НАУЧНИ ТРУДОВЕ НА ИНСТИТУТА ЗА ДЪРЖАВАТА И ПРАВОТО

Редакционен съвет

Проф. Гергана Маринова
Проф. Дарина Зиновиева
Проф. Поля Голева
Доц. Тодор Кобуров

Editorial Advisory Board

Prof. V. S. Vereshchetin (Russia)
Prof. Judith Freedberg (USA)
Lord Bonomy (UK)
Prof. Katarina Boele-Wolki (The Netherlands)
Prof. Wladislaw Czaplinski (Poland)
Prof. Sarah Howard Jenkins (USA)

ТОМ XVII

Актуални правни проблеми

Българска академия на науките
Институт за държавата и правото

София, 2018

Bulgarian Academy of Sciences

INSTITUTE FOR LEGAL STUDIES YEARBOOK 2018 (XVII)

© Поля Голева, Гергана Маринова, Андрей Александров, Петър Бончовски, Ангел Анастасов, Александър Александров, Христо Банов, 2018

ISSN 1314-6459

СЪДЪРЖАНИЕ

Проф. д-р Гергана Маринова.
ПРЕДГОВОР.....5

Проф. д-р Поля Голева.
ВЪПРОСИ НА МЕДИЦИНСКАТА ГРЕШКА В СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА И В ТЕОРИЯТА. ПРИНОСИ КЪМ РЕШАВАНЕТО НА ПРОБЛЕМИТЕ НА НЕПОЗВОЛЕНОТО УВРЕЖДАНЕ В МЕДИЦИНАТА.....7

Проф. д-р Гергана Маринова.
СПОРАЗУМЕНИЕТО И СЪКРАТЕНОТО СЪДЕБНО СЛЕДСТВИЕ В БЪЛГАРСКИЯ НАКАЗАТЕЛЕН ПРОЦЕС.....71

Доц. д-р Андрей Александров.
ПРЕКРАТЯВАНЕ НА ТРУДОВОТО ПРАВООТНОШЕНИЕ ПОРАДИ СКЛЮЧВАНЕ НА ДОГОВОР ЗА УПРАВЛЕНИЕ.....96

Доц. д-р Петър Бончовски.
МЕСТНО АРБИТРАЖНО РЕШЕНИЕ. ПРИКРЕПЯНЕ НА ПРАВНИТЕ ПОСЛЕДИЦИ (ОБХВАТ НА ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО).....120

Доц. д.ю.н. Ангел Анастасов.
МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ АСПЕКТИ НА НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕТО НА ЯДРЕНОТО ОРЪЖИЕ.....157

Гл. ас. д-р Александър Александров.
ЗА ОТГОВОРНОСТТА НА ТЪРГОВСКИТЕ ДРУЖЕСТВА СПРЯМО КРЕДИТОРИТЕ ПРИ ПРЕОБРАЗУВАНЕ И СУБЕКТИВНИТЕ ПРЕДЕЛИ НА ИЗПЪЛНИТЕЛНИЯ ЛИСТ.....196

Ас. Христо Банов.
ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПРИ ПРИЛАГАНЕТО НА ОСНОВАНИЯТА ЗА УВОЛНЕНИЕ ПО ЧЛ. 328, АЛ. 1, Т. 5, 6 И 11 ОТ КОДЕКСА НА ТРУДА И ПРОТИВОРЕЧИВАТА СЪДЕБНА ПРАКТИКАТА НА ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД.....231

TABLE OF CONTENTS.....265

ПРЕДГОВОР

Уважаеми читатели,

Държите в ръцете си XVII том на сборника „Научни трудове на Института за държавата и правото“. Издаването на този сборник бе замислено като възможност за учените от института да публикуват във вид на студии резултатите от своите научни изследвания и така те да стигнат до широк кръг юристи. Първият том на сборника излезе през 2004 г. и въпреки известни трудности през годините, той се оказа успешен и с трайно присъствие в научния живот на института.

Тази година публикуваме 7 студии по актуални и значими теми в различни отрасли на правото, като отново спазваме добрата традиция да отпечатваме материали на утвърдени учени и на млади колеги.

Убедени сме, че теми като медицинската грешка, отговорността на търговските дружества спрямо кредиторите, местния арбитраж, неразпространението на ядреното оръжие биха привлекли вашето внимание и интерес. Научните разработки, свързани с прекратяването на трудовото правоотношение на различни основания, традиционно представляват интерес за широк кръг лица, при това не само юристи. Две от студиите са посветени именно на тези въпроси. Не на последно място за пеналистите интерес би представлявал съпоставителният анализ на двете най-широко прилагани диференцирани процедури в наказателния процес – споразумението и съкратеното съдебно следствие.

Приятно четене!

Проф. д-р Поля Голева*
Prof. Polya Goleva, Doctor of Law*

ВЪПРОСИ НА МЕДИЦИНСКАТА ГРЕШКА В СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА И В ТЕОРИЯТА. ПРИНОСИ КЪМ РЕШАВАНЕТО НА ПРОБЛЕМИТЕ НА НЕПОЗВОЛЕНОТО УВРЕЖДАНЕ В МЕДИЦИНАТА

QUESTIONS ON THE MEDICAL MALPRACTICE IN THE JURISDICTION AND THE THEORY. CONTRIBUTIONS TO THE RESOLVING THE PROBLEMS OF MEDICAL DELICTS

Ключови думи: *медицинска грешка; непозволено увреждане; права на пациента*

Резюме:

Студията разглежда съдебната практика на българските съдилища по въпросите на непозволеното увреждане и гражданската отговорност при медицинските грешки. Показани са случаи, които досега не са били предмет на публикуване у нас. Направени са обобщения на основата на становищата на съда, намерили място в решенията. Дадени са статистически данни, които се отнасят не само до нашата, но и до други страни. Най-големият принос на работата е, че са обобщени специфичните моменти в отговорността за лекарска грешка и са направени редица предложения за решаване на споровете в правораздаването.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Key words: *medical malpractice; tort law; the right of the pacient*
Summary:

The article considers the jurisdicition of the Bulgarian courts about the questions of torts and tort liability on the field of medical malpractice. The object of the article are cases, which were not shown to the public. The author has made conclusions on the basis of opinions of the jurisdiction, that has found their places in the decisions. There is publicated statistic about our and other countries. The greates contribution of the article are the analisis of the specific moments in the liability for medical practice and the many projects of decisions by resolving cases by the courts.

I. Българската съдебна практика

1. През последните 15 години българското общество стана твърде чувствително към медицинското обслужване и към грешките на диагностиката и лечението, допускани от медицинските специалисти. Повишиха се знанията и уменията на адвокати и съдии, които пристъпиха към използването на двете основни правни средства за търсене на отговорност от виновните лица – наказателната и гражданската (деликтната) отговорност в интерес и полза на жертвите на медицински грешки. Особено активни са журналистите, които считат смъртта на родилки, на новородени или на млади здрави хора, жертви на късно оказана медицинска или неадекватно оказана помощ за една от най-значимите новини за обществото. Така смъртта на дете и на две родилки в Плевен и Сливен в рамките на няколко седмици отново нажежиха страстите и отново се постави въпросът за лекарските грешки[1]. Обществото е чувствително към вне-

[1] Вж. **Бозукова, М.** Осем години по-късно: Какви поуки си извадихме за лекарските грешки. Лекарският съюз и властите си остават със заровена в пясъка глава, а гневът на пациентите расте. В: https://www.mediapool.bg/osem-godini-po-kasno-kakvi-pouki-si-izvadihme-za-lekarskite-greshki-news283114.html (последно посетен на 25.08.2018 г.).

запната смърт в лечебно заведение на новопостъпил пациент, особено ако е дете или родилка. И това положение не е характерно само за нас, но и за всички държави. Медицински грешки – лични и системни, може да има и в редица други случаи – напр. при операции и други рискови медицински манипулации, но те не стават достояние на обществото, защото или се премълчават, или се прикриват, или не се узнават дори от самите пациенти и техните близки поради липса на професионални знания у тях. Известно е още, че у нас се говори за един проблем, само ако той е материализиран в конкретен случай. Обсъжда се казусът, а не проблемът. Няма и конкретни действия за неговото решаване. Обикновено лекарското съсловие заема отбранителна позиция[2], обществото „изчаква“ и не дочаква мнението на специалистите или пациентите, ако са живи, са гневни и протестират, близките реагират отчаяно, емоционално, търсят единствения виновник в лицето на лекаря, в определени случаи се повдигат обвинения и след дългогодишни процеси се стига до оправдателни присъди или условно осъждане. У нас няма статистика, няма регистър на лекарските грешки, макар за него да се говореше от много отдавна.

Както винаги, и тук ние не откриваме топлата вода. В развитите държави от векове се прилагат наказателната и гражданската отговорност. Но напредъкът на демокрацията и защитата на основните права на гражданите и най-вече на правото на живот и телесна цялост доведоха до увеличаване на делата, касаещи медицинската грешка (medical malpractice). Според Бозукова в САЩ между 250 000 и 440 000 души умират на година от лекарски грешки, докато у нас никой не може да каже някаква цифра и трябва да се правят изводи само на базата на образуваните наказателни и граждански производства, за които пак

[2] Така **Бозукова, М.** Цит. съч.

трудно може да се установи дали са завършили с решение или присъда или са прекратени.

Наказателните и гражданските процеси, които имат за предмет медицинската грешка, съчетават медицински и правни знания и поставят специфични въпроси, които не са присъщи на другите отрасли на правото и на другите дела. Нямам претенцията и целта да обхвана цялата проблематика на медицинските казуси, но бих направила опит да посоча какви въпроси поставя съдебната практика. Теорията трябва да се съчетае с практиката, да извлече необходимите изводи от нея.

2. На първо място, прави впечатление, че медицинската грешка (понятието все още няма общопризната легална или теоретична дефиниция), се свързва винаги с деянието на конкретен лекар. Основно отговорност се търси не от всички видове медицински специалисти, а само от лекарите. Има редки изключения за фелдшери от „Бърза помощ“ и акушерки, но това са по-скоро изключения. При деликтната отговорност обаче увредените от лекарска грешка лица предпочитат да предявят исковете си не срещу лекаря като физическо лице, а срещу лечебното заведение, в което той работи на трудов договор. Искът се предявява на основание чл. 49 ЗЗД във връзка с чл. 45 ЗЗД. Затова ответникът – лечебното заведение привлича в гражданския процес виновния лекар и предявява за исковата сума обратен иск срещу него на основание чл. 54 ЗЗД. В наказателния процес лекарят е обвиняем и подсъдим и затова той е основен участник в процеса. Поначало обвинението се повдига срещу един лекар, но не са изключени случаите, подсъдими да са повече от един – напр. двама – присъда Nr. 14 от 29.06.2015 на Софийския апелативен съд (САС) по в.н.о.х.д. Nr. 1081/2013; трима – р. Nr. 150/2014 на Пловдивския апелативен съд (ПАС).

3. На второ място, основните лекарски професии, в които

най-често се поставя въпросът за лекарската грешка, са акушерство, хирургия, анестезиология, педиатрия, неврология, като през последните години към тях се прибавя и спешната медицина, както и общо практикуващите лекари – р. 103 от 21.06.2018 г. на ВКС по к.н.д. 382 от 2018 г. Смъртта на родилка и на новородено почти винаги водят до образуване на наказателно производство. Последният случай, изнесен в средствата за масово осведомяване, е осъждането на двама лекари от Габровската болница – бившия шеф на АГ отделението и на лекарката, водила раждането. Първият е осъден от Габровския окръжен съд на 5 години лишаване от свобода и 5 години лишаване от лекарски права, а втората – на 3 години условно лишаване от свобода и 3 години лишаване от лекарски права[3]. Има и други случаи на смърт при раждане, но те не са все още предмет на съдебни решения и затова не се включват в настоящето изследване.

Срещат се и общопрактикуващи лекари и лекари – ординатори без голям практически опит като в дело Nr. 486/2012 г. на Апелативен съд – Пловдив, чието решение е потвърдено от ВКС – р. Nr. 578 от 10.03.2014 по н.д. Nr. 2003/2013 г. – Второ н.о., НК, както и лекари от „спешна медицина“ – присъда Nr. 39 от 7.092015 на ОС – Габрово по н.о.х.д. Nr. 10021/2015 г.; р. 194 от 27.01.2016 г. по н.д. 663/2016 г., второ н.о., НК, по което лекарят е оправдан; р. 422 от 7.01.2016 г. на ВКС по н.д. 1441/2015 г., трето н.о., НК; р. 103 от 21.06.2018 г. и други.

4. Нещастните събития, дали основание за водене на процеси, са смърт на родилка или на бебе по време или непосредствено след раждане или причиняване на смърт на дете или млад

[3] За случая се съдържа съобщение в електронния сайт Дир.бг от 06.06.2016 г.

човек. Разбира се, срещат се и други възрастови групи, но най-вече в наказателния процес става дума за внезапна, неочаквана смърт на лице, което поради младата си възраст или добро здравословно състояние не се е очаквало да умре по време на медицинската манипулация. Обикновено тези случаи намират и широк обществен отзвук, разгласяват се чрез средствата за масово осведомяване и пораждат силна отрицателна реакция от страна на обществото. Абортът, извършен по небрежност и неблагоприятните последици от него, също дава повод за търсене на отговорност – вж. р. 172 от 12.01. на БАС по в.н.о.х.д. 128/2008 г., НК.

През последните години се разнообразяват делата за налагане на наказателна и гражданска отговорност поради смърт и в резултат на други медицински дейности – рехабилитация, извършвана от лице, което няма правоспособност за това – р. 106 от 28.05.2018 г. на ВКС по к.н.д. 266/2018 г.; причиняване на смърт при нарушение на медицинския стандарт по неврохирургия – р. 81 от 11.05.2016 г. на ВКС по н.д. 151/2016 г., Второ н.о., НК; нарушение на стандарта по неврология – р. 177 от 13.11.2017 г. на ВКС по н.д. 897/2017 г., Първо н.о., НК и други.

5. Във всички случаи основната форма на вината е небрежност (в гражданското право) или непредпазливост (в наказателното право). Умисълът засега е изключен като форма на вината в българската съдебна практика (наказателна или гражданска) по този род дела.

6. Общото във всички разгледани случаи на съдебната практика е предявяването на иск за обезщетение на неимуществени вреди, което се присъжда в размер от 50 000 лв. на наследник или общо – 100 000 лв.(най-често при двама родители). В наказателния процес се предявява гражданският иск.

7. Съдът изследва два основни въпроса – дали деянието на конкретния лекар е виновно и противоправно и дали се намира в причинна връзка с неблагоприятния резултат – смъртта на пациента. Така в р. Nr. 237 от 29.04.2014 на ВКС по н.д. Nr. 333/2014 г., Първо н.о., НК е прието, че подсъдимата не е положила усилия да се подготви за предстоящата операция и да съобрази медицинския стандарт „анестезия и интензивно лечение“, отчитайки спецификата на основното заболяване на детето – прогресивна мускулна дистрофия, характеризиращо се с поражения на мускулите, вкл. и на сърдечния мускул, което е причинило смъртта. В случая анестезиологът е приложил медикаментите „изофлуран“ и „листенон“, които са противопоказни за боледуващите от този тип мускулна дистрофия. Тези препарати са причинили сърдечен арест, който е непосредствената причина за смъртта на пострадалото дете.

Липсата на причинно-следствена връзка между действията на подсъдимия и вредата (смъртта на пациента) е основание за освобождаването му от наказателна и от гражданска отговорност – р. 411 от 29.11.2011 г. – ВКС по н.д. 2238/2011 г., Първо н.о., НК. Съдът синтезира основната формула на отговорността – действията на подсъдимия отговарят ли на изискванията на Закона за здравето и други закони, на подзаконови НА, както и на добрите медицински практики и налице ли е причинна връзка между тези действия и смъртта на пациента.

Причинната връзка е налице, ако би могло да се приеме, че ако беше извършено необходимото действие или ако беше извършено правилно, не би се стигнало до увреждане на пациента (теорията condicio sine qua non). Вината е проявената небрежност – лекарят е бил длъжен и е могъл да предвиди и предотврати отрицателния резултат, но не го е направил. На вината при медицинската грешка противостои медицинската случайност – нещастен случай, която според дефиницията на съда представлява създадена обективна невъзможност да се предвидят послед-

ствията от действията на лекарите и те да не са свързани с каквито и да са пропуски и грешки от тяхна страна – р. 362 от 15.10.2009 г. – ВКС по н.д. 352/2009, Първо н.о., НК.

Бездействието на лекаря също може да бъде причина за смъртта. Според съда – р. 24 от 12.03.2005 г. на ВтАС по в.н.о.х.д. 3/2005, НО, ако извършването на незабавна операция евентуално би могло да предотврати смъртта, ако при своевременно направена операция би имало реален шанс за спасяване на пострадалата, то е налице виновно и противоправно деяние, съставомерна дейност по чл. 122 НК.

В присъдата на Габровския окръжен съд, с която двама лекари – шефът на АГ отделението и лекарката, водила раждането, са осъдени (макар засега не окончателно, защото присъдата може да се обжалва или протестира пред Апелативния съд във Велико Търново) за причиняване смърт на родилка и новородено, медицинската грешка се състои в неправилните действия на лекарите – макар жертвата да е преносила бременността, лекарите не са предизвикали раждането, а основната причина е че са предприели оперативно изваждане на детето, вместо да чакат нормалното раждане. Нарушени са редици медицински стандарти, което доказва вината на осъдените лица.

Вината на двама лекари, която се намира в причинна връзка със смъртта на пациента, е основание за възникване на солидарна гражданска отговорност по чл. 53 ЗЗД в р. 388 от 10.11.2011 г. на ВКС по н.д. 1903/2011, Трето н.о., НК. Това е един много емблематичен казус, който заслужава нашето внимание. Пациентът е постъпил с достатъчно симптоми за поставяне на вярна диагноза, но приелият го лекар-ординатор в хирургичното отделение не е провел нужните изследвания и задълбоченост в медицинската интерпретация, което е предпоставка за вярната диагноза и правилното лечение, в резултат на което е допуснал груб медицински пропуск и нарушение на чл. 92, ал. 1, т. 1 и 2 от Закона за здравето и чл. 24, ал. 1 от Наредбата

за осъществяване на правото на достъп до медицинска помощ. Самият пациент се е притеснявал за оставането си за продължително изследване в болницата, защото не е имал здравноосигурителни права. Затова е заявил съгласие за изписване, а двамата лекари – лекуващият го ординатор и началникът на хирургичното отделение, са взели решение за изписването, въпреки че състоянието е изисквало продължаване на медицинските изследвания. И действително, след изписването състоянието му рязко се влошило, той бил откаран за друга болница и по пътя за нея – починал. Още при първото постъпване в болницата той е имал наченки на перитонит, но му е поставена друга погрешна диагноза. Въпреки че още тогава е имало достатъчно клинични данни за вярно диагностициране на болния и за наложителното му оставяне за наблюдение в болницата. Вещите лица са категорични, че преждевременното изписване на болния е единственият фактор, лишил лекарите от възможността за вярно диагностициране на състоянието му. Деянията и на двамата лекари са противоправни. На лекаря-ординатор – за това, че е нарушил чл. 82, ал. 1 т.1. във вр.с чл. 81, ал. 2, т. 1 от Закона за здравето, тъй като не е предоставил медицинска помощ при спешно състояние, нарушил е задължението да осигури своевременност, достатъчност и качество на тази помощ. Началникът на отделението е нарушил задължението си да организира и контролира този процес. Тези изисквания се извеждат и от правилата на добрата медицинска практика, които са заложени в длъжностните характеристики на двамата подсъдими. Именно неспазването на посочените изисквания са в причинна връзка с настъпилата смърт на пациента. Съдът определя приноса на всеки от лекарите като еднакъв. Всеки от тях е проявил небрежност, като съзнателно е влязъл в противоречие с установените правила за упражняване на лекарската професия и за заеманата от него длъжност и по този начин е нарушил установените от правото норми, охраняващи човешкия живот. Макар че в норма-

тивните актове не е установен срок за наблюдение на пациент с оплаквания, този срок следва от утвърдените като водещи правила в практиката на медицинската професия.

Подобна форма на вината е проявена и в случая, описан в р. 310 от 10.06.2011 г. на ВКС по н.д. 1589/2011 г., Трето н.о., НК. При посещението си в спешен център появилият се дежурен лекар не обърнал внимание на сериозните оплаквания, описани от придружаващата пациентката. Лекарят извършил формален преглед, не предприел изискуемите медицински действия, в резултат на което се стигнало до фатален изход.

Съдът обаче не е последователен при решаването на въпроса – дали непредприемането навреме на необходимите адекватни и съвременни мерки за диагностика и лечение, особено при неспешни състояния, могат да се определят като лекарска грешка. Така в опр. за прекратяване на наказателното производство 2 от 07.01.2010 г. на ОС – Враца по ч.н.д. 637/2009 г., НО, потвърдено от САС, е прието, че макар лекарят да не е извършил биопсия, наложителна за навременното откриване на раковото заболяване, в резултат на което се е забавило адекватното лечение на пациентката, съдът е допуснал вероятността за летален изход и без това бездействие. Съдът оневинява бездействалия лекар, който е демонстрирал незнание на елементарни методи за изследване при наличие на съответните симптоми с два неверни аргумента. Първо, към момента на диагностицирането не е бил още разработен медицинският стандарт по акушерство и гинекология, т.е. не е била нарушена конкретна правна норма и второ, не са спазени изискванията на съвременната медицинска практика, „която в никакъв случай не била задължителна“. Подобно решение всъщност принизява критерия за дължима грижа, отслабва стимулите на лекарите да повишават своето образователно ниво, да не остават на нивото на придобитото преди години по време на следването си знание, а да се развиват и прилагат модерните и съвършени методи на диаг-

ностициране и лечение.

По начало обаче съдът взема решение за търсене на отговорност от лекар, който не е положил дължимата грижа, само когато се установи коя точно норма на закона е нарушена или неспазена. Не е задължително този закон да е Законът за здравето или актовете, установяващи медицински стандарти. В р. 43 от 16.03.2007 г. на ВтАС по в.н.о.х. д. 394/2006 г. нарушението се свързва с чл. 30 от Закона за кръвта, кръводаряването и кръвопреливането и се изразява в извършване на кръвопреливане при пренебрегване на нормативните изисквания, в резултат на което се е стигнало до смъртта на пациента. В р. 202 от 10.01.2018 г. на ВКС по н.д. 590/2017 г., Първо н.о., НК съдът установява, че не са извършени необходимите и адекватни действия по време на раждане, че лекарят не е приложил единственото правилно решение в случая, а то е веднага да се премине към цезарово сечение, за извършването на което е необходимо технологично време от около 30-40 минути и точно този период е бил фатален за настъпването на асфикцията и като неин резултат – смъртта на новороденото.

8. Отговорът на въпроса за **противоправността** на поведението на лекаря в голяма степен се определя от това, дали лекарят е **спазил стандарта за добра медицинска практика,** утвърден със съответната наредба на министъра на здравеопазването. Когато няма утвърден такъв стандарт, какъвто беше напр. случаят с общо практикуващите лекари до 2010 г., изводите се правят от вещите лица. Така напр. в р. 172/2009 – вече цитирано, лекарят е направил аборт на жена, чиято бременност се е намирала в 5-ти лунарен месец. Съдът въз основа на медицинската експертиза е приел, че лекарят е нарушил утвърдени медицински правила и разпоредби от действащите нормативни актове за прекъсване на бременност по медицински показатели и не е извършил необходимите изследвания на общото здравословно

състояние на пациентката. По този начин е застрашил живота на пациентката и едва повторният кюретаж го е спасил. В р. 81 от 11.05.2016 г. на ВКС по н.д. 151/2016 г., второ н.о., НК съдът е констатирал на базата на заключението на вещото лице, че дежурният неврохирург след приема на дете с травма на главата е поставил неправилна диагноза и е провел противоречащо на основните изисквания на правилата на добра медицинска практика при такъв вид травми и в противоречие с медицинските стандарти лечение. Той е поставил диагноза „дифузна травма на главния мозък“, докато на пострадалия е била причинена „мозъчна контузия с остър травматичен хематом“. Затова и предприетото консервативно лечение не е било правилно. В действителност състоянието на детето е изисквало оперативно лечение в спешен порядък. Ако беше поставена правилна диагноза, която е изисквала задължително незабавна операция, смъртта на детето не е била неизбежна.

Противоправността може да се изрази не само в активно, но и в пасивно действие. Така в р. 177 от 13.11.2017 г. на ВКС по н.д. 897/2017 г., първо н.о., НК противоправно е било бездействието на лекар – невролог, който не е изпълнил задължителните разпоредби на чл. чл. 79,80 и 81, ал. 2, т. 1 от Закона за здравето, според които медицинската помощ в РБ се осъществява чрез прилагане на утвърдени от медицинската наука и практика методи и технологии, защото не е извършил ранна диагноза, не е назначил адекватна терапия и не е наблюдавал активно болната. Нарушено е и качеството на медицинската помощ, която трябва да създаде основа на медицински стандарти и правила за добра медицинска практика. Не са били предприети и задължителните за конкретния случай действия, изискуеми от медицинския стандарт „нервни болести“, утвърден с Наредба 33/2010 г. – т. 1, т. 4 и други. По-конкретно лекарят не е назначил образни изследвания и не е определил индивидуално медикаментозно лечение на болната, не е спазил алгоритъма за добра

клинична практика, приет от Българското дружество по неврология. В тази връзка интересни са разсъжденията на съда за характера на правните нарушения – „спецификата на лекарската професия не позволява тя да бъде обективно правно уредена в цялото ѝ изключително разнообразие“. Затова е допустимо приложимите правила да са и с ненормативен характер. Достатъчно е единствено актът, който предвижда задължението за тяхното спазване, да е нормативен. В разглеждания случай вменените като неизпълнени задължения от страна на подсъдимата може и да представляват общи принципи и стандарти за поведение, но при всички случаи от съдържанието им могат да бъдат изведени онези изисквания за добросъвестно изпълнение на професионалните задължения и за спазване на добрата медицинска практика. Затова съдът е приел, че с неназначаването на невроизобразяващи изследвания, непоставянето на болната под активно наблюдение и непровеждането на консултации с неврохирург, е допуснато несвоевременно установяване на получената от пострадалата закрита черепно-мозъчна травма, усложнена с развитието на остър субдурален хематом, вследствие на който е настъпила и нейната смърт.

И обратно, съдът е приел, че не е допусната медицинска грешка, ако експертизата докаже, че дежурният екип по време на родовия процес и раждането е действал правилно и адекватно. В определение 59 от 14.09.2007 г. на ВтАС по в.ч.н.д. 225/2007 г., НО, с което е потвърдено определение за прекратяване на наказателно дело срещу неизвестен извършител, съдът приема, че лекарите са приложили правилна терапия, извършили са всичко необходимо за спасяване на живота на родилката, водили са компетентна борба, но настъпилите по-нататъшни увреждания са довели до невъзвратими промени във всички органи, което неминуемо е довело до летален изход. Макар че съдът констатира наличието на пропуск – забавена доставка на своевременно заявени кръвни проби, той приема, че дори кръ-

вопреливането да е започнало навреме, не може да се твърди, че е могъл да бъде преодолян неблагоприятният изход, защото същият зависи и от индивидуалната реактивност и адаптивно-компенсаторна възможност на организма.

Съдът приема липса на противоправност и в р. 124 от 20.7.2017 г. на ВКС по н.д. 504/2017 г., Трето н.о., НК. В него лекарят е оправдан за причиняване на смърт на новородено, защото „отсъства неправомерност в поведението му и е спазил правилата на добрата медицинска практика, като не е разполагал с обективно обоснована възможност да предвиди бързите процеси в организъма на родилката, довели до загиването на плода".

Стандартът, с който се определя виновното поведение на непосредствения причинител на вредите, зависи от длъжността на медицинското лице и неговото образование. Различни са стандартите, приложими към лекари и фелдшери и затова фелдшерът може да се освободи от отговорност, ако неговата квалификация не е била достатъчна за да констатира правилна диагноза или лечение. Той не е адресат на чл. 16, ал 1 от Договора между НЗОК и ДКЦ за 2005 г. Негоден е опитът на фелдшера да се припишат функции на общопрактикуващ лекар и затова съдът не го е признал за виновен за осъществяване на престъплението по чл. 123, ал. 1 НК – присъда 125 от 18.06.2007 г. на ВтАС по въз. н.о.х.д. 104/200, НО.

По-различно е изискването към лекаря от „спешна помощ". В р. 422 от 7.1. 2016 г. на ВКС по н.д. 1441/2015 г., трето н.о., НК съдът установява, че лекар в отделение „спешна помощ" е нарушил правилата на добрата медицинска практика – т. 1, т. 2.2. и други от Наредба 45/2010 г. за утвърждаване на медицински стандарт „спешна помощ", защото не е назначил адекватно и достатъчно по обем лечение, недооценил е амнестичните данни, извършил е непълноценен оглед на гърлото на пациента, не е провел консултация със специалист по УНГ болести, поради което не са били извършени необходимите хипофарингоскопия

и директна ларингоскопия от специалист, неправилно се е предоверил на данни от рентгеново изследване на гръден кош и бял дроб, когато погълнатият предмет – пластмасова капачка се е намирала в хранопровода и е била рентгенонегативна. Вярно, лекарят не е специалист по УНГ, в чиято компетентност е диагностиката и лечението на погълнатия предмет и в неговите компетентности не попада извършването на пълноценен оглед на гърлото на пациента и не е било възможно при обикновен преглед на устната кухина и фаринкса да се установи наличието на пластмасовата капачка. За тази цел се е налагало да се направи хопофарингоскопия от специалист. Но подсъдимата е нарушила задължението да осигури при необходимост консултация със специалист, макар да е разполагала с амнестични данни, които очевидно е подценила. Нарушението е в причинна връзка с настъпилата смърт, защото то е причина за настъпилото белодробно възпаление и механичната хипоксия, които са основните фактори за леталния изход.

