следва да вземе под внимание от българска страна. Трябва да се приеме, че разпоредбите на чл. 11, ал. 1, т. 1,2,3 и 4 и ал. 2 на ЗМГО се разглеждат в съвкупност и представляват единен критерий при определяне на отличителната способност на марката.

Единствено придържането към практиката на Съда на ЕО може да гарантира не само формалното сближаване със законодателството на ЕС в областта на марките, прокламирано чрез приемането на нов ЗМГО, но действителното придържане към духа на разпоредбите на Първата директива. Може да се препоръча и изготвянето на проект на Закон за изменение и допълнение на ЗМГО, с който да се отстранят някои от недостатъците на приетите през 1999 г. разпоредби.

### БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> Този факт получи признание със затваряне на глава 5 „Дружествено право“ в рамките на преговорите за присъединяване на България към ЕС. Според разпоредбата на член 67 от Европейското споразумение за асоцииране между България и ЕС, обн., ДВ, бр. 61 от 1995 г., в сила от 1.02.1995 г., България следва да продължи да усъвършенства закрилата на правата върху интелектуална, индустриална и търговска собственост с цел да предостави до края на петата година от влизане в сила на това споразумение ниво на закрила, сходно на това, съществуващо в Общността, включително сравними средства за осъществяването на тези права. Новият Закон за марките и географските означения влезе в сила от 15 декември 1999 г. (обн., ДВ, бр. 81 от 1999 г.).

<sup>2</sup> Относно актовете на Европейския съюз вж. **Мръчков, В.** Въпроси на сближаването на българското законодателство с правото на Европейския съюз, „Правна мисъл“, бр. 1, 1998, с. 3—21; **Каменова, Цв.** Отношенията между Република България и Европейския съюз: задачата за сближаване на законодателството на Република България с правото на Европейската общност. В: Сближаване на българското право с правото на Европейската общност. Институт за правни науки при БАН. Трудове. Том I. С., 1998, с. 4—21; Вж. и **Попова, Ж.** Основи на правото на ЕС, С., 2001.

<sup>3</sup> Official Journal L 040/1, 1989. За особеностите в правната уредба в областта на марките в страните от ЕС вж. **Каменова, Цв.** Хармонизиране на правната уредба на ЕС по отношение на търговските марки, „Правна мисъл“, бр. 2, 1996, с. 112—118. Относно процеса на сближаване с правото на ЕС в областта на марките вж. също **Дамянова, К.** Закрила на търговските марки в България — състояние и развитие, „ИнСо“, бр. 4, 1997.

<sup>4</sup> Official Journal L 11, 14.01.1994. Вж. **Брестничка, Р., Иванов, И.** Марката на общността и присъединяването на нови държави, „ИнСо“, бр. 12, 2000, с. 9—12; също така вж. **Брестничка, Р.** Марка на Европейската общност. Възможности, проблеми, стратегии, „ИнСо“, бр. 7, 1998.

<sup>5</sup> Official Journal L 208, 24.07.1992.

<sup>6</sup> Относно новите правни институти в ЗМГО вж. **Dimov, D.** Das neue bulgarische Markengesetz, In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International, Heft 2, 2000, S. 129—136; **Димов, Д.** Новите понятия в българското марково право (Сравнителноправен анализ на Европейската директива за хармонизиране на марковите законодателства и българския Закон за марките и географските означения), студия в Годишника на Юридическия факултет на Пловдивския университет, т. I, 2000.

<sup>7</sup> Вж. **Димов, Д.** Изчерпване на правото върху марка в правото на Европейския съюз и в проекта за Закон за марките и географските означения, „Съвременно право“, бр. 6, 1998, с. 129—136.

<sup>8</sup> Вж. **Добрев, Г.** Правна уредба и функции на търговската марка, С., 1983; Търговски марки — роля, значение и регистрация, С., БТПП, 1974; **Коджабашев, М.** Закрила на търговските марки, промишлени образци и наименования за произход в НРБ, С., 1971; **Джелепов, С.** Правен режим на търговските марки в НРБ, С., 1980, с. 68—77; **Хаджиев, Ф.** Правна защита срещу решенията за отказ или незаконосъобразно допусната регистрация на търговска марка, „Социалистическо право“, бр. 10, 1976.

Вж. също **Cornish, W. R.** Intellectual Property, 4<sup>th</sup> ed, Sweet and Maxwell, London 1999; **Fezer, K.** Markenrecht, 1997; **Hubman, Goetting.** Gewerblicher Rechtsschutz, 6. Aufl., C. H. Beck 1998; **Ingerl, Rohnke.** Markengesetz, C. H. Beck 1998; **Baumbach, Hefermehl.** Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12. Aufl. München 1985; **Mangini, A.** Niedergang der Herkunftsfunktion? Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International 1996, S. 462; **Kaltner, J.** Die Verbraucherfunktion — eine neue EG-Markenfunktion? Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht 1995, S. 12; **Kunz-Hallstein.** Die Funktion der Marke nach europäischem und künftigen deutschen Markenrecht, FS 100 Jahre Marken-Amt 1994, S. 147.

<sup>9</sup> В Първата директива и в Регламента за търговска марка се използва понятието „търговска марка“. Всяка от държавите-членки на ЕС използва в законодателството си различни термини, които съответстват на значението на понятието „търговска марка“ в източниците на правото на ЕС. Тези разлики се дължат на съществуващите в конкретната държава традиции или на необходимостта от реформа в съответната правна област. Така например английският закон запазва израза „trade mark“, френският — „marques de fabrice“, немският закон изоставя използвания израз „Warenzeichen“ и въвежда от 1995 г. термина „Marke“. Българският ЗМГО също се отказва от използваната досега в българското марково законодателство, теория и практика терминология и заменя израза „търговска марка“ с „марка“. От разпоредбите на чл. 8 и 9 на ЗМГО става ясно, че „марка“ е общото понятие, а „търговска марка“, „марка за услуги“, „колективната марка“ и „сертификатната марка“ са видове марки. Остра критика на възприетия от ЗМГО подход прави **Саракинов, Г.** Право върху търговска марка в Република България, „Сибис“, 2002, с. 40—41. Мисля, че дискусиите за употребата на термина „марка“ в ЗМГО не допринасят за изясняването на съдържанието на самото понятие и няма съществено значение.

<sup>10</sup> Europäischer Gerichtshof, Amtsblatt des Harmonisierungsamtes für den Binnenmarkt 1998, 1406 = Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 1998, 702 = [1999] Report of Patent, Design and Trade Mark Cases 117.

<sup>11</sup> Вж. също аргументите по този въпрос в дело C-10/89, Neue Juristische Wochenschrift 1991, S. 626 = HAG GH (HAG II) [1990] ECR I-3711.

<sup>12</sup> Относно новите форми, които получават правна закрила в немското законодателство, вж. **Eisenfuhr.** Schutzfähigkeit und Schutzzumfang nach dem neuen Markenrecht, FS 100 Jahre Markenamt 1994; **Klaka.** Die Schutzfähigkeit der dreidimensionalen Benutzungsmarke, GRUR 1996, S.613; **Wittenzellner.** Schutzfähigkeit von Farben nach dem neuen Markengesetz, FS Beier 1996, S.333.

<sup>13</sup> Вж. по-горе.

<sup>14</sup> Същият подход е възприет и в текста на чл. 4 от Регламента за търговска марка на Общността, озаглавен „Знаци, от които може да се състои търговската марка на Общността“.

<sup>15</sup> Halsbury's Statutes of England and Wales, Vol. 48, 1995.

<sup>16</sup> Вж Kerly's Law on Trade Marks and Trade Names, 2001, p. 28.

<sup>17</sup> Така с чл. 3, ал. 1, б. (с) се забранява регистрацията на марки, която се състоят изключително от знаци или означения, които могат да служат в търговията за определяне на вида, качеството, количеството, предназначението, стойността, географския произход, времето на производство на стоките или на предоставяне на услугите, или други характеристики на стоките или услугите.

С разпоредбата на чл. 3, ал. 1, б. (д) не се допуска регистрацията на марки, които се състоят изключително от знаци или означения, станали обичайни в говоримия език или в установената търговска практика.

<sup>18</sup> AD2000 [1997] Report of Patent, Design and Trade Mark Cases 168.

<sup>19</sup> *Philips v Remington* [1999] Report of Patent, Design and Trade Mark Cases 809, CA.

<sup>20</sup> *Bach Flower Remedies* [2000] Report of Patent, Design and Trade Mark Cases 513, CA.

<sup>21</sup> Относно новия немски ЗЗМ вж. **Ingerl, Rohnke**. Die Umsetzung der Markenrechts-Richtlinie durch das deutsche Markengesetz, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 1247; **Schmieder**. Neues deutsches Markenrecht nach europäischem Standard, Neue Juristische Wochenschrift 1994, S. 1241; **Dreis, Klaka**. Das neue Markengesetz: Entstehung und Erlöschung, Verfahren, Kollision und gerichtliche Durchsetzung, München 1995; **Meister**. Das neue Markenrecht in der Praxis, Marken Amt 1995, S. 436.

<sup>22</sup> Разпоредбата на чл. 3, ал. 1 ЗЗМ гласи: „Като марки могат да бъдат защитени всички знаци, включително думи, имена на лица, изображения, букви, числа, звукови знаци, триизмерни форми, включително формата на стоката или на нейната опаковка, както и други изображения, включително цветове и комбинации от тях, които са способни да отличат стоките или услугите на едно предприятие от тези на други.“ (Преводът е на автора.)

<sup>23</sup> Вж. **Sack** Sonderschutz bekannter Marken, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1995, S. 81; **Piper**, Der Schutz der bekannten Marken, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1996, S. 429.

<sup>24</sup> **Ingerl, Rohnke**. Markengesetz, München 1998, S. 131; **Starck**. Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum neuen Markenrecht, Wirtschaft Recht und Praxis 1996, S. 269.

<sup>25</sup> Така марката „Diesel“ не би могла да притежава отличителна способност по отношение на нефтени продукти, но се използва като отличителен знак за текстилни изделия.

<sup>26</sup> Чл. 6, ал. 1 на ирландския Закон за търговските марки използва редакцията на чл. 1, ал. 1 от английския ЗТМ.

<sup>27</sup> Вж. чл. 1 от австрийския Закон за закрила на марките.