9. На следващо място елемент от фактическия състав на деликтното отношение е вината на лекаря. След като се установи, че поведението му (действие или бездействие) не отговаря на изискванията на добрата медицинска практика, съдът е длъжен да провери, дали лекарят е бил длъжен и е могъл да диагностицира правилно заболяването на пациента при наличната клинична картина и да предприеме съответните терапевтични мерки. Дали той е могъл да предвиди вредите и дали увреждането му от лекарската грешка е било изцяло предотвратимо, ако действията му бяха адекватни. В р. 103 от 21.06.2018 г. на ВКС по к.н.д. 382/2018 г. съдът връща делото на апелативния съд за ново разглеждане с цел да установи, дали „инфекциозният протезен ендокардит“ – едно изключително рядко усложнение на основното заболяване, ако беше диагностицирано и за него беше приложена оптималната терапевтична стратегия, ако лечението

беше стартирало по-рано, би ли била избягната смъртта на пациента. Става дума за поведение на общо практикуващ лекар. Той е трябвало да насочени пациента към хоспитализация и затова съдът трябва да изясни, дали той е могъл да открие това изключително рядко заболяване, което е от компетентността на кардиолог. Може ли да се изисква и да се очаква от общо практикуващия лекар да диагностицира заболяване, което дори и кардиолозите изключително рядко се сблъскват с него.

При преценката на вината се изхожда не от това дали лекарят е спазил стандартната процедура, а дали е съобразил специфичното заболяване на пациента. В тази връзка от значение е дали лекарят е запознат с най-новите научни резултати – напр. как да се подава анестезия на пациенти с определено специфично заболяване. Ако на тази плоскост са разработени и се прилагат нови, съвременни стандарти, съвременни правила за добра медицинска практика, които лекарят не е съобразил и именно това поведение е довело до леталния изход, той е виновен, независимо че не ги е познавал, тъй като литературата, в която те са публикувани, му е неизвестна. Виновно е поведението на лекаря и ако той не е провел необходимите изследвания и консултации с други специалисти, особено ако той трябва да лекува пациент с други заболявания, които налагат допълнителни грижи. С една дума, лекарят носи отговорност, ако смъртта се дължи на негови действия или пропуски, които са могли да бъдат избягнати, ако той беше спазил правилата на добрата медицинска практика – р. Nr. 237/2014 г. Деянието е противоправно, ако лекарят не е запознат с правилата на добрата медицинска практика или ги е познавал, какъвто е случаят с присъда Nr. 14, но е нарушил задължителните предписания. Случаят, описан в присъда Nr. 14, е следният – лекарят е извършил повърхностен клиничен преглед, при който не е установил болестни промени в дясната гръдна половина и това е станало причина за по-нататъшното задълбочаване на здравословния проблем на пострадалия, а впо-

следствие и на смъртта. Лекарската грешка може да се изрази и в бездействие – недостатъчни медицински изследвания, липса на рентгеново изследване на гръдния кош и др. Ако обаче е бил извършен цялостен преглед и лечение, може би нямаше да се стигне до летален изход на пациента. Или с други думи, предприемането на конкретни действия от страна на лекаря би довело до положителен за пациента резултат или най-малкото до предотвратяване на неговата смърт. От голямо значение при оценката на вината е съждението на ВКС в р. Nr. 578/2014 – „Вменените неизпълнени задължения установяват общи принципи за поведение, но все пак съдържат онова изискване към лекарите добросъвестно да изпълняват професионалните си задължения, като нарушението има пряко отношение и е причина за смъртта на детето. Цялото разнообразие при упражняване на лекарската професия обективно няма как да бъде правно уредено чрез формулиране пунктуално на самите правила в тяхната цялост.“

10. Освен на своите знания и на постиженията на медицината, лекарят е длъжен да се осланя и на интуицията и самочувствието на пациента. В Австралия е цитиран случай на заболяване на 32 годишна майка на 3 деца от рак на червата, която е чувствала присъствието на лошата болест, независимо че всички лекари единодушно са отказвали да я лекуват поради това, че е „твърде млада“ за такова заболяване. Болестта ѝ прогресира след бременност и раждане на третото дете на 32 годишна възраст. Едва тогава започва нейното закъсняло лечение, което се оказва безрезултатно. Въпреки твърденията на пациентката, че има раково заболяване, лекарите дълго време, упорито и неоснователно са отричали това и са отказвали да приложат навременно лечение, както и да ѝ дадат съвет да не забременява[4].

11. При лекарска грешка, допусната от двама или повече лекари, грешката на първия лекар може да създаде условия за допускане на грешка от следващите лекари. Такъв е случаят, обсъждан в присъда Nr. 14 – първият лекар е хирург, който не е предприел задължителните действия. Вторият лекар се е предоверил на поставената от него диагноза и не е осигурил на пациента рентгенов преглед, т.е. налице е второ бездействие, което е довело до смъртта на пациента.

12. Освен виновно и противоправно деяние се изисква още и наличието на причинно-следствена връзка между деянието и вредоносния за пациента резултат. Така в р. Nr. 150/2014 – ПАС е прието, че в причинна връзка с настъпилата смърт е неефективното и несвоевременно лечение в резултат на развилото се усложнение. Основният въпрос за ангажиране на лекарската отговорност е намира ли се проведеното, респ. непроведеното лечение в причинна връзка със смъртта. В р. 103 от 21.06.2018 г. на ВКС по к.н.д. 382/2018 г. се посочва, че апелативният съд е направил извод за съществуваща причинна връзка между нарушените специфични правила, регламентиращи лекарската професия и настъпилата смърт, като именно поведението на подсъдимия, изразяващо се в поставянето на неправилна диагноза, неназначаването на клинични изследвания и ненасочване на болния към кардиолог, е поставено началото на причинния процес. ВКС връща делото за ново разглеждане за да се установи, дали и при своевременна консултация с кардиолог съществува сигурност, какъв би бил изходът за пациента и дали би се стигнало до точна диагноза, ако лекарят беше назначил други изследвания и дали и кардиологът би могъл да открие това из-

[4] Случаят е описан в: www.independent.co.uk/life-style/helath-and-families/yong-woman-32-dies-bowel-cancer-doctor-says-too-young-ibs-nicvole-yarran-australia.

ключително рядко заболяване, както и дали ако беше назначено адекватно лечение би се предотвратила смъртта на пациента.

Въпросът за причинната връзка се решава отново от съдебномедицинска експертиза (СМЕ). Експертизата посочва причината за смъртта от медицинска гледна точка – в делото на ПАС Nr. 486/2012 г. – токсоинфекциозен шок с полиорганна недостатъчност – хеморагична пневмония, сериозен менингит, остра бъбречна, дихателна и сърдечна недостатъчност, за които са допринесли несъобразено със средата, в която се е намирало болното от варицела дете – контакт с болна и лекуваща се майка от гнойна ангина, неспазване на правилата на добрата медицинска практика, защото детето не е било прегледано втори път, а за него съветите са давани по телефона, в резултат на което не се е приложила антибиотичната терапия, която е задължителна при настъпилото усложнение на варицелата, неосигуряване на непрекъсната медицинска помощ, неосигуряване на хоспитализация, неосигуряване на консултация с педиатър и инфекционист, с други думи, липса на задълбочено клинично изследване и динамично наблюдение на детето. В решението на ВКС, с което се потвърждава горепосоченото решение на ПАС, се приема, че „всяка от подсъдимите е имала не само възможност, но и задължение да осигури динамично наблюдение върху състоянието на детето и да положи необходимите медицински грижи. Всяка е проявила груба небрежност, като съзнателно е влязла в противоречие с установените правила за упражняване на лекарската професия и за дейността, която е изпълнявала и по този начин лекарките са нарушили установените от правото норми, охраняващи човешкия живот.“ В експертизата са посочени какви пропуски и грешки са допуснали двете подсъдими при лечението на детето, които са в причинно-следствена връзка със съставомерния резултат. По-конкретно – „общопрактикуващата лекарка, макар да е поставила точна диагноза“, е проявила небрежност, като не е положила изискуемата здравна грижа за малко дете с

висока температура, не е извършила повторен преглед на детето и не е осигурила наблюдение на състоянието му при съобщено влошаване от родителите. Другата подсъдима повърхностно е осъществила прегледа на детето, не е провела качествен диагностичнолечебен процес, не е провела консултации с педиатър и не е превела детето в реанимационно отделение – р. на ВКС 578 от 10.03.2014 г. по н.д. 2003/2013, Второ н.о., НК.

В присъдата на Габровския окръжен съд, цитирана в електронния сайт Дир.бг във връзка с причинена смърт на родилка и на новородено, съдът е приел, че има причинна връзка между неправилно предприетата оперативна интервенция по изваждане на детето и смъртта, като се доказва, че ако е било изчакано нормалното раждане, и родилката, и бебето са щели да бъдат спасени.

13. Възможно ли е в причинна връзка с леталния изход да се намира и предходно състояние на пациента, което е допринесло за отрицателния резултат?

В р. 106 от 28.05.2018 г. на ВКС по к.н.д. 266/2018 г. е изключена отговорността на рехабилитатор-масажист, който по небрежност е причинил смъртта чрез действия, представляващи мануална терапия и не е нямал право да упражнява тази професия поради липса на образование по медицина и квалификация на основание наличието на предшестваща хронична обструктивна белодробна болест на пациента. Подсъдимият е увредил шийния дял и от това е започнал прогресиращ мозъчен оток, който е довел до развитие на пневмония, инфекция, а накрая и до сепсис. Установено е, че причинената при масажа травма не е пряка и непосредствена причина за смъртта. Делото е върнато за ново разглеждане, за да се установи дали предходното състояние на болния е причината за леталния изход.

По същите съображения в р. 124 от 20.07.2017 г. на ВКС по к.н.д. 504/2017, трето н.о., НК съдът приема, че липсва при-

чинна връзка между поведението на подсъдимите и вредата, защото те не са имали обективно обоснована възможност да предотвратят бързите процеси в организма на родилката и загиването на плода, защото единствената причина за смъртта на неродено дете е вътреутробната асфикция (задушаване) вследствие продишване на плода и аспирация на околоплодната течност в белия дроб.

Причинната връзка между деянието и отрицателния резултат е изключена и в р. 194 от 27.01.2016 г. на ВКС по н.д. 663/2016 г, второ н.о., НК. Отговорността е отпаднала, защото съдът е установил, че лицето е починало не заради това, че не е било лекувано неговото болестно състояние, предизвикано от тежко алкохолно отравяне, а защото след извеждането му от това състояние и след като е констатирано, че не са се налагали понататъшни медицински грижи от порядъка на спешност, т.е. след като лицето е извадено от състоянието на алкохолна интоксикация, той е напуснал чакалнята на болницата, при слизане от стълбите се е подхлъзнал, паднал е върху наклонен терен с главата надолу, повърнал е, а повърнатото стомашно съдържимо е аспирирано и това е довело до неговата смърт. Съдът приема липса на причинна връзка между поведението на лекаря от бърза помощ и настъпилия летален изход.

14. Когато има летален изход в болничното заведение, но не може да се установи веднага, в резултат на чие поведение на член от медицинския екип е неблагоприятният резултат, искът за обезщетение на вредите може да се предяви срещу лечебното заведение, без да се конкретизира името на лекаря. Искът е само на основание чл. 49 ЗЗД. Но по него трябва да се доказва, че все пак смъртта е следствие на виновно и противоправно деяние на един или повече медицински специалисти, макар техните имена да не са конкретизирани. В наказателния процес се образува производство срещу неизвестен извършител – така определение 59

от 14.09.2007 г. на ВтАС, цитирано по-горе. Ако обаче не се установи конкретният причинител на вредите и неговата вина, искът по чл. 49 ЗЗД се отхвърля, защото, макар отговорността на болницата по този текст да е обективна, тя е вторична и е обусловена от вината на изпълнителя на работата. По същите причини се прекратява и наказателното производство срещу неизвестен извършител.

15. Иначе болницата може да бъде привличана като граждански ответник в наказателния процес. Когато деликтът е и престъпление, правилно се ангажира гражданската отговорност на лечебното заведение, в което е извършено увреждащото деяние –р. 24 от 12.03.2005 г. на ВтАС по в.н.о.х.д. 3/2005, НО.

16. По всички дела се назначават съдебномедицински експертизи – тройна, петорна комисийна, тройна или петорна комплексна, седморна, три петорни експертизи, комисийна, арбитражна – с еднакъв или различен състав. Комисийната и арбитражната експертиза не са дефинирани в никой закон (констатацията е на съда, който ги е допуснал – р. Nr. 150 на ПАС, потвърдено с р. Nr. 578/2014 г. на ВКС), но се използват в съдебната (предимно наказателна) практика. Всъщност делата се решават реално от експертите. Ако експертите са отговорили пълно на поставените въпроси и не е възникнало съмнение в правилността и обосноваността на експертизата, отпада необходимостта от назначаване на повторна съдебномедицинска експертиза – така р. Nr. 237/2014 г. – ВКС.

По начало съдът може да осъди един лекар, само ако експертите открият серия от лекарски грешки, бездействие и нарушение на медицинските стандарти. Съдът разчита само на експертите. Така Окръжният съд в Пловдив даде ход на дело срещу трима лекари, обвинени в лишаване от живот при професионална непредпазливост. Срещу д-р Петър Трайков, д-р Гео-

рги Марков и д-р Гюнай Мехмед са повдигнати обвинения, че не са положили адекватни грижи за 74-годишен онкоболен, който впоследствие е починал от перитонит. През август 2009 г., когато пациентът умира, тримата са били специализанти във Втора хирургия на УМБАЛ „Св. Георги“ и са давали дежурства. „Бяхме специализанти на няколко месеца в УМБАЛ „Св. Георги“ в Пловдив, а ни оставиха сами в отделението със 100 тежко болни. Нека лекарят, който не дойде на работа, сега да си поеме отговорността“, заявил пред съда д-р Петър Трайков, цитиран от „24 часа“. Д-р Трайков, който в момента е главен лекар на клиника в Дюселдорф, не се признал за виновен. Той е бил категоричен, че при своето дежурство е извършил преглед на пациента и поискал консултация с невролог заради симптоми на остро мозъчно състояние. Другите му двама колеги също твърдели, че са невинни, и са изпълнили служебните си задължения. Съдът се произнася само след изслушване на медицинските експертизи, които са ключът към разрешаване на казуса.

Но следва да се отбележи, че самите съдебномедицински експертизи могат да бъдат противоречиви. Така в присъда Nr. 14 от 29.06.2015 г. на САС по в.н.о.х.д. Nr. 1081/2013 г. са били назначени 4 съдебномедицински експертизи, три от които отговарят еднакво на въпроса за причината за смъртта на детето – масивен кръвоизлив в дясната плеврална кухина поради непроведен достатъчен диагностичен процес в Пирогов. Най-напред в хода на досъдебното производство е назначена седморна съдебномедицинска експертиза. Последвала е втора съдебномедицинска експертиза, допусната в съдебно заседание, която се и кредитира от съдебния състав на въззивна инстанция. Преди това Софийски апелативен съд като въззивна инстанция назначава трета СМЕ, която потвърждава изводите и констатациите на останалите СМЕ. За експертизата, която влиза в противоречие с останалите, съдът отказва да я вземе предвид, тъй като същата е изготвена от трима лекари, които са служители в Пирогов, където подсъ-

димият е изпълнявал служебните си задължения по време на инцидента. Това според съда води до конфликт на интереси и известна предубеденост, което поставя експертизата под въпрос. Именно поради противоречията между първата седморна, втората и третата тройни СМЕ, съдът е назначил комплексна седморна съдебномедицинска експертиза от изтъкнати специалисти в дадената област, които са изяснили компетентно и обективно причината за смъртта на детето – присъда Nr. 14. До 7-морна съдебномедицинска експертиза с преобладаващо участие на акушер-гинеколог и неонатолози със задачи, определени от ВКС при касационното разглеждане на делото, се стига и съгласно р. 202 от 10.01.2018 г. на ВКС по н.д. 590/2017 г., първо н.о., НК при постановено връщане на делото за ново разглеждане. Задачата на експертите е да установяват дали има съответствие на извършените от подсъдимите действия по наблюдение на родилката и воденето на раждането с дължимите действия, предписани от добрата медицинска практика.

По р. Nr. 150/2014 на ПАС първоначалната и допълнителната тройна съдебномедицински експертизи посочват, че непосредствената причина за смъртта на детето е остро развила се сърдечносъдова слабост с генезиса на атипично, свръхбързо – в рамките на часове и смъртоносно развитие на срив на дишането и сърдечната дейност, най-вероятно с инфекциозна генеза. Вещите лица, които са извършили аутопсията, дават заключение, че не са установили данни, от които би могло да се предполага някакво по-тежко развитие на заболяването. Извършена е и петорна първоначална и допълнителна експертиза, която стига до противоположните изводи, а именно, че не е осъществено адекватно лечение, че не е диагностицирано животозастрашаващото състояние на детето и не е проведено докрай необходимото болнично лечение и наблюдение. Съдът на първата инстанция не е взел предвид петорната експертиза, защото заключенията на вещите лица в голямата си част се основават на показанията на

родителите на починалото дете и така първата инстанция е постановила оправдателна присъда. Пловдивският апелативен съд не кредитира първата група експертизи – тройната и допълнителната, защото са изготвени само от съдебни лекари, които не са профилирани специалисти по патоанатомия, по инфекциозни и детски болести, докато втората група експертизи отговарят на тези изисквания.

За да се смекчи ефектът на колегиалността в отношенията между експертите, които най-често са практикуващи лекари, и обвинените лица, Пловдивският апелативен съд по д. Nr. 486/2012 г. е заменил експертите с високо квалифицирани специалисти от други съдебни райони – в случая – от Варна.

ВКС изрично посочва, че „за възприемане на експертното заключение не е достатъчно наблюденията и изследванията на вещите лица да са непосредствени и обективни, а преди всичко експертите трябва да притежават необходимите специални знания и да разполагат с достатъчно материал за да си съставят обективно мнение“ – р. Nr. 578 от 10.03.2014 по н.д. Nr. 2003/2013, второ н.о., НК.

Експертизата подлежи на анализ от страна на съда и тя не обвързва съда, ако не съдейства за разкриване на обективната истина. Експертизата не е и единственото доказателствено средство. Дори фактическите и правните изводи на съда да се основават на петорна експертиза, тя може да не изяснява достатъчно задълбочено обстоятелството, дали преди превеждане в анестезия са извършвани изследвания относно поносимостта на болния към пълна упойка и задължително ли е това да бъде извършено, каква е причината за това – опр. 37 от 30.05.2007 г. на ВтАС по в.ч.н.д. 150/2007 г., НК.

16. При отговарянето на въпроса дали има медицинска грешка, от значение е и предиспозицията на увредения пациент. В присъда Nr. 14 САС приема, че смъртта се дължи на масивен

кръвоизлив в резултат на хирургично поставена шина. Става въпрос за остра кръвозагуба с бързо настъпила смърт. Не е била необходима хирургична намеса. Но и самият пациент е допринесъл за собственото си увреждане, като е създал предиспозиция за него. В присъда Nr. 14 експертите сочат като първопричина за последвалите патологични събития физическите натоварвания на пациента – плуване. Кръвоизливът се е зародил вследствие на миграцията на долната имплантирана шина, като увреждането са с голяма давност. Но този факт е останал извън преценката на съда. Последният се е съсредоточил само върху пропуските на лекаря, които се изразяват в липса на снемане на подробна анамнеза, липса на извършване на цялостен клиничен преглед, липса на образни изследвания, което е довело до невъзможността на лекаря да допусне вероятността за кървене в гръдния кош и развитието на хемоторакс. Лекарят е познавал тези правила, но въпреки това е извършил деянието в нарушение на тях, като не е осъществил задължителните предписания.

Поначало обаче съдът е длъжен да възложи на съдебномедицинската експертиза задачата да провери какво е било предходното здравословно състояние на болното лице, дали не са съществували предходни заболявания, които са създали предпоставки за проявата на съответното усложнение.

17. Кога съдът приема, че не е била допусната медицинска грешка?

В наказателния процес може да се стигне до неговото прекратяване, ако процесът е образуван срещу неизвестен извършител и прокурорът установи, че не са налице съставомерните признаци на престъпление по чл. 123, ал. 1 от Наказателния кодекс. Така в определение Nr. 387 от 11.12.2014 г. на САС по в.ч.н.д. Nr. 1081/2014 г. се изключва лекарска грешка, независимо че пациентът е починал в лечебно заведение, защото по категоричен начин е изяснено, че се касае за силно авансирал

злокачествен процес на кръвотворната система – миелом с множествени метастази в корема, довели до интоксикация и сърдечносъдова слабост. Липсват данни за проявена професионална непредпазливост от определено медицинско лице или лица, която да се намира в пряка причинна връзка с настъпилия резултат – смъртта на пациента. За да се приеме наличието на медицинска грешка следва да бъдат установени конкретни нарушения на определени нормативни правила за упражняване на дейността, както и да се изследва дали има причинно-следствена връзка между деянието – действие или бездействие на дееца и настъпилия резултат. Следователно съдът правилно посочва, че липсата на една от двете задължителни предпоставки – вината на конкретно лице и причинната връзка с неблагоприятния резултат изключва възникването на наказателна и гражданска отговорност. Лекарската професия е правно регламентирана дейност и е източник на повишена опасност, но с тази особеност, че поради голямото ѝ разнообразие няма как да бъде уредена в изключителното си многообразие. Затова от значение е спазването на добрите практики. Но дори лекарят да е проявил нарушение на конкретни медицински стандарти или на добрата медицинска практика, липсата на причинно-следствена връзка между забавеното диагностициране и несвоевременно започналото лечение от една страна и смъртта, от друга страна, деянието е несъставомерно и не обосновава възникването на наказателна отговорност. А при липса на причинна връзка не може да се ангажира и гражданската отговорност на лекаря и лечебното заведение.

Така в р. Nr. 398 от 20.11.2014 г. на ВКС по н.д. Nr. 1059/2014, второ н.о., НК е прието, че „по делото не е установено по несъмнен начин, че подсъдимият е проявил професионална немарливост и е причинил смъртта на пациента поради немарливо изпълнение на занятие, представляващо източник на повишена опасност“, поради което е отказано субсумиране на

действията му под наказателноправния състав на чл. 123, ал. 1 НК. Съдът е отхвърлил и исковете за обезщетение на неимуществени вреди на основание чл. 45 ЗЗД. Следователно, съдът е отказал да признае лекаря за отговорен, защото не е установено противоправно и виновно деяние на подсъдимия.

При настъпила смърт на родилка и на мъртвороден плод подсъдимата като основен наблюдаващ лекар е освободена от наказателна и от деликтна отговорност на основание това, че е назначила правилно лечение, докато е била дежурна – р. Nr. 100 от 5.03.2014 г. на ВКС по н.д. Nr. 2131/2013, второ н.о., НК. В решението се посочва, че е възможно смъртта да се дължи на забавено цезарово сечение, към което медицинският персонал „доста усърдно се е стараел да не пристъпи заради спрените здравноосигурителни права на потърпевшата, а цезаровото сечение е било жизненоважно“. Но подсъдимата е била в отпуска в по-голямата част от това време. Тя е била повикана в болницата с оглед раждане от водещия лекар, а не в качеството си на административен ръководител. По-нататък съдът разсъждава: „инкриминираното поведение не е свързано с йерархичната структура в административен план, а с правилните стъпки, които е следвало да се предприемат при протичане на раждането. Отговорност за това носи ръководещият екипа доктор, а не завеждащият отделението, независимо че физически се е намирал там“.

За невинен е признат и акушер-гинеколог в родилно отделение в Стара Загора – р. Nr. 95 от 3.08.2015 на ПАС по в.н.о.х.д. Nr. 141/2015 г. за причиняване смъртта на новородено. Установено е по делото, че лекарят е изпълнил задължителните изисквания на Наредба Nr. 32/2008 г. за утвърждаване на медицински стандарт „Акушерство и гинекология“, като е извършил необходимите за проследяване на бременността изследвания. Бременността е била нормална и не е установена патология. При прегледа, извършен при постъпването за раждане, е записано

като диагноза „съмнение за фетален дистрес“. Детето не е изплакало и затова през следващите дни се е провело интензивно лечение, но състоянието на детето непрекъснато се е влошавало, докато се стигне до леталния изход. От аутопсионния протокол се установява, че майката е имала вътрешноутробна инфекция, която не е могла да бъде открита по време на бременността. Бременността е била нормална, без данни за патология. Арбитражната експертиза категорично установява майчино-фетална инфекция, която не е била открита по време на бременността поради непровеждане на задължителните по здравна каса микробиологични изследвания. Становището на експертите е, че почти няма методика тя да бъде открита преди раждането, тъй като в 90% от случаите преди да се роди детето тя няма изявена клинична картина и симптоматиката ѝ не е открита при майката при проведени изследвания. Установено е, че новороденото е имало аномалии, родено е с критични жизнени показатели, което е наложило прилагане на интензивни реанимационни мероприятия, без които би загинало непосредствено преди раждането. Като причина за смъртта се посочва възпалителният процес на белите дробове, настъпил като усложнение от майчино-феталната инфекция и перинаталната асфикция. Според вещите лица, изготвили арбитражната експертиза, не са налице данни за нарушение на правилата за добра медицинска практика по време на водене на раждането. Новороденото е имало вродено заболяване, което може самостоятелно да причини смърт. Още преди раждането на новороденото дете е съществувал висок риск от развитие на необратими увреждания и настъпване на неблагоприятен изход, въпреки проведените своевременни и адекватни грижи и лечение. По това дело е интересно да се отбележи, че съдът признава, че лекарят е допуснал пропуск, но причинно-следствената връзка е налице между вродено заболяване на детето и смъртта и че дори да не беше допуснато това нарушение, пак е щяло да се стигне до леталния изход. Според експертите и съда не е

имало възможност комплексът от причини, довели до смъртния изход, да бъдат навременно диагностицирани, тъй като липсва такава методика. В заключение се приема, че причината за смъртта на новороденото е съчетанието на майчино-фетална инфекция, перинатална асфикция и болестта на малките съдове (белодробна хипертония). Последната не е могла да бъде предвидена и предотвратена, тъй като смъртният изход при нея е 99%, независимо от високоспециализираната неотоналогична помощ. Съдът приема, че лекарят не е имал никаква представа, не е бил длъжен да предполага и не е било в границите на възможностите му да я установи, дори и при най-добро изпълнение на задълженията.

Случай на неприемане на съдебномедицинската експертиза представлява р. 299 от 25.06.2010 г. на ВКС по н.д. 245/2010, Първо н.о., НК. За изясняване причините за смъртта на пострадалата са били назначени три съдебномедицински експертизи – 3, 5 и 7-членни. Второинстаниционният съд обаче е провел избирателен прочит на изводите на експертите. Освен това експертното заключение не е задължително за съда, но когато той не го приема, е длъжен да се мотивира защо не го приема. Когато има противоречие в експертизите, съдът е длъжен да се мотивира защо приема едни изводи, а не приема други.

Освен това, прави впечатление тенденцията ВКС все почесто да връща делата за ново разглеждане поради недоизясняване на фактическата обстановка или допуснати процесуални нарушения – напр. р. 9 от 31.3.2017 г. на ВКС по н.д. 1322/2016 г., трето н.о., НК. Около половината от обжалваните дела се връщат, а по останалите дела решенията се потвърждават.

19. Съдебната практика е имала възможност да се занимае и с вреди, причинени от упражняване на неконвенционални методи за благоприятно въздействие върху индивидуалното здраве, което съгласно глава четвърта от Закон за здравето пред-

ставлява правно-регламентирана дейност, източник на повишена опасност, при чието извършване поради незнание или немарливо изпълнение, се носи деликтна и наказателна отговорност – р. 104 от 14.11.2008 г. на ВтАС по в.н.о.х.д. 232/2008 г, НК. Лицето е упражнявало тази дейност без необходимата, изискуема от закона квалификация. Натривайки голите участъци от главата на пострадалата с фенол, за да отстрани косопадните проблеми на пациентката, „лечителят“ е причинил смъртта ѝ. Съгласието на пострадалата и нейната майка, която впоследствие претендира обезщетение на неимуществени вреди, не оказва влияние върху отговорността.