<sup>28</sup> Вж. чл. 1 от Еднообразния закон на Бенелюкс за марките.

<sup>29</sup> Вж. чл. 711-1 от френския Кодекс на интелектуалната собственост.

<sup>30</sup> Вж. чл. 1 от испанския Закон № 32/1998 за търговските марки.

<sup>31</sup> Вж. чл. 1, ал. 2 от финландския Закон за търговската марка.

<sup>32</sup> Вж. чл. 2, ал. 1 от датския Закон за търговските марки.

<sup>33</sup> Вж. чл. 1, ал. 2 от шведския Закон за търговските марки.

<sup>34</sup> Вж. чл. 16 от италианския Закон за търговската марка.

<sup>35</sup> Вж. чл. 165, ал. 1 от португалския Кодекс на индустриалната собственост

<sup>36</sup> Дело „C-299/99“ от 18 юни 2002 г.

<sup>37</sup> Подробно за производството по чл. 234 от Договора за създаване на Европейската общност вж.

**Попова Ж.** Основи на правото на ЕС, С., 2001, с. 206—210.

<sup>38</sup> С-108/97 от 5 април 1999 г.

<sup>39</sup> Тук следва да се посочи непредоставянето на правна закрила от страна на ЗМГО при конфликти между марка и сходен на нея знак. Трябва да се изтъкне, че именно в областта на сходството се наблюдават най-много нарушения, от които маркопритежателят в настоящия момент не може да се защити. Вж. **Dimov, D.** Das neue bulgarische Markengesetz, In: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International, Heft 2, 2000, S. 133. Вж. също **Саракинов, Г.** Право върху търговска марка в Република България, „Сиби“, 2002, с. 47.

---

# **ЧУЖДЕСТРАНЕН ОПИТ**

---

## **РАБОТАТА НА ДИПЛОМАТИЧЕСКИТЕ ПРЕДСТАВИТЕЛСТВА В УСЛОВИЯТА НА ИЗВЪНРЕНА СИТУАЦИЯ**

*Кристина Тепкян\**

През последните години често се случва служителите на дипломатическите, консулските и другите представителства зад граница и чуждестранните граждани, пътуващи зад граница, да попадат в условията на сложни, извънредни ситуации в различните краища на света.

Извънредните ситуации като правило са неочаквани и уникални. Те имат различен характер и могат да бъдат ситуации на вътрешнополитически, етнически или религиозни конфликти, стихийни бедствия, въстания или единични провокационно-хулигански действия на екстремисти, но всички тези ситуации имат една обща черта — създават за чужденците опасна обстановка в държавата по пребиваване и застрашават интересите и безопасността на чуждестранните граждани.

Правителствата, министерствата на външните работи и дипломатическите служби на всички държави внимателно следят за възникването на кризисни, извънредни ситуации навсякъде по света и вземат мерки за защита на интересите на своите граждани и за осигуряване на тяхната безопасност.

Дипломатите и всички останали служители на задграничните органи за външни отношения трябва във всякакви, дори и най-сложни и заплетени ситуации, да

---

\* Докторант по международно право.

проявяват издръжливост, находчивост и смелост, с голяма отговорност да изпълняват своите задължения и строго да спазват указанията на своето правителство за действия в подобни ситуации.

Въпреки че през последните години, след края на „студената война“, се отбелязва подобряване на обстановката в света, все пак се запазва голямата острота на регионалните и вътрешнодържавните конфликти. В много от държавите се отбелязва невиджана досега активност на международните терористични организации.

Причините за възникване на извънредни ситуации в работата на посолствата в дадена държава са най-различни и сред тях могат да се посочат следните:

1. напрежение в двустранните отношения между изпращащата и приемащата държава, недоволството на политическото ръководство или на групи граждани на държавата по пребиваване от политиката на правителството на изпращащата държава по международни и регионални проблеми и най-вече по отношение на въпросите, пряко засягащи интересите на държавата по пребиваване. Като причина може да послужи дори и позицията на изпращащата държава, изразена на международни форуми и срещи, организирани от международни организации;

2. изостряне на вътрешнополитическата обстановка в приемащата държава в резултат на социални, политически, етнически или религиозни конфликти, военни или политически преврати;

3. локални войни или въоръжени конфликти в държавата по пребиваване и в съседните ѝ държави;

4. стихийни бедствия, епидемии, техногенни и други аварии и катастрофи, станали на територията на държавата по пребиваването.

Освен това трябва да се отбележи, че въпреки, че в приемащата държава обстановката като цяло е спокойна и почти всички посолства в нея работят в нормален режим, върху работата на конкретно посолство от дадена изпращаща държава може да се отразят извънредните обстоятелства, които имат място не в приемащата, а в изпращащата държава. Пример в това отношение е преминаването на работата на руското посолство в София и на другите руски представителства в България в режим на засилване на безопасността им и дори готовност за действие в условията на извънредни ситуации във връзка с повишаването на напрежението в Чечня, въпреки че обстановката в Република България беше спокойна и задграничните представителства от всички останали страни, намиращи се на територията на РБ, работеха в нормален режим. Беше засилена охраната на руското посолство, на търговското представителство, на консулствата, дори и на училището при руското посолство и на сградите, в които живеят служители на руските представителства в РБ, и беше разработен комплекс от мерки за действие в случай на застрашаване на живота и интересите на руските физически и юридически лица.

Такива засилени мерки по охрана на руските посолства и други руски представителства бяха взети не само в Република България, но и във всички останали

държави по света, където има руски граждани и представителства на руски учреждения.

Екстремалните обстоятелства изискват от дипломатите умение да работят в най-неочаквани ситуации. Специфичността на положението на дипломатите в такива ситуации се дължи и на особените (технически, материални и други) условия, в които работят служителите на дипломатическите представителства, като например малкото количество персонал, степента на владеене на официалния език на приемащата държава, нивото на защитеност на помещенията на посолството и на личните резиденции на служителите на посолството. Но във всякакви условия на работа дипломатите са длъжни да продължат да изпълняват служебните си задължения и да осигурят защитата на интересите на своята държава и на своите съграждани, намиращи се в приемащата държава.

Правителствата и най-вече ведомствата на външните работи на много от държавите по света подготвят служителите на своите задгранични представителства за това, че във всеки момент те трябва да бъдат готови да действат в условията на възникнала извънредна ситуация. Пример в това отношение е Русия, където отдавна беше формулиран цял комплекс от мерки за осигуряване на готовността за действие в условията на извънредни ситуации, регламентирани в различни указания и инструкции.

Към настоящия момент основните принципи за действие на задграничните органи за външни отношения на Руската федерация се намират в Указ от 02.11.1994 г. „За мерките, предприемани в случай на възникване на извънредни ситуации за дейността на задграничните учреждения на Руската федерация и за руските граждани, намиращи се зад граница.“<sup>1</sup> За изпълнение на този указ беше прието Постановление на Правителството на Руската федерация от 30.12.1994 г. „За комплекса от мерки за осигуряване на осъществяването на евакуация на руските граждани от чуждите държави в случай на възникване на извънредни ситуации.“<sup>2</sup> Към него е приложен документ, в който се съдържа изброяване на мерките, които се предприемат. Регламентация на мерките, които руските задгранични органи за външни отношения трябва да предприемат в случай на възникване на извънредни ситуации, се съдържа и в плановете за действия на посолствата и други задгранични учреждения, които плановете Правителството на РФ е задължило посланиците, търговските представители и ръководителите на други руски представителства зад граница да разработят, актуализират и представят в Центъра.

Трябва да се обърне внимание на това, че такива плановете за действие в случай на възникване на извънредни ситуации се разработват поотделно във всяко руско представителство зад граница със специфична уредба за дадено представителство (например в плановете, разработени от търговските представители (или търговски съветници в посолствата) се предвижда провеждането на съответни ме-

роприятия с участието на групи от специалисти, които представляват интересите на различни руски външнотърговски организации), а освен това се съставят и общи планове, съдържащи уредба на координираните действия на всички задгранични представителства на руски учреждения в приемащата държава в случай на възникване на извънредна ситуация на територията ѝ.

С покачването на напрежението в обстановката в държавата по пребиваването и в съседните ѝ държави се увеличават и изискванията, предявявани към информационно-аналитичната работа на посолството. Посолството и другите представителства в приемащата държава трябва да анализират създаващата се обстановка и оперативно да информират Центъра за нея, като същевременно трябва да отправят своите прогнози за по-нататъшното развитие на ситуацията и своите предложения за по-нататъшната дейност на посолството и на останалите представителства в държавата по пребиваване и за състава на групите от специалисти, които трябва да се заемат по-специално с даден проблем. Тези предложения трябва да се правят най-вече с оглед на постигането на основната цел — осигуряване на безопасност и на защита на националните интереси на изпращащата държава и на нейните физически и юридически лица, намиращи се в приемащата държава.

С появата на опасност за своите граждани, намиращи се в чужбина, властите на много от държавите правят официални съобщения с предупреждения и препоръки, като същевременно препоръчват на своите граждани (бизнесмени, туристи и други) да не пътуват в тези държави с напрегната обстановка, а понякога дори и забраняват тези пътувания.

В някои случаи на възникване на извънредни ситуации се налага да се проведе пълна или частична евакуация на персонала на представителствата в приемащата държава, като на първо място се евакуират децата и жените.

Освен грижата за безопасността на живота на гражданите трябва да се проявява грижа и за тяхната собственост. Затова посолствата и другите задгранични представителства трябва да представят и предложения за мерките, които е необходимо да бъдат взети с оглед защитата и предотвратяването на нанасянето на щети на собствеността на държавните и частните организации.

Оперативната информация, постъпваща в Центъра от посолството в приемащата държава с напрегната обстановка, трябва най-вече да носи политически характер, в смисъл че трябва да се внасят предложения в Министерството на външните работи относно това какво трябва да бъде отношението на изпращащата държава към възникналата в приемащата държава ситуация и какви трябва да бъдат евентуалните политически и дипломатически стъпки в тази връзка. Сред тези стъпки трябва да бъдат и инициативите за понижаване на напрежението, за предотвратяване на кризиса и за ефикасно регулиране на изострената ситуация.

От посолствата се изисква да представят и предложения относно това каква позиция трябва да заеме съответното правителство, ако възникналият проблем и



събитията в приемащата държава бъдат обсъдени например в Съвета за сигурност на ООН или на друг международен форум.

Посолството трябва постоянно да следи развитието на възникналата извънредна ситуация и своевременно да предоставя на Центъра точна информация за хода на събитията в приемащата държава и за мерките, които предприема посолството за осигуряване защитата на интересите на изпращащата държава, на неговите задгранични учреждения и граждани, своевременно да внася предложения за по-нататъшни стъпки, които трябва да предприемат правителството, МВнР или посолството, акредитирано в приемащата държава.

Когато възникнат извънредни обстоятелства за дейността на задгранични учреждения на дадена държава, с решаването на въпросите, свързани с тази извънредна ситуация, се заемат не само посолството и другите представителства на тази държава, акредитирани в приемащата държава, а също така и много други ведомства на изпращащата държава, като например ведомството по извънредни ситуации, Министерството на отбраната, Министерството на правосъдието, Министерството на здравеопазването, ведомствата, занимаващи се с външноикономическа дейност, и много други, като не бива да се подценяват и действията на Министерството на външните работи и на другите ведомства на самата държава по пребиваване, където е възникнала извънредна ситуация.

А когато вече се очертава спадане на напрежението и нормализация на обстановката в държавата по пребиваване или извънредната ситуация е вече свършила, тогава Центърът изисква от посолството да даде своята оценка за това каква ще бъде обстановката в приемащата държава след затихване на кризата, какво влияние ще окажат събитията върху политиката на приемащата държава по отношение на изпращащата държава и как по-нататък ще се развият двустранните отношения между тях. Понякога дори се налага да се променят сключените двустранни договори, защото събитията, довели до възникване на извънредна ситуация в приемащата държава, могат да бъдат най-различни, включително и смяна на политическата власт, смяна на формата на държавно устройство или на държавно управление, и сключените вече двустранни договори ще се нуждаят от промени, най-малкото за да се реши проблемът за правоприемството на задълженията по сключените договори.

Както беше споменато по-горе, във връзка с изострянето на международната обстановка и покачване на напрежението в определени региони на планетата напоследък често се налага да се стигне дори и до пълна или частична евакуация на гражданите на изпращащата държава от територията на приемащата държава.

На практика посолствата често имат големи трудности при осъществяването на евакуацията, свързани, от една страна, с това, че местните власти на държавата по пребиваване по най-различни причини не проявяват достатъчна степен на готовност да сътрудничат при провеждането на евакуацията, а от друга страна —

гражданите на изпращащата държава не желаят да напускат приемащата държава, подценявайки остротата на възникналата извънредна ситуация.

Затова в споменатото постановление на руското правителство е подчертано, че при отказ от евакуация се предлага на руските граждани в установения срок писмено да уведомят посолството за това и им се съобщава, че в случай на такъв отказ правителството на РФ е лишено от възможността да носи отговорност за защитата на техния живот и имущество. За ефективното провеждане на евакуационните мероприятия много е важно наличието на няколко предпоставки, а именно: добра отчетност на всички граждани на изпращащата държава, намиращи се на територията на приемащата държава, а също така и предварително предвидени и създадени форми и канали за връзка с всички тези лица и най-вече с тези от тях, които работят не в столицата, а в провинцията на държавата по пребиваване<sup>3</sup>.

Служителите на дипломатическите и на другите представителства, акредитирани в държавата по пребиваване, са длъжни да бъдат в състояние на постоянна готовност за възникването на извънредна ситуация. И дори и в най-неочакваните и екстремални условия те са длъжни да бъдат готови да действат бързо и без прекъсване и ефективно да решават всички възникващи проблеми и да осигуряват защитата на интересите на своята държава и безопасност на своите съграждани. За да се постигне това в условията на извънредни обстоятелства, необходимо е да се разработи и да се изпълни цял комплекс от конкретни мероприятия за подготовка на персонала на задграничните учреждения към работа в извънредни ситуации. Много е важно дипломатическите представителства предварително да проявят грижата и да създадат преки контакти и надеждни канали за връзка с компетентните власти на държавата по пребиваването.

В съответствие с вековните традиции и установилата се дипломатическа практика, а също така и в съответствие с международното право властите на приемащата държава са длъжни да вземат необходимите мерки за защита на дипломатическите представителства, акредитирани в тази държава. Такава регламентация се съдържа и в чл. 22, ал. 2 на Виенската конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г.: „Приемащата държава има специалното задължение да взема всички подходящи мерки за защита на помещенията на представителството от всякакво нахлуване или нанасяне на повреда на представителството и за предотвратяване на всякакво нарушение на представителството или накърняване на неговото достойнство.“<sup>4</sup>

Когато дипломатическото представителство получи тревожен сигнал за възникването на опасност за учрежденията или гражданите на своята държава, то трябва да разполага с възможност бързо да се свърже с компетентните власти на приемащата държава. Представителството има право да постави пред местните власти въпроса за засилването на охраната на сградите на представителството и за вземането на други необходими мерки. Важно е дипломатическото представител-

ство да разполага с „гореща линия“ за връзка, за което е необходимо да разполага със списък от адреси и телефонни номера на съответните длъжностни лица на приемащата държава и предварително да се уговори с тези лица за възможността спешно да се свързва с тях. Такива контакти посолството трябва да поддържа на всички нива, т. е. да има контакти не само със служителите на МВНР, но и на МВР, а по възможност — и с висшето ръководство на приемащата държава (президента, премиер-министъра, министрите, техните лични помощници и служителите на техните канцеларии).

Във връзка с изострянето на обстановката в държавата по пребиваването ръководството на посолството уточнява задълженията на своите служители и им ги разяснява. Обикновено се създават следните работни групи: по въпросите на охраната на посолството, по пожарна безопасност, за проверка на реда в служебните кабинети на служителите, в канцелариите и в другите помещения на представителството, за подготовка и осъществяване на евакуацията на хората и други.

Като се отчете фактът, че в повечето държави щатът на служителите в посолството е малък, се налага едни и същи служители да бъдат включени едновременно в няколко от горепосочените работни групи и по същото време всички те са длъжни да продължат да осъществяват и своите обичайни служебни задължения. Освен работните групи, организира се и дежурство на дипломатите с високи рангове, на преводачите и на други служители на представителството. Често изострянето на обстановката налага екстрено събиране и явяване на работа на целия персонал на представителството.

Когато се очаква възникването на извънредна ситуация и особено по време на самата криза, се установява специален режим на работа и на поведението на служителите и на членовете на техните семейства. Ръководителят на дипломатическото представителство утвърждава съответните указания и инструкции. Често посолствата са принудени да въведат ограничения за своите служители и за членовете на техните семейства за посещение на различни места за търговия и развлечения, а също така и ограничения за ползването им на обществен транспорт, за пътувания извън града и т. н. Освен това в условията на сложна обстановка им се препоръчва да не излизат от сградата на представителството сами, без придружител, и най-вече — през нощта. Въвежда се система за регистрация на излизащите в града лица с посочване на времето на тяхното излизане, а понякога и с посочване на маршрута на тяхното придвижване из града. Такива мерки се предприемат най-вече тогава, когато в града са възможни безредици, терористични актове, бомбардировки или други военни действия.

Ръководството на представителството е длъжно редовно да информира своите служители за обстановката в града и в държавата и да посочва новите опасни тенденции в развитието на възникналата извънредна ситуация. Освен това то е длъжно да води разяснителна работа с членовете на семейството на служителите

си и да ги ориентира към съблюдаване на засилени мерки за безопасност. Особено необходима е тази разяснителна работа в случаите на по-продължителна извънредна ситуация, защото с течение на времето хората започват да свикват с тази ситуация и тяхната бдителност намалява. Освен първоначално утвърдените указания и инструкции ръководството на представителството трябва да следи за развитието на обстановката и да внася необходимите корекции и да дава допълнителни указания, които да осигурят безопасността на хората и да защитят техните интереси.

През последните десетилетия почти навсякъде по света се наблюдава засилване на терористичната дейност и зачестяване на случаите на превземане на посолства от терористи, отвличания и убийства на дипломати. Тези многобройни трагични инциденти станаха причина за създаването от много държави на вътрешна охрана в дипломатическите им и други представителства. Затова смятам, че е уместно в тази статия да се отдели място и за разглеждане на статута на вътрешната охрана на дипломатическите представителства.

Във вече споменатата разпоредба чл. 22, ал. 2 на Виенската конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г. се съдържа регламентацията на задължението на държавата по пребиваването да осигури защитата на помещенията на представителството и на спокойствието и достойнството на представителството и на неговия персонал.

Но въпреки това през последните две десетилетия се появи такова ново явление в дипломатическата практика, като организацията на собствена (вътрешна) охрана на дипломатическите представителства.

Макар че това е ново явление в дипломатическата практика, собствена охрана посолствата са имали и в миналото. Още в древността, до появата на постоянните дипломатически представителства, държавите са разменяли посолства (специални мисии) помежду си, които винаги са били съпроводени от собствена охрана.

Днес вътрешна охрана е създадена в представителствата на повечето от държавите по света. В последните години се прояви тенденция към рязко засилване на режима на безопасност в дипломатическите представителства от страна на акредитиращите държави и към увеличаване числеността на сътрудниците на вътрешната охрана. Пример в това отношение е безпрецедентното засилване на режима на безопасност на представителствата на САЩ зад граница през последните две десетилетия. През 1985 година към Държавния департамент на САЩ бяха създадени две нови служби: Бюро по дипломатическа служба и Служба за дипломатическа безопасност. Тези две нови служби бяха призвани да се занимават изключително с въпросите на безопасността на американските представителства зад граница. Беше подготвена програма за безопасност и за защита срещу тероризма, която включва 91 препоръки, повечето от които бяха изпълнени.

Общото ръководство на сътрудниците на вътрешната охрана се осъществява като правило от офицери на сигурността на дипломатическото представителство. Вътрешната охрана обикновено е въоръжена с огнестрелно оръжие, а в някои страни разполага даже с тежко въоръжение. Известни са много прецеденти, когато вътрешната охрана е използвала оръжие при нападения срещу дипломатическите представителства.