II. Чуждестранен опит и изводи в чуждестранната литература

20. Департаментът по здравеопазване на Великобритания отбелязва, че около половината от 850 000 неблагоприятни случаи всяка година в болниците на Англия и Уелс са могли да бъдат предотвратени. 34000 от завършили със смърт случаи са могли да бъдат предотвратени. Само за сравнение през 2014 г. във Великобритания 1775 човека са били убити при ПТП. Почти толкова са били и в България при значително много по-малко население, а уважените исковете за обезщетение на вреди от смърт, причинени от медицински грешки у нас, са били според Мария Шаркова 45 и то в продължение на 10-годишен период. Трудовите злополуки във Великобритания, завършили със смърт, са били 142. Тези данни са изложени в книгата на Кен Олифант и Ричард Райт (издатели). „Медицинската грешка и обезщетението в глобална перспектива“, Берлин, 2013 г. Това е довело и до заключението, че „медицината сега е комплексна, ефективна и потенциално опасна“. Някои от трудностите идват от сложността и комплексността на модерната медицинска практика. Акцентирайки на потенциалния риск на модерната медицина не

е изненадващо, че над 40 години съществува значително нарастване на исковете, основани на медицинска грешка, предявени от пациенти, търсещи обезщетение за своите увреждания по време на лечение – така нар. ятрогения. Но отношението между медицинските грешки и увеличаването на искове не е линеарно – тук са налице и други фактори, които влияят на решението на пациентите дали да предявят искове, такива, като разноски по съдебните процеси, изгледите за успех, които се отнасят както до същината на спора, така и до процесуалните правила на правната система, нуждата от обезщетение, която може да бъде удовлетворена от алтернативни средства, достъпни до пострадалите пациенти. В световен мащаб съществуват различни разрешения на отделните правни системи. Напр. новозеландската и скандинавската системи се основават на обезщетение, при което няма значение вината. Доминира обаче моделът на обезщетението, базирано на гражданската отговорност (договорна или деликтна). От значение е регламентирането не само на гражданската, но и на наказателната отговорност, на социалното осигуряване и застраховането, на съотношението между тези системи. Трябва ли да има лимитиране на обезщетението, може ли социалното осигуряване или застраховането да предявят регресни искове срещу източника на медицинската грешка. Дали пострадалите могат да претендират за загуба на шанса и дали обезщетението е пропорционално на загубата на шанса. Дали има отговорност за информирано съгласие, или по-точно за неговата липса. И ако има, дали това е иск за загуба, за накърняване на автономността или за физическо увреждане. Не трябва ли и правната система, и системата на здравеопазването, т.е. и двете да бъдат поставени в социален, икономически и културен контекст. Не следва да се изпуска от внимание фактът, че в годините на увеличаване на исковете от лекарски грешки напр. кризата на медицинската грешка през 1970 в САЩ, доведе бързо до увеличаване на разноските за застраховка на медицинската отговорност, а лекарите

започнаха да практикуват масово дефанзивна медицина, теорията се насочи към програми за реформи на деликтната система, като я правят по-твърда за ответника, намалявайки неговите шансове за успех, а адвокатите на ответника биваха хулени и критикувани. Стигна се до скандинавския невиновен модел, който е повлиян в голяма степен от егалитарната идеология и се възприе възгледа, че разноските за лични увреждания по принцип най-добре се понасят от колективни образования. Тъй като на практика повечето юрисдикции изискват доказване на вината под някаква форма, в някои държави като напр. във Франция се стигна до стриктната отговорност за дефектни продукти или за болнични инфекции. Всички юрисдикции се бориха с каузалността. Причинната връзка трябваше да бъде доказвана от ищеца, обикновено върху баланса от възможности. В Япония ятрогенните увреждания доведоха до увеличаване на нивото на гражданските искове през 80-те и 90-те години. Серия от медицински скандали и недоволства от лекари, комбинирани с недоверие на обществото в медицинската практика.

21. Пред юристите се поставя и въпросът дали е необходима специална правна уредба на отговорността за допуснати медицински грешки. Би ли спомогнал у нас закон за правата на пациента, в който да намери място и медицинската отговорност с оглед подобряване на правната защита на пациентите. Независимо, че преди осем и повече години изработването на един такъв закон беше много актуално занимание на медици и юристи, у нас не се прие такъв закон и няма друг нормативен акт, в който да се съдържат особени правила за отговорността на лекаря за медицинска грешка. В гражданското право се прилагат общите норми на договорната и деликтната отговорност[5].

[5] Такова е било положението в Германия преди да се приеме Законът за правата на пациентите от 26.2.2013 г. – Patientenrechtsgesetz.

Освен в Германия специална уредба има и във Франция – Закон за правата на пациента от 2002 г. В Холандия специална уредба е предвидена в Гражданския кодекс и тя се отнася предимно за договора за лечение. Същото е разрешението и в Draft of Common Frame of Reference, в който 11 члена са посветени на медицинското лечение – книга четвърта, глава 8[6].

Изобщо в средите на юристите се е мислило за кодификация на медицинското право. Необходима ли е тя? След задълбочени анализи се стига до извода, че тя не е нужна. Че премного правото се намеси в медицината и/или я объркa, или я стресна и ограничи. Изследователите на медицинското право стигат до извода, че е погрешно да се мисли, че проблемите се решават със закони и че един проблем е решен, ако се приеме закон за него. Именно това погрешно и незадълбочено мислене е довело до законовото наводнение[7]. Добрите практикуващи юристи обаче знаят, че именно с приемането на един закон започват проблемите и че при прилагането на нов закон възникват повече въпроси, отколкото те се решават. Законът трябва да изпълнява напътстваща функция, той има значението на директива и е предназначен да предотвратява злоупотребите. Но намесата на закона в отношенията лекар – пациент може да изиграе ролята на слон в стъкларски магазин, защото тези отношения, които се градят на доверие, се нуждаят от един прекалено фин и прецизен законодател, какъвто определено няма у нас[8]. Затова се присъединявам към становището на Лоренц, че законът не е мярка за рационализация на медицинската дейност. Той е политически

[6] Справка – **Lorenz, E.** Karlsruher Forum 2013: Patientenrechte und Arzthaftung. 2014. Karlsruhe. Verlag Cersicherungswirtschaft GmbH, s. 1-15.

[7] Gesetzesflut – **Lorenz, E.** Op. Cit., s. 35.

[8] В немския език има една много изискана дума, която отразява същността на правото в областта на медицината – Fingerspitzengefuehl – чувство на върха на пръстите.

деформиран и в него не се чува гласът на науката[9]. В такъв случай ще кажем – слава богу, че има деликтно право, почерпило мъдрост от древността. Достатъчно е съдебната практика да е достатъчно честна и чувствителна, за да решава проблемите с отговорността на лекаря и защитата на пациента при лекарските грешки. Както всички други страни, и България се справя без специален закон със съществуващото правно статукво. Задачата сега е да се поставят строги изисквания за дължима грижа във всички фази на лечението – анамнеза, изследване, диагноза, терапия, информация, засилване на отговорността, увеличаване на обезщетението на вреди, претърпени от пациента.

В развитите страни, както и у нас, се отчита драстично поскъпване на здравните грижи, безкрайно големи медицински разноски. Отговорно за драматичното поскъпване на здравеопазването е прогресивното развитие на медицината като наука. Прогресът в медицината намалява рязко смъртността, удължава живота дори на хора, страдащи от нелечими в близкото минало болести. Днес и най-тежко болните могат да разчитат на удължен живот, който се дължи на появата на все по-ефективни и скъпи лекарства, манипулации, операции и прочее. Развитието на медицинската наука се отразява и на модерната отговорност на лекаря, от когото се изискват все повече знания и способности, по-висок професионализъм и по-голяма отговорност. Това дава възможност и право на пациента да изисква от лекаря – по-добро и качествено лечение и право да търси отговорност, ако не ги получи.

Медицината напредва, но не и правото. Отговорността се определя от норми, чийто произход е в далечната 1804 г. – Френския граждански кодекс. Не напредва и процесът, в който се търси гражданската отговорност на лекаря. Лекарските грешки

[9] **Lorenz, E.** Op. Cit. s. 33.

се разследват и доказват по общите правила на гражданския процес. В него действа принципът на състезателността между страните. Съдията е арбитърът, а пациент и лекар се състезават – кой по-добре ще се представи – по-добри доказателства, по-добре познаване тънкостите на процеса, по-красноречив и умел адвокат и, разбира се, повече пари. Макар че страните в процеса са равнопоставени, на практика равнопоставеността не съществува[10]. Защото ищец в гражданския процес, в който се претендира обезщетение на вреди, причинени от небрежността, незнанието, невниманието на лекаря, пациентът по общите правила на ГПК е длъжен да доказва деянието на лекаря, вредата, причинната връзка, правилото за поведение, което е нарушено. Пациентът обаче не е професионалист. Той не разполага с цялата документация. Той няма специални знания по тази толкова сложна материя, каквато е медицината. Съдията също не разполага с такива познания и затова се назначава вещо лице, което е колега на ответника. И тук на последния идва на помощ криворазбраната колегиалност и професионална солидарност на медиците, която и днес все още създава проблеми на правораздаването. Освен това правораздавателните органи и най-вече обвинителите – прокурорите трябва да бъдат много внимателни когато повдигат обвинения, защото ако съдът подстанови оправдателна присъда (дори поради липса на доказателства), обвиненият лекар може да предяви иск срещу прокуратурата за неправомерно повдигнато обвинение и произтичащите от това вреди – иск за непозволено увреждане срещу държавата на основание чл. 2, ал. 1, т. 3 от Закона за отговорността на държавата и общините за вреди – вж. р. 666 от 7.8.2017 г. на ВКС по гр.д. 1756/2017 г., Трето гр.о., ГК.

[10] Немците и за това са измислили точен термин – равенство на оръжието в процеса – Waffengleichheit.

Затова в Германия са модифицирали правилата на гражданския процес при търсене на гражданската отговорност на лекаря, при състезанието между лекар и пациент. Съдът е модифицирал основните принципи на процеса и правилата на доказателствената тежест, за да се улесни осъществяването на правото на обезщетение на пациента. Съдебната практика си е изработила специални основни принципи за процеса, които облекчават информационната тежест на пациента. Необходимо е съдът по-активно да се включва в установяването на истината, а не само да укаже на пациента, че е длъжен да докаже всички факти. Съдията трябва да поставя въпроси и да напътства пациента. Създават се камари от специалисти – лекари и юристи, които съдействат за упражняване на контрол върху заключенията на вещите лица. Така може да се предотврати „солидарността“ и „колегиалността“ между отговорните лица и вещите лица.

Основен проблем на процеса е доказването на фактите и доказателствената тежест на пациента, както посочих по-горе. Тъй като пациентът трябва да доказва правонарушението, какво задължение е нарушил ответникът, вредите и причинната връзка, съдът осигурява на пациента редица облекчения при доказването. Например, обръща се доказателствената тежест при причинната връзка, ако лекарят е допуснал груба небрежност, т.е. ако е налице груба лекарска грешка. Или ако лекарят не е изпълнил задължението да води документация по надлежния ред.

Доказателствените правила представляват и в медицинското право най-важният инструмент за развитие на правото чрез съдебната практика. Изобщо поради липса на подробна уредба на лекарската гражданска отговорност съдът трябва да доразвие отговорността на лекаря на основата на общите принципи така, както го прави и в общото деликтно право. Става дума за изработване и прилагане на високо развити и фино диференцирани критерии за справедливост[11].

Ключът в подобряване правното положение на пациента се крие не в закона, а в съдебната практика. Тъй като в медицината има много правни разпоредби, вливането на нови закони в отношенията между лекар и пациент крие опасност от дестабилизация на доверието в отношенията. Натискът на закона ще отдръпне лекаря от неговите позиции[12]. Той извършва и сега само това, което е правно гарантирано. Правните норми няма да заместят съвестното и научно обосновано решение на лекаря. Всъщност липсват правна яснота и правна сигурност. Целта на правото е да обезпечи по-голяма прозрачност и повече доверие в отношенията. И сега съдът разполага с достатъчно правни норми. Проблемът не е в липсата на право и в недостатъчното право, а в неизвестността при оценката на фактическата обстановка. Законите са много по-малко флексибилни от съдийското право. Прогресът в медицината е резонен, огромен, а правото е по принцип консервативно и не е в състояние да откликва винаги на новите положения. Тази цел обаче може да постигне съдът.

Смятам, че констатациите в немската съдебна практика трябва да се вземат предвид и у нас. Извършените в съдебната практика модификации са много разумни и няма пречка и у нас да се променят правилата на доказателствената тежест. Както в Закона за изпълнение на наказанията и задържането под стража е въведена презумпция за неимуществени вреди, ако се докаже едно от нарушенията, посочени в него, така наличието на причинна връзка може да се презумира, ако се докаже, че е допусната медицинска грешка, да не говорим за груба небрежност.

[11] Пак там, с. 1-15.

[12] За дефанзивното поведение на лекаря пише и Мария Петрова – медик и юрист в Застраховането на гражданската отговорност на практикуващите медицински лица и на увредените от „лекарска грешка“ в: **Петрова, М.** Лекарската медицинска грешка, София, Сиела, 2014, с. 136-145.

Причинната връзка би могла да се предполага при наличието на неправилно действие или при противоправно бездействие на лекаря, като се даде възможност на последния да доказва нейната липса или да доказва, че и ако я нямаше, увреждането пак би настъпило. Това е първата стъпка, която съдебната практика може да направи при разпределение на доказателствената тежест.

Втората стъпка се отнася до облекчаване на доказването в случаите, когато вредата е възникнала в рамките на сключен договор за лечение, т.е. на договорно отношение. Обикновено в тези случаи се поставя въпросът дали отговорността на лекаря е договорна, или деликтна. Смятам, че най-точният отговор на този въпрос, е даден от Лоренц и той гласи: Ако договорното и деликтното задължения за поведение са еднакви, ако съществува структурно равенство между договорното и деликтното задължения за грижа, последиците от тяхното неспазване трябва да се третират еднакво. Както задълженията имат еднакво съдържание и цел, така те трябва да пораждат еднакви правни последици. А не да се позоваваме на правилото, че договорната отговорност дерогира деликтната или обратно.

Третата крачка е свързана с изместването на гражданската отговорност на лекаря от застраховането. Тъй като от година на година расте броят на претенциите срещу лекари и трудностите при решаване на споровете са големи, все по-голямо значение набира идеята за изместване на гражданската отговорност от застраховката. Като се стигне обаче до застраховането, започват разногласията – а каква застраховка е най-подходяща – дали класическата застраховка „гражданска отговорност“ или дали застраховка на рисковете при лечение по подобие на Швеция, Квебек и Нова Зеландия, която дава превес на интересите на пострадалите пациенти и не ги подлага на напрежението и трудностите на един съдебен процес и на рисковете от състезанието в него. Вторият модел има обаче един

недостатък и това е ликвидирането на превантивната функция на гражданската отговорност. Ползите от този модел са за лекаря, а тежестите – за фонда, от който ще се изплащат обезщетения на увредените лица[13]. Нарушава се справедливото и вечно правило – комуто ползите, нему и тежестите.

В светлината на горенаписаното бих изтъкнала два важни момента в правната защита на пациента от медицински грешки – обезпечаване на неговата сигурност и превенция на вредите. Не бива да се стига до увреждане. Процесът трябва да бъде пресечен още в началото – не следва да се позволява да се допусне медицинска грешка. Превенцията е по-важна от правната уредба на последиците от нейното реализиране. Затова биха могли да се препоръчат следните мерки:

Първо, превенция на вредите.

Второ, в случай че се стигне до спор за обезщетение на вреди, причинени от медицинска грешка и при положение че не се възприеме съдебната практика на Германия по подобни дела, да се увеличи прилагането на извънсъдебните, алтернативни способи за решаване на спорове за отговорността на лекаря, като в тяхното решаване участват и лекари. Както вече се посочи, процесите за лекарски грешки са много често натоварващи и стресиращи както за пациентите, така и за лекарите. Върху последните те оказват стигматизиращо действие. Затова алтернативните способи играят значителна роля при решаване на спорове, които са свързани с много емоции и противоречие между спорещите страни. Трябва обаче да се знае, че медиацията е възможна, само ако и двете страни са съгласни. За нейното стимулиране голяма роля играят и професионалните съюзи и организации на лекари и пациенти. Именно с тяхното посредничество и активно участие спорът може да се реши по справед-

[13] Пак там, с. 55.

лив и професионален начин.

Трето, активно участие на социалното осигуряване в покриването на вредите и хармонизиране на трите стълба за обезщетяване на вреди, причинени от непозволено увреждане – участие на държавата, на социалното осигуряване и на застраховането.

Четвърто, правото не трябва да пресира медицинските специалисти и върху тях не трябва да стои непрекъснато опасността от наказание. Психологическият натиск върху лекарите има следните негативни ефекти: 1. Води до дефанзивна (отбранителна) медицина, която означава, че лекарят ще се ограничава само до рутинните и сигурни медицински действия, ще назначава многобройни и в по-голямата си част ненужни изследвания и е възможно да стресира пациента чрез ненужно продължително и влошаващо качеството на живот лечение. 2. Оскъпяват се медицинските разходи, които се дължат както на големия скок в медицината, на научните постижения и на откриването на нови методи за диагностика и лечение на много болести, така и на дефанзивната медицина, упражнявана от лекарите с цел да намалят риска от носене на отговорност.

Превенцията на вредите и минимализиране на рисковете е повелята на времето. Но за съжаление те не могат да се решат нито от законите, нито от юристите. Всичко е в ръцете на медиците. Те трябва да подобрят знанията, уменията, да полагат по-голямо напрежение и съвестност при назначаване и провеждане на диагностиката и лечението на болните. Усилията им трябва да се насочат към предотвратяване на вредите. За тази цел е неизбежно отстраняване на грешките в качеството на дейността на лекарите. Подобряването на качеството на дейността е неразривно свързано с доброто медицинско образование и с непрекъснатото усъвършенстване на продължителното образование. Европейският съвет и Световната здравна организация са дали препоръки за стимулиране на мерките, които ще доведат до по-

вишаване на сигурността на пациентите и на медицинските изследвания. Особен акцент се поставя върху създаването на регистър на лекарските грешки. Разбира се, той е електронен и в него се вписват всички грешки с цел тяхното анализиране и свеждане до знанието на останалите медици. За да не се крие информация от страх лекарят да не бъде санкциониран, регистърът би могъл да бъде анонимен и вписването в него да не води до налагане на санкции или глоби.

На микрониво функционира така нареченото управление на риска, което включва 4 стъпки – анализ, оценка, решаване дали методът на лечение е най-подходящ и контрол върху лечението.

Превенцията служи както на интересите на пациентите – предотвратява тяхното непозволено увреждане, така и на лекарите – предотвратява налагането на отговорност.

Превенцията на медицинските грешки не е възможно без активното участие на пациента. Досега не се е обсъждало, но много важна е комуникацията между лекар и пациент. Правилно Бозукова[14] посочва лошата комуникация между тях като една от причините за лекарските грешки. Смятам, че тази констатация важи не само за лечението на здравето, но и за другите сфери на обществения ни живот. Липсата на комуникация в общество с най-висока степен на развитие на комуникационните връзки е една от най-големите беди в отношенията между хората, но в отношенията между лекар и пациент лошата, недостатъчната връзка е най-болезнена и решаваща за изхода на болестта.

22. Две финални констатации:

Първо, ятрогенното увреждане е най-честата причина за смърт и телесна повреда. Модерната медицина е опасна. Напри-

[14] **Бозукова, М.** Цит. съч.

мер в Канада усложненията на здравето, настъпили в болница, са около 40000 смъртни случаи на година. При 16500 случая смъртта е могла да бъде предотвратена. Болничните инфекции са 235 000 на година, като от тях 10000 са завършили със смърт и това е 4-та причина за смърт в Канада. Нивото на предотвратените увреждания, отнасящи се до модерната медицина, са екстремно високи и в резултат на това броят на пациентите, които са получили обезщетение от всички тези увреждания, е много малко. За сравнение, у нас за 10 години според изследванията на Мария Шаркова, публикувани в „Медицински деликт“, 2018 г. исковете за смъртни случаи, които са уважени, са 45.

Второ, юрисдикциите, които работят с обезщетението, което не се основава на вината, компенсират повече увредени пациенти и по-ефективно от тези, които се основават на искове за деликт. Новозеландската и скандинавската схема за компенсиране, макар да не са безупречни, предоставят по-голямо удовлетворение и водят до по-малко проблеми отколкото системите, които се основават на иска, каквато е и българската система. У нас е възприета концепцията на виновната отговорност на лекаря като физическо лице и на болницата или друго медицинско заведение като юридическо лице, съчетана със застраховката на гражданската отговорност както на лекаря, така и на заведението, в което той работи или в което е настъпила вредата. Затова логично след разглеждане на въпросите за лекарската грешка и видовете правна отговорност се поставя въпросът за ролята на застраховането. Застраховането на професионалната отговорност, което всъщност е застраховане на имуществената отговорност, също ще бъде обект на разглеждане.

III. ЗАСТРАХОВКАТА „ПРОФЕСИОНАЛНА ОТГОВОРНОСТ“ НА ЛИЦА, УПРАЖНЯВАЩИ МЕДИЦИНСКИ ПРОФЕСИИ

1. Терминът „професионална отговорност“ не е нов в нашето правно пространство. Основното му приложно поле е застраховането. Редица застрахователи предлагат застраховане на професионалната отговорност на адвокати, нотариуси, частни съдебни изпълнители, одитори, частни охранители, участници в проектирането, строителството и строителния надзор, застрахователни посредници (брокери и агенти)[15]. Застраховките са предназначени за лица, упражняващи определени професии, при които е възможно да възникнат вреди, причинени на трети лица в процеса на упражняване на съответните професии. Застраховката защитава застрахованите лица срещу искове, които могат да бъдат предявени от клиенти или пациенти, ако същите претърпят вреди от неправилни професионални действия или бездействия.

Кодексът за застраховането, в сила от 01.01.2016 г., предвиди изрична правна уредба на задължителната застраховка „Професионална отговорност“ в глава 45. По смисъла на кодекса застраховката „Професионална отговорност“ е задължителна, когато съществува законово задължение[16] за нейното сключване със застраховател, който има право да извършва дейност на територията на Република България.

[15] За всички застрахователи вж. www.google.bg/?gfe_rd=cr&ei=osJoV6ym B9Sz8wefsYvoBA&gws_rd=ssl#q=profesionalna+otgowornost

[16] Такива закони са: Законът за нотариусите и нотариалната дейност, Законът за частните съдебни изпълнители, Законът за националната агенция за приходите, Законът за частната охранителна дейност, Законът за адвокатурата, Законът за устройство на територията, Законът за туризма и др.

И така, преди да бъде разработена теоретично от облигационното (договорно и деликтно право), професионалната отговорност се наложи и като термин, и като понятие, в застрахователната практика. Юридическата наука трябва да се съобразява обаче със съществуващата действителност и да се опита да анализира както отговорността, така и нейното застраховане.

2. Какви са правните белези на професионалната отговорност?

Първо, професионалната отговорност има имуществен характер и цели обезщетяване на вредите, причинени на трети лица от този, който упражнява медицинската дейност.

Второ, професионалната отговорност е вид гражданска отговорност и доказателство за това, е че законодателят я урежда в глава 45, озаглавена „задължителни застраховки „гражданска отговорност“. Следователно легално професионалната отговорност е гражданска отговорност по смисъла на кодекса. В процеса на осъществяване на професионалната дейност може да възникнат и други видове отговорност като наказателната, дисциплинарната и административнонаказателната. Те обаче не влизат в обхвата на задължителната застраховка, регламентирана в чл. 469 и чл. 470 КЗ. По начало застрахователят покрива само имуществената, но не и другите видове юридическа отговорност.

Трето, професионалната отговорност се изразява в задължението за обезщетение на вреди, причинени на лица, различни от застрахования. С обезщетението, дължимо от застрахования, се отстраняват причинените от медицинското лице вреди.

Четвърто, професионалната отговорност е вид отговор-

ност и затова освен обезщетителен характер, тя притежава и присъщия на всяка отговорност превантивен и санкциониращ характер. За да възникне професионалната отговорност, се изисква медицинският специалист да е причинил вредата противоправно и виновно и вредата да се намира в причинна връзка с неговото деяние (действие или бездействие). Вредата, настъпила в правната сфера на друго лице, следва да е резултат от причини, за които медицинският специалист отговаря.

Пето, професионалната отговорност не е задължителна. Задължителна е само застраховката ѝ и то в определените от закона случаи.

Шесто, професионалната отговорност може да бъде лична или отговорност за чужди деяния. Личният лекар, лекарят, който упражнява индивидуална медицинска дейност, отговаря лично. Няма правен субект, който да носи отговорност за неговите действия. Нито държавата, нито съсловните организации могат да заменят неговата отговорност спрямо пациентите му.

Но лечебното заведение, лабораторията, диагностично-консултативният център отговарят за вредите, причинени на пациентите от действията на своя персонал. Те могат да отговарят на основание чл. 45 или чл. 49 ЗЗД за вредите, причинени в лечебното заведение от изпълнителите на медицинска помощ в процеса на извършване на своята дейност.

Следователно, носителят на професионалната отговорност може да бъде физическо или юридическо лице и затова чл. 469, ал. 1, ин фине, изрично предвижда това.

Седмо, професионалната отговорност като вид гражданска отговорност, бива два вида – договорна и деликтна. Ако

между пациента и лечебното заведение или частно практикуващия лекар се сключи договор за лечение, за вредите, произтекли от виновното поведение на лекаря, възниква договорна отговорност. Ако лекарят работи на трудов договор в лечебното заведение, отговорността се носи от лечебното заведение, защото то е страна по договора и неговата отговорност е договорна. Тя произтича от договора за лечение[17]. Ако пациентът няма такъв договор, отговорността е деликтна и тогава лечебното заведение в качеството си на възложител на работа, отговаря на основание чл. 49 ЗЗД във връзка с чл. 45 ЗЗД.

Осмо, фактическият състав, от който се поражда професионалната отговорност, включва следните елементи: Първо, противоправно деяние (действие или бездействие) на лицето, което извършва определена дейност в рамките на упражняваната от него професия. Второ, настъпване на вреди в правната сфера на друго лице. Трето, наличие на причинна връзка между деянието на извършващия определена дейност и настъпилите в чужда сфера вреди. Четвърто, наличие на вина на изпълнителя на работата. Пето, вредата настъпва в процеса на осъществяване на съответната професионална дейност от непосредствения причинител.

Субекти на професионалната отговорност са работодателят или възложителят на работата, които отговарят по начало за чужди действия и непосредственият причинител на вредите – физическото лице, което упражнява професията. Възможно е и

[17] Относно договора за лечение вж. **Голева, П.** Договор за лечение, 2016. В: http://gramada.org/%D0%B4%D0%BE%D0%B3%D0%BE%D0%B2%D0%BE%D1%80-%D0%B7%D0%B0-%D0%BB%D0%B5%D1%87%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5/

двамата да отговарят солидарно или разделно или да отговаря само лицето, което упражнява професията и е непосредственият причинител на вредата, като напр. нотариусът или частният съдебен изпълнител.

3. Анализът на задължителната застраховка „професионална отговорност“ на лекаря продължава с правните белези на разглеждания вид застраховане.

На първо място, застраховащ и застрахован може да бъдат едни и същи или различни лица. Застраховката може да се сключи от застрахования, т.е. да има идентичност на застраховащ и застрахован. Такъв е случаят с общопрактикуващите лекари или лекари специалисти, които работят на самостоятелна частна практика. В този случай страна по застрахователния договор е физическо лице. Договорът обаче може да се сключи и от юридическо лице – лечебно заведение за болнична или извънболнична помощ, диспансер, лаборатория и т.н. В този случай приложение намира чл. 431 КЗ – застраховката покрива отговорността както на юридическото лице, така и на лицата, които го представляват и на лицата в трудови отношения с него. Следователно лечебното заведение застрахова както своята собствена отговорност, която може да възникне на основание чл. 49 ЗЗД, така и отговорността на управителя, изпълнителния директор, които са негови законни представители и които изразяват волята на юридическото лице във външните отношения. Застраховани са и лекарите и другите медицински специалисти, които работят в съответното юридическо лице на трудов договор. В случая се прилагат правилата за застраховане за чужда сметка. Застраховащ е лечебното заведение или друго юридическо лице, но застраховката обхваща както неговата отговорност, така и отговорността на лицата, които са включени на основание чл. 469, ал. 1 КЗ в обсега на застрахователната защита. Тази застра-

ховка покрива имуществената професионална отговорност и на работещите в лечебното заведение лекари и останалия медицински персонал.

Тук трябва да имаме предвид и една особеност на българското гражданско право. При договорната отговорност длъжникът – в случая лечебното заведение отговаря пред пациента за неизпълнение на задължението да осъществи качествено и навреме лечебния процес, т.е. той отговаря за неизпълнение на главното си договорно задължение и дължи обезщетение на вредите, които са резултат от неизпълнението. Тъй като лечебното заведение, лаборатория или диспансер са изкуствени образования, те не могат да изразяват сами воля и вместо тях волята се изразява от техните законни представители. Това, което последните извършват, е от името и за сметка на юридическото лице. Лечебното заведение извършва дейността си чрез медицинските специалисти и затова техните действия в своята съвкупност съставляват дейността на самото юридическо лице. Затова не би могло да се застрахова юридическото лице без застраховката да се разпростира и върху неговите служители.

Но освен тези, които се намират в трудови отношения с лечебното заведение, застраховани са и другите лица, които не са представители на юридическото лице и не се намират в трудови отношения с него, но на които застрахованото лечебно заведение е възложило изпълнение, стига да ги е включило в застрахователния договор. Става дума за лица, които работят на основание, различно от трудовия договор. Те могат да работят по договор за поръчка, договор за изработка или ненаименуван договор. Това са подизпълнителите по смисъла на договорното право и изпълнителите на възложена работа по смисъла на чл. 49 ЗЗД.

В духа на изложеното чл. 469, ал. 5 КЗ предвижда, че застрахователният договор за задължителна застраховка „про-

фесионална отговорност“ покрива отговорността на застрахования, вкл. и на лицата, които го представляват, на лицата в трудови отношения с него и на тези лица, на които е възложил изпълнение и ги е включил в застрахователния договор. При това положение застраховката покрива както отговорността по чл. 49 ЗЗД, която е деликтна, обективна вторична и функционално зависима от отговорността на изпълнителя, така и отговорността на изпълнителя на медицинска дейност, който непосредствено причинява вредите на пациента.