Бидейки първоначално създадена главно за защита на представителството от нападенията на терористи, на практика вътрешната охрана активно се използва и за противодействие на специалните служби на приемащата държава. Тази мисъл е ясно изразена от държавния секретар на САЩ Д. Шулц по време на слушанията в Сенатския комитет по разузнаването на 23 април 1987 година, където той по следния начин формулира двете главни задачи на усилията за гарантиране на безопасността на американските представителства:

- „ — осигуряване на физическата безопасност на нашите представителства от насилието на тълпата, атаките на терористи и несанкционирано нахлуване,
- осигуряване на техническата безопасност на нашите представителства и на нашата комуникационна мрежа.“<sup>5</sup>

В доктрината на международното право въпросите за организацията и статута на вътрешната охрана до момента почти не са били изследвани.

В действащите договорни норми въпросът за организацията на вътрешната охрана в дипломатическите представителства не се регламентира, най-вече поради факта, че създаването на вътрешна охрана на дипломатическите представителства е сравнително ново явление в дипломатическата практика.

По силата на международния обичай дипломатическите представителства се ползват с привилегиата да организират вътрешния си ред по свое усмотрение и в съответствие с традициите и обичаите на своята страна. С позоваване на тази привилегия може да се обясни и допустимостта за създаване на вътрешна охрана в дипломатическите представителства, но при условие, че нейната организация и дейност са свързани само с вътрешните работи на представителството. Осъществяването на каквито и да било защитни функции, излизащи извън рамките на организацията на вътрешния ред на представителството, ще представляват намеса във вътрешните работи на държавата по пребиваването, към каквато вътрешна работа на държавата по пребиваването спада и предвиденото в чл. 22 в Конвенцията изпълнение на „специалното задължение“ по обезпечаване на безопасността на чуждестранните дипломатически представителства<sup>6</sup>.

Позоваването на посочената привилегия дава възможност само в най-общ вид да се обоснове правомерността на съществуването на вътрешната охрана и да се определи сферата на нейната дейност.

Организацията на вътрешната охрана в дипломатическото представителство стана днес широко разпространена практика, която почти не среща възражения от страна на държавата по пребиваването.

Случаите, когато държавата по пребиваването възразява срещу наличието на вътрешна охрана на дипломатическите представителства, акредитирани в тази държава, са много редки. Един от тези редки случаи е изгонването от Уганда на 29 октомври 1973 година на шестима морски пехотинци, които осъществяват вътрешната охрана на американското посолство в Кампала<sup>7</sup>.

Често пъти акредитиращите държави изпращат сътрудниците на вътрешната охрана открито, като пряко посочват в запитванията за визите и в нотната преписка длъжността на тези лица. Много от приемащите държави, бидейки видимо не в състояние да осигурят необходимата защита на дипломатическите представителства, сами изразяват заинтересованост от организирането на вътрешна охрана в тези представителства.

В дипломатическата практика се срещат, макар и много рядко, двустранни спогодби между акредитиращата държава и държавата по пребиваването, регламентиращи организацията и статута на вътрешната охрана в дипломатическите представителства. Така например подразделението на морските пехотинци, охраняващи посолството на САЩ в Англия, не се оценява от местните власти като персонал на представителството и техният статут се определя от спогодбата, сключена между САЩ и Англия относно специалните сили за сигурност<sup>\*</sup>.

Обобщението на съществуващата практика на държавите по разглеждания въпрос показва, че тя отговоря на изискванията (постоянство, еднообразие, всеобщност, продължителност), които са признати в международното право за необходими и достатъчни за възникването на обичайната норма и по такъв начин вероятно може да се констатира възникването на нов международен обичай, допускащ организирането на вътрешна охрана в дипломатическите представителства.

В същото време някои аспекти от дейността на вътрешната охрана, засягащи компетенцията на държавата по пребиваването, често пъти пораждат остри конфликтни ситуации в отношенията между акредитиращата държава и държавата по пребиваването.

Нерегламентиран е например въпросът за пределите на компетенцията на вътрешната охрана, особено в онези случаи, когато тя прибегва към принудителни действия. Разбира се, правомерността на отделни принудителни действия (например задържането на престъпник, проникнал в помещенията на дипломатическото представителство, в момента на извършване на престъплението с цел последващото му предаване на местните власти) може да бъде обяснена в рамките на института за неизбежната отбрана. Но тъй като осъществяването на охранителните функции е неизбежно свързано с принуда, могат да възникнат ситуации, ко-

гато извършването на едни или други принудителни действия (задържане, обиск, и т. н.) ще засегнат суверенитета на държавата по пребиваването. Почти неизбежно се квалифицира като нарушение на местното законодателство и води до конфликт с държавата по пребиваването изпълнението на една от важните функции на вътрешната охрана — отразяване на нападението на терористи.

Вътрешната охрана, осигурена от акредитиращата държава и упълномощена да извършва принудителни действия, гарантира защитата на дипломатическото представителство. Обаче същата задача решава и външната охрана, организирана и упълномощена от държавата по пребиваването, която също използва в необходимите случаи принуда. В резултат на това при уреждането на едни или други инциденти съществува потенциална опасност от пряко сблъскване между сътрудниците на вътрешната и на външната охрана на представителството. Пример за това е инцидентът, станал на 4 април 1972 г., когато на покрива на кубинското търговско представителство в Монреал се взриви бомба. Възникна инцидент между канадските полицаи и служителите на вътрешната охрана на кубинското търговско представителство, които се опитаха да попречат на местните полицаи да влязат в помещенията на представителството. След инцидента шестима кубинци са обвинени пред районния съд на Монреал за това, че са попречили на полицейските власти да изпълняват служебните си задължения<sup>8</sup>.

Не са регламентирани и въпросите за внасянето, съхраняването, носенето и използването на оръжие от вътрешната охрана. Действащите норми на международното право не уреждат тези въпроси. Държавата по пребиваването ги решава или като използва нормите на действащото законодателство, или като приема специални закони и инструкции за персонала на чуждестранните дипломатически представителства.

В много държави, например в Италия, Руанда, Судан и Турция, персоналят на чуждестранните дипломатически представителства може да носи огнестрелно оръжие, но при условие, че има разрешение за това от местните компетентни органи. Така например по канадските закони на чуждестранните дипломати им е забранено да внасят огнестрелно оръжие в страната. Законодателството на отделни страни изобщо забранява съхраняването и носенето на оръжие от персонала на чуждестранните дипломатически представителства. Такова е например законодателството на Великобритания (изключение е направено само за морските пехотинци от състава на вътрешната охрана на посолството на САЩ).

В Русия няма единен законодателен акт или правителствено решение, с което да са регламентирани комплексно въпросите за внасянето, изнасянето, сдобиването, съхраняването и използването на оръжие, неговата регистрация от персонала на чуждестранните дипломатически представителства. В съответствие със съществуващата практика през руската държавна граница се пропуска на основата на взаимността само личното огнестрелно и хладно оръжие, принадлежащо на воен-

ните, военноморските и военновъздушните аташета при посолствата и техните помощници, на дипломатическите куриери или на куриерите *ad hoc*, които придружават дипломатическата поща, при това на горепосочените лица им се разрешава да пренасят само по един предмет огнестрелно и хладно оръжие. С оглед на това изключение оръжието от всякакъв род военен образец и боеприпасите за него са забранени за внос.

Въпреки това сътрудниците на вътрешната охрана на акредитираните в Русия дипломатически представителства като правило разполагат с незаконно внесено огнестрелно оръжие, макар че обикновено не го изнасят извън пределите на помещенията на представителството. Тъй като незаконното носене и съхраняване на оръжие е престъпление, наличието на оръжие при сътрудниците на вътрешната охрана е нарушение на законите на държавата по пребиваването и съответно е нарушение на чл. 41, ал. 1 на Виенската конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г., която гласи: „Без да накърняват тези свои привилегии и имунитети, всички лица, ползващи се от привилегии и имунитети, са длъжни да уважават законите и правилниците на приемащата държава. Те са длъжни също така да не се месят във вътрешните работи на тази държава.“<sup>9</sup>

Използването на оръжие от вътрешната охрана на дипломатическото представителство в повечето случаи поражда сериозни усложнения в отношенията между акредитиращата държава и държавата по пребиваването.

За да се избегне възникването на колизионни ситуации и да се затвърди създалата се международна практика, е необходимо по договорен път да се уреди цял комплекс от въпроси, свързани с вътрешната охрана. Инициатор на сключването на многостранен договор или — на първия етап — на двустранни споразумения би могла да стане всяка държава, която в еднаква степен с другите държави е заинтересувана от безопасността на своите представителства в чужбина. Този договор би могъл въз основа на съществуващата практика да съдържа следните положения:

- възможност за учредяване на вътрешна охрана;
- нейния количествен състав (квота);
- приблизителния обем на нейната компетенция (например действие само в пределите на помещенията на представителството);
- наличието на оръжие у сътрудниците на вътрешната охрана (количеството и видовете оръжие, реда за внасянето и регистрацията на оръжието, носенето на оръжие само в пределите на помещенията на представителството);
- координация на дейността и организацията на сътрудничеството на вътрешната охрана с местните правозащитни органи.

Ликвидирането на конфликтните ситуации, обусловени от неуредеността на статута на вътрешната охрана, би съдействало за създаването на практика за използването на гражданите на приемащата държава в качеството на сътрудници на



вътрешната охрана на акредитираните в тази страна дипломатически представителства.

За САЩ е характерна практиката за наемане на местни граждани в качеството на охранители. Американците смятат, че този подход намалява опасността за техните съграждани. Освен това местните пазачи могат по-ефективно да пресичат посегателствата на терористите, бидейки лингвистично и културно адаптирани в държавата по пребиваването. В САЩ съществува специална подготовка за такива професионалисти. Така например през 1984 г., след изтеглянето на американските морски пехотинци от Ливан, за охрана на посолството на САЩ бяха наети ливанци, които в течение на две седмици тренираха в използването на оръжие и техниката на охрана на „мобилния тренировъчен екип“ на Държавния департамент на САЩ.

Отделни случаи и руските дипломатически представителства при възникване на заплаха за тяхната безопасност са използвали местни охранители. Така например през 1980 г. по молба на посолството на СССР в Иран на неговата територия за охраната на неговите помещения бяха въведени въоръжени отряди на местните военни формирования на комитетите на ислямската революция. В продължение на няколко седмици тези отряди осъществяваха денонощно патрулиране на територията на посолството на СССР и бяха установили свои постове на покривите на балконите на етажите на сградите. Това продължи само няколко седмици, а при споменатия инцидент година по-късно, през декември 1981 г., вече ги нямаше, но както вече споменах, бързото обаждане на съветския посланик на висшето ръководство на Иран спаси положението и бяха избегнати човешки жертви.

Въпросът за сътрудничеството неведнъж е бил разглеждан в системата на ООН. Едно от най-интересните решения беше прието на 35-ата сесия на Общото събрание на ООН: в резолюцията „Разглеждане на мерките за засилване защитата, охраната и безопасността на дипломатическите и консулските мисии и представителствата“ е предложен механизъм, в съответствие с който държавите се приканват да съобщават на Генералния секретар за сериозните посегателства срещу дипломатите и за мерките, които са предприели държавите за изправяне на нападателите пред съда и избягването на повторения на престъпленията. Генералният секретар разпространява тези отчети сред всички страни-членки на ООН и представя ежегоден доклад на Общото събрание на ООН.

## БЕЛЕЖКИ

<sup>1</sup> Указ № 2058 на Президента на Руската федерация от 02.11.1994 г. „За мерките, предприемани в случай на възникване на извънредни ситуации за дейността на задграничните учреждения на Руската федерация и за руските граждани, намиращи се зад граница“.

<sup>2</sup> Постановление № 1451 на Правителството на Руската федерация от 30.12.1994 г. „За комплекса от мерки за осигуряване на осъществяването на евакуация на руските граждани от чуждите държави в случай на възникване на извънредни ситуации“.

<sup>3</sup> Постановление № 1451 на Правителството на Руската федерация от 30.12.1994 г. „За комплекса от мерки за осигуряване на осъществяването на евакуация на руските граждани от чуждите държави в случай на възникване на извънредни ситуации.

<sup>4</sup> Виенска конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г.

<sup>5</sup> U. S. Department of State, Bulletin, June 1987.

<sup>6</sup> Виенска конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г.

<sup>7</sup> *Revue générale du droit international publique*, V. 79/1975/1.

\* За необходимостта и допустимостта на организирането на вътрешна охрана открито говорят западните юристи и политически дейци. Например в изказването си на 22 януари 1987 година на конференцията по тероризма помощникът на Държавния секретар на САЩ по въпросите на дипломатическата безопасност Р. Лемб заяви: „Днес навсякъде по света е общопризнато, че безопасността на посолството е отделна отговорност. Някои страни могат да обезпечат по-добра безопасност на посолството от други. Но всички държави разчитат, че посолствата сами ще вземат основни мерки за безопасност. Нито едно правителство днес няма да може да защити американските посолства без известна помощ от наша страна.“ Разсъжденията на Лемб за „разделената отговорност“ изглеждат много категорични, тъй като в съответствие с конвенцията отговорността за защитата на чуждестранните представителства е възложена изключително на държавата по пребиваването, но следва да констатираме, че практиката за мълчаливо признание от държавите по пребиваването на института на вътрешната охрана е широко разпространена.

<sup>8</sup> *Revue générale du droit international publique*, V. 77/1973/2

<sup>9</sup> Виенска конвенция за дипломатическите отношения от 1961 г.

---

# ***КРИТИКА И НАУЧЕН ЖИВОТ***

---

## **ВЪЗМОЖНОСТИ ЗА ПРИЛОЖЕНИЕ НА МЕДИАЦИЯТА В СЕМЕЙНИТЕ ОТНОШЕНИЯ\***

*Методи Марков\*\**

Медиацията е извънсъдебно доброволно производство, в което една трета страна, която няма законен интерес относно предмета на спора, професионално посредничи и улеснява процеса на обсъждания между страните с цел да ги подпомогне в разрешаването на проблемите им и постигането на взаимноприемливо споразумение<sup>1</sup>.

Този способ за разрешаване на спорове няма правна уредба в нашето законодателство и използването му се въвежда благодарение на пилотни проекти като този на фондация „Партньори-България“. В изложението се разглежда, на първо място, въпросът за характеристиките на семейните отношения и нормативната им уредба, които обуславят възможността за приложението на медиацията при разрешаване на семейни спорове; систематизират се отделните видове семейни отношения, които биха могли да попаднат в приложното поле на метода; изследва се правното значение на постигнатите споразумения и се представят спецификите при действието на някои основни принципи на медиацията при използването ѝ в семейните отношения.

### **I. Обусловеност на семейната медиация**

Възможностите за разрешаване на семейни спорове чрез медиация е обусловена от спецификите на семейните отношения и на тяхната законова уредба.

1. Конфликтите в семейните отношения се пораждат най-често от нарушения на дължимото според закона и добрите нрави поведение в семейството. Самият

---

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

конфликт може също да прерасне в ново нарушение и лавината от насрещни реакции да не може да бъде спряна. Тези конфликти, каквито и да са били първоизточниците им, най-общо са в противоречие поне с някои от принципите за уреждането и функционирането на семейните отношения, установени в чл. 2, 3 и 4 СК. Това са преди всичко: равнопоставяне на мъжа и жената; доброволност и трайност на брачния съюз; всестранна защита на децата; грижа и подкрепа между членовете на семейството; развитие на взаимопомощ, привързаност и уважение между всички членове на семейството; общи усилия и взаимна отговорност за развитие на семейството; грижи и подпомагане на възрастните, болните и нетрудоспособните членове на семейството. Записани в закона, тези основни начала съществуват и като правни норми и тяхното нарушаване може да се квалифицира като противоправно поведение<sup>2</sup>.

Характерно за семейните отношения е, че противоправното им развитие не може винаги да бъде преодоляно със средствата на съдебната принуда. Това важи особено отчетливо в областта на личните отношения между членовете на семейството. Никой съдия-изпълнител не би могъл със средствата, предоставени му от ГПК, да осигури спазването на горепосочените принципни положения.

Това не означава, че ситуацията може да бъде разрешена само по два начина — чрез примиряване с нежеланото състояние на семейните отношения или чрез прекратяване на семейната връзка, което не винаги е възможно. Медиацията предоставя един трети път, който може да доведе до възстановяване на нормалните семейни отношения.

2. Друга важна характеристика на семейните отношения е, че при тях водещото начало се пада на личния елемент, че те са изпълнени с емоционалност, както и обстоятелството, че съществуват трайно. Всичко това е причина съдебната намеса да изглежда неподходяща при спорове между членове на семейството, макар че по същите въпроси съдът би могъл да бъде идеалният арбитър между трети лица.

3. Негативите в уредбата на прекратяването на брака създават широко поле за дейност на един посредник между съпрузите. При развод по исков ред служебното произнасяне по въпроса за вината изостря отношенията между съпрузите, което се отразява неблагоприятно и върху ненавършилите пълнолетие техни деца. При развод по взаимно съгласие необходимостта да се постигне съгласие по широк кръг въпроси изправя пред съпрузите сложното препятствие на преговорите за уточняване съдържанието на споразумението.

4. Липсата на казуистичност в уредбата, особено на личните отношения в семейството, установяване само на принципните положения и освобождаване на поле за извънправните регулатори е предпоставка за моделиране на семейните отношения във всеки отделен случай в съответствие с волята на членовете на семейството. Това предоставя широко поле за постигане на различни споразумения между тях, които са открити за бъдещи промени.

5. Важна характеристика на уредбата на семейните отношения е нейната диспозитивност. Макар и все още очаквана в полето на имуществените отношения с въвеждането на брачния договор, макар и ограничена от редица императиви в об-

ластта на неимуществените отношения (например посочените вече принципни положения), диспозитивността е характерен метод за регулиране на гражданскоправните отношения, каквито са и семейните.

Диспозитивната уредба се свързва с откриването на простор пред договорната свобода в семейното право. Това прави допустими споразуменията между членовете на семейството. Разбира се, императивните правила на закона и добрите нрави остават граници на тази свобода.

6. Процесите на глобализация водят до тенденцията на нарастване броя на семействата, чиито членове са с различно гражданство или пребивават в различни страни. Съдебното решаване на споровете в такива семейства често е скъпо, продължително и неефективно. Медиацията има съществени предимства при решаването на подобни конфликти.

## **II. Видове семейни отношения, в които споровете могат да се решат с помощта на медиация**

Според чл. 1 СК семейните отношения са тези, които възникват от брак, родство и осиновяване, настойничество и попечителство. В кои от тях и при какви конфликти би могла да помогне медиацията?

1. На първо място, това са отношенията между съпрузи.

1.1. При сключването и по време на брака съпрузите може да се обърнат към медиатор по различни поводи:

(1) при сключването на брак съпрузите могат да бъдат подпомогнати да оформят своя брачен договор (разбира се, след като законодателството ни уреди сключването на такъв). При въвеждането в действие на този нов правен институт е нормално да съществуват неясноти, а безпристрастният посредник най-добре би могъл да помогне на страните да се ориентират;

(2) конфликтите между съпрузи най-често възникват в областта на личните им отношения, уредени най-общо в чл. 14—18 СК. Проблемите, породени от неразбирателство, взаимно неуважение, изневяра и други могат да бъдат успешно разрешени с помощта на медиатор. Споразумението по въпроси на личните взаимоотношения може да предвижда спазването на определено поведение от всеки от съпрузите. То обаче не може да има правно значение, а нарушаването му да се разглежда като брачно нарушение, както и да се свързва с вината при един евентуален бъдещ развод. Договарянето в областта на неимуществените отношения не е допуснато даже с проекта за нов СК, като тази важна област от брачните отношения остава правно неуредена в детайли. Между съпрузите се развиват чисто фактически отношения, които може да се променят под натиска на обстоятелствата, влиянието на емоциите и в резултат от личностното развитие на всеки от тях. Тази динамика трябва да се има предвид, в случай че бъде призната възможността на съпрузите да се договарят по въпросите на личните отношения;

(3) във връзка с имуществените отношения между съпрузите може да възникнат разногласия при управление и разпореждане с общо имущество. При действията на разпореждане даването на съгласие за извършване на действие от единия

съпруг не може да има правно значение, защото сделката трябва да бъде сключена съвместно от двамата. При разпореждане със семейното жилище, собственост на единия съпруг, съгласието на другия по чл. 23 СК може да бъде получено със съдействието на медиатор. То обаче не може да бъде част от споразумението, защото е едностранно изявление, което трябва да бъде оформено отделно. Макар че законът не предвижда особена форма за действителност, то трябва да е писмено и със заверен подпис, за да бъде представено пред нотариуса;

(4) при фактическа раздяла между съпрузите може да възникнат спорове преди всичко за поделяне ползването на имуществото и относно положението на ненавършилите пълнолетие деца. В първата си част споразумението има сила на договор, наричан „привременна делба“, който обвързва съсобствениците до прекратяването на съсобствеността.