С това застраховката „професионална отговорност“ надхвърля границите на сега действащата правна уредба на чл. 49 и чл. 45 ЗЗД. Тук бих искала да направя едно отклонение и да разгледам въпроса за правната уредба на причиняване на вреда чрез изпълнител на работа.

Когато едно лице е назначило друг за осъществяването на определена работа и изпълнителят причини вреда на трето лице, той отговаря спрямо третото лице съгласно чл. 49 ЗЗД, доколкото вредата е възникнала при изпълнение на възложената работа. При това извършителят на работата трябва да е действал противоправно и виновно и виновно да е увредил третото лице. Вината на възложителя на работата е без правно значение. Законът не изисква възложителят да е допуснал някаква грешка, да има недостатъци в положената грижа при избор на изпълнител или да е проявил недостатъчен контрол или пропуски в направляването и ръководенето на изпълнителя. Отговорността на възложителя безспорно се определя в теорията и в практиката като обективна. Той не може да се освободи от отговорността, ако докаже, че е положил дължимата грижа в указанията, които е дал на изпълнителя, или ако докаже, че вредата и без неговото възлагане би настъпила. Следователно, няма основания за освобождаване от отговорността. Единствените основания за освобождаване са доказателствата, че изпълнителят не е причи-

нил вредата в конкретния случай или че изпълнителят не е действал виновно.

Отговорността на възложителя за поведението на своя изпълнител е практически най-важният случай на отговорност за трети лица. Основната идея на отговорността може да се открие тук в концентрирана форма: Изпълнителят изпълнява задачи в интерес и под указанията на възложителя; възложителят създава по този начин риск и неговата вина при надзора и направляването на изпълнителя се презумира, а на пострадалия се предоставя един платежоспособен длъжник, който има и задължението да се застрахова.

Предпоставките на отговорността на възложителя са:

1. Отношение на субординация между възложителя и изпълнителя: Изпълнителят трябва да бъде лице, което действа в помощ на възложителя. Това най-често се изразява в обстоятелството, че между двамата има отношение на авторитарност, причинно-следствена връзка. Това може най-напред да произтича от едно правоотношение: в повечето случаи трудов договор или договор за поръчка. Но не и от договор за изработка. Достатъчно е да има фактическа причинна връзка. Така напр., ако собственикът на кола предостави неговото управление на приятел и пътува до него като пътник.

2. Вина на изпълнителя: Отново може да се каже, че нашето право на тази плоскост не се развива като френското право и е останало в първоначалното си положение. Първоначално се е искала вина на изпълнителя. Това положение е останало у нас и днес. Правораздаването ни не е показало еволюцията, която претърпя френското право. Френското правораздаване превърна позициите на възложителя в течение на времето от позиция на гарант в позицията на субституент: От една страна, е изключена вината на изпълнителя, ако той е държател на вещта. От друга страна, не се изисква вина на изпълнителя, ако вредата бъде причинена на договорен партньор на възложителя, тъй като в този

случай възложителят отговаря на договорно основание. И накрая, в рамките на конструкцията за служебната вина е изключена личната отговорност на изпълнителя на работа; обаче възложителят продължава да отговаря и спрямо лица, с които не се намира в договорно отношение.

3. Вината на изпълнителя се проявява при осъществяване на възложената задача. Възложителят отговаря само тогава за своя изпълнител, когато той причини вреда при упражняване на функцията на възложителя. Това е спорно само тогава, когато изпълнителят злоупотребява със своите служебни функции в името на частния си интерес, напр. шофьорът, който със своята служебна кола извършва частни превози. За разлика от френското правораздаване, в българското няма различни противоречиви становища. Във Франция се противопоставят тясна и широка концепции: Гражданските камари застъпват една тясна концепция, според която възложителят не отговаря, ако изпълнителят надхвърли границите на възложената му задача; наказателните състави отстояват дълго време една широка концепция, според която отговорност на възложителя съществува и тогава, когато изпълнителят при възможност за изпълнение на задачата си причини вреда. Спорът изглежда е решен според едно решение на пленума в полза на ясната концепция за тясната отговорност, която е във вреда на пострадалия.

Ако тези предпоставки са налице, възложителят отговаря за действията на своя изпълнител; не е възможно освобождаването от отговорност. По принцип изпълнителят отговаря солидарно с възложителя. Според традиционното схващане възложителят може по-късно да предяви регресен иск срещу изпълнителя, най-малкото в случай че изпълнителят е действал виновно.

Нашето законодателство в сферата на отговорността по чл. 49 във вр. с чл. 45 ЗЗД е останало на нивото на стария Граждански кодекс на Франция. След като плати на пострадалия, въз-

ложителят на работата има регресен иск срещу изпълнителя на основание чл. 54 ЗЗД. От друга страна обаче, имаме и правната уредба на Кодекса на труда, който регламентира ограничена имуществена отговорност на работника и служителя, който се намира в трудови отношения с възложителя на работа, както и специален ред за осъществяване на тази отговорност, различен от регресния иск по чл. 54 ЗЗД.

И така, според гражданското право изпълнителят на възложената работа – лекарят или друг медицински специалист отговаря по правилата на гражданското законодателство в пълен размер за вредите, причинени на пациента при упражняване на неговата професия. Възложителят или изпълнителят отговарят не субсидиарно, а солидарно, а чл. 54 ЗЗД изрично предвижда, че лицето, което отговаря за вреди, причинени виновно от другиго, има иск против него за това, което е платил. Това означава, че възложителят, който носи обективна, гаранционна отговорност за чужди деяния, може да възстанови от изпълнителя платеното на пострадалия. В крайна сметка обезщетението на вредите, причинени на пациента от виновното и противоправно поведение на лекаря, се носи от лекаря, а не от лечебното заведение.

От друга страна обаче, стои Кодексът на труда, който защитава интересите на всички работници и служители, вкл. и на лекари и други медицински специалисти. Всеки, който се намира в трудово отношение, носи ограничена имуществена отговорност за вредите, които е причинил на своя работодател, стига причиняването на вредите да не съставлява престъпление или умишлено деяние на изпълнителя на медицинска помощ.

Изтъкнатото положение следва да бъде съобразено и при уредбата на застраховането на професионалната отговорност.

Според чл. 469, ал. 5 КЗ застрахователният договор за задължителна застраховка „професионална отговорност“ покрива отговорността на застрахования, вкл. на лицата, които го пред-

ставляват, на лицата в трудови правоотношения с него и на тези, на които застрахованият е възложил изпълнение и ги е включил в застрахователния договор. Това е най-важната норма на кодекса, която прониква в гражданската отговорност. Използването на термина „професионална отговорност“ не трябва да сменя съдържанието на отговорността, уредена в гражданското и трудовото право. В застрахователния договор следва да бъдат уредени застраховките на три вида отговорности.

Първо, застраховането на отговорността на лечебното заведение, на работодателя на изпълнителя, който непосредствено увреждa пациента или други лица. Това може да бъде договорна отговорност или деликтна отговорност по чл. 49 ЗЗД. Лечебното заведение може да отговаря и по чл. 45 ЗЗД.

Второ, застраховането на отговорността на лекаря или изпълнителя на медицинска помощ, който противоправно пряко непосредствено и виновно причинява вреди на пациента. Тук следва да се прецизира, дали застрахователят ще покрива ограничената имуществена отговорност по Кодекса на труда или пълната гражданска отговорност при условията на чл. 45 ЗЗД или при условията на регресен иск по чл. 54 ЗЗД, който възниква при престъпление, умисъл или извършване на дейност, излизаща извън предмета на възложената дейност.

Трето, застраховането на отговорността на лекаря или изпълнителя на медицинска дейност, който противоправно и виновно причини вреди на пациента, но не се намира в трудово отношение с лечебното заведение, в което на основание договор за поръчка или друг вид договор извършва медицинска дейност, в процеса на която причинява вреди на пациент или трети лица. Той не отговаря по правилата на КТ и затова не може да носи ограничена имуществена отговорност спрямо лицето, което му е възложило извършването на диагностицирането, лечебната дейност, клиничното изследване и пр. Той носи пълна отговорност за вредите, които е причинил като изпълнител на възложената

работа. Доколкото и това лице е включено в субективните предели на застрахователната защита, застрахователят е длъжен да поеме неговата отговорност, която може да възникне на основание чл. 45 ЗЗД, ако не се намира в договорно отношение с пациента или да се реализира по реда на чл. 54 ЗЗД, ако пациентът насочи иска си за обезщетение на вреди срещу лечебното заведение, в което е получило увреждането.

Или ако трябва да обобщим, застраховани са лечебното заведение, неговите законни представители, лекарите и медицинските специалисти, които работят на трудов договор и тези, които са сключили друг договор, различен от трудовия, при положение че са включени в субектите на застраховане.

На второ място, застраховането покрива отговорността за вреди, причинени на трети лица, която възниква само при упражняване на професионалната дейност. Необходима е следователно причинна връзка между дейността, т.е. упражняването на професията и вредите. Вредите, които се дължат на други причини, като сбиване на лекар с пациент поради лични причини, не се покриват от застраховката.

3. Застрахователно събитие

Кодексът за застраховането определи по нормативен път застрахователното събитие при задължителната застраховка „професионална отговорност“. Това е настъпването на вредоносния резултат, за който е отговорен застрахованият. Без значение е къде са настъпили вредите. От значение обаче е дейността, от която са произтекли вредите, да се извършва от застрахования на територията на Република България, а това условие е изпълнено, ако застрахованият е регистриран или е с призната правоспособност за упражняване на съответната професия на територията на България и дейността му се извършва в рамките на регистрацията или правоспособността – чл. 469,

ал. 3 КЗ. По този начин се реши със закон спорният въпрос, коя система за определяне на застрахователното събитие следва да се прилага у нас. Спорът има своя произход в съществуването на 3 становища за същността на застрахователното събитие. Според първото, застрахователното събитие е непозволеното увреждане и то настъпва в момента на причиняване на щети на трети лица[18]. Това е така нар. в световната литература occurrence basis. Положителните черти на това становище са че застрахователното събитие настъпва към момента на осъществяване на риска – извършване на противоправното и виновно деяние от застрахованото лице. Не е необходимо увреденият пациент да бъде удовлетворен от застрахователя, за да се счита за настъпило събитието и за да може той да претендира плащането на застрахователното обезщетение или сума. Извършването на деянието е неочакваното, несигурно и нежелано събитие, каквото представлява застрахователното събитие по принцип. Това е началото на вредоносния процес, за който узнава застрахованият. След този момент той вече е нащрек и ще гледа да се застрахова и за следващите стъпки, които ще бъдат предприети срещу него. Но той вече знае, че е извършил нещо нередно, че е нарушил медицинските стандарти. Ако сключи по-изгодна за него застраховка за следващия период с друг застраховател, се създават предпоставки за злоупотреби. Освен това следващият застраховател ще знае, че вече е извършено деянието и няма да иска да сключи застрахователния договор.

Отрицателният момент в тази застраховка е обусловен от

[18] То е изразено за първи път в нашата теория от Л. Василев – вж. **Василев, Л.** Облигационно право. Отделни видове облигационни отношения, , София, Наука и изкуство, 1958, с. 307. Също **Поцков, К.** Относно момента на настъпване на застрахователното събитие при застраховката „гражданска отговорност“. Соц. Право, 1978, 7-8, с. 79.

обстоятелството, че извършването на самото деяние не е достатъчно. Необходимо е още и настъпването на вредата. Затова се стига до втората теория – damages basis. Според нея застрахователното събитие е възникването на вредоносния резултат. Отговаря застрахователят, който покрива отговорността на застрахования през периода на проявата на вредата. Аргументът е, че ако застрахователното събитие е настъпването на фактическия състав на професионалната отговорност, а той включва четири задължителни елемента – деяние, вреда, вина и причинна връзка между деянието и вредата, без вина фактическият състав не се счита за реализиран, а застрахователното събитие – за настъпило[19]. Освен това, първото схващане, схващането за застрахователното събитие само като причина не би могло да обясни случаите, когато деянието е бездействие, тъй като в гражданското право релевантността на бездействието се проявява само при настъпване на вредите. Аргумент в подкрепа на това становище е и разрешението за приложимото право при непозволеното увреждане. Това е правото на държавата, в която е настъпила вредата – Регламент (ЕО) № 864/2007 на Европейския парламент и на Съвета от 11 юли 2007 година относно приложимото право към извъндоговорни задължения („Рим II“)[20].

Именно това разрешение е възприето и в чл. 469, ал. 1 КЗ. То обаче трябва да се съчетае с ретроактивното застраховане, което е допустимо и предвидено в действащото застрахователно право. Отговаря този застраховател, който е сключил застрахователен договор „професионална отговорност“ за времето, през

[19] Това становище в чуждестранната литература се застъпва от **Mueller, H.** Der Begriff des Versicherungsfalles in der Schadenversicherung unter besonderer Beruecksichtigung der allgemeinen Haftpflichtversicherung, Karsruhe, 1976, p. 90-120.

[20] ОВ L 199, 31.7.2007 г., с. 40—49.

което са възникнали вредите у пострадалото лице. Ако в договора има клауза за ретроактивно застраховане, застрахователят съгласно чл. 355, ал. 1 КЗ осигурява покритие за период преди датата на сключване на договора. Няма забрана за включване на такава договорна клауза. Съгласно алинея 4 на същия член тя е нищожна само при задължителната застраховка „гражданска отговорност“ на автомобилистите и „злополука“ на пътниците в средствата за обществен превоз. А контратио, тя би била действителна, ако се включи в задължителната застраховка „професионална отговорност“ на лекарите и лицата, упражняващи медицинска професия. За да възникнат правните последици на ретроактивното покритие, е необходимо обаче застраховащият или застрахованият да не са знаели към момента на сключване на договора, че събитието е настъпило през този минал период. А доколкото при задължителната застраховка „професионална отговорност“ събитието е възникване на вредата, застрахованият – лечебно заведение и изпълнителят на медицинска помощ не е трябвало да знаят към момента на сключване на застрахователния договор, че е извършено вредоносно деяние, т.е. че от допуснатата лекарска грешка са възникнали вреди за пациента. Доказването на знанието е в тежест на застрахователя.

Третият принцип, въз основа на който се определя застрахователното събитие при застраховка „професионална отговорност“, е принципът на предявяване на претенцията – claim-made-basis. Той е характерен за английското и за морското застрахователно право, но беше възприет от застрахователните условия на почти всички застрахователи, които практикуват този вид застраховане. Според тях застрахователното събитие се счита за настъпило в срока на действие на застраховката, когато претенцията за обезщетение е предявена срещу застрахования или застрахователя за първи път писмено през срока на действие на застраховката, при условие, че грешката или пропускът, довели до причиняването на вредите, са допуснати след началната

дата на застраховката или след вписаната в полицата ретроактивна дата (ако такава е договорена). Една подобна клауза практически обезсмисля застрахователната защита. Договорите се сключват за една година. В рамките на една единствена застраховка трябва да се извърши противоправното деяние, да са настъпили окончателно вредите и да е предявен искът. На практика такива случаи биха били твърде редки и това са случаите, когато е настъпила смъртта на пациента, лекарската грешка е очевидна и близките, преодолявайки психическия шок, се насочват директно към претенцията. При една такава формулировка на обсега на застрахователна защита огромната част от лекарски грешки, при които лекарската грешка поставя началото на един продължителен лечебен или спасяващ живота процес, който може да продължи дълго (така нар. Extended event) остават незащитени и извън борда.

4. Застрахователно обезщетение

Застрахователното обезщетение обхваща обезщетението, което застрахованият дължи на увреденото от него лице по силата на своята договорна или деликтна отговорност, но не повече от уговорената застрахователна сума.

КЗ въведе методиката на определяне на застрахователното обезщетение при повече от едно увредени лица в рамките на задължителното ЗГО, вкл. и в рамките на задължителната застраховка „професионална отговорност“. Минималната застрахователна сума при задължителното застраховане на професионалната отговорност не е определена в КЗ. Когато претенциите за обезщетение от едно застрахователно събитие надхвърлят застрахователната сума, плащанията също се извършват при условията на съразмерност, но само в рамките на един и същи ред. Преди това те се подреждат в 4 реда :

- претенции за неимуществени и имуществени вреди от смърт или телесно увреждане. От тях се приспада обезщетение, получено от увреденото лице от друг застраховател[21];

- обезщетението, получено от системата на социалното осигуряване и обезщетението, получено от трето лице[22];

- претенции за вреди от имущество. От тях се приспадат обезщетението, получено от друг застраховател или от трето лице;

- претенции на застрахователи или трети лица, суброгирали в правата на застрахователя;

- други претенции[23].

Първо се удовлетворяват претенциите по първи ред. С остатъчната сума се удовлетворяват претенциите от втори ред, като всеки ред се удовлетворява в пълен размер и всеки следващ ред

[21] Такъв е случаят, когато е сключена застраховка „злополука“ в полза на увреденото лице и договорът има за предмет изплащане на обезщетение на причинените вреди или комбинация на фиксирана сума и обезщетение – чл. 459, ал. 3 КЗ.

[22] Става дума за обезщетение, дължимо по силата на закон от лице, различно от застрахователя по гражданска отговорност. Законът визира очевидно еднократната финансова компенсация, която се предоставя след влизане в сила на осъдителна присъда или на акт за прекратяване на наказателното производство, акт за спирането му поради неразкриване на извършителя на престъплението и която обхваща заедно или поотделно, имуществените вреди, които са пряка последица от престъплението и се изразяват в различни видове разходи, свързани с лечението, пропуснати доходи, пропуснати средства за издръжка и др., посочени в чл. 14 от Закона за подпомагане и финансова компенсация на пострадали от престъпления – ДВ бр. 105 от 2006 г., в сила от 1.1.2007 г.

[23] Дължимата от застрахователя по гражданска отговорност сума е резултативна величина. Тя е остатъкът от вредите, който не се покрива от другите видове обезщетителни средства. Това е новата концепция на правната уредба по Кодекса за застраховането от 2016 г.

се удовлетворява от остатъчната сума.

Какво е обаче положението, ако в рамките на един ред застрахователната сума е недостатъчна. Тогава би следвало да приложим формулата от чл. 436, ал. 1 КЗ, а именно:

$$\frac{\text{Застрахователната сума}}{\text{Сборът от всички застрахователни обезщетения}} = \text{коефициент}$$

Коефициентът се умножава с всяко застрахователно обезщетение и се получава дължимото застрахователно обезщетение.

Например: 500 000 лв. е застрахователната сума. Първият пострадал следва да получи като обезщетение на вредите от телесна повреда 300 000 лв., вторият – 300 000 лв., третият – 400 000 лв.

$$\frac{500\,000}{1000\,000\ (300\,000 + 300\,000 + 400\,000)\ \text{лв.}} = 0{,}5$$

Първият – 0,5 х 300 000= 150 000 лв.
Вторият – 0,5 х 300000 = 150 000 лв.
Третият – 0,5 х 400 000=200 000 лв.

Какво е обаче положението, ако е разпределена застрахователната сума, а се появи увредено лице, което не е участвало в разпределението и следователно – не е обезщетено? При наличието на общо ЗГО, според чл. 436, ал. 2, който буквално е възпроизведен и при уредбата на задължителната застраховка „професионална отговорност“ – чл. 470, ал. 2 КЗ, ако третото лице не е предявило към датата на плащането на ПОСЛЕДНОТО

обезщетение претенцията си, то не може впоследствие да отправи застрахователна претенция към застрахователя, при условие, че застрахователят не е предвиждал и не би следвало да предвижда предявяването на друга претенция съобразно предоставените му документи при предявяване на предходни претенции и лицето, което иначе е оправомощено, не е било част от разпределението по причини, за които то отговаря. Тази разпоредба, освен че е несправедлива, противоречи на кодекса, като лишава увреденото лице от правото да получи обезщетение от икономически по-сигурния платец, какъвто е застрахователят. То се санкционира за това, че не е участвало в разпределението по причини, за които отговаря?! Отговорността възниква за виновно и противоправно деяние, което накърнява чужди интереси. За какво обаче може да отговаря увреденото лице – за забава в предявяване на претенцията ли??!! То е кредитор, а не длъжник и не може да носи гражданска отговорност за своята забава. Освен това застрахователят носи тежестта да докаже причините за неучастието в разпределението на сумата и вината, за която увреденият би „отговарял“. Наред с това застрахователят трябва да доказва, че не е предвиждал и не би следвало да предвиди предявяването на такава претенция съобразно предоставените му документи при предявяване на предходните претенции.

Нека да си представим една проста житейска хипотеза. Увредени са от болнична инфекция неизвестен брой пациенти. Няколко от тях са по-бързи и инициативни и предявят претенциите си, изчерпат застрахователната сума. Тези, които са били в най-тежко състояние, не са смогнали да проверят кога предстои последното плащане, за да го изпреварят във времето. А кой ще определи до какъв срок следва да се предявяват претенциите, след като имаме 5-годишна давност по чл. 378, ал. 2 КЗ? Посоченото разрешение противоречи на социалното предназначение на ЗГО – да се обезпечи на пострадалите от непозволено

увреждане обезщетяване от сигурен и платежоспособен длъжник, както и функциите на погасителната давност – в рамките на 5 годишния срок пострадалият може да предяви претенцията си.

Тук за всеки случай законодателят се е „застраховал“, като е добавил че третото лице не е участвало по причини, за които то отговаря. С други думи, бездействието му трябва да е виновно, а за да е виновно, то трябва преди всичко да е противоправно. Коя задължителна или забраняваща императивна норма трябва да е нарушило третото лице, не става ясно обаче.

Смятам, че разрешенията на кодекса не са удачни. Би следвало при недостатъчност на застрахователната сума, застрахователят да заплаща авансово суми и, след като изтече давностния срок, да разпредели окончателно остатъчната сума между оправомощените трети лица съразмерно на техните обезщетения. В противен случай има неопределеност, несигурност и несправедливост, неоснователно лишаване на някои от пострадалите от застрахователно обезщетение.

Погасителната давност, в която увреденото трето лице може да търси обезщетение от застрахователя, е 5 години от настъпване на вредата.

Застрахователят покрива професионалната отговорност, която по своята същност е гражданска, имуществена отговорност за вреди, причинени на трети лица, само ако дейността е извършвана на територията на България от правоспособно и регистрирано по надлежния ред лице.

Застрахователят е длъжен да обезщети увреденото лице и тогава, когато застрахователното събитие е причинено умишлено, след употреба на алкохол над допустимата норма или след употреба на наркотично вещество. След като удовлетвори тре-

тото увредено лице обаче, той има регресно право за възстановяване на платената сума от застрахования.

Проф. д-р Гергана Маринова*
Prof. Gergana Marinova, Ph.D.*

СПОРАЗУМЕНИЕТО И СЪКРАТЕНОТО СЪДЕБНО СЛЕДСТВИЕ В БЪЛГАРСКИЯ НАКАЗАТЕЛЕН ПРОЦЕС

PLEA BARGAINING AND ABBREVIATED JUDICIAL PROCEEDINGS IN BULGARIAN CRIMINAL PROCEDURE

Ключови думи: *Наказателен процес; диференцирани наказателни процедури; споразумение; съкратено съдебно следствие*

Резюме:

Студията разглежда в сравнителен план две от диференцираните процедури, уредени в НПК – споразумението и съкратеното съдебно следствие. Те са израз на една и съща концепция, в основата на която е самопризнанието на обвиняемия, и преследват една и съща непосредствена цел – ускоряване на наказателния процес, а в по-общ план – разтоварване на правораздавателната система. Въпреки това между тях има съществени различия, които изискват теоретично обяснение. При съпоставянето на двете процедури са откроени техните силни и слаби страни и са направени някои предложения de lege ferenda.

Key words: *criminal procedure; differentiated (simplified) criminal procedures; plea bargaining; abbreviated judicial proceedings*

Summary:

The paper compares two differentiated (simplified) procedures established in the Bulgarian Code of Criminal Procedure: plea bargaining and abbreviated judicial proceedings. They share a common basis – the confession of the defendant, and a common aim – accelerating of criminal proceedings, but still they have many differences which need theoretical explanation. The positive and negative features of the two proceedings are discussed and some proposals de lege ferenda are made.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Споразумението и съкратеното съдебно следствие по чл. 371, т. 2 НПК са две от диференцираните процедури, уредени в НПК, които се прилагат широко в практиката и са особено интересни за теорията. Те преследват една и съща непосредствена цел – ускоряване на наказателния процес, а в по-общ план – разтоварване на правораздавателната система. Израз са на една и съща концепция, в основата на която е самопризнанието на обвиняемия: обвиняемият прави самопризнание и се отказва от някои свои процесуални права, в замяна на което получава полеко наказание; съдът ползва доказателствата от досъдебната фаза при постановяване на присъдата си и не провежда съдебно следствие или то е в много ограничен обем. Тази обща философия обаче е реализирана по различен начин при двете процедури, което предизвиква и теоретичния интерес към съпоставителния им анализ. Настоящата студия си поставя за задача да очертае приликите и разликите между двете диференцирани процедури, да намери обяснение за тях, да сравни силните и слабите им страни и да направи изводи за значението им за наказателния процес като цяло.

Сравнителният анализ обхваща следните основни положения в правната уредба на споразумението и съкратеното съдебно следствие.

1. Приложно поле

Споразумението като диференцирана процедура не се прилага за всички престъпления. Приложното му поле е ограничено от разпоредбите на чл. 381, ал. 2 и 3 НПК. Споразумение не се допуска за тежки умишлени престъпления по определени глави и раздели от НК, както и за всяко друго престъпление, с което е причинена смърт. Освен това, ако с престъплението са причинени имуществени вреди, то е допустимо само след тяхното възстановяване или обезпечаване[1].

По отношение на съкратеното съдебно следствие законо-

дателят е много по-смел. При въвеждането му в НПК както и към настоящия момент в приложното му поле няма ограничения. То е допустимо за всички престъпления от общ характер. Само за един кратък период от време – 2009 – 2010 г., действа разпоредбата на чл. 369а НПК, която не допуска провеждането му при умишлено причиняване на смърт или тежка телесна повреда или когато деецът е бил в пияно състояние. С отмяната ѝ през 2010 г. законодателят се връща към първоначалната си позиция, че тази диференцирана процедура се прилага за всички престъпления от общ характер. Това означава, че за законодателя съкрате-

[1] Споразумението се въведе в нашия наказателен процес с измененията в НПК (отм.) през 1999 г., в сила от 2000 г. Действащият НПК първоначално разширява приложното му поле, като премахва някои от изключенията, въведени през 1999 г. След това обаче през 2012 г. прави крачка в обратната посока, като предвижда, че споразумение не може да се сключва и за всяко престъпление, с което е причинена смърт. По този начин законодателят отговори на общественото недоволство, породено от зачестилите случаи на причинена смърт в резултат от пътнотранспортни произшествия и приключването на наказателните дела за тях със споразумения, с които се определят наказания, приемани за несправедливи от пострадалите.

Споразумението е институт, типичен за англо-американското право и чужд за континентално-европейската правна традиция. Това обяснява в някаква степен предпазливостта на законодателя при определяне на приложното му поле и изключването на най-тежките престъпления като тези против републиката, живота, половата неприкосновеност, мира и човечеството и др. Освен това следва да се има предвид и, че убийствата и престъпленията, с които е причинена смърт, засягат живота като висша ценност, развратните престъпления също засягат изключително тежко личността на пострадалия. Поради това те предизвикват особено остра реакция от страна на пострадалия и на обществото като цяло. Тази естествено завишена лична и обществена чувствителност обосновава законодателната преценка за недопустимост на споразумението. Изключването на споразумението за редица тежки престъпления може да се разглежда като своеобразно средство за охраняване на принципните интереси на пострадалия. – **Ройчев, Я.** Частното обвинение в българския наказателен процес. София, Сиела, 2018, с. 275-276.

ното съдебно следствие, за разлика от споразумението, е винаги приемливо. Защо е така? Основната причина според мен се състои в това, че при съкратеното съдебно следствие липсва елементът на „сделка“, „пазарлък“, „договаряне“, който е типичен за споразумението и който провокира част от най-сериозните критики към него. Още повече, че това договаряне се случва „на тъмно“, т.е. непублично, като начинът, по който протича, аргументите и мотивите на участващите в него остават напълно неизвестни. Вярно е, че за да породи правни последици, споразумението се одобрява от съда в публично съдебно заседание, но това не е в състояние напълно да компенсира непубличното му договаряне. При съкратеното съдебно следствие именно този елемент липсва, а вместо него има ясни законови правила за определяне на наказанието. Това прави съдът с присъдата си, като излага съответни мотиви, т.е. няма отклонение от общите правила и от типичната роля на съда и страните в наказателното производство. Вероятно поради това законодателят подхожда по-спокойно и уверено и не ограничава приложното му поле. Следва да се отчитат обаче и други два фактора. Първият е, че съкратеното съдебно следствие се въвежда пет години след споразумението, т.е. последното вече е проправило пътя на този тип диференцирани процедури, защото се прилага успешно от влизането си в сила през 2000 г. Това дава възможност на законодателя да е по-уверен и спокоен при въвеждането на нови особени правила. На второ място, през този период остро стои въпросът за бързината на производството и приключването на делата в разумен срок. Това налага предприемането на решителни мерки и съкратеното съдебно следствие е видяно точно като такава.

Значението на приложното поле на разглежданите диференцирани процедури е очевидна и не се нуждае от особено изясняване. Колкото по-широко е то, толкова по-широко проявление ще намира съответната процедура и толкова по-голямо ще е нейното значение за и влияние върху правораздава-

телната система. Както вече бе посочено, и с двете диференцирани процедури се ускоряват конкретните производства, по които се прилагат, а оттам се разтоварва и системата като цяло и повишава бързината, с която се решават всички дела. Следователно, по-широкото им приложение води до по-добър резултат в това отношение.