1.2. Най-често срещаните случаи в практиката на българските медиатори са във връзка с развода, и то този по взаимно съгласие. Във връзка с развода със средствата на медиацията биха могли да се решат следните групи въпроси:

(1) отказът от развод чрез постигане на помирение. Това може да бъде цел на процедурата само при изявено желание от двете страни. В противен случай би бил нарушен принципът на доброволност на медиацията. В помирителното заседание и при действащите разпоредби на ГПК съдът би могъл да предложи на страните да използват съдействието на медиатор (разбира се, не конкретно лице или организация) — както с цел да се запази бракът, така и за да се постигне споразумение относно последиците на развода. Не е препоръчително в закона да се установи задължение развеждащите се да се обърнат към медиатор. Това би било в противоречие както с принципа на доброволността, така и с тенденцията за либерализиране на развода;

(2) за постигането на споразумение относно последиците на развода. Такова може да се постигне както при развод по взаимно съгласие, така и при развод по исков ред (по чл. 99, ал. 3 СК). То трябва да бъде с такова съдържание, че да бъде утвърдено от съда. Може да се постигне споразумение само по някой въпрос, но за да бъде десезиран съдът по въпроса за вината или да бъде допуснат разводът по взаимно съгласие, минималното съдържание на споразумението трябва да обхваща следните въпроси:

а) в отношенията между съпрузите:

аа) въпроса за фамилното име, ако единият от съпрузите го е променил при сключването на брака — ще продължи ли да го носи, или не;

бб) въпроси на имуществените отношения:

— относно съпружеската имуществена общност: нейния обхват (ако се сочат като лични имущества, за придобиването на които не е налице съвместен принос, трябва презумпцията да е оборена); размера на дяловете на съпрузите (определяне на по-голям дял с оглед отглеждането на децата или по-големия принос на единия от съпрузите — чл. 28 СК), разделяне (делба) на всички общи вещи; определяне правото на единия съпруг да получи част от личното имущество на другия (чл. 29

СК). Може да се установят и задължения за плащане (за уравниение на дяловете, от разделяне на разноски и др.);

— ползването на семейното жилище след развода, съобразено с интересите на ненавършилите пълнолетие деца (ако има такива). Може да се уговорят срок на ползването, наемна цена, задължения за разноски и други въпроси;

— издръжката между съпрузите — размер, срок и условия за отпадане на задължението, ако се предвижда такова;

— като факултативен елемент съпрузите могат да включат и клауза относно даренията между тях, направени във връзка с брака — запазване или отмяна и връщане на полученото. Не може обаче да се отменят дарения, извършени от близки на единия съпруг в полза на другия. Дарителят сам ще прецени дали да упражни това свое право след развода;

б) в отношенията родители-деца (ако има ненавършили пълнолетие деца от брака):

— кой от родителите ще упражнява родителските права;

— какъв ще е режимът на личните отношения между детето и другия родител;

— определяне на размера на издръжката на всяко дете, която ще се плаща от родителя, неупражняващ родителските права;

(3) при изпълнение на решението и възможностите за промяна на последиците при изменение на обстоятелствата:

а) при отказ да се изпълни точно решението или споразумението намесата на съдия-изпълнител не винаги е желана. Това важи особено в отношенията с децата, когато не се спазва режимът на личните отношения. Правно значение споразумението за доброволно изпълнение на съдебното решение не може да има, защото заинтересуваната страна разполага с годно за принудително изпълнение основание;

б) при желание за ревизиране на решението или споразумението това може да стане само по съдебен ред, за да е защитен интересът на децата. Споразумението трябва да се предложи за утвърждаване от съда:

аа) по отношение на ненавършилите пълнолетие деца:

— изменение може да се търси по всички въпроси: упражняването на родителските права; личните отношения между другия родител и детето; издръжката; свързаните с тях имуществени отношения — ползването на семейното жилище и по-големия дял от общите имуществва;

— само по отделни въпроси — режима на личните отношения или издръжката;

бб) в отношенията между бившите съпрузи:

— да се прекрати ползването на фамилното име на другия съпруг при промяна на обстоятелствата (ако е било запазено ползването му);

— промяна на ползването на семейното жилище (ако няма ненавършили пълнолетие деца) и издръжката между съпрузи. Ако са били уредени при развода чрез споразумение, чл. 101, ал. 3 СК не допуска искания за промяна по съдебен ред. Няма пречка обаче съпрузите да се договорят по тези въпроси.

1.3. Същите конфликти биха могли да възникнат и между партньорите във фактическото семейство. Макар и неуредено в законодателството ни, съжителството на съпругески начала без брак е разрастващо се социално явление<sup>3</sup>. За брачните съпрузи съдебната процедура е възможна, но по-неудобна. За извънбрачните партньори разводът е невъзможен. Въпросите, свързани с децата и имуществените отношения, остава да се решат въз основа на общите правила на гражданското право, което не винаги води до справедлив резултат. А отношенията фактически са същите и поставят същите проблеми: както по време на съжителството, така и при уреждането на отношенията с оглед прекратяването му.

2. Конфликтите във връзка с отношенията родители — деца.

2.1. В отношенията с рождените деца:

а) при спорове относно произхода:

— при съдебно установяване или оспорване на произход — споразумение за признаване на иск или отказ от иск. Процесуалното действие следва да бъде извършено по съответния ред;

— при припознаване — споразумение за извършването му или при оспорването му. Споразумението не може да послужи пряко, защото припознаването се извършва с едностранен личен акт на припознаващия;

б) при спорове между родителите — за упражняването на родителските права, личните отношения и издръжката. Пред съд спорът се отнася с иск по чл. 72 СК. Правно значение едно извънсъдебно споразумение може да има само по въпросите на издръжката;

в) при конфликт между родители и деца. Често те стават известни извън семейството при напускане на жилището от детето. В тази връзка може да се предяви искане пред съда за принудително връщане на детето по чл. 71 СК, но спорът би могъл да се реши и чрез медиация. Възможни са и други спорове относно упражняването на основни права на детето — например относно религиозните убеждения на детето (чл. 14 ЗЗДет) или други негови лични права.

Първият важен въпрос в тези случаи е дали детето може да се обърне лично към медиатор и трябва ли да се уведоми общинската служба за закрила на детето? Считам, че функциите по закрила на детето, с които са натоварени от закона общинските служби, не могат да се изпълняват самостоятелно от други организации, макар и да са създадени с подобни цели. Възможността детето да поиска съдействие от медиатор следва да бъде призната, но намесата на медиатор в този случай изисква санкция и от съответната общинска служба, за което тя би трябвало да бъде уведомена предварително.

Друг важен въпрос е за правната стойност на споразумението. Поради недееспособността на едната страна то не може да бъде обвързващо и за другата. В подобни случаи е редно на недееспособния да бъде назначен особен представител, но в областта на личните отношения това няма да е нужно, още повече че участието на още едно лице може да затрудни процеса на медиация;

г) при спорове за налагане на мерки относно родителските права (ограничаване и лишаване по чл. 74 и 75 СК) и мерки за закрила на детето по ЗЗДет. Тези мер-



ки могат да бъдат прилагани само от съда или от съответната общинска служба. Съдът трябва да се произнесе във всички случаи, когато детето се настанява извън семейството или се поставя въпрос за ограничаване или лишаване от родителски права. Служебното начало в тези производства е засилено с оглед защита на интересите на детето. Тази особеност изключва спогодбата като възможен начин за уреждане на спора;

д) спорове в отношенията между пълнолетни деца и възрастни родители. В тези случаи конфликтите възникват най-често по въпросите за съвместно или разделно живеене, полагане на грижи и даване на издръжка. Няма пречка да бъдат решени по взаимно съгласие, щом и двете страни са дееспособни.

2.2. В осиновителните отношения, при настойничество и попечителство:

а) при допускане или учредяване:

— при осиновяването медиацията може да послужи за осигуряване на липсващи съгласия по чл. 54 СК. Понеже съгласието се дава с едностранно изявление, и то в определена форма, споразумението ще е без правно значение;

— при назначаването на настойник или попечител чрез медиация могат да бъдат преодолените споровете между желаещи да упражняват настойнически или попечителски функции. В крайна сметка обаче решението е на органа по настойничество и по попечителство;

б) при действието им могат да възникнат същите конфликти, както в отношенията родители — деца. При настойничество и попечителство може да възникнат и спорове между членовете на настойническият съвет, между попечител и заместник-попечител. Казаното по-горе ще важи и в случая;

в) при прекратяването им:

— при осиновяването може да се постигне или премине към прекратяване по взаимно съгласие. В сравнение с развода постигането на съгласие е по-лека, защото не е нужно споразумение за последиците;

— при настойничество и попечителство недееспособният не може да договаря. Решението за смяна на настойник, член на настойническият съвет или попечител се взема от органа по настойничество и по попечителство.

2.3. Във фактическото семейство са възможни спорове относно отглеждане на доведените/заварените деца. Отношенията с втория родител не са правно уредени и споразумението няма да има правно значение.

2.4. В приемното семейство са възможни същите конфликти, макар че тук родителски права не възникват. Грижите за настаненото дете се уреждат от договор, сключен между приемното семейство и общинската служба за закрила на детето. Може да възникнат спорове в отношенията между приемното семейство и общинската служба или с родителите по произход относно спазването на режима на личните отношения с детето.

2.5. В горните случаи може да възникнат проблеми и между ненавършилите пълнолетие деца. Споразумение между тях няма да има правно значение.

3. Конфликти, свързани с даването на издръжка на нетрудоспособни и нуждаещи се членове на семейството.

3.1. При спор относно дължимостта (предпоставките). Няма правно значение — те са императивно уредени и не може да се признават, а трябва да се докажат пред съда. Освен това е възможно обстоятелствата да се изменят.

3.2. При спорове относно определяне и изменение на размера договарянето е допустимо, тъй като страните най-добре могат сами да преценят възможностите за даване на издръжка и нуждите от средства за съществуване. Но при издръжка на ненавършили пълнолетие деца съдът, който ще утвърди споразумението, трябва да следи и за защита на интересите им.

3.3. При разпределяне между няколко задължени лица на дължимата издръжка — чл. 80, ал. 3 СК, както и при разпределяне на издръжката между няколко правоимащи.

### **III. Правна значимост на споразуменията**

1. Правните последици на споразумението не зависят от статута на организациите, предлагащи медиаторски услуги. Те биха могли да се разглеждат като обществена структура, която има за цел развитие на семейството. Целта е законово уредена — в чл. 5 СК се сочи, че обществото и държавата осигуряват условия за развитие на семейството. Това са организации с нестопанска цел, но услугата може да се предлага както безвъзмездно, така и възмездно — срещу такси и разноски.

Медиаторът не е страна по споразумението, а само посредник.

2. Споразумението, постигнато в резултат от медиация, не винаги има правно значение. Това оправдава използването на по-широкия термин „споразумение“, а не „договор“.

2.1. Освен от дееспособността на страните правната значимост на споразумението зависи и от неговия предмет. Така се стига до питането по кои въпроси може да се договаря.

(1) Правно уредени. Съгласия по въпроси на фактическите отношения нямат правна сила — например съпрузите да живеят разделени по една седмица в месеца, как да си разпределят домакинската работа, да не канят гости и други подобни. Те са допустими, доколкото не противоречат на императивни правила на закона и на добрите нрави. Нарушаването на такова споразумение би могло да има известно значение при един евентуален развод само ако се представи като вина за неразбирателството между съпрузите. В законодателството ни обаче все още не си е пробила път идеята да се признае допустимостта на договорености между съпрузите по въпросите на личните отношения между тях — те не са предвидени и в уредбата на брачния договор според проекта за нов Семейен кодекс.

Споразумението би могло да съдържа волеизявления за опрощаването на предишни брачни нарушения. Както е известно, опрощаването няма значение, ако в крайна сметка нарушението е част от причините, довели до разстройството на бра-

ка. Само при положение, че то е довело до относително трайно заздравяване на брачната връзка, нарушението губи правното си значение<sup>4</sup>.

(2) Договаряне е възможно само ако уредбата на отношенията е дадена с диспозитивни правила.

(3) За да настъпи предвиденото в закона действие, понякога споразумението трябва да обхваща всички въпроси, посочени в закона — чл. 99, ал. 3 и чл. 101 СК. В противен случай съдът ще откаже да го утвърди.

2.2. Споразумението с договорен характер може да страда от различни пороци и да се окаже недействително. Нищожно ще е споразумение, което противоречи на закона или на добрите нрави — например задължението на единия съпруг да прави всяка седмица подаръци на другия или задължението да си предоставя за проверка от другия съпруг личната кореспонденция. Може да е налице порок на волята, който води до унищожаемост на договора и т. н.

2.3. Изменение и прекратяване. Винаги по желание на съпрузите е възможно споразумението да бъде изменено или да се прекрати действието му. Ако с него се установяват задължения и за двете страни, при неизпълнение може да се стигне до разваляне на договора. Промяна на страните по договора обаче няма да е възможна — той е сключен с оглед личните им отношения.

### 3. Действие

3.1. Когато е с нотариална заверка на подписите, според чл. 237, б. „ж“ ГПК документът е извънсъдебно изпълнително основание относно съдържащите се в него задължения за плащане на суми и предаване на вещи.

3.2. Когато споразумението е във формата на частен документ, подписан само от страните, има значението на договор за спогодба — чл. 365 ЗЗД<sup>5</sup>. С договора за спогодба страните прекратяват един съществуващ спор или избягват един възможен спор, като си правят взаимни отстъпки. С него могат да се създават, изменят или прекратяват права и задължения между страните, дори и такива, които не са били предмет на спора.

3.3. По съдебен спор — ако е одобрено от съда, има сила на решение — чл. 125/3 ГПК, чл. 99 и 101 СК.

## IV. За някои принципи на семейната медиация

### 1. Доброволност.

От особено значение е осигуряването на този принцип, когато в конфликта участват недееспособни. В случаите на домашно насилие волята на едната от страните е опорочена и медиацията обикновено се отказва.

Принципът се изразява в доброволно участие в сесиите, доброволно изготвяне и приемане на споразумението.

### 2. Поверителност (конфиденциалност).

Личната информация трябва да бъде защитена. Не и при данни за престъпление или за опасност за интересите на дете в семейството.

Правилникът за организацията и дейността на Центъра по семейна медиация при фондация „Партньори-България“ в т. 17 предвижда, че всички присъстващи

на срещите подписват декларации за неразгласяване на информацията, станала им известна в хода на процедурата. При нарушаване на горното задължение може да се търси отговорност за причинените вреди.

### 3. Защита на интересите на детето.

Детето, независимо дали участва в конфликта, може да участва в процедурата, но е необходима преценка за развитието му. Съгласно чл. 15 ЗЗдет над 10 г. е задължително участието му в съдебни или административни процедури. Въпреки че медиацията не е нито съдебно, нито административно производство, от споразумението могат да бъдат засегнати интереси на ненавършилите пълнолетие деца в семейството. Приложението на общото правило трябва да следва по аналогия, а не да се тълкува буквално и стеснително.

При участието на ненавършило пълнолетие дете в процедурата медиаторът трябва да се съобрази с изискванията на чл. 15, ал. 3 и 4 ЗЗдет — да бъде предоставена необходимата информация относно значението на изразеното от детето мнение и да се осигури присъствието на подходящ специалист. Според чл. 15, ал. 5 ЗЗдет общинската служба трябва да изпрати представител. Тя може да бъде уведомена за постигнатото съгласие, но участие на още едно лице в медиационния процес не е желателно без съгласието на страните.

В някои случаи участието на детето може да е уместно едва в края на производството — да се запознае с формираното споразумение и евентуално да изрази мнение по него.

В заключение може да се обобщи, че особеностите на семейните отношения и на тяхната уредба дават добри възможности за използването на медиацията като способ за разрешаване на конфликти, възникнали между членовете на семейството. Ако се установи тенденция към нарастване на използването на този извънсъдебен способ за разрешаване на спорове, ще бъде наложително приемането на правила, които да гарантират в по-голяма степен интересите на страните и на ненавършилите пълнолетие деца.

## БЕЛЕЖКИ

\* Доклад, изнесен на международната конференция „Семейната медиация — настояще и бъдеще“, проведена в София на 06.12.2002 г.

<sup>1</sup> Вж. Препоръка № Р (98) 1 относно семейната медиация, приета от Комитета на министрите на Съвета на Европа на 21 януари 1998 г.

<sup>2</sup> Вж. **Павлова, М.** Гражданско право, обща част, том първи, С., 1995, с. 41, която разграничава правната норма от изразения изрично в нормативна разпоредба правен принцип.

<sup>3</sup> Вж. **Цанкова, Ц.** Фактическото съпружеско съжителство, С., 2000.

<sup>4</sup> Вж. **Ненова, Л.** Семейно право на РБ, С., 1994, с. 564.

<sup>5</sup> Неточно в т. 7.1. от Стандартите за професионалната дейност на посредниците на Центъра по семейна медиация при фондация „Партньори-България“ се говори за „граждански договор“.

## ЕПИСТЕМОЛОГИЯ И МЕТОДОЛОГИЯ НА СРАВНИТЕЛНОТО ПРАВО В СВЕТЛИНАТА НА ЕВРОПЕЙСКАТА ИНТЕГРАЦИЯ

*Мартин Белов\**

От 24 до 26 октомври 2002 г. в Брюксел се проведе научна конференция на тема „Епистемология и методология на сравнителното право в светлината на европейската интеграция“. Тя беше организирана от Европейската академия по теория на правото съвместно с Католическия университет (Брюксел). В конференцията взеха участие водещи автори в областта на теорията на сравнителното право като М. ван Ук, Дж. Самюел, П. Льогран, Дж. Бел, В. ван Гервен и др. Особено ценна бе възможността за обмяна на идеи между автори, принадлежащи към различни правни, философски и културни традиции. Присъстваха представители на немската, френската, английската, белгийската, холандската, американската и др. школи. Идеен фон на дискусиите представляваха континенталната и англосаксонската, католическата, протестантската и секуларистката мисловна парадигма.

В структурно отношение конференцията бе разделена на основна част и работни групи. Особен акцент в основната част на конференцията бяха теми като:

— необходимостта от изработване на обща европейска и консистентна методология на сравнителното право, способна да се справи с предизвикателствата на съвременни социални процеси като глобализацията, европейската интеграция (М. Делма-Марти), конфликтите на правопорядъците (Х. Мюр-Ват) и заемките от чужди правни системи (legal transplants) (А. Уотсън);

— хипотезите за преодоляване на традиционни за теорията на правото деления, като например „публично и частно“ (Х. Мюр-Ват), и за задълбочаване на изследването на правните институти чрез привличане на културния контекст като субсидиарен обект на изследване (М. ван Ук);

— потребността от кодифициране на европейското (по-специално — частно) право (К. Фон Бар, В. ван Гервен).

Дискусии бяха проведени и в рамките на три работни групи, чиито теми бяха:

— „Правни култури срещу правна традиция“;

---

\* Студент в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“.

- „Права на човека“;
- „Европеизация на правото“.

Ето и някои от основните тези на конференцията.

Според проф. Ван Ук е необходимо да се достигне едно ново и по-задълбочено равнище в сравнителноправното познание. В своята статия „Deep Level Comparative Law“ авторът посочва недостатъците на използвания от множество компаративисти (особено в областта на позитивното право) подход на просто описване на институтите от дадена правна система и тяхното механично сравняване с други такива. Проф. Ван Ук счита, че е по-подходящо да се използва функционален и контекстуален подход при сравнителния анализ на обекта от правната действителност, който принципно може да бъде правно правило или правен казус. Всъщност тези различни обекти за сравнение са характерни съответно за континенталната система и системата на общото право. Проф. Ван Ук посочва, че може би е по-удачно да бъдат сравнявани правила, тъй като казусът не описва характерното за съответната правна система, а по-скоро нейната патология, изразяваща се в конфликта на идеи за това какво трябва да бъде правото, респективно резултатът от съдебното решение. Подходът на сравняване на правни правила би довел до по-обективни изводи, но при отчитане на контекста, в който те действат.