2. Решение за провеждане на процедурата

2.1. Ролята на страните

Предложение за решаване на делото чрез споразумение може да направи както прокурорът, така и защитникът – чл. 381, ал. 1 НПК. Освен това според чл. 381, ал. 1 НПК именно и само те са и страните по споразумението. Стриктното тълкуване на разпоредбите води до извод, че обвиняемият нито може да предлага такова, нито може да участва в обсъждането му. Така той получава статута на обект, а не на субект на наказателния процес, което е неприемливо. Известна промяна в това положение внася чл. 381, ал. 6 НПК, според който след договарянето на споразумението между прокурора и защитника, то се подписва от тях и от обвиняемия, ако е съгласен с него. Така все пак и последният става страна по споразумението, въпреки че не е участвал в обсъждането му[2].

Прокурорът разполага с пълна дискреционна власт във връзка с участието си в споразумението. Той сам решава дали да се споразумява или не, какви условия да предложи или приеме, като НПК не предвижда никакви правила в тази насока. Ес-

[2] Не виждам пречка обвиняемият да инициира процедурата и да участва лично в обсъждане на споразумението, което би го превърнало в истински субект на наказателното производство и, когато то се решава със споразумение. Това, разбира се, не изключва задължителното участие на защитник, което се явява изключително важна гаранция за пълноценната защита на обвиняемия.

тествена последица от това е, че прокурорът не е длъжен да мотивира своя отказ, не е длъжен дори да го обективира в нарочен процесуален акт. Отказът на прокурора да приеме направеното му предложение за споразумение не подлежи на съдебен контрол.

При съкратеното съдебно следствие по чл. 371, т. 2 НПК подходът е различен, дори противоположен. Процедурата започва с предварително изслушване, което може да се инициира от подсъдимия или от съда служебно – чл. 370, ал. 1 НПК. Волята на другите страни, включително и на прокурора, е ирелевантна. В предварителното изслушване подсъдимият признава изцяло фактите, изложени в обстоятелствената част на обвинителния акт, и се съгласява да не се събират доказателства за тях. За да постанови присъдата си, съдът ползва самопризнанието и доказателствата, събрани в ръководеното от прокурора досъдебно производство. Така всъщност подсъдимият и съдът приемат прокурорските твърдения и доказателства. Това винаги ползва обвинителна теза на прокурора и и той няма интерес да се противопоставя на самопризнанието на подсъдимия. С други думи, логиката на законодателя е, че провежданата процедура е винаги в интерес на прокурора, поради което той винаги би бил съгласен с нея. Затова не е необходимо да прави изрично волеизявление в този смисъл. Но процедурата не се изчерпва само със самопризнанието и приобщаването на доказателствата от досъдебното производство. В резултат на самопризнанието на подсъдимия и на отказа му от правото да оспорва събраните доказателства и да иска събирането на нови, той получава полеко наказание, определено по правилата на чл. 58а НК. И това вече променя нещата за прокурора. Той има интерес да възрази на провеждането на съкратено съдебно следствие по чл. 371, т. 2 НПК, когато прецени, че в конкретния случай по-лекото наказване на извършителя няма да доведе до постигане на целите на наказанието по чл. 36 НК. При действащата правна уредба обаче

законодателят не е придал правно значение на тази преценка, а е дал безусловен приоритет на по-бързото приключване на процеса. Може да се спори дали това решение е правилно. Аргументите „за“ най-общо са аргументи за целесъобразност, аргументи, с които се обосновава практическата нужда на процесуалната система да решава по-голям брой дела за единица време, за да може да налага своевременни наказания (иначе те до голяма степен се обезсмислят). Аргументите „против“ се свеждат до това, че бързината на наказателния процес се обезсмисля, ако той не води до постигане целите на наказанието – в частност, ако лишава прокурора от възможността да направи тази преценка във всеки конкретен случай и въз основа на нея да избере най-подходящата наказателна процедура. Давайки абсолютен приоритет на бързината, българският НПК превръща подсъдимия в „господар на съкратеното съдебно следствие“, което едва ли може да се приеме без сериозни резерви.

2.2. Ролята на съда

Както вече бе посочено, инициативата за решаване на делото със споразумение може да принадлежи на прокурора или на защитника, но не и на съда. Доколкото по принцип съдът не участва в досъдебното производство, логично и очевидно е, че той не може да инициира обсъждането на споразумение в тази фаза на наказателния процес. Но съдът не може да предлага на страните споразумение и в съдебното производство, защото това на практика означава да предложи на подсъдимия да се признае за виновен и да получи по-леко наказание, ако стори това. С подобно предложения съдът изразява позицията си по съществото на делото преди да е постановил окончателния си съдебен акт, което е недопустимо и е основание за отвод поради предубеденост.

При съкратеното съдебно следствие законодателното решение е друго. Съдът може служебно да вземе решение за за-

почване на процедурата чрез провеждане на предварително изслушване. Струва ми се обаче, че и тук по същество положението не е по-различно от посоченото по-горе във връзка със споразумението, което води до извода, че НПК неправилно допуска процедурата по провеждане на съкратено съдебно следствие да се инициира служебно от съда. Ако той служебно разпореди предварително изслушване по чл. 371, т. 2 НПК, това означава, че по своя инициатива разяснява на подсъдимия правото му да направи самопризнание и да се съгласи да не се събират доказателства, без преди това подсъдимият да е изразил готовност за това чрез искане за предварително изслушване. Така съдът излиза извън функцията си на непредубеден и безпристрастен ръководно-решаващ орган или най-малкото може да създаде впечатление у подсъдимия, че е формирал позицията си относно неговата вина и затова му предлага да направи самопризнание. Затова считам, че чл. 370, ал. 1 НПК следва да бъде изменен и служебното инициране на съкратено съдебно следствие да отпадне в хипотезата на чл. 371, т. 2 НПК.

3. Участие на пострадалия

Споразумение може да се постигне на досъдебното производство в рамките на стадия „Действия на прокурора след приключване на разследването“ или в съдебната фаза на процеса до приключване на съдебното следствие на първата инстанция. Волята (съгласието) на пострадалия е от значение, само ако споразумението се сключва в съдебното производство (ср. чл. 381, ал. 1 НПК и чл. 384, ал. 3 НПК)[3]. Така като че ли законодателят

[3] За аргументи в подкрепа на това законодателно решение вж. **Трендафилова, Е.** Промените в НПК от 1999 г.: теоретични положения, законодателни решения, тенденции. С., Сиела, 2000, с. 265-266. За аргументи в подкрепа на предложението за отмяна на чл. 384, ал. 3 НПК вж. **Маринова, Г.** Споразумението в българския наказателен процес. С., Сиби, 2017, с. 157-158.

приема един компромисен подход, очевидно осъзнавайки, че колкото е по-широко участието на пострадалия в споразумението, толкова по-трудно и рядко би се стигало до решаване на делото по този начин, тъй като често пострадалите поради емоционални и други причини не биха давали съгласие изобщо за прилагане на процедурата или не биха приемали по-леките наказания, с които прокурорът би се съгласил. Институтът на споразумението обаче съдържа редица гаранции за правата на пострадалия независимо дали той участва в него, или не. Те могат да се обобщят така. Споразумение е възможно само ако претърпените имуществени вреди[4] са обезщетени или обезпечени – чл. 381, ал. 3 НПК[5]; одобреното от съда споразумение има последиците на влязла в сила осъдителна присъда, което позволява на пострадалия веднага да търси обезщетение за претърпените неимуществени вреди по гражданскоправен ред; по силата на чл. 383, ал. 1 НПК във вр. с чл. 413, ал. 2 НПК определението на съда, с което е одобрено споразумението, е задължително за гражданския съд относно това извършено ли е деянието, виновен ли е деецът, наказуемо ли е деянието. Наред с това, не бива да се забравя, че в кратки срокове извършителят на престъплението е осъден и наказан макар и с наказание, евентуално полеко от това, което би получил, ако делото се гледа по общия ред.

При съкратеното съдебно следствие по чл. 371, т. 2 НПК въпросът за волята на пострадалия е решен еднозначно и категорично – тя е напълно ирелевантна. Както вече бе посочено, ре-

[4] С тълкувателно решение № 2 от 2016 на наказателната колегия Върховният касационен съд ограничава приложното поле на тази разпоредба, като приема, че тя се отнася само за *съставомерните* имуществени вреди, но според мен не успява да изложи убедителни аргументи за това свое тълкуване.

[5] Това означава, че обвиняеми, които не разполагат със средства да платят въпросното обезщетение, но признават деянието и търсят по-леко наказване, могат да разчитат само на института на съкратеното съдебно следствие.

шението за провеждане на предварително изслушване се взема по искане на подсъдимия или служебно от съда. В хода на това предварително изслушване е необходимо и достатъчно подсъдимият да признае изцяло фактите от обстоятелствената част на обвинителния акт, да се съгласи да не се събират доказателства за тях, а съдът да прецени, че самопризнанието се подкрепя от събраните в досъдебното производство доказателства. При наличието на тези условия съдът постановява наказание при условията на чл. 58а НК и в нито един момент съгласието на пострадалия, конституиран като граждански ищец и/или частен обвинител, не е от значение. Това обаче не го лишава от възможността да участва в процеса и да упражнява правата, които по принцип има, вкл. и правото на доказване. Доколкото съдебно следствие все пак се провежда, макар и съкратено, няма пречка той да сочи доказателства, които касаят гражданския иск например. Или по-общо казано, частният обвинител и гражданският ищец могат да сочат и да искат събирането на доказателства за всички релевантни факти извън тези, изложени в обстоятелствената част на обвинителния акт, които вече са признати от подсъдимия – арг. от чл. 373, ал. 2 НПК. При конституиран граждански ищец съдът дължи произнасяне по гражданския иск и при провеждането на съкратено съдебно следствие. Прилагат се общите правила. При това положение правата на пострадалия, конституиран като граждански ищец, са напълно защитени. Не е така, когато говорим за пострадалия, конституиран като частен обвинител. Той участва в процеса, за да поддържа повдигнатото от прокурора обвинение наред с него и да получи морално удовлетворение от осъждането и справедливото наказване на извършителя на престъплението. По-лекото наказание, което подсъдимият получава в резултат от съкратено съдебно следствие, може да лиши частния обвинител от чувството на морална удовлетвореност.

В заключение, и при двете диференцирани процедури

„цената“, която се плаща за ускоряване на процеса – по-лекото наказание на подсъдимия, води до ограничаване на участието на пострадалия или на някои негови права и може да се отрази на усещането му за справедливост на наказанието и морална удовлетвореност. Това е компромис, съзнателно направен от законодателя, и струва ми се неизбежен.

4. Участие на другите съобвиняеми

Другите съобвиняеми имат различна роля в двете диференцирани процедури. Те изобщо не участват в споразумението и тяхното съгласие, респ. несъгласие, за развитие на тази диференцирана процедура е без правно значение, ако до споразумение се стига още в досъдебното производство и делото се внася в съда именно по този начин, а не с обвинителен акт. НПК допуска обаче до споразумение да се стигне и след внасяне на делото в съда по общия ред, но преди приключването на съдебното следствие. Тогава, за да бъде одобрено от съда, е необходимо съгласието на всички страни (чл. 384, ал. 3 НПК). Това означава, че съгласие трябва да дадат другите съподсъдими, частните обвинители, гражданските ищци и ответници, ако има такива. Намирам законовото изискване съгласие да дават и останалите съподсъдими за необосновано, тъй като не виждам как това засяга техните права или развитието на самото производство.

При съкратеното съдебно следствие положението е различно. Считам, че изискването то да се провежда само при съгласието на всички подсъдими, е правилно и е неизбежно следствие от особеностите на самата диференцирана процедура. Провеждането на съкратено съдебно следствие не води до приключване на наказателния процес. Неговото развитие се скъсява, но той продължава, като може да премине и през въззивна, и през касационна инстанция. Ако се приеме, че процедурата е приложима само по отношение на някои от подсъдимите, е невъзможно съдебното производство да остане едно. Подробни съ-

ображения в този смисъл излага ВКС в тълкувателно решение № 1 от 2009 г. Това означава, че производството трябва да се раздели – едното да се движи по диференцираната процедура, другото – по общия ред, т.е. ще са налице едновременно две висящи производства. При това положение съкратеното съдебно следствие не може да постигне целта си да разтовари системата и да я направи по-ефективна. Напротив, получава се обратният резултат – тя се оказва двойно по-натоварена. Това според мен е съществената разлика със споразумението и основният аргумент зад изискването съкратено съдебно следствие да се допуска само ако са налице условията за всички подсъдими. На пръв поглед рискът от постановяване на противоречиви съдебни решения по двете висящи производства също може да се посочи като аргумент в подкрепа на това изискване. Считам обаче, че той е несъстоятелен, най-малкото защото положението не е по-различно при споразумението – и тук стои въпросът за риска от противоречиви решения по делото, приключило със споразумение, и по това, продължило по общия ред, но въпреки това законодателят е допуснал то да се сключва само с някои от обвиняемите. Освен това, ако приемем, че този риск е реален, следва да приемем, че самата диференцирана процедура не съдържа достатъчно гаранции за разкриване на обективната истина. А това би я направило неприемлива и недопустима, защото разкриването на обективната истина е принцип на наказателния процес, от който не може да има изключения.

5. Изисквания към самопризнанието.

Самопризнанието играе основна роля и в двете диференцирани процедури. Без него тяхното провеждане е невъзможно. Трябва да се има предвид обаче, че законодателят влага различно съдържание в понятието „самопризнание“, когато го използва в общото наказателно производство и във всяка една от разглежданите диференцирани процедури.

В общия наказателен процес самопризнанието е вид обяснения на обвиняемия, т.е. то е гласно доказателствено средство, което се получава чрез разпит на обвиняемия в хода на разследването в досъдебната фаза и чрез разпит на подсъдимия в хода на съдебното следствие в съдебната фаза. Със самопризнанието си обвиняемият се признава изцяло или отчасти за виновен по предявеното му обвинение и съобщава факти и обстоятелства, характеризиращи извършеното от него престъпление[6].

Самопризнанието при споразумението не е гласно доказателствено средство. То не се получава чрез способа на доказване разпит в хода на разследването или на съдебното следствие. По делата, внесени в съда със споразумение, съдебно следствие не се провежда. Самопризнанието по смисъла на чл. 382, ал. 8 НПК във вр. с чл. 382, ал. 4 НПК представлява само една декларация, с която обвиняемият се признава за виновен по повдигнатото му обвинение, без да внася доказателства в процеса.

Самопризнанието при съкратеното съдебно следствие означава единствено признание на фактите, описани в обстоятелствената част на обвинителния акт. Но подсъдимият не признава, че виновно е извършил престъпление. Затова, въпреки че е признал фактите от обвинителния акт, той може да пледира, че е невинен и да иска от съда да бъде оправдан, твърдейки например, че признатите факти изобщо не сочат на извършено престъпление, т.е. че те не са съставомерни.

Въпреки посочените разлики в съдържанието на само-

[6] **Топалов, П., Г. Георгиев.** Наказателен процес на Народна република България. С., 1989, с. 199. В. Вучков дава малко по-широко определение за самопризнанието. Според него със самопризнанието обвиняемият признава извършено от него престъпно деяние независимо дали то е предмет на конкретно обвинение, или не. – **Вучков, В.** Доказателствени средства в наказателното производство. Същност и видове. С., Фенея, 2006, с. 151.

признанието и в двете диференцирани процедури към него, се поставят еднакви изисквания. То трябва да е достоверно, съзнателно и доброволно.

Изискването за ***достоверност*** произтича пряко от непосредствената задача на наказателния процес и от принципа за разкриване на обективната истина. От този принцип не може да има изключения и той важи еднакво независимо дали производството се движи по общия ред, или по някоя от диференцираните процедури. Затова самопризнанието може да е основа на споразумението и на съкратеното съдебно следствие само ако има достатъчно гаранции, че е достоверно. Тези гаранции се състоят в това, че то се подкрепя от останалия доказателствен материал, а той е събран в съответствие с изискванията на НПК, което означава и при спазване правата на обвиняемия. Истина е, че този доказателствен материал е събран в хода на досъдебното производство, при липсата на публичност и състезателност, но преценката за наличието на съответствие между него и самопризнанието се прави от съда, който е независим и безпристрастен орган, упражняващ единствено ръководно-решаващата функция. Това е изразено с различни формулировки при двете процедури. При споразумението законодателят е използвал пообщ подход, като е предвидил, че съдът одобрява споразумението, ако то не противоречи на закона и морала. А това ще е така, ако самопризнанието се подкрепя със събраните при спазване правилата на НПК доказателства от досъдебната фаза. В противен случай споразумението ще противоречи на процесуалния закон – на принципа за разкриване на обективната истина, на правилото, че самопризнанието не освобождава компетентните органи от задължението им да събират и други доказателства. Същото важи и ако доказателствата са събрани в нарушение разпоредбите на НПК, което ги прави негодни за използване от съда, напр. открити и събрани са в резултат на претърсване, което не е било предварително разрешено от съда,

нито има последващо одобрение на изготвения протокол (всъщност в този случай изобщо не можем да говорим за доказателства, защото липсва един от елементите от легалното определение, а именно фактическите данни да са събрани по реда на НПК).

При съкратеното съдебно следствие законодателят е изключително конкретен, като предвижда, че съдът трябва да провери дали самопризнанието се подкрепя от събраните в досъдебното производство доказателства и само ако това е така да обяви с определение, че ще го ползва при постановяване на присъдата, без да събира доказателства за признатите факти.

Второто изискване към самопризнанието в двете диференцирани процедури е то да е ***съзнателно***, което означава обвиняемият да разбира какво признава и да разбира последиците на своето признание. За това също има предвидени законови гаранции и в двата случая. Такава гаранция се явява участието на защитник. И двете процедури са възможни само със задължителното участие на защитник. Следователно, ако обвиняемият не е упълномощил такъв, му се назначава служебен, именно за да му разясни значението на самопризнанието и неговите последици и да му предостави всякакви правни съвети в тази връзка. Друга гаранция представлява изискването самопризнанието да бъде направено или потвърдено лично от обвиняемия пред съда в открито съдебно заседание. При споразумението обвиняемият първо прави самопризнание пред прокурора, за да може да бъде постигнато споразумение. След това обаче, за да бъде одобрено то от съда и да породи правни последици, обвиняемият трябва да се яви лично в съдебното заседание и след прочитане на споразумението да го потвърди, като отговори положително на въпросите на съдията, а именно: признава ли се за виновен, разбира ли последиците от споразумението, съгласен ли е с тях и доброволно ли е подписал споразумението.

Съкратеното съдебно следствие се провежда изцяло пред

съда, затова и самото самопризнание трябва да бъде направено директно пред съда. За целта, след като вземе решение за провеждане на предварително изслушване (по искане на подсъдимия или служебно) съдът му разяснява правото да признае изцяло фактите от обстоятелствената част на обвинителния акт и това, че направеното самопризнание и доказателствата, които го подкрепят, ще се ползват от съда при постановяване на присъдата. Така че към този момент подсъдимият би трябвало ясно да осъзнава какво признава – фактите от обвинителния акт и какви са последиците от това – тези факти няма да се доказват от прокурора, а съдът ще ги приеме за установени в присъдата си. Освен това, както бе посочено по-горе, подробни обяснения, разяснения и съвети подсъдимият може да получи и от защитника си, който задължително участва в процедурата. Считам обаче, че действащата уредба следва да се допълни и съдът да дава разяснява на подсъдимия за още една важна последица на самопризнанието и провеждането въз основа на него на съкратено съдебно следствие, а именно налагането на по-леко наказание по правилата на чл. 58а НК. Тази последица има важно значение за преценката на подсъдимия дали да избере въпросната диференцирана процедура и да направи самопризнание. Вероятно и сега съдилищата при практическото прилагане на института разясняват всички последици на подсъдимия, но това трябва изрично да бъде предвидено и в закона.

Изискването самопризнанието при споразумението и съкратеното съдебно следствие, да е направено ***доброволно*** не се нуждае от специални разяснения, защото значението му е очевидно. Използването на каквато и да било принуда (физическа, психическа) за получаване на самопризнание е недопустимо, най-малкото защото нарушава неприкосновеността на личността и редица други права на обвиняемия, поставя под съмнение достоверността на самопризнанието и прави наказателния процес като цяло несправедлив. И най-малката възможност за изпол-

зване на самопризнание, което е резултат от принуда, прави и двете диференцирани процедури нелегитимни. Затова при споразумението съдът изрично запитва обвиняемия доброволно ли е подписал споразумението. При съкратеното съдебно следствие цялата процедура се развива в публично съдебно заседание, подсъдимият прави своето самопризнание пред съда, след като са му разяснени правата и е имал възможност да обсъди процесуалната си позиция със защитник. Това са достатъчни гаранции, че самопризнанието е доброволно и специална разпоредба, изискваща подсъдимият изрично да декларира това, е излишна. Затова такава липсва при съкратеното съдебно следствие, но няма никакво съмнение, че то не може да се основава на самопризнание, което не е доброволно.

6. Съдебен акт, с който завършва производството

И чрез двете диференцирани процедури в крайна сметка се решават основните въпроси в наказателното производство – тези за виновността и отговорността. Според чл. 32, ал. 1 НПК съдът като първа инстанция прави това с присъда. Оттук логичният извод е, че именно това е съдебният акт, с който трябва да приключат и двете диференцирани процедури. Законодателят обаче е предвидил друго. По делата, които се решават със споразумение, окончателният съдебен акт е определение, с което съдът одобрява споразумението. При това, според формулировката на чл. 383, ал. 1 НПК правни последици поражда не самото определение, а одобреното споразумение. Очевидна е аналогията със съдебната спогодба в гражданския процес, но за мен е очевидно и, че тя е абсолютно неприемлива за наказателното производство, защото само съд може да реши въпросите за виновността и отговорността за извършено престъпление. А това той може да направи само със свой акт, който да породи правни последици[7].

При съкратеното съдебно следствие няма отклонение от

общите правила. Съдът постановява присъда, която може да е *както осъдителна, така и оправдателна*. Тя подлежи на *обжалване и протестиране* отново по общия ред. Така се открояват още две разлики със споразумението, тъй като одобреното с определение споразумение има последиците на *влязла в сила осъдителна присъда.* Осъдителна, защото обвиняемият винаги се признава за виновен в извършване на престъпление и се съгласява да изтърпи наказание, а влязла в сила, защото не подлежи на проверка чрез редовните способи за контрол.

7. Определяне на наказанието

Същностен белег и на двете процедури е, че в резултат от прилагането им на подсъдимия се налага по-леко наказание, отколкото ако делото се гледа по общия ред. Разликата обаче е, как точно се определя това по-леко наказание и колко по-леко може да е то.

При споразумението наказанието се определя от страните по споразумението, то е важна част от самото споразумение. Това означава, че наказанието е резултат от „договаряне“ между прокурора, защитника и обвиняемия[8]. НПК съдържа минимални

[7] За подробни аргументи вж. **Маринова, Г.** Цит. съч., с. 168-176.

[8] Вече бе посочено, че едни от най-сериозните критики срещу споразумението касаят именно този елемент на „договаряне“, „пазарлък“ между обвинението и защитата. Критиците на споразумението най-общо твърдят, че така правосъдието не се раздава публично от съда при спазване на отнапред установени правила, а то се „продава“ и „купува“ на тъмно, което не осигурява справедливо наказание, а „бедствие“ за правораздаването. Огромна по обем литература (особено в САЩ) е налична относно това пред какви дилеми са изправени защитника и прокурора, когато участват в тази процедура, кои фактори определят тяхната позиция в преговорите, доколко споразумението представлява договор и оттам към него са приложими типични институти на гражданското право и т.н. Вж. например: **Schulhofer, S.** Plea Bargaining as Disaster. – Yale Law Journal, 1992, Vol. 101, 1979 – 2009; **Scott, R. E., W. Stunz.**

правила в тази насока – със споразумението може да се определи наказание при условията на чл. 55 НК и без да са налице изключителни или многобройни смекчаващи отговорността обстоятелства (чл. 381, ал. 4 НПК); ако деянието, за което е постигнато споразумение, е извършено при условията на чл. 68, ал. 2 НК, отложеното наказание не се изтърпява (чл. 383, ал. 3 НПК). Освен това НПК не изисква нито излагането на мотиви за определеното наказание, нито документирането на „преговорния“ процес. Но като част от споразумението определеното наказание подлежи на одобрение от съда, ако не противоречи на закона и морала. Следователно освен посочените разпоредби другото изискване към наказанието като част от споразумението е то да не противоречи на закона и морала[9].

При съкратеното съдебно следствие въпросът с определянето на наказанието е решен концептуално различно. Правилата се съдържат в материалния закон и това е правилно, защото определянето на наказанието е изцяло материалноправен институт. Този факт не се променя от това, че до определянето на наказанието се стига в резултат от прилагането на една диференцирана процедура. Въпросните правила се съдържат в разпоредбата на чл. 58а НК. За съжаление тя се оказа не достатъчно ясна, породи противоречива практика, което наложи приемането на тълкувателно решение от Общото събрания на наказателната колегия на ВКС – тълкувателно решение № 2 от 2015 г. Чл. 58а НК установява следните положения във връзка с определяне на наказанието при съкратено съдебно следствие по

Plea Bargaining as Contract. – Yale Law Journal, 1991-1992, Vol. 101, 1909-1968; **Alschuler. A. W.** The Prosecutor's Role in the Plea Bargaining – University of Chicago Law Review, 1968, Vol. 36:50, 50-112; **Alschuler, A. W.** The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. – Yale Law Journal, 1974-1975, Vol. 84, 1179-1314.

[9] Подробно за това изискване вж. **Маринова, Г.** Цит. съч., с. 133-150.

чл. 371, т. 2 НПК. 1) Нормата е приложима само относно трите най-тежки наказания – доживотен затвор без замяна, доживотен затвор и лишаване от свобода. Това означава, че съкратеното съдебно следствие се обезсмисля за по-леките престъпления, за които са предвидени само наказания без лишаване от свобода. Обезсмисля се, защото подсъдимият няма да има никакъв мотив да поиска провеждането на такова при положение, че няма да получи по-леко наказание. Това представлява скрито (косвено) ограничение в приложното поле на диференцираната процедура. Оказва се, че на практика тя ще се прилага само за най-тежките престъпления. Подобен законодателен подход изглежда странен и нелогичен и без теоретична обосновка. Но все пак следва да се отбележи, че реалното значение на подобно ограничение не е особено голямо, поради сравнително малкия брой престъпления, за които не е предвидено или не се налага от съда наказание лишаване от свобода. При това вероятно една значителна част от делата за тези престъпления така или иначе се развиват по особените правила за освобождаване от наказателна отговорност с налагане на административно наказание (гл. 28 НПК). 2) Съдът първо определя наказанието по общите правила и след това прилага особените правила по чл. 58а НК. 3) Ако в резултат от прилагането на общите правила съдът избере като най-подходящо наказанието лишаване от свобода (вкл. когато то е предвидено като алтернатива на по-леко или по-тежко наказание), индивидуализира го отново според общите правила, след което намалява така определения размер с една трета. 4) Ако съдът приеме за най-подходящо наказанието доживотен затвор, той не може да го наложи, а го заменя с лишаване от свобода с размер от 20 до 30 г., освен ако за съответното престъпление е предвиден по-нисък минимум на наказанието лишаване от свобода в особената част на НК. В този случай заместващото наказание лишаване от свобода е с минимум специалния минимум от особената част и максимум 30 г. В тези граници заместващото наказание лиша-

ване от свобода се индивидуализира по общите правила и не се намалява с една трета. 5) Ако съдът определи като най-подходящо наказанието доживотен затвор без замяна, той не може да го наложи, но и не може да го замени с друго наказание, както това е предвидено за доживотния затвор. Трябва да определи следващото по-леко наказание, предвидено в нормата от особената част на НК. Това може да е доживотен затвор (при три алтернативни наказания) или лишаване от свобода (при две алтернативни наказания). Ако единствената алтернатива на доживотния затвор без замяна е лишаването от свобода, то се избира и индивидуализира по общите правила. Ако следващото по-леко наказание е доживотен затвор, то се замества с наказанието лишаване от свобода по начина, описан по-горе[10]. 6) Съдът определя наказанието по чл. 55 НК, ако са налице основанията за това, и така определеното наказание е по-благоприятно от наказанието по чл. 58а НК.

В обобщение, концепцията на чл. 58а НК е правилна, но нормата се нуждае от усъвършенстване. Тя трябва да включи и другите по-леки наказания, да бъде прецизирана относно наказанието доживотен затвор без замяна с оглед на казаното по-горе и някои нейни правно-технически алинеи трябва да бъдат пре-

[10] Така се получава, че при санкции с две алтернативни наказания, едното от които е доживотен затвор без замяна, максимумът на наказанието лишаване от свобода е този от особената част на НК, който може да е по-нисък от 30 г. А 30 г. е максимумът на заместващото доживотния затвор наказание лишаване от свобода. Това е нелогично и неприемливо. Недопустимо е да се стига до различни решения, след като се тръгва от една и съща предпоставка. Във всички случаи, в които съдът избере като най-подходящо наказанието доживотен затвор без замяна, той трябва да има само една опция и във всички случаи да стига до едно и също алтернативно наказание. В Тълкувателно решение № 2 от 2015 г. ВКС също е констатирал този проблем с нееднаквото наказване и правилно е отбелязал, че той може да се реши само по законодателен път, не и по пътя на тълкуването.