Интересна връзка между работата на проф. Ван Ук и тази на проф. Дж. Самюел е изследването и от двамата автори на фактите като носители на епистемологична и сравнителноправна информация. В контекста на континенталната правна традиция проф. Ван Ук критикува подхода за сравняване на факти като неутрални същности. Според него фактите са социално и правно конструирани. В този смисъл фактите могат да имат различно значение в различен правен и социален контекст.

Горната теза е доразвита от проф. Дж. Самюел в статията му „Епистемология и сравнително право: приноси от науките и социалните науки“. В нея той застъпва идеята за особеното битие на фактите в правото, които, моделирани от правното съзнание и правния контекст, придобиват характеристиката на „виртуални факти“. Виртуалните факти са резултат от абстрахиране от реалните факти през призмата на институционални правни модели. Виртуалните факти според автора не притежават еднакво ниво на абстракция, а лежат повече или по-малко в правната или в актуалната фактическа реалност. Това качество на фактите в правото може да бъде оценено чрез т. нар. степени на актуалност. Опирайки се на изследването на Цвайгерт и Кьотц „Въведение в сравнителното право“, проф. Самюел счита, че нивото на правна концептуализация на фактите нараства от Великобритания към континента.

Интерес в работата на Дж. Самюел представлява и проследяването на еволюцията на правната епистемология и методология. Друг извод на същия автор е, че докато общото право е повлияно предимно от хуманитарните науки, континентал-

ното право е заимствало своята методологическа парадигма и от естествените, и от точните науки. Този факт, както и липсата на правна доктрина във Великобритания до началото на XIX век са едни от основните причини за епистемологическата неконсистентност на европейското право и в частност — отдалечеността на континенталната епистемологическа парадигма от тази на общото право.

Централно изказване в рамките на конференцията направи проф. П. Льогран. То имаше за цел не толкова да убеди чрез научна систематичност, колкото да провокира дискусия по въпроси като: възможна ли е конвергенция на правните системи; каква е ролята на правната култура и традиция за еволюцията и взаимодействието между правните системи; каква е ролята на правосъзнанието на „човека-в-правото“ (и по-специално на съдията) при тълкуването на ключови от културна, национална и психологическа страна правни понятия. Опирайки своите съждения на анализа на понятието „дом“ в английското правосъзнание на базата на няколко съдебни решения от английската практика, П. Льогран обоснова тезата си за уникалността на културите и „насилието“, което се упражнява върху правосъзнанието от „наивните оптимисти“ (термин, използван и от проф. М. Ван Ук), целящи унифициране на правото на всяка цена. Впрочем необходимостта от отчитане ролята на правната култура и история при хармонизацията на разрешенията на правните системи бе подчертана и от проф. А. Уотсън.

Тезите на проф. Льогран предизвикаха сериозна реакция, която бе най-забележима в лекцията на проф. В. Ван Гервен. Опирайки се на съдебната практика (както и Льогран), той насочи своята критика както към тезата за уникалността на правните култури, така и към тази за уникалността и самоценността на правните понятия, имащи в голяма степен детерминираща съдебните решения подсъзнателна емоционална сила.

Проблемът за европейската интеграция бе основа за епистемологическите разсъждения на повечето автори. В статията на проф. М. Делма-Марти „Сравнително право и интернационализацията на правото в Европа“ обаче той придоби особено звучене. Авторката се интересува от „приноса на сравнителното право в епистемологията и методологията на процеса на интернационализация на правото в Европа“. Тя отделя особено внимание, от една страна, на полезността и ултимативността на процеси като глобализация и интернационализация на правото, както и неговата регионална хармонизация в рамките на Европейския съюз, а от друга — на опасността от обезличаване на правните култури и появата на културен империализъм в дискурса на европейското право. Анализирайки историята и функциите на сравнителното право, проф. Делма-Марти се опитва да намери „третия път“ между релативизма и универсализма. Според нея релативизмът е твърде ограничен и губи своята актуалност в контекста на динамизирането на правната хармонизация в Европа. Универсализмът, от друга страна, би могъл да доведе до културен империализъм. Ето защо авторката счита, че е необходим плуралисти-

чен подход към правото, като дори предлага и свой термин за правилното взаимодействие между правните системи, а именно тяхната „хибридизация“ или „взаимна фертилизация“.

Проблемът за хомогенизацията на правото и взаимодействието на правните системи в европейския контекст е ключов и за статиите на проф. Ван Гервен („Кодифициране на европейското частно право“) и проф. Фон Бар („Сравнително право на облигациите: методология и епистемология“). Всъщност това са и двама от учените, които работят интензивно за изработването на кодификация на европейското частно право. Техните разработки са и пример за един по-различен — конкретен, частен и в по-голяма степен практически ориентиран подход към проблемите на правната епистемология.

Интерес представляват и две други изказвания. Едното принадлежи на проф. К. Х. Ладюр („Методология и европейско право — може ли методологията да се промени така, че да се справи с многообразието на правото?“), който изложи своята работа върху методологията на сравнителното право и нейната способност да бъде прилагана в плуралистичен правен контекст.

Другото е на проф. Х. Мюр-Ват („Нови предизвикателства пред теорията на международното частно и публично право: може ли сравнителната наука да помогне?“), която предложи интересно виждане за размиването на границите между международното частно и публично право.

Следва да се отбележи и статията на проф. Дж. Бел „Публичното право в Европа: между националното, субнационалното и европейското“. Авторът предлага задълбочен анализ на публичното право, подлагайки на критична преоценка досегашния статус на основните актьори в него. Възприемайки „мрежовия модел“ („network model“) на Ф. Ост и Ван де Керхове като най-подходящ за описание на епистемологичния комплекситет на публичноправните отношения, авторът счита, че съществува поливалентност на нивата на регулиране на тези отношения. Според Дж. Бел дискусията за публичното благо, традиционно разглеждана като основна за отношенията „държава — гражданско общество“ в демократично устроения социум, следва да бъде вече анализирана не само на национално, но и на наднационално и субнационално (регионално) ниво. В този процес вземат участие и други допълнителни публични и частни регулатори. Това са анонимни и финансово обезпечени сили, несвързани с публични институции. Според автора чрез анализ на тези няколко паралелни нива на публични правоотношения би могло да се разкрият по-ясно сходните функции, които се изпълняват в различните правни системи от специфичните за съответния правен ред организационни структури, традиции и ценности.

Важен акцент в конференцията бе изказването на проф. Л. Винтгес („Легиспруденция и сравнително право“). Той изложи част от своите виждания за теорията на законодателството, наречена от него „легиспруденция“ („legisprudence“),



както и нейното взаимодействие с теорията на сравнителното право и правната епистемология. Особен принос представляват разработените от автора принципи на легиспруденцията, както и предвиждането на динамиката на нейното развитие.

В контекста на обществата в преход е важно да се отбележи и приносът на полския професор М. Цирк-Садовски („Правна епистемология и трансформацията на правните култури“), който анализира една интересна и сравнително нетрадиционна форма на явлението „виртуално изменение на конституцията“ — става въпрос за т. нар. семантична революция, извършена от полските съдии през периода 1990—1997 г., а именно влагането на нов смисъл в старите текстове на Конституцията на Полша от 1952 г. Според мен въпросната статия е оригинален опит за теоретично обосноваване (и то не само с аргументите на конституционното право, но и на общата теория на правото) на подхода за цялостно виртуално и еволютивно (въпреки че авторът говори за революция) изменение на конституционния ред. В този смисъл интересна е съпоставката на статията на проф. М. Цирк-Садовски с тази на А. Зиаудън „Право и революция“, анализираща един различен подход на келзианско легитимиране на новата власт в страни с революционно изменение на обществения ред чрез практиката на върховните съдилища. Работата на А. Зиаудън обаче не е част от представяната конференция, поради което няма да бъде разгледана по-нататък.

Настоящото научно съобщение няма за своя особена цел да прави глобални изводи за развитието на правната епистемология и теорията на сравнителното право. Не такава бе целта и на представената и анализирана конференция. По-скоро неговата задача би била изпълнена, ако е успяло да представи основните насоки, които занимават европейската мисъл в разглежданата област. Следва да се отбележи, че според мен не съществува доктринална консистентност нито в европейски, нито в световен план в областта на теорията на сравнителното право. Пример за това са: контроверсните схващания на авторите за подхода за хармонизиране на правните системи; обектът на сравнение; историческите етапи в развитието на епистемологията на сравнителното право; възможностите за кодифициране на европейското право и др. Считам, че особена полза от една такава конференция е не в уеднаквяването на позициите и формирането на общи изводи, а по-скоро в разкриване на различията, противоречията и пречките, както и в набелязването на нови проблеми в изследваната област. Именно това разглежданата конференция успя да постигне както в концептуален (общотеоретичен), така и в по-специализиран план (например проблемите с изработването на европейска кодификация на частното право).

---

# НОВОИЗЛЯЗЛА ПРАВНА ЛИТЕРАТУРА

---

**Димитър Михайлов**

Нови положения в Особената част на Наказателния кодекс

Сиела, 276 стр., цена 12,00 лв.

В книгата авторът назглежда новите положения в измененията в Наказателния кодекс при престъпленията против: основните права на човека, собствеността, стопанството, финансовата, данъчната и осигурителната системи, дейността на държавните органи, реда и общественото спокойствие, документни и общоопасни престъпления.

---

Списание „Юридически свят“

2/2002

Сиби, ISSN 1311-3488, 256 стр., цена 7,50 лв.

На челно място в броя е поместено приветствието на президента Георги Първанов към участниците в конференцията за измененията и допълненията на конституцията. На тази тема са посветени и статиите на д-р Георги Близнашки, проф. Евгени Танчев, доц. Снежана Начева, д-р Пламен Киров. Следват статии за промените в Кодекса за обществено осигуряване от проф. Васил Мръчков, за индемнитета на народните представители от д.ю.н. Димитър Василев, за усъвършенстване на законодателството от проф. Нено Неновски, за решенията на Конституционния съд на Руската федерация от проф. В. В. Лазарев (Москва), критичен преглед на практиката на ВКС и ВАС. Поместени са също рецензии, научни съобщения и др.

---

**Издательство „СИБИ“**  
Редактор *Наталия Гуджева*  
Коректор *Нели Германова*

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

**ISSN 08611815**  
София 2002