осмислени. Защо например е необходимо наказанието лишаване от свобода да бъде определяно с минимум и максимум – от 20 до 30 г. в ал. 2 и след това да се създава ал. 3, която отново да урежда същия въпрос, но вече по друг начин и с друг резултат. Да не говорим, че според езиковите правила, когато се сравняват две величини, както е в случая на чл. 58а, ал. 3 НК, се говори за по-висока, по-ниска и т.н., а не за най-висока, най-ниска (в чл. 58а, ал. 3 НК е употребен изразът „най-ниския минимален размер и най-високия максимален размер“).

Начинът, по-който се определя наказанието при двете диференцирани процедури има съществено значение и за това през какви контролни стадии преминават съответните дела.

8. Контролни стадии.

При споразумението липсват редовни съдебни инстанции за проверка на първоинстанционния акт. Както вече бе посочено, одобреното от съда споразумение има последиците *на влязла в сила* присъда. Така се „спестяват“ две инстанции – въззивна и касационна. Единственият механизъм за контрол е чрез извънредния способ – възобновяване на наказателни дела. Това законово решение намирам за разумно и балансирано. Прокурорът, обвиняемият и защитникът сами договарят условията по споразумението и го подписват именно защото са съгласни с него и го приемат. Затова те нямат интерес да обжалват и протестират. Това изначално прави ненужни въззивната и касационната проверка. И все пак никоя човешка дейност не е лишена от пропуски и грешки, затова някакъв контролен механизъм е необходим. Освен това той играе и превантивна роля. Без него страните по споразумението и съдът биха били по-безкритични, а оттук грешките и пропуските биха били повече. Логично такъв се явява институтът на възобновяване на наказателни дела.

При съкратеното съдебно следствие съдът се произнася с присъда, която подлежи на въззивна и касационна проверка по

общите правила. Така съкращаването и ускоряването на процеса е по-малко, отколкото при споразумението.

Постановената при съкратеното съдебно следствие присъда може да бъде оправдателна – ако фактите, описани в обстоятелствената част на обвинителния акт, изобщо не съставляват престъпление (очевидно е без значение, че са били признати от подсъдимия и че са били доказани) или осъдителна, но подсъдимият може да бъде признат за виновен за извършването на по-леко наказуемо престъпление от това, за което му е било повдигнато обвинение в обвинителния акт и той е направил признание. Липсват основания в подобни хипотези законодателят да лиши прокурора от правомощието му да протестира присъдата. Освен това, когато съдът признае подсъдимия за виновен, той определя наказанието му, като първо прилага общите правила по чл. 54 и сл. НК, а след това замяната, респ. редукцията по чл. 58а НК. Но това е наказание, налагано от съда, а не договорено между страните. Поради това всяка една от тях може да не е съгласна с него и трябва да разполага със способ за проверка. Това са основните причини, поради които трябва да съществуват редовни способи за контрол при делата, по които се провежда съкратено съдебно следствие. Разбира се, „цената“, която се плаща, е значително по-малко ускоряване на процеса, отколкото при споразумението. В този контекст възниква въпросът възможно ли е все пак да се „прескочи“ някоя от контролните инстанции. На пръв поглед логиката сочи към прескачане на въззивната инстанция, защото фактическите въпроси, които тя може да пререшава като че ли са безспорни, защото са приети от подсъдимия със самопризнанието. Ако има някакъв спор, то е по-скоро по правни въпроси, по които може да се произнесе и касационният съд. Тази логика е правилна само на пръв поглед, най-малкото по две причини: 1) Самопризнанието не изключва възможността все пак да се проведе съдебно следствие и в него да се установяват нови факти, например относно гражданския

иск. Така че не са невъзможни случаи, при които ще има спор и по фактически въпроси, установяването на които е извън правомощията на касационния съд. 2) Струва ми се важно контролната инстанция да може да увеличи наказанието при наличието на съответен протест или жалба, ако прецени това за необходимо. Касационният съд за разлика от въззивния не може да направи това. В подобна хипотеза той трябва да отмени проверявания акт и да върне делото. Това прави въззивната инстанция необходима и по делата, които се разглеждат по реда на съкратеното съдебно следствие.

В заключение, и двете диференцирани процедури намериха своето трайно място в българския наказателен процес. Това доказва, че като цяло те са годни да постигнат целите си – ускоряване на процеса, и са приемливи за страните в наказателното производство и за съда. Това не изключва необходимостта от подобряване на правната им уредба и преосмисляне на някои положения. Същностната разлика между двете процедури е, че при споразумението страните по него имат максимален контрол върху изхода на делото – споразумението, част от което е и наказанието за престъплението, за което е повдигнато обвинение, се договаря между тях и само подлежи на одобряване от съда. Разбира се, съдът извършва проверка дали споразумението противоречи на закона и морала и може да предлага промени в него, но страните запазват свободата си да ги приемат или не. Това предопределя и редица други негови особености – одобряване с определение, което не се мотивира; липса на редовни контролни инстанции, което води до максимално ускоряване на процеса и др. В същото време оттук произтичат и най-сериозните принципни критики към него, а именно, че води до определяне „на тъмно“ и чрез „пазарлък“ на несправедливо наказание при липса на гаранции за разкриване на обективната истина.

Диференциацията, т.е. отклонението от общия наказателен процес при съкратеното съдебно следствие, е много по-

малка. То се явява алтернатива на споразумението в няколко случая: 1) когато подсъдимият признава престъплението, но няма средства да възстанови или обезпечи причинените с него имуществените вреди; 2) когато подсъдимият признава фактите от обстоятелствената част на обвинителния акт, но не и това, че е виновен за извършване на престъпление; 3) когато обвиняемият признава престъплението, за което му е повдигнато обвинение, но прокурорът не желае да се споразумява или не могат да договорят конкретните условия по споразумението. При съкратеното съдебно следствие страните не договарят по между си, така те губят контрола върху изхода на делото. Нещо повече, волята на прокурора дали да бъде избрана тази процедура е без правно значение, което ми се струва проблемно. Тя е и по-тежка за съда в сравнение със споразумението. Той все пак провежда съдебно следствие, произнася се с присъда, която трябва да мотивира и която подлежи на въззивна и касационна проверка. Съкратеното съдебно следствие избягва критиките за „пазарлък“ и „договаряне на тъмно“ на налаганото наказание, но и тук остава спорен въпросът за неговата справедливост.

Доц. д-р Андрей Александров*
Assoc. Prof. Andrey Aleksandrov, PhD*

ПРЕКРАТЯВАНЕ НА ТРУДОВОТО ПРАВООТНОШЕНИЕ ПОРАДИ СКЛЮЧВАНЕ НА ДОГОВОР ЗА УПРАВЛЕНИЕ

TERMINATION OF THE EMPLOYMENT RELATIONSHIP AS A RESULT OF MANAGEMENT CONTRACT CONCLUSION

Ключови думи: *уволнение; ръководни служители; договор за управление*
Резюме:

Със съжаление трябва да се отбележи, че сред всички основания за прекратяване на трудовото правоотношение от работодателя с предизвестие, предвиденото в чл. 328, ал. 2 КТ е може би най-неясно формулирано. Изследването си поставя за цел да разкрие предпоставките за упражняване на това право и да даде предложения de lege ferenda за прецизиране на законовия текст, чрез които да се преодолеят затрудненията в практиката.

Key words: *dismissal; employees from the managing staff; management contract*
Summary:

It is regrettable to note that among all legal grounds for termination of the employment relationship by the employer with notice period, the one regulated in Art. 328, para 2 LC has probably the most confusing wording. The study aims to reveal the preconditions for exercising of this right and to provide de lege ferenda proposals for optimizing the text, which are necessary to overcome the difficulties in the practice.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

I. Въведение

Сред основанията за прекратяване на трудовото правоотношение от работодателя с предизвестие особено място заема предвиденото в чл. 328, ал. 2 КТ. Вероятно и затова правнотехнически то е „отделено“ от изброяването в ал. 1 на същата разпоредба. При повечето основания правото на уволнение е обвързано с точно установени причини от обективен характер, за да не може да бъде упражнявано произволно от работодателите (закриване на предприятие, намаляване на обема на работата, придобиване на право на пенсия от работника или служителя и т.н.). Дори да е оставено място за субективна преценка (напр. дали е налице липса на качества на работника или служителя за ефективно изпълнение на работата /чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ/), тя е ограничена и подлежи на съдебен контрол. Ако съдът установи, че основанието е използвано превратно, защото работодателят е искал да се освободи от „нежелан“ работник или служител, ще отмени уволнението като незаконно и ще възстанови служителя на предишната му работа. Това е и проявление на социално-закрилната функция на трудовото право, т.е. защитата на наемния труд.[1]

При уволнението поради сключване на договор за управление на предприятието конкретната причина за прекратяване на трудовото правоотношение няма правно значение и не подлежи на съдебна проверка. Това е и най-съществената разлика с другите основания за уволнение. Ако са изпълнени предвидените в чл. 328, ал. 2 КТ предпоставки, прекратяването на трудовия договор ще е законосъобразно, дори да е провокирано от съображения, стоящи извън качественото изпълнение на трудо-

[1] Вж. по-подробно **Средкова, Красимира.** Трудово право. Обща част. София, Св. Климент Охридски, 2010, с. 26–28.

вите задължения на служителя. Всъщност това е и по-често срещаният случай при тези уволнения. Те засягат ръководни служители, в чиято работа е необходима особена степен на доверие и лоялност между страните по трудовото правоотношение. Затова законът позволява например на новия управител или изпълнителен директор да подбере собствен мениджърски екип и съответно да се освободи от заварения, независимо от професионалните качества на уволнените служители. Те не могат да оспорват уволненията си, като изтъкват съображения за безупречното изпълнение на трудовите си задължения, чистото си дисциплинарно минало и т.н. Предимство в случая се дава на стопанската целесъобразност и изпълнение на заложените бизнес цели пред правната сигурност на отделния служител. Затова и разглежданото основание за уволнение се възприема в практиката като по-„либерално“, в смисъл на по-благоприятно за работодателя в условията на свободна стопанска инициатива и пазарна конкуренция.

По тези свои основни характеристики уволнението по чл. 328, ал. 2 КТ донякъде напомня като логика уволнението в изпитателен срок. Ако е уговорен такъв срок в полза на работодателя, той разполага с време, в което може да прекрати трудовия договор, без да излага конкретни причини. И в двата случая не се прилага предварителната закрила при уволнение на определени категории работници и служители, защото тя е предвидена само за изчерпателно изброени основания за прекратяване на трудовото правоотношение, а нито прекратяването по чл. 71 КТ, нито по чл. 328, ал. 2 КТ попадат в тези основания. За разлика от прекратяването на трудовия договор по чл. 71 КТ в рамките на изпитателния срок обаче, при уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ се дължи предизвестие. Разбира се, предвид спецификите на отношенията между страните в подобни ситуации, по-често предизвестието не се спазва, а вместо него се изплаща обезщетение по чл. 220, ал. 1 КТ.

За съжаление не може да не се отбележи, че макар и разумен като замисъл, към текста на чл. 328, ал. 2 КТ могат да се отправят много критики. Те започват още от словесната формулировка на разпоредбата. Доста показателен в това отношение е и фактът, че често при първоначалния прочит читателят не успява да разбере кой сключва договор за управление. Погрешно се приема, че това е досегашен служител по трудово правоотношение, чийто трудов договор се прекратява, за да сключи договор за управление по смисъла на Търговския закон. Понякога такава грешка допускат дори юристи. Едва по-задълбоченото осмисляне разкрива, че става дума за встъпването в длъжност на нов управител, член на съвета на директорите и пр., който получава правото да уволни заварените членове на управленския екип по трудово правоотношение, като част от стратегията си за изпълнение на бизнес задачите на дружеството.

В последните години се наблюдава тенденция към сравнително честото използване на разглежданото основание за прекратяване на трудови правоотношения, което е обяснимо предвид постоянно нарастващия брой търговски дружества в страната и интензивността на тяхната дейност. Неизбежно това води и до формиране на по-богата съдебна практика по тези въпроси. Без претенции за изчерпателност, тук ще бъде направен опит да се очертаят някои съществени практически насоки във връзка с уволненията по чл. 328, ал. 2 КТ.

II. Съществени елементи на уволнението по чл. 328, ал. 2 КТ

1. Сключване на договор за управление на предприятието

За да се приложи основанието за уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ, на първо място е необходимо да бъде сключен договор

за управление с физическо лице. По силата на договора за управление изпълнителят става представител на предприятието работодател, и упражнява от негово име работодателската власт, в това число чрез сключване и прекратяване на трудовите договори с работниците и служителите[2]. Това е гражданскоправен по своята природа договор, договор за поръчка (вж. напр. чл. 141, ал. 7 ТЗ относно управлението и представителството на ООД). В него се предвижда определен резултат – постигането на задачи, установени в бизнес план[3].

Действително, както се посочва в правната литература, разглежданото основание за уволнение исторически се свързва с договорите за управление на държавни и общински предприятия, които са преобразувани в еднолични търговски дружества с държавно имущество по чл. 62 ТЗ като способ за приватизация на държавната собственост[4]. Правната уредба на тези въпроси се съдържа в Закона за приватизация и следприватизационен контрол и Правилника за реда за упражняване правата на държавата в търговските дружества с държавно участие в капитала. Значението на основанието за уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ

[2] Неточно някои автори посочват, че лицето, с което е сключен договорът за управление, придобивало на това основание качеството „работодател“. (**Симеонова, Ст.** Юридически съвети по прекратяване на трудовите договори. София, Сиела, 2009, с. 127). Работодател и преди, и след сключването на договора за управление, остава дружеството, а новият управител се явява негов представител.

[3] Вж. по-подробно **Таджер, В.** Капиталови търговски дружества. София, Труд и право, 1994, с. 94–95, 169–175; **Хорозов, Г.** С какъв договор се уреждат отношенията между акционерното дружество и изпълнителния му директор, когато той е и член на Съвета на директорите. – Пазар и право, 2005, № 5, с. 8; **Мръчков, В.** Договорът в трудовото право. София, Сиби, 2010, с. 43–45; Банова, Ем. Уволнение на основание чл. 328, ал. 2 от Кодекса на труда. – Труд и право, 2012, № 12, 26–27.

[4] **Мръчков, В.** Трудово право. 9 изд. Сфия, Сиби, 2015, с. 622.

обаче не се изчерпва само с приватизационните процеси. Договор за управление по смисъла на Търговския закон може да се сключи навсякъде, където се извършва стопанска дейност, независимо дали тя се осъществява с частни средства или с държавно или общинско участие. Удачна формулировка относно приложното поле на разглеждания режим може да се открие напр. в Решение № 101 от 08.03.2012 г. на ВКС по гр. д. № 728/2011 г., IV г. о.: „Договорът за възлагане на управление на търговско дружество, или т. нар. мениджърски контракт, е предвиден в Търговския закон. Подробна специална уредба на този договор се съдържа в разпоредбите на чл. 24-32 от Правилника за реда за упражняване правата на държавата в търговските дружества (ПРУПДТДДУК). Те уреждат възлагането на управлението на едноличните търговски дружества с държавно участие на капитала. По естеството си договорът за възлагане на управление на търговско дружество е договор, по силата на който довереникът – мениджър се задължава да извърши от името и за сметка на доверителя възложените му действия по управлението и представителството на дружеството срещу възнаграждение. Характерно за този договор е, че възложените с него действия са свързани с определена от доверителя бизнес програма, която съдържа конкретни икономически показатели, чието изпълнение органите на управление следва да осигурят като: рентабилност, производителност, обем на продажбите, печалба, намаляване на загубите, разработване на нови пазари и др. По отношение на тези договори намират приложение разпоредбите на договора на поръчка.“

Възможно е в договора за управление да не са формулирани изрично бизнес задачите. В такъв случай не може да се приеме, че е сключен договор по чл. 141, ал. 7 или чл. 244, ал. 7 ТЗ, следователно не е налице елемент от фактическия състав на чл. 328, ал. 2 КТ и извършеното на това основание уволнение е незаконно (така: Решение № 32 от 25.02.2014 г. на ВКС по гр. д.

№ 4502/2013 г., III г. о.). Извършено уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ е незаконосъобразно, ако договорът за управление или други надлежно утвърдени документи не поставят на изпълнителя бизнес план/задача (Решение № 237 от 10.01.2017 г. на ВКС по гр. д. № 919/2016 г., III г. о.). Бизнес програмата може да бъде поставена както с управленския договор, така и в други документи, стига да е налице връзка между тях, като наличието ѝ може да се доказвана с всички допустими доказателствени средства (Решение № 92 от 28.04.2017 г. на ВКС по гр. д. № 3478/2016 г., IV г. о.). Не е налице пречка да се ползва бизнес план на предходен управител, когато този бизнес план изрично бъде приет от новия управител. Когато обаче такова изрично приемане не е налице, то позоваването на бизнес план на предходния управител при наличие на съдебен спор, след прекратяване на трудовото правоотношение по чл. 328, ал. 2 КТ, следва да се тълкува като отсъствие на бизнес план на новия управител (Решение № 230 от 8.06.2015 г. на ВКС по гр. д. № 346/2015 г., IV г. о.). В този смисъл е и Решение № 261 от 30.10.2017 г. на ВКС по гр. д. № 593/2017 г., IV г. о.: „няма пречка да се ползва бизнес план на предходния управител, както и да бъдат поставени същите или изцяло нови задачи в сравнение с тези на досегашния управител, които да се изпълняват в бъдеще“. Изобщо, както правилно се отбелязва в Решение № 68 от 16.05.2018 г. на ВКС по гр. д. № 3105/2017 г., III г.о., „съдебната преценка на бизнес програмата е свързана само с наличието на основанието по чл. 328, ал. 2 от КТ и трябва да е ограничена по обхват, тъй като е за законност, а не за целесъобразност. … Работодателят не е длъжен да убеждава съда, че за подобряване на икономическите резултати е необходима замяната на този член от ръководството. Такава преценка на съда също излиза извън неговите правомощия, тъй като касае целесъобразността на действията на новия управител, а не законосъобразността на прекратяване на трудовото правоотношение. Компетентен да прецени кои ръководители да

уволни е единствено новият управител, а не съдът“.

В Решение № 15 от 02.02.2017 г. на ВКС по гр. д. № 2303/2016 г., IV г. о. се посочва, че няма пречка с отделен закон да се предвиди специална уредба на договори за управление по смисъла на чл. 328, ал. 2 КТ. В случая касационният контрол е допуснат по въпроса за статута на държавните предприятия и териториалните им поделения по чл. 173 от Закона за горите и дали сключеният с директора на поделението договор представлява договор за управление по смисъла на чл. 328, ал. 2 КТ[5].

Договори за управление не се сключват в организации с нестопанска цел (изрично в този смисъл: Решение № 949 от 20.07.1999 г. на ВКС по гр. д. № 1105/98 г., III г. о.), учебни заведения, администрации към държавни и общински органи и др., т.е. основанието за уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ е неприложимо при такива работодатели. Според Решение № 1864 от 02.01.2003 г. на ВКС по гр. д. № 2063/2001 г., III г. о. кметът на общината има качество „работодател“ по отношение на общинските служители, но неговите правомощия произтичат от избор, а не от договор за възлагане на управление. Поради това той не може да извърши уволнения на служители от общината на основание чл. 328, ал. 2 КТ.

Според Решение № 102 от 02.07.2018 г. на ВКС по гр. д. № 2512/2017 г. III г. о. Българско национално радио не може да се определи като предприятие, за което е приложима хипотезата на чл. 328, ал. 2 КТ. „Обстоятелството, че част от приходната част на приетия от Народното събрание на Република България

[5] Някои автори в българската трудовоправна литература достигат до заключението, че само работодател търговец може да приложи основанието по чл. 328, ал. 2 КТ (така: **Средкова, Кр.** Трудово право. Специална част. Дял I Индивидуално трудово право. София, Св. Климент Охридски”, 2011, с. 445). Не е изключено обаче специален закон да предвиди възможността и друга организация, която няма търговско качество, да сключва такива договори.

самостоятелен бюджет на БНР, включен в единния Републикански бюджет, се формира и чрез частни финансови източници – реклами и спонсорство, не превръща обществената масмедия в търговско предприятие, чиято основна задача е постигане на търговска, стопанска печалба. Осъществяването на посочената стопанска дейност не представлява пряко намерение и обществено стремление на националната обществена медия, а само една, макар и незначителна, финансова възможност за финансиране на съществената, целевата дейност на БНР."

На следващо място, правото да извърши такова уволнение има само лице, назначено по договор за управление, а не например по трудов договор. Търговският пълномощник няма право да прекрати трудово правоотношение на основание чл. 328, ал. 2 КТ, защото с него се сключва договор за търговско пълномощие, а не договор за управление (Решение № 1963 от 24.11.2000 г. на ВКС по гр. д. № 659/2000 г., III г. о.). По аналогични съображения ВКС отрича такова право и на прокуриста (Решение № 648 от 17.11.2010 г. гр. д. № 1484/2009 г., III г. о.). Синдикът също не може да бъде приравнен на управител по смисъла на чл. 328, ал. 2 КТ, тъй като той се назначава от съда в хипотезата на обявена несъстоятелност на предприятието, правомощията му са предвидени в закона и той се отчита пред съда, а не пред органа на дружеството, който избира управителя. Ето защо и синдикът няма право да прекрати трудов договор на посоченото основание (Решение № 453 от 13.01.2012 г. по гр. д. № 390/2011 г., III г. о.). За лицето, което замества управителя поради отсъствието му, не е възниквало задължение да постига на свой риск определен стопански резултат. Поради това и липсва основание да му се предостави обоснованото с това задължение строго лично право да използва предвидената в чл. 328, ал. 2 КТ възможност. Заместникът не разполага с правото на управителя на уволнение по реда на чл. 328, ал. 2 КТ и извършеното от него уволнение на това основание е незаконосъобразно (Решение №

152 от 15.06.2016 г. на ВКС по гр. д. № 1104/2016 г., III г. о.).

Договор за управление може да се сключи с физическо лице, което за първи път поема ръководството на дейността или с лице, което вече е упражнявало тези функции (сключване на нов договор със същия управител за нов мандат). Дори договорът за управление да е сключен със същото физическо лице, той му дава право на уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ, защото бизнес задачите могат да са различни, съответно да налагат сформирането на нов ръководен екип (в този смисъл напр. становище на МТСП № 94-М-232 от 07.06.2001 г. относно правата на управителя на предприятието във връзка с прилагането на чл. 328, ал. 2 от КТ). Същият извод се поддържа и в отговор на МТСП от 9.11.2012 г., публикуван на Интернет-страницата на министерството: „изпълнителният директор, макар че е едно и също лице, има право да се възползва от правата по чл. 328, ал. 2 от Кодекса на труда, тъй като изискването на разпоредбата е „поради сключването на договор за управление на предприятието“, без да се поставят условия, свързани с личността на лицето, сключило съответния договор“.

Впрочем практиката на ВКС по този въпрос претърпя интересно развитие. В Решение № 1702 от 30.06.2003 г. по гр. д. № 2052/2001 г., III г. о. се посочва, че е в тежест на работодателя да установи, че възложената на управителя през новия мандат стопанска програма и цел е различна от предходната, което обуславя и правомерността на предприета от него промяна в сформирания при предходния му управленски мандат ръководен екип, който се явява заварен, по смисъла на посочената законова разпоредба. В противен случай, уволнението по този ред се явява самоцелно. Решение № 249 от 4.07.2013 г. по гр. д. № 1358/2012 г., IV г. о. приема, че при сключване на нов по време договор за управление, независимо дали той е с ново лице или такова, което е имало предходен договор за управление, съдържанието на бизнес програмата е ирелевантно.

Разбирането, наложило се в по-новата практика, е по-правилно. Както беше посочено и по-горе, съдът не може да контролира работодателската преценка по целесъобразност, затова дори бизнес планът да е идентичен на този при предходния мандат, уволнения по чл. 328, ал. 2 КТ пак ще са възможни.

Заслужава да се спомене и един интересен въпрос, по който като че ли липсва трайно формирана практика на ВКС – до какви трудовоправни последици може да доведе промяната на част от състава на колективен орган за управление[6]. Разсъждения по тази тема предлага решение от 11.10.2013 г. по гр. д. 43238/2012 на СРС: „… ответното дружество е с двустепенна система на управление, което се управлява от Общо събрание на акционерите и Управителен съвет, а текущото управление се осъществява от изпълнителните директори. Управителният съвет е колективен орган, който именно като колективен орган и при спазване на изискванията за кворум и мнозинство взема решение за управлението на банката по въпросите извън компетентността на общото събрание, поради което промяна поне на един и на всеки един от членовете им представлява нов състав на Управителния съвет, което представлява ново управление на

[6] По отношение на състава на колективни органи на управление са изложени някои разсъждения в Решение № 179 от 4.06.2012 г. на ВКС по гр. д. № 665/2011 г., IV г. о.: „според чл. 235, ал. 1 и ал. 2 от ТЗ членовете на съвета на директорите представляват дружеството колективно, освен ако уставът предвижда друго. … Оттук следва, че със сключването на договор за възлагане на управлението между принципала и съвета на директорите, последният поема задължението да управлява и представлява акционерното дружество - работодател. Дали и кога впоследствие някой от членовете на съвета на директорите ще бъде избран за изпълнителен директор е без значение за фактическия състав на основанието за уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ.“ Това заключение обаче не дава отговор на поставения тук въпрос: дали смяната на един или повече от членовете на колективен орган за управление може да обуслови приложимостта на основанието по чл. 328, ал. 2 КТ.

предприятието по смисъла на чл. 328, ал. 2 КТ. Предвид това, съдът намира, че основанието за прекратяване на трудовото правоотношение по чл. 328, ал. 2 КТ касае нов договор за управление, страна по който е дори само едно лице от състава на колективния орган на управление съгласно организационната структура на предприятието“[7].

Предложеният извод не може да се приеме безрезервно. Действително, формално-юридически смяната на всеки от членовете на колективния орган за управление или включването на нов член прави органа с нов състав, но такава логика разкрива пътя към злоупотреба с право. Ако работодателят иска да се освободи от даден ръководен служител и няма правно основание за това, всяка персонална промяна в управителния съвет може да бъде използвана, за да се пристъпи към уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ. Не това е логиката и целта на законовата норма. Удачно е на съдебна проверка да подлежи и обстоятелство дали конкретната промяна има отношение към бизнес програмата, респ. дали промяната на най-високото мениджърско ниво следва да влияе на управлението на персонала.

[7] По въпроса е формирана и оскъдна административна практика. В отговор на МТСП от 26.03.2018 г., публикуван на Интернет-страницата на министерството: *„При назначаване на един нов изпълнителен директор може ли да бъде извършено уволнение на служител от ръководството на предприятието, съгласно чл. 328, ал. 2 КТ, поради сключване на договор за управление?“*, администрацията на министерството възпроизвежда разпоредбата на чл. 328, ал. 2 КТ и неточно препраща към чл. 141 ТЗ – разпоредба в материята на ООД, а не на АД, какъвто очевидно е конкретният случай. От анализа на цитираните разпоредби е изведено обобщението: „всеки от управителите трябва да бъде работодател и за всеки от тях не трябва да са изтекли 9 месеца от сключването на договора за управление“. Въпреки неясната формулировка, изглежда се има предвид, че смяната на един член от колективния орган не може да оправдае уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ, защото „за всеки от тях не трябва да са изтекли 9 месеца от сключването на договора за управление“.

Изложената идея не противоречи на казаното по-горе относно суверенността на преценката при упражняването на правото на уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ и недопустимостта на съдебния контрол над нея. Съдът ще изследва не конкретните причини за уволненията, а наличието на връзка между сключения договор за управление и освобождаването на определени служители. Например, изборът на нов член на управителния съвет на дружеството може да не влияе пряко на провежданата финансова политика, но конкретният повод да се използва, за да бъде освободен главният счетоводител. Очевидно е, че правовият ред не може и не следва да толерира подобен резултат, поради което е разумно да се признае компетентността на съда да обяви такова уволнение за незаконно. Както беше посочено, разглежданото основание за уволнение има изключителен характер и трябва да се използва разумно и добросъвестно, както всички останали трудови права и задължения (чл. 8, ал. 1 КТ). Вярно е, че то представлява относително лек, благоприятен за работодателя способ за прекратяване на трудовия договор, заради ограничения съдебен контрол, на който подлежи, но тази идея не бива да се довежда до крайност, поставяща под съмнение принципа на законоустановеност на основанията за уволнение, възприет от българското трудово право[8].

2. Срок, в който може да се извърши уволнението

Уволнението на основание чл. 328, ал. 2 КТ не може да

[8] И друг път съм имал повод да застъпя същата теза (**Александров, А.** Уволнение поради сключен договор за управление на предприятието. – Труд и право, 2010, № 7, с. 18–23). За съжаление за някои съдебни състави като че ли се оказва по-лесно да се десезират от въпроса, като просто обявят, че той излиза извън предмета на съдебен контрол.

се извърши в неограничен период от време след сключването на договора за управление, защото това би го отклонило от заложените в закона цели. Същевременно постоянната угроза от уволнение би навредила на работата на ръководните служители в предприятието, които могат да загубят мотивацията си, ако трудовите им правоотношения са застрашени от прекратяване на това основание във всеки един момент.

При първоначалното въвеждане на разглежданото основание за уволнение в трудовото ни законодателство конкретен срок не беше фиксиран, но съдебната практика настояваше на необходимостта уволненията да се извършват в „разумен срок“ след сключване на нов договор за управление, а не когато дейността вече се е канализирала. Въпреки наличието на известни колебания, като цяло за „разумен“ се приемаше срокът от няколко месеца. С измененията на Кодекса на труда от 2001 г. изрично беше въведен 9-месечен срок, в който изпълнителят по такъв договор може да уволни служители от ръководството на предприятието.

Установяването на срок, в който може да се упражни правото, без съмнение допринася за правната сигурност и за преодоляването на противоречия в съдебната практика. И установената продължителност на срока може да се определи като разумна. „Този срок не е кратък, но вероятно надделява становището, че за някои професии и дейности е необходимо по-продължително време, в което лицето, сключило договора за управление, да се ориентира и убеди в качествата на служителите от ръководството на предприятието и да вземе решение с кого може и с кого не може да работи в този екип. Решението е добро, тъй като все пак има един точно определен срок, в който се дава възможност на лицето, сключило договор за управление, да прекрати трудовите договори със служителите от ръководството на предприятието.“[9]

Остава обаче дискусионният момент за началната дата на

срока. Той тече „от започване на изпълнението на договора за управление“. Според ВКС този момент не се свързва по необходимост с вписването на името на съответния управител или член на съвета на директорите в търговския регистър, защото спрямо работниците и служителите представителната власт на това лице възниква още със сключването на договора за управление. Например в Решение № 86 от 23.02.2012 г. по гр. д. № 1561/2011 г., IV г. о. се посочва, че „в хипотезата на чл. 328, ал. 2 КТ правото на работодателя на едностранно прекратяване на трудовите договори със служителите от ръководството на предприятието следва да бъде упражнено в 9-месечен срок от започване на изпълнението по договора за управление. Напълно възможно е това изпълнение фактически да започне преди датата на вписване на подлежащото на вписване обстоятелство в Търговския регистър (относно новоизбрания представляващ дружеството). Няма пречка изпълнителят по договора да встъпи в длъжност като започне да извършва управление преди вписването на промяната в представителството.“

Разбира се, възможно е фактическото изпълнение на договора за управление да започне преди вписването в Търговския регистър, но при евентуален съдебен спор относно законността на извършени уволнения, особено в края на 9-месечния срок, възникват много затруднения. Ако например уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ е извършено в осмия месец след вписването на новия управител, уволненият служител може да изгради защитната си теза на това, че фактическото изпълнение на договора е започнало два месеца по-рано, следователно срокът по чл. 328, ал. 2 КТ е изтекъл към момента на извършване на уволнението.

[9] **Симеонова, Ст.** Наръчник по трудово право. Предотвратяване на некоректни действия на страните по трудовото правоотношение – практически съвети. София, Интер Интелект, 2007, с. 132.

Допустимо е използването на всякакви доказателствени средства – служебна кореспонденция, издадени от новия управител заповеди, свидетелски показания и т.н. Всички тези усложнения можеха да бъдат спестени, ако законодателят беше предвидил срокът по чл. 328, ал. 2 КТ да тече от вписването на новия представляващ в Търговския регистър.

Поради изложеното не мога да споделя тезата, че установената практика на ВКС заслужавала подкрепа. Въпреки че отчитат доказателствените затруднения, породени от тази практика, авторите, споделящи изложеното становище подчертават: „За да се избегнат колебания и трудности при определянето на този момент, правилно би било да бъде писмено фиксирана датата на „встъпване в длъжност“ на управителя или на изпълнителния директор“[10]. Търговското законодателство не съдържа подобно изискване, а извеждането му по целесъобразност от трудовоправна норма, установяваща само едно от правомощията на управителя, е твърде широко тълкуване на закона. Впрочем от гледна точка и на дружеството обикновено е нецелесъобразно да отлага вписването на подлежащи на вписване обстоятелства. Управителят на ООД например не може да изпълнява ефективно функциите си по управление и представителство на дружеството, преди да бъде вписан. Забавяния обикновено се допускат поради организационни причини или поради публично и печално известните затруднения в работата на Търговския регистър. Те обаче едва ли са толкова съществени, че да оправдаят сегашното решение по отношение на броенето на срока по чл. 328, ал. 2 КТ. Ето защо е подходящо в разпоредбата изрично да се укаже, че 9-месечният срок тече от вписването на новия представляващ.

[10] **Мръчков, В.** – В: **Мръчков, В., Средкова, Кр., Василев, Ат.** Коментар на Кодекса на труда. 12 изд. София, Сиби, 2016, с. 1013.

3. Персонален кръг на служителите, които могат да бъдат уволнени на основание чл. 328, ал. 2 КТ

Дискусионен въпрос в практиката е и този относно кръга на служителите, които могат да бъдат уволнени на разглежданото основание. Според законовата разпоредба, това са „служители от ръководството на предприятието“, а съгласно легалната дефиниция на § 1, т. 3 от ДР на КТ в „ръководството на предприятието“ се включват ръководителят на предприятието, неговите заместници и други лица, на които е възложено ръководството на трудовия процес, включително и в поделение на предприятието. Очевидно е, че това понятие търпи различни интерпретации и не са изолирани случаите, в които на основание чл. 328, ал. 2 КТ се извършват уволнения на служители, чиито функции трудно могат да бъдат определени като „ръководни“.

Съдебната практика признава за ръководни служители началници на служби и отдели, главният счетоводител на предприятието и други служители, които имат правомощия да възлагат задачи на подчинени, да контролират тяхното изпълнение и т.н. Същевременно организационни правомощия на низови нива в предприятието (напр. началник смяна) обикновено не се приемат за „ръководни длъжности“. Спорен е въпросът и по отношение на главния юрисконсулт, вътрешни одитори и др. – във всеки конкретен случай трябва внимателно да се преценява до каква степен те могат да вземат самостоятелни решения, имат ли подчинени служители, могат ли да контролират работата им и пр. В Решение № 442 от 8.06.2010 г. по гр. д. № 1621/2009 г., III г. о. например се посочва, че длъжността началник отдел „Труд и работна заплата“ е от ръководството на предприятието по смисъла на чл. 328, ал. 2 КТ, тъй като заемащото я лице ръководи цялостния трудов процес в административното звено, което организира и контролира дейността по заплащане на труда в предприятието, и е пряко подчинено на изпълнителния дирек-

тор[11]. Решение № 250 от 13.02.2014 г. по гр. д. № 2682/2013 г., III г. о. добавя, че критерият за преценка дали дадена длъжност е „ръководна“ включва и мястото на длъжността в общата структура на длъжностите в предприятието и включените в длъжността трудови функции. „Следва да се има предвид също така, че само по себе си обстоятелството, че длъжността носи наименованието ръководител не обосновава извод, че служителят е имал ръководни /управленски функции/ и съответно, че е имал качеството на служител от ръководството на предприятието“. Решение № 388 от 6.12.2012 г. на ВКС по гр. д. № 582/2012 г., III г. о. допълва: в производството по иска с правно основание чл. 344, ал. 1, т. 1 КТ при уволнение на основание чл. 328, ал. 2 КТ във всеки конкретен случай съдът следва да преценява дали заеманата от уволнения служител длъжност е ръководна, като съобразява данните по делото относно съдържанието на трудовите функции на длъжността съгласно длъжностната характеристика, мястото на длъжността в йерархията на длъжности в рамките на съответното предприятие, независимо от наименованието на длъжността.

„Ето защо е важно длъжностната характеристика да бъде изготвена прецизно и възможно най-пълно да отразява трудовите функции и задължения, отговорности, връзки на съответната длъжност, както и къде тя стои в йерархичната структура на предприятието. … В зависимост от възможностите за самостоятелно планиране на извършваните дейности, длъжностите може да се разположат между два основни полюса. На единия

[11] Поради това е странно, че някои автори *априори* отричат ръководния характер на длъжността „Завеждащ човешки ресурси“ – така **Банова, Ем.** "Завеждащ личен състав" не е служител от ръководството на предприятието. – Труд и право, 2010, № 10, с. 18–21.; **Манолова, Н.** Завеждащ "Човешки ресурси" не е служител от ръководството на предприятието. Седмичен законник, № 18, с. 6 - 19 май 2013 г., с. 6.

полюс са длъжностите, при които изпълнителят има ограничени възможности за самостоятелно планиране на извършваните дейности и основно изпълнява разработени от други планове, програми, правила, инструкции. На другия полюс са длъжностите, при които изпълнителят планира самостоятелно преобладаващата част от извършваната дейност в рамките на деня, седмицата, месеца, годината.“[12] Уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ може да засегне само втората група служители.

Още веднъж се налага изводът, че разглежданото основание за уволнение трябва да се използва внимателно и „пестеливо“, предвид изключителния му характер. Ако изпълнителят по договора за управление вземе решение да се освободи от заварения ръководен екип или част от него по този ред, той следва да се ограничи до длъжностите, които действително са поставени на върха на организационната йерархия. В противен случай рискува извършени уволнения да бъдат обявени от съда за незаконни и засегнатите служители да бъдат възстановени на старите си длъжности, като при това им бъдат присъдени и съответните обезщетения за времето, през което са останали без работа.

4. Възможна алтернатива на уволнението по чл. 328, ал. 2 КТ

Уволнението по принцип е нежелателно и рисковано събитие за всеки работодател и по възможност следва да бъде избягвано. Особеността при разглежданото тук основание е, че подобни уволнения често са и морално неоправдани: съответните ръководни служители може да са изпълнявали безупречно

[12] **Богомилова, Ж.** Уволнение на служители от ръководството на предприятието поради сключване на нов договор за управление. – Труд и право, 2012, № 9, с. 16–23.

служебните си задължения с години, но въпреки това да бъдат уволнени, за да освободят място на нов управленски екип. Затова си струва да се напомни, че трудовото законодателство познава специфичен механизъм за прекратяване на трудовото правоотношение по инициатива на работодателя срещу уговорено обезщетение (чл. 331 КТ). Това е гъвкаво решение, от чието законодателно уреждане несъмнено има полза. То дава възможност на работодателя да се освободи от нежеланата за него трудовоправна връзка, като „откупи“ съгласието на работника или служителя за това. Механизмът най-често се използва, когато е невъзможно постигането на взаимно съгласие за прекратяване на трудовия договор по чл. 325, т. 1 КТ, а не е налице и основание за едностранно прекратяване от работодателя или той оценява използването на такова основание като твърде рисковано. В общия случай прекратяването на трудовото правоотношение на основание чл. 331 КТ е безконфликтно, почива на общата воля на страните да преустановят отношенията помежду си и в този смисъл прилагането му не би трябвало да създава съществени практически затруднения[13].

Разбира се, за да е мислима подобна алтернатива на основанието по чл. 328, ал. 2 КТ, работодателят трябва да е склонен да предложи обезщетение от най-малко четирикратния размер на последното получено месечно брутно трудово възнаграждение, а работникът или служителят да го приеме. В крайна сметка разпоредбата на чл. 331 КТ регламентира друга форма на пре-

[13] Вж. по-подробно за това основание **Средкова, Кр.** Цит. съч., с. 416; **Мингов, Емил.** Прекратяване на трудовия договор поради общи основания. София, Сиби, 2004, с. 52–58; **Стайков, Ив.** Изменение и прекратяване на трудовото правоотношение с нормативно установена времева зависимост на волеизявленията на страните. – Съвременно право, 2017, № 2, с. 78–80; **Александров, А.** Прекратяване на трудовия договор по инициатива на работодателя срещу уговорено обезщетение. – Труд и право, 2011, № 5, с. 16–20.

кратяване на трудовия договор по взаимно съгласие, като спецификата е в изплащането на обезщетение. С уеднаквяването и на осигурително-правните последици на плоскостта на обезщетението за безработица от началото на 2018 г. трудно могат да се разкрият други съществени разлики между „основната“ хипотеза на прекратяване по взаимно съгласие по чл. 325, ал. 1, т. 1 КТ и чл. 331 КТ.

Предложението от страна на работодателя за прекратяване на договора по реда на чл. 331 КТ може да е оправдано както от морално-етични съображения, така и по „стратегически“ причини. В случая обикновено става дума за взаимоотношения с ръководни и висококвалифицирани служители, някои от които са изключително търсени на пазара на труда. Ако прекратяването на отношенията с тях е конфликтно, не е изключено в бъдеще те да се опитват умишлено да навредят на дейността на предходния си работодател. Не бива да се изключва и възможността в даден момент те да бъдат отново привлечени в дружеството – опция, която изглежда слабо вероятна, ако служителят си е тръгнал с огорчение.

На следващо място, често в трудовите договори на ръководни служители е предвиден по-дълъг срок на предизвестие, а при прекратяването им по реда на чл. 328, ал. 2 КТ то обикновено не се спазва, а се замества от обезщетение за неспазено предизвестие по чл. 220, ал. 1 КТ. Ако липсва доверие към служител на ръководна позиция, рядко той ще бъде оставен да я изпълнява в срока на предизвестието. Ако работодателят е наясно, че трябва да изплати например обезщетение за неспазено предизвестие от три заплати, това е добър стимул да предложи четири, за да не се стига до уволнение.

Поради гореизложените съображения е препоръчително – доколкото в конкретната ситуация това е възможно – първо да се опита прекратяване по реда на чл. 331 КТ, преди да се пристъпи към уволнение по чл. 328, ал. 2 КТ. Няма пречка в хода на

преговорите около размера на обезщетението и момента на прекратяване на договора служителят да бъде уведомен и за възможността работодателят да използва и основанието по чл. 328, ал. 2 КТ. Не е изключено това да го мотивира да даде съгласието си.

III. Заключение

Правният режим на уволнението по чл. 328, ал. 2 КТ дава на работодателите, осъществяващи стопанска дейност, една специална възможност за оптимизиране на резултатите си чрез кадрови промени в управленския екип. В този смисъл уредбата без съмнение е необходима и полезна.

Формулировката и съдържанието на разпоредбата обаче търпи критики и то в различни насоки:

- На първо място, препоръчително е да се укаже кой сключва договора за управление на предприятието, за да се избегне объркването, че това е уволненият служител. Това е една масово допускана грешка, произтичаща от словесната объркаността на формулировката: *„служителите ... могат да бъдат уволнени ... поради сключване на договор за управление“*. Удачно е да се допълни, че те могат да бъдат уволнени от лицето, което е сключило договора за управление.
- Във второто изречение на разпоредбата следва изрично да се посочи, че 9-месечният срок тече от датата на вписване на договора за управление, ако той подлежи на вписване в Търговския регистър. Така ще се избегнат сериозните затруднения, срещани в момента в практиката, във връзка с доказването на началния момент на „встъпване в длъжност“ на изпълнителя по договора за управление.

Удачно би било налагането на константна съдебна практика, според която промяната на един или няколко от членовете

на колективен орган за управление да не се приема по презумпция като предпоставка за допустимостта на уволнения по чл. 328, ал. 2 КТ. На съдебна проверка следва да подлежи и обстоятелство дали конкретната промяна на най-високото мениджърско ниво има отношение към бизнес програмата, респ. дали тя има реално значение за извършеното уволнение или е използвана само като претекст за него.

Следва особено да се настоява на изключителния характер на основанието по чл. 328, ал. 2 КТ, за да се пресекат опитите за злоупотреба с него от страна на някои недобросъвестни работодатели и прекомерно разширяване на приложното му поле. Когато и доколкото е възможно да се предотвратят такива уволнения, работодателите не бива да пестят усилия в опитите си да го направят. Дори прекратяването на договора да е наложително от гледна точка на преследвания бизнес резултат, винаги е по-добре това да стане безконфликтно и по общата воля на страните, а не по пътя на уволнението.

Използвана литература:

1. Александров, Андрей. Уволнение поради сключен договор за управление на предприятието. – Труд и право, 2010, № 7, с. 18–23.
2. Александров, Андрей. Прекратяване на трудовия договор по инициатива на работодателя срещу уговорено обезщетение. – Труд и право, 2011, № 5, с. 16–20.
3. Банова, Емилия. „Завеждащ личен състав“ не е служител от ръководството на предприятието. – Труд и право, 2010, № 10, с. 18–21.
4. Банова, Емилия. Уволнение на основание чл. 328, ал. 2 от Кодекса на труда. – Труд и право, 2012, № 12, с. 25–28.
5. Богомилова, Жанет. Уволнение на служители от ръководството

на предприятието поради сключване на нов договор за управление. – Труд и право, 2012, № 9, с. 16–23.
6. Манолова, Нина. Завеждащ „Човешки ресурси“ не е служител от ръководството на предприятието. Седмичен законник, № 18, с. 6 - 19 май 2013 г.
7. Мингов, Емил. Прекратяване на трудовия договор поради общи основания. София, Сиби, 2004.
8. Мръчков, Васил. Договорът в трудовото право. София, Сиби, 2010.
9. Мръчков, Васил. Трудово право. 9 изд. София, Сиби, 2015.
10. Мръчков, Васил, Красимира Средкова, Атанас Василев. Коментар на Кодекса на труда. 12 изд. София, Сиби, 2016.
11. Симеонова, Стефанка. Наръчник по трудово право. Предотвратяване на некоректни действия на страните по трудовото правоотношение – практически съвети. София, Интер Интелект, 2007.
12. Симеонова, Стефанка. Юридически съвети по прекратяване на трудовите договори. София, Сиела, 2009.
13. Средкова, Красимира. Трудово право. Обща част. София, Св. Климент Охридски, 2010.
14. Средкова, Красимира. Трудово право. Специална част. Дял I Индивидуално трудово право. София, Св. Климент Охридски, 2011.
15. Стайков, Ивайло. Изменение и прекратяване на трудовото правоотношение с нормативно установена времева зависимост на волеизявленията на страните. – Съвременно право, 2017, № 2, с. 65–80.
16. Таджер, Витали. Капиталови търговски дружества. София, Труд и право, 1994.
17. Хорозов, Георги. С какъв договор се уреждат отношенията между акционерното дружество и изпълнителния му директор, когато той е и член на Съвета на директорите. – Пазар и право, 2005, № 5, с. 8 – 10.

Петър Бончовски*
Petar Bonchovski*

МЕСТНО АРБИТРАЖНО РЕШЕНИЕ. ПРИКРЕПЯНЕ НА ПРАВНИТЕ ПОСЛЕДИЦИ (ОБХВАТ НА ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО)

THE DOMESTIC ARBITRAL AWARD. SCOPE OF THE LEGISLATION. ATTACHMENT OF THE LEGAL EFFECTS

Ключови думи: *Арбитражни решения; местни; критерии; правни последици*

Резюме:

Популярността на арбитража нарасна неимоверно, вкл. и относно спорове, непредвидени първоначално в обхвата на съществуващия закон. Въпреки това уредбата, предоставяща сериозни преимущества на местните арбитражни решения, остана неясна и неизследвана систематично. Настоящото изследване анализира тази уредба, подхода при тълкуването и прилагането ѝ, като предоставя възможни разрешения.

Key words: *Arbitral awards; domestic; criteria; legal effects*

Summary:

The number of arbitral cases increased drastically. This trend included also legal disputes that were not envisaged as capable of arbitrability initially. The legislation remained however the same and to some extent lacked scientific research. The paper analyzes this legislation and its interpretation and application in a constructive way, thus suggesting possible amendments.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Уводни бележки

1.1. В сравнителноправен аспект съществува определена тенденция към разширяване на обхвата на арбитражното производство като способ за разрешаване на граждански в широк смисъл спорове извън хипотезите на международен арбитраж по търговски спорове. Възможен е например арбитраж по спорове, при които освен гражданскоправни, има и засилено приложение на публичноправна уредба. Примери са: спорове във връзка със защитата на потребителите, във връзка с нелоялна конкуренция, злоупотреба с господстващо или монополно положение, спорове в дружественото право и други[1].

1.2. Конкретно за Р България[2] може също да се наблюдава тенденцията, че освен приложение при търговските спорове с международен елемент, арбитражът се използва във всички клонове на частното право, където това е допустимо (базирано на чл. 19, ал. 1-2 ГПК[3] и на универсалността на ЗМТА[4]). Включително често към арбитраж се прибягва и по спорове с чисто национална природа (вътрешен арбитраж)[5]. По тези причини

[1] Напр. австрийският Граждански процесуален кодекс (§. 528, §. 617 и §. 618) допуска арбитраж по всички спорове с материален интерес, както и по някои видове спорове без материален интерес, като създава изрични правила за спорове с потребители и трудови спорове. В Руската Федерация се допусна арбитраж по изключително широк кръг от спорове, вкл. дружествени и т.н, вж. бел. 12. Широкото приложение на арбитража например в САЩ е добре известно.

[2] Република България (Р България).

[3] Граждански процесуален кодекс (ГПК), обн. ДВ, бр. 59 от 21 юли 2017 г., изм. и доп. ДВ, бр. 65 от 07 август 2018 г.

[4] Закон за международния търговски арбитраж (ЗМТА), обн. ДВ, бр. 60 от 05 август 1988 г., изм. и доп. ДВ, бр. 8 от 24 януари 2017 г.

[5] И по спорове с относително малък материален интерес, което е още един белег за генералната липса на доверие в правораздавателната система, както

значително се увеличи и броят на постоянно действащите арбитражни институции, както и на арбитражите ad hoc[6].

1.3. Освен обичайно изтъкваните предимства на арбитража, горната тенденция е резултат от необходимостта от справедливо и компетентно правораздаване[7], при условията на бързина и разумни разноски. Въпреки, че при сложни спорове разрешаването им може да отнеме година-две и повече, в общия случай арбитражът е по-бърз от държавния съд до постигане на окончателно решение[8].

В тази връзка разноските за арбитража също са съществено предимство. Това твърдение е вярно главно с оглед на реалностите в Р България. При сегашното състояние на държавните такси в гражданското съдопроизводство, които се

и за стремежа у обществото към по-бързо и ефективно правораздаване, което освен това да е финансово лесно достъпно. Предвид също така претовареността на националната съдебната система като цяло (главно основните за държавата съдилища, които поемат най-голямата бройка производства) и някои от предимствата на арбитража, това следва по-скоро да се приветства, отколкото да се поставят механични прегради, които да прегражда достъпа до арбитраж (срв. националната уредба относно потребителските спорове – чл. 19, ал. 1, пред. последно ГПК и чл. 53 ЗМТА).

[6] Арбитражният съд при Българската търговско промишлена палата (АС при БТПП) е предоставил подробни статистики относно някои от предимствата на арбитража и броя на делата пред него: http://www.bcci.bg/intro.html.

[7] При конституирането на решаващия орган страните могат също така да се ползват от предимството да посочат арбитри, които имат достатъчно добро име в правната професия, получено чрез изпитани в достатъчно дълъг период лични и професионални качества, необходими за отсъждащите по правни спорове. Няма изискване арбитрите да са юристи, а е възможно и да са лица с достатъчен опит и добро име в дадения бранш, които да подходят от по-неформален зрителен ъгъл към спора.

[8] И да припомним, че при производствата пред ВКС отново се наблюдава задръстване и насрочване само на заседанието по допускане до касация за след година и т.н.

определят на пропорционален принцип и без краен максимален лимит, може да се приеме, че тарифите на местните арбитражи са по-изгодни и балансирани[9].

1.4. При този своеобразен бум може да се каже, че законодателството изостана, като не отчете обстоятелството, че базираната на Закона-модел на UNCITRAL[10] национална уредба е предвидена за разрешаване на търговски спорове с международен елемент, където обикновено страните и техните представители са високоспециализирани в преговорите и предварителния дизайн на арбитража, при който едната страна може да получи значителни преимущества[11]. Точно обратното – в законодателството напоследък се наблюдава липсата на цялостен подход към уредбата на видовете арбитражни решения, който подход да се основава на една разумна и съобразена със спецификите на арбитража законодателна политика.

В тази връзка бяха направени например съществени изменения в ГПК относно общия режим на издаването на изпъл-

[9] При наличие на лимит и доста по-умерени държавни такси арбитражът е поначало скъп и затова при подобни условия към него се насочват главно търговци по сложни сделки с голям материален интерес. По подобни производства може да се наблюдава обаче как финансовата сила на едната страна, която предизвиква нови и нови разноски, често обезсилва другата и тя изоставя спора.

[10] Законът-модел за международния търговски арбитраж от 1985 г. на UNCITRAL (Комисията по международно търговско право на Организацията на обединените нации), както е изменен през 2006 г. (Законът-модел на UNCITRAL). По този модел е синхронизирано законодателството на редица държави, но не и на някои, в които се намират водещи арбитражни институции, като Франция, Обединеното Кралство (без Шотландия), САЩ, Швеция, Швейцария. Въпреки това Законът-модел има уникална роля в подобряване качеството и достъпа до арбитраж.

[11] Позната е уродливата ситуация, която възникна с разрешаването на потребителски спорове от арбитражи.

нителен лист въз основа на арбитражни решения (както при местните, така и при чуждестранните), като например проверката за нищожност при неарбитруемост на спора, която проверка повдига множество самостоятелни въпроси[12]. Напълно безпричинно и без никакво основания се премахна възможността за възражение за противоречие с норми от обществен ред като основание за отмяна на арбитражните решения, без да се отчита защитната функция на това възражение, както в частност за страните по делото, така и в общ интерес на националната правна система.

1.5. Може да се отбележи, от друга страна, че законодателят се дистанцира от цялостните проблеми на арбитража и на арбитражното решение, които проблеми се проявяват при съвременните условия[13]. Това се отнася съответно и относно възможността за прикрепяне на правни последици към арбитражните решения, към различните производства, свързани с ефектите на арбитражното решение, и техните предпоставки, както и към природата и особеностите на тези последици и възможностите за тяхното разрушаване. Наличната уредба е от своя страна фрагментарна и на места неясна и противоречива. Това

[12] Вж. напълно уместна критика у **Градинарова, Т.** За правомощията на съда да констатира нищожност на арбитражно решение в производството за издаване на изпълнителен лист. сб. Актуални въпроси на частното право. София, Св. Климент Охридски, 2018, с. 152-163.

[13] Докато, като пример, в Руската Федерация през 2013 г. стартира мащабна реформа на арбитража, която приключи с нов закон за арбитража по вътрешни спорове, съществени промени в режима на международния търговски арбитраж (съобразени със Закона-модел на UNCITRAL) и в основните процесуални закони. Допусна се при това и се създадоха специални правила за арбитраж по дружествени и др. спорове. Вж. **Orlov, Vl and Yarkov, Vl.** New Russian Arbitration Law. Athens Journal of Law, Vol. 10, No Y, Athena, Business and Law Division of the Athens Institute for Education and Research, 2017, pp. 257-279.

обяснява донякъде и проблемите в подхода при тълкуването на разпоредбите и тяхното прилагане от държавните съдилища напоследък[14].

1.6. Считаме, че това е донякъде резултат от липсата на систематични анализи на тези проблеми. Настоящето изследване ще се опита да запълни този празнина или поне да постави въпросите и даде начало на дискусия относно проблемите на класификацията на местните арбитражни решения, критериите по които арбитражите следва да се определят като местни, както и възможността и основанията за настъпване на правните последици. За тази цел ще се изследва обхвата на ЗМТА, който според автора не следва да се разширява извън търговските спорове по смисъл на този закон, както и другите възможни хипотези на прикрепяне на правни последици.

Решението по местен и по чуждестранен арбитраж. Възможни хипотези. Обща характеристика

2.1. Националното законодателство предвижда, че е достатъчно местожителството (респ. обичайното местопребиваване) или седалището на поне една от страните в арбитража по

[14] Спешно е необходима например законодателна интервенция относно установяващата се практика на ВКС да разглежда арбитражната клауза или споразумение между търговци като напълно откъснати от основното договорно правоотношение, при което клаузата се счита за невалидна при липса на изрична представителна власт да се сключва подобно споразумение, а правилото на чл. 301 ТЗ (Търговски закон, обн. ДВ, бр. 48 от 18 юни 1991 г., изм. и доп. ДВ, бр. 27 от 27 март 2018 г.) се приема да е неприложимо. И двете последици са напълно неприемливи в търговските отношения, било то с национален, или особено с международен характер. Подробни анализи на това състояние бяха представени в докладите на международната конференция „120 години арбитражна дейност в България и 65 години от създаването на Арбитражния съд при БТПП“, 18-19 април 2018, София.

търговски спорове да е според нейния устройствен акт в чужбина (респ. местонахождение на действителното управление), за да може и мястото на арбитража да бъде в чужбина (чл. 19, ал. 2 ГПК във вр. с чл. 404, т. 3, предл. трето ГПК и арг. от чл. 1, ал. 1-2 ЗМТА), т.е. арбитражът да бъде чуждестранен[15].

Независимо от наличието на международен елемент по съществото на търговския спор (арг. от §. 3, ал. 1 и ал. 2 ПЗРЗМТА[16]) обаче, спорът не може да бъде отнесен до чуждестранен арбитраж, когато и двете страни са с местожителство или седалище в Р България[17]. Така арбитраж между национални (в широк смисъл[18]) субекти следва да бъде само в Р България[19]. Постановяването на арбитражно решение в нарушение на посо-

[15] Съгласно чл. 20 от Закона-модел на UNCITRAL решаващият орган определя мястото на арбитража при липса на уговорка между страните. Това е възможно, дори ако те са с местожителство или седалище на територията на една държава, стига арбитражът да е международен по смисъла на чл. 1, ал. 3 от Закона-модел (т.е. да има международен материален елемент в спора по същество и вж. §. 11 от Обяснителните бележки на Секретариата на UNCITRAL (Обяснителни бележки на Секретариата)).

[16] Преходни и заключителни разпоредби към ЗМТА.

[17] Но вж. напр. и чл. 25, ал. 2, б. „б“ от Конвенция за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави, ратифицирана от Р България през 2000 г., обн. ДВ, бр. 87 от 21 декември 2001 г. (Вашингтонска конвенция от 1965 г.). В подобни хипотези ще е възможно арбитражът да е пред Международния център за разрешаване на инвестиционни спорове (ICSID), създаден по силата на Вашингтонската конвенция, дори и инвеститорът по смисъла на Конвенцията да е дружество, регистрирано по националното законодателство (вж. и 5.1. и следв. *infra*).

18 „Националност“ се използва в най-общ смисъл на свързаност на правните субекти с определен суверенитет.

[19] Тази разпоредба следва да се преосмисли относно международния арбитраж с оглед на развитието на търговията и участието на националните субекти на световния пазар. За страните би било например голямо предимство, ако могат да изберат място на арбитража, там където се очаква да се изпълнява решението.

чената разпоредба на чл. 19, ал. 2 ГПК ще доведе до отказ на екзекватура[20] (срв. и чл. 5, ал. 2, б. „б“ Нюйоркската конвенция[21]).

2.2. Възможно е следователно, в този ред на мисли, въпреки връзката на спора с националния суверенитет и независимо, че арбитражът е в обхвата на ЗМТА по смисъла на чл. 1, ал. 1-2 от закона, страните да предпочетат арбитраж в чужбина[22], или арбитражът първоначално изобщо да няма елемент, който да предполага място на арбитража в Р България. Или обратното, страните, когато арбитражът е в обхвата и на ЗМТА, да предпочетат място на арбитража в Р България въпреки тясната връзка на спора по същество с чужд суверенитет и възможността за прилагане на чуждо материално право (арг. чл. 38, ал. 1-2 ЗМТА).

2.3. Мястото на арбитража предпоставя в тази връзка класификацията на решенията като местни или чуждестранни арбитражни решения. Тези категории имат на първо място особено значение поради различния ред за възникване на националните правни последици (непосредствено прикрепване към местните решения[23] и в резултат на производство по екзекватура[24] при чуждестранните).

Мястото на арбитража има на второ място значение относно компетентността на държавните съдилища при контрол

[20] Признаване и допускане изпълнението на чуждестранни арбитражни решения.

[21] Нюйоркската конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения от 1958 г. (Нюйоркската конвенция), ратифицирана от Р България през 1961 г., обн. ДВ, бр. 2 от 08 януари 1965 г.

[22] Напр. там има имущество, върху което може да се изпълни.

[23] Срв. **Сталев, Ж.** Арбитраж по частноправни спорове. София, CIELA, 1997 г., с. 131.

[24] Производство по признаване и допускане изпълнението на чуждестранни арбитражни решения.

над арбитражите по реда на искането за отмяна на арбитражни решения[25]. Мястото на арбитража може да има освен това значение и когато е необходимо държавен съд да окаже съдействие по арбитражното производство, напр. в производство по назначаване на арбитри, отводи на арбитри и др.

2.4. Различният режим (а и особеностите на прикрепяне на правните последици при сравнение със съдебните решения) следва от обстоятелството, че арбитражните решения не са проява на националната правораздавателна власт[26], но те следва да са в хармония с нейните основни изисквания за честен и справедлив процес, а решението да е съобразено с материалния закон и/или с изискванията на справедливостта при неговото прилагане, когато е приложим чужд закон. Държавата не може да позволи произвол при частното правораздаване в обхвата на действие на националната юрисдикция (правораздавателен суверенитет)[27].

---

[25] Мястото на арбитража сочи кой национален съд ще е компетентен да отмени арбитражното решение, като едно от основанията за отмяна е спазване на основните изисквания на националното съдопроизводство относно наличието на справедлив процес: Вж. **Laurence Craig, W., Park, William W. and Paulsson, J.** International Chamber of Commerce Arbitration. 3rd ed., New York, Oceana Publications, Inc./Dobbs Ferry, 1998, pp. 499-500. Това е и изискването на Закона-модел на UNCITRTAL: вж. §. 7, т. 48 от Обяснителни бележки на Секретариата, както и на чл. IX, ал. 1 от Европейската конвенция за външнотърговски арбитраж от 1961 г. (ЕКВА), ратифицирана от Р България през 1964 г., обн. ДВ, бр. 57 от 21 юли 1964 г.

[26] Арбитражните решения са проява на договорно (конвенционално правораздаване), при което решаващият орган черпи правомощията си от споразумението спорът да се разреши от арбитраж, а не по силата на публичноправни функции. Съответно и решението има частноправен характер (**Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р.** Българско гражданско процесуално право. София, CIELA, 9 изд., 2012 г., с. 827) и не проявява характеристиките на държавен властнически акт (Сталев, Ж. Цит. съч., с. 130).

2.5. Включително и при място на арбитража в националната юрисдикция няма пълна гаранция, че решението винаги ще отговаря на основните изисквания на националния правен ред[28]. Поради предполагаемата връзка с устоите на друг суверенитет, това е още по-съмнително при решенията, постановени по ар-

[27] Затова и възможността за отмяна се свързва също с мястото на арбитража. Напълно необяснимо е при това положение премахването на възражението за противоречие с норми от обществен ред (срв. разпоредбата на чл. 47, ал. 1, т. 3 ЗМТА, която е отменена с промените от ДВ, бр. 8 от 24 януари 2017 г.). За становище, че отпадането води до проблеми, както и тенденция ВКС да заобиколи липсата на подобно възражение, вж. у **Мингова, А. и Стамболиев, О.** Компетентен ли е арбитражен съд да разглежда спорове за стопанска непоносимост по приватизационни сделки (Критичен анализ на решение № 189/09.11.2017 г. по т.д. №167/2017 г. на ВКС-I ТО). Научни трудове на Института за държавата и правото. Т. XVI, Актуални правни проблеми, София, ИДП-БАН, 2017 г., с. 248.

[28] Поради договорната природа на производството арбитражните решения са винаги външни за държавната правораздавателна власт и местните арбитражни решения не следва да се възприемат като национални съдебни решения. Затова съгласно ЗМТА до реформата от 1993 г. (вж. чл. 49-50 от ЗМТА, обн. ДВ, бр. 60 от 05.08.1988 г.) и местните решения са подлежали на екзекватура (вж. и **Градинарова, Т.,** бел. 44 *infra*). Следвало се е напълно разрешението, предоставено в чл. 35 и чл. 36 на Закона-модел на UNCITRAL, съгласно които признаване ще е необходимо при всички хипотези на местен арбитраж по спор с международен елемент. Законът-модел приема, че арбитражните решения по правило не произвеждат правни последици след тяхното постановяване, а е необходим акт на държавата, където решението е постановено, за да се случи това, и то само в обхвата на суверенитета на тази държава (вж. и чл. 1, ал. 1, изр. второ от Нюйоркската конвенция). Това е изрично пояснено в §. 48, 49-51 и §. 54 от Обяснителните бележки на Секретариата. Затова Законът-модел не разграничава между местен и чуждестранен арбитраж от гледна точка на настъпването на ефектите на арбитражното решение, а само между международен арбитраж (international arbitration) и арбитраж без международен материален елемент (non-international arbitration), т.е. по един чисто национален спор – вж. §. 49-51 и §. 54 от Обяснителните бележки на Секретариата.

битражни производства с място на арбитража в чужбина. Затова те следва винаги да се възприемат като чуждестранни (foreign, non-domestic)[29] със съответните последици от това, освен в някои особени хипотези[30].

2.6. Затова към чуждестранните арбитражни решения не се прилага националният способ за прикрепяне на правните последици, който е относим към местните решения, а арбитражното решение ще трябва първо да се допусне по специалния съдопроизводствен ред, предвиден за тази цел. Съгласно разпоредбата на чл. 1, ал. 1 ЗМТА, редът на ЗМТА се прилага само към арбитражното производство[31], когато мястото на арбитража е на територията на Р България[32].

Съответно в хипотезата на арбитраж по търговски спорове, който няма място на арбитража на територията на Р България (срв. чл. 1, ал. 2 ЗМТА), чл. 41, ал. 3 ЗМТА не действа, а приложение ще намери чл. 51, ал. 2, предл. първо ЗМТА. За да може да прояви действие в рамките на националния суверенитет, арбитражното решение ще трябва да бъде признато съгласно Нюйоркската конвенция или друг международен акт по реда на исковото производство, специално предвидено за тази цел (ек-

[29] Срв. **Zöller, R.** Bearbeiter Zivilprozessordnung. 21. Auflage, Koln, Verlag Dr. Otto Shmidt, 1999, S. 2332.

[30] При които към арбитражно решение, постановено в чужбина, поради специфични причини ще се прикрепят автоматично и непосредствено националните правни последици: вж. напр. чл. 9, ал. 2-4, б от Договора между Р България и Р Австрия за взаимно насърчаване и защита на инвестициите обн. ДВ, бр. 99 от 29 октомври 1997 г.

[31] Няма пречка страните по чуждестранно арбитражно производство да посочат за приложимо процедурно право ЗМТА, но това не може да включва в общ смисъл правилата, които определят взаимоотношенията между арбитража и съответния суверенитет (срв. чл. 24 ЗМТА).

[32] Същият е и замисълът на Закона-модел на UNCITRAL (чл. 1, ал. 2 от Закона-модел и §. 13-14. от Обяснителните бележки на Секретариата).

зекватура).

2.7. По тази причина и разпоредбите на чл. 404, т 1, предл. последно и т. 3, предл. трето и четвърто ГПК посочват различни предпоставки за възможността за принудително изпълнение. ГПК изрично използва при това термина „чуждестранни арбитражни съдилища“ и изисква относно тези решения да е допуснато изпълнение на територията на Р България, за да може да се издаде изпълнителен лист. За издаването на изпълнителен лист въз основа на решения на местни арбитражни съдилища е предвиден отделен ред (чл. 405, ал. 3 ГПК и срв. чл. 405, ал. 4 и чл. 406, ал. 1 ГПК и вж. чл. 51 , ал. 1, изр. първо ЗМТА, който текст изисква решението да е влязло в сила по смисъла на този закон – ЗМТА).

2.8. По този начин всички арбитражни производства по ЗМТА, чието място е в пределите на правораздавателния суверенитет (съобр. и §. 1, ал. 1-3 ПЗРЗМТА) на Р България, ще се считат за местни (domestic) съгласно настоящето състояние на националното законодателство, независимо от всеки друг критерий и от наличието или липсата на международни елементи в делото[33]. Решенията, постановени по тези производства, също ще се считат за местни, без никакви други условия или предварителни производства по тяхната проверка. Съответно към тях автоматично и непосредствено ще се прикрепят националните правни последици.

2.9. С тази уредба се следва основният критерий, поставен в текста на чл. 1, ал. 1, изр. първо от Нюйоркската конвенция (чрез дефиниране обхвата на Конвенцията спрямо решения, постановени на територията на друга съдоговаряща страна), а именно дали решението е постановено на територията на дър-

[33] Вж. **Сталев, Ж., Мингова, А., Стамболиев, О., Попова, В., Иванова, Р.** Цит. съч., с. 782 и **Сталев, Ж.** Цит. съч., с. 133, 149.

жавата или не, без да се поставят и вторични (само за обхвата на ЗМТА) критерии за придобиване на качеството на местно арбитражно решение. Конвенцията обаче допуска по принцип подобна възможност като я предоставя на националните правни уредби (чл. 1, ал. 1, второ изр. от Конвенцията).

2.10.1. За тази класификация и нейните повече от сериозни практически прояви няма значение[34] дали разрешаването на спора по същество е подчинено на изискванията на един чужд суверенитет, определен съгласно приложимите разпоредби на международното частно право (международен арбитраж, арбитраж с международен материален елемент – international arbitration), или на националния правораздавателен суверенитет (вътрешен арбитраж – non-international arbitration, national arbitration)[35]. Делата в обхвата на режима на ЗМТА, с място на арбитража в Р България, класифицирани като вътрешни или международни, са винаги местни от гледна точка на националната юрисдикция и това позволява прикрепянето на националните правни последици към решенията по тези арбитражи.

2.10.2. В тази връзка, съгласно разпоредбата на чл. 1, ал. 1 ЗМТА, този закон урежда международния търговски арбитраж, когато мястото на арбитража е на територията на Р България. От природата на този арбитраж няма съмнение, че е допустимо да се прилага чуждо материално право като краен регулатор на

[34] Вж. изрично в този смисъл и чл. 1, ал. 1, алт. 1 Нюйоркска конвенция за признаване и изпълнение на чуждестранни арбитражни решения.

[35] Вж. §. 49-51 и §. 54 от Обяснителните бележки на Секретариата Белезите, използвани в тази класификация, са по-широки от белезите използвани от арбитражите, за да разделят делата на „вътрешни арбитражни дела“ (ВАД) и „международни арбитражни дела“ (МАД)), което разделение се прави за други цели и само въз основа на националността на страните, която винаги предполага приложимост на чуждо материално право, когато е по МАД, но същата необходимост може да е налична и по ВАД.

спора по същество (арг. и от чл. 1, ал. 2 и изрично чл. 38, ал. 1-2 ЗМТА). Въз основа на изложеното по-горе, няма съмнения, че и този арбитраж ще се счита за местен. Подобни арбитражи ще водят затова винаги до приложимостта на разпоредбите на чл. 41, ал. 3, изр. трето, респ. и чл. 51, ал. 1 ЗМТА.

2.10.3. От тази гледна точка, разпоредбата на §. 3, ал. 3 от ПЗР на ЗМТА, изрично допуска към местния арбитраж, когато и двете страни имат местожителство или седалище в Р България, да се прилагат разпоредбите на чл. 38, ал. 1 и ал. 2 ЗМТА[36]. Тези правила, от своя страна, позволяват при разрешаването на спора да се прилага избраният от страните закон или чуждият закон, ако съгласно българското международно частно право в спорното материално правоотношение има елемент, който води до прилагането на този чужд закон.

2.10.4. Също съгласно разпоредбата на §. 3, ал. 3 от ПЗРЗМТА законът (за разрешаване на спорове по международен търговски арбитраж – ЗМТА) се прилага и при търговски арбитраж между страни с местожителство или седалище в Р България, с изключение на няколко разпоредби, които са лимитативно изброени. Правилата на чл. 41, ал. 3, изречение трето и съответно на чл. 51, ал. 1 ЗМТА не са изключени от разпоредбите на §. 3, ал. 3 от ПЗРЗМТА и затова към решенията в горната хипотеза ще се прикрепят направо националните правни последици.

Арбитражни решения в обхвата на ЗМТА (вътрешен и международен арбитраж; търговски спорове)

[36] Дори и страните да имат местожителство или седалище в Р България, няма пречка изпълнението на задължението да е с място в чужбина или спорът да е възникнал и да се свързан с чужда територия (срв. чл. 1, ал. 3 от Законамодел на UNCITRAL и §. 11 от Обяснителните бележки на Секретариата).

3.1. След като арбитражни решения са актове на частно правораздаване и нямат качеството да са един публичноправен акт по разрешаване на правен спор, може също така напълно обосновано да се твърди, че спецификите на съдебните решения като актове на публичната власт в рамките на нейната обща компетентност да правораздава по граждански в широк смисъл спорове не следва да се отнасят и към арбитражните решения, независимо дали местни, или признати чуждестранни арбитражни решения[37].

3.2. На второ място, липсата на качеството „националност“[38], което качество е присъщо само на съдебните решения,

[37] Становище, че правните последици на съдебното и арбитражното решение не са напълно идентични („изоставя се тяхното частично приравняване“) има и у **Градинарова, Т.** Цит. съч., с. 161-162. Макар и да има последици, аналогични на последицата СПН на съдебните решения, този ефект при арбитражните решения не се покрива напълно с действието на СПН защото се прикрепя към един частноправен акт. Затова използваме този работен термин. Тази правна последица на арбитражните решения няма например антиципирано действие относно последващи висящи производства: срв. чл. 126, ал. 1-2 ГПК, чийто еквивалент не е наличен в ЗМТА, а се прилагат правилата на чл. 8, ал. 1-2 ЗМТА. Съгласно спецификите на арбитражното производство са неприложими и правилата за необходимото другарство (чл. 304, във вр. с чл. 216, ал. 2 ГПК) и т.н.

[38] Без изрично предоставяне на държавната санкция те не подлежат на зачитане и съответно изпълнение от другите държавни и общински органи, защото не са постановени от орган, който е част от структурата на съответната държава, т.е. не са проява на империума – срв. Сталев, Ж. Сила на пресъдено нещо в гражданския процес на Р България. София, СИЕЛА – Софт енд Публишинг, 2007, с. 445-460. Нюйоркската конвенция в текста на английски език определя за целите на признаването решенията не като национални, а като местни (domestic – чл. 1, ал. 1, изр. второ и ал. 3 от Конвенцията). Непрецизността в превода на Нюйоркската конвенция на българско език, където арбитражните решения се определят като национални и чуждестранни следва от това, че арбитражните решения се постановяват не от органи на държавната власт, които действат съгласно монопола на държавата да правораздава

независимо дали постановени от държавен съд, или от особена юрисдикция предполага един строг и прецизиран режим на допускане на ефектите на арбитражните решения. Особено изпълнителната сила не следва да се прикрепя без едни минимални гаранции, че решението е в хармония с националните изисквания за законност и справедливост[39].

Въпреки това, както посочихме, националният законодател допуска непосредствено действие на местните арбитражни решения по търговски спорове с международен материален елемент (спор по външнотърговски отношения по смисъла на чл. 1, ал. 1-2 и чл. 7, ал. 1, изр. първо, последни две предложения

в рамките на своя суверенитет, а са проява на частно правораздаване, външно за държавната власт. Класификация следва да се използва само при съдебните решения, доколкото те са държавни актове и затова без съмнение проява на националната юрисдикционна властническа функция. Затова предпочитаме терминът „местно арбитражно решение“. Вж. и **Сталев, Ж.** Цит. съч., с. 38.

[39] Например арбитраж с място в Р България, при който страните и арбитрите са чужденци, които само целят настъпването на националните правни последици. Трудно може да се предполага в тази хипотеза, че българското материално и процедурно право са изобщо приложени. По тези причини съгласно един от най-новите законодателни актове в тази връзка – Закона за международния търговски арбитраж на Онтарио, в сила от 22 март 2017 г., търговският арбитраж с международен материален елемент в спора няма да е местен, поради наличието на този елемент, дори и при място на арбитража в рамките на щата или в Канада (чл. 1, ал. 3, б. „а“ и чл. 4 от Закона). Същото е разрешението в новоприетия Закон за международния търговски арбитраж на Аржентина от 26 юли 2018 г. Подобно и в редица др. държави: обобщено у **Laurence Craig, W., Park, William W. and Paulsson, J.,** Op. cit., pp. 495-623. Срв. и при **D'Arcy, L., Murray, C. and Cleave, B.** Schmitthoff's Export Trade, the Law and Practice of International Trade. 10th Ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2000, p. 504; за извършването на практическа миниекзекватура в Германия при издаване на изпълнителен лист въз основа на местно арбитражно решение, когато още не е изтекъл срокът за искане за неговата отмяна, вж. **Zöller, R. Bearbeiter.** Op. cit., SS. 2391-2392 und 2380-2382.

ЗМТА)[40], като впоследствие дори разшири обхвата на това действие към други категории решения (които всъщност са доста по-пригодни да се възползват от този режим).

3.3. Можем съответно да прецизираме въз основа на изложеното в предходния раздел, че понастоящем ЗМТА предвижда прикрепяне, както на непререшаемост, така и на изпълнителна сила, направо въз основа на постановяването на всяко едно местно арбитражно решение по вътрешен или международен арбитраж, което е и окончателно (чл. 38, ал. 4 и чл. 43, ал. 3, трето изр. ЗМТА). Това разрешение е много либерално в сравнителноправен план и освен въпросът за принципните критерии при прилагането на този модел[41], поставя много сериозния въпрос за точния обхват на ЗМТА, в който тези критерии ще действат.

3.4.1. В исторически план правните последици настъпваха първоначално при един по-тесен обхват на закона: в хипотезата, когато едната страна по спор с международен материален елемент (международен арбитраж) има местожителство или седалище в чужбина, което обстоятелство винаги обосновава външнотърговския характер на спора[42] (срв. чл. 1, ал. 2 ЗМТА[43] и

[40] Срв. чл. 1, ал. 2 ЗМТА.

[41] Публикация с критика в тази насока и предложения за осъвременяване на законодателството авторът е предложил в юбилейния сборник по случай 70-годишнината на проф. Емил Константинов, София, ИДП-БАН, 2018 г.

[42] И необходимостта от арбитражно производство със съответните особености (възможност за място на арбитража в чужбина, избор на приложимо към арбитражното споразумение право, избор на приложимо по съществото на спора право, националност на арбитрите, избор на език на производството, някои производствени особености), вкл. неминуемото наличие на международен материален елемент в спора – като минимум относно правните качества на страната по спорното правоотношение ще се прилага съответното чуждестранно право (арг. чл. 38, ал. 1-2 ЗМТА).

чл. 19, ал. 2 ГПК), а другата страна винаги има местожителство или седалище в Р България[44].

3.4.2. За настъпването на тези ефекти не беше необходима някаква проверка от страна на държавата. Съгласно разпоредбата на чл. 38, ал. 4 ЗМТА арбитражното решение е окончателно и слага край на спора, а съгласно чл. 43, ал. 3, трето изречение ЗМТА с връчването на една от страните решението влиза в сила, става задължително за страните и подлежи на принудително изпълнение (както и вж. чл. 404, т. 1 ГПК).

3.4.3. С приемането на разпоредбите на параграф 3, ал. 1-3 от ПЗРЗМТА[45] този режим се разпростря впоследствие и относно местните арбитражни решения по спорове относно търговски отношения с международен материален елемент, т.е. по международен арбитраж, когато и двете страни имат местожителство или седалище в Р България (§. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА).

3.4.4. Режимът обхвана същевременно и арбитражни решения по вътрешни (напълно национални) спорове, т.е. по спорове без никакъв международен материален елемент[46] (арг. §. 3, ал. 3 ПЗРЗМТА и срв. чл. 1, ал. 1-2 ЗМТА), когато тези спорове са относно търговски отношения (но не външнотърговски) по смисъла на ЗМТА.

3.5.1. При по-подробен анализ може да се установи в тази връзка, че е изрично предвидена възможността режимът на

[43] Разпоредбата не е променяна по същество от влизането в сила на ЗМТА обн. ДВ, бр. 60 от 05 август 1988 г. С промяната, обн. ДВ, бр. 93 от 02 ноември 1993 г., единствено е заменена НР България, с Р България.

[44] А до реформата на ЗМТА през 1993 г. и местните арбитражни решения не са произвеждали правни последици автоматично. Сравни у **Градинарова, Т.** Цит. съч., с. 153-154, 157.

[45] Обн. ДВ, бр. 93 от 02 ноември 1993 г.

[46] Което естествено предпоставя, че двете страни имат местожителство, респективно седалище в Р България.

ЗМТА да се прилага когато страните са с местожителство или седалище в Р България (§. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА), като при това няма пречка да се прилага чуждестранен закон като краен регулатор на материалното правоотношение, ако националната законодателство допуска това (§. 3, ал. 3 ПЗРЗМТА).

Така с разпоредбите на §. 3, ал. 1 и ал. 3 ПЗРЗМТА без съмнение се допусна приложимостта на обхвата на ЗМТА и относно арбитраж по спор с международен материален елемент, когато и двете страни са с местожителство или седалище в Р България. Действието на режима на ЗМТА е допуснато в цялост, с някои лимитативно изброени изключения, следващи от еднаквото местожителство на страните.

При подобен арбитраж е изключена възможността да се предвиди арбитраж в др. държава (чл. 10 ЗМТА), да се посочи за арбитър лице, което не е гражданин на Р България (чл. 11, ал. 2 ЗМТА), да се уговори от страните или определи от решаващия орган друг език на арбитражното производство, а не български (чл. 26 ЗМТА), страните да подчинят арбитражното споразумение на чужд закон (чл. 47, ал. 1, т. 2 ЗМТА) и вж. §. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА.

Не са изключени обаче разпоредбите на чл. 38, ал. 1-2 ЗМТА относно възможността за приложимост на чуждо материално право по съществото на спора. Не са изключени и разпоредбите на чл. 38, ал. 4 и чл. 43, ал. 3, трето изр. ЗМТА, които прикрепят националните правни последици към арбитражното решение. Това би било напълно неприемливо предвид връзката на двете страни с Р България, след като този режим се прилага поначало, когато едната страна има местожителство или седалище в чужбина.

3.5.2. Същевременно, тъй като не е задължително да се стига до приложимостта на чуждо материално право като краен регулатор по съществото на спора, но това не е пречка спорът да се разгледа и разреши по реда на ЗМТА, може да се приеме,

че ЗМТА регулира и вътрешния арбитраж по търговски спорове без международен материален елемент.

Това следва по аргумент от обратното от текста на §. 3, ал. 3 ПЗРЗМТА, който предвижда, че разпоредбите на чл. 38, ал. 1-2 ЗМТА относно приложимостта на чуждо материално право по съществото на гражданския (в широк смисъл) спор, ще се прилагат само ако се налице предпоставките за това съгласно националното международно частно право.

Затова и в хипотезата на спор между две страни с местожителство или седалище в Р България е изключено действието на цялата алинея втора на чл. 1 от ЗМТА, а не само на нейните последни две предложение относно седалището или местожителството на страните (§. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА).

Действието на разпоредбата на чл. 1, ал. 2, предл. второ ЗМТА относно външнотърговския характер на арбитража следва да се изключи изрично в подобни хипотези, за да може да се разшири обхватът на ЗМТА и относно националните търговски спорове, така че да няма противоречия в отделните разпоредби.

Оттук може да се направи пряк извод, че спорът може и да не е външнотърговски, т.е. без международен материален елемент по същество.

3.5.3. Следва да се отбележи, че от друга страна се запазва действието на чл. 1, ал. 1, предл. първо ЗМТА, която разпоредба фиксира именно международен арбитраж, както и на чл. 3 ЗМТА и др. Може затова при по-формален поглед да се твърди, че обхвата на ЗМТА се разширява само до хипотезата, при която и двете страни имат местожителство или седалище в РБ, но все пак се изисква да има международен материален елемент в спорното правоотношение по силата на чл. 1, ал. 1 ЗМТА, който елемент може и да не води до приложимостта на чуждо право (арг. §. 3, ал. 3 ПЗРЗМТА).

Подобно тълкуване обаче пряко противоречи на изричното премахване на изискването арбитражът да е само по спо-

рове свързани с външнотърговски отношения чрез правилата на §. 3, ал. 1 и 3 ПЗРЗМТА. Подобно тълкуване не би имало също така много смисъл. Когато не се стига до прилагане на чуждо материално право като краен регулатор на спора по същество по силата на наличието на международен материален елемент в него, този елемент ще е на практика всъщност просто ирелевантен за спора от гледна точка на своята националност. Т.е. в подобни хипотези спорът ще се възприема като напълно национален и няма да може да се определи като свързан с външнотърговски отношения.

3.5.4. Да не се предостави възможност за арбитраж на търговски спорове по смисъла на ЗМТА, които спорове са без наличие на международен материален елемент би било прекалено, макар че поначало режимът, предвиден от Закона-модел на UNCITRAL (вж. чл. 1, ал. 1), няма обхват извън спорове с подобен елемент. Законодателят напълно обосновано е приел в тази насока, че националната уредба, приета въз основа на Закона-модел, е достатъчно уместна и универсална. По-скоро използваната законодателна техника е прекалено усложнена и с изпускане на детайли.

3.6. Като обобщение може да се посочи, че съгласно гореизложеното арбитражът по ЗМТА може да бъде (i) както по спорове с международен материален елемент (международен арбитраж), когато поне една от страните има местожителство или седалище извън Р България (чл. 1, ал. 2 ЗМТА), (ii) така и по спорове, когато и двете страни имат местожителство или седалище в Р България (съгласно §. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА), без значение (iia) дали се стига (международен арбитраж), или (iib) не се стига до приложимостта на чуждо материално право по съществото на спора (вътрешен арбитраж).

3.7.1. Необходимо е обаче да се подчертае в тази връзка, че при един последователен и детайлен анализ на разпоредбите въз основа на общоприетите правила за тълкуване се установява,

че режимът на ЗМТА и в частност на чл. 38 и чл. 41, ал. 2 ЗМТА не обхваща други възможни арбитражни производства, освен тези по търговски спорове (спорове относно търговски отношения) по смисъла на ЗМТА[47].

3.7.2. Това е резултат от обстоятелството, че при лимитативното си изброяване разпоредбата на §. 3, ал. 1 ПЗРЗМТА не изключва изрично действието на чл. 1, ал. 1, предл. първо ЗМТА, която разпоредба в крайна сметка също лимитативно ограничава обхвата на закона до търговския арбитраж. Както се посочи, премахнато е само изискването арбитражът да е и по външнотърговски спорове (§. 3, ал. 1 и ал. 3 ПЗРЗМТА).

3.7.3. Разпоредбите на чл. 1, ал. 1 ЗМТА са при това от публичноправен характер, защото се допуска алтернативен договорен способ за разрешаване на правни спорове в обхвата на общата правораздавателна власт на държавните съдилища по граждански спорове. При общото действие с другите публичноправни разпоредби от ЗМТА тези правила прецизират ограничаването на тази власт, предвидено в чл. 19, ал. 1 ГПК – те водят до ограничаване на компетентността на съдилищата по конкретния спор, които съдилища следва да се десезират, ако арбитражното споразумение е валидно (арг. от чл. 8, ал. 1 ЗМТА и вж. 4.2.-4.4. *infra*).

3.7.4. По този начин съгласно правилото на чл. 1, ал. 1, предл. първо ЗМТА относно търговския характер на арбитража, което правило остава да действа във всяка една от разгледаните хипотези, в обхвата на режима на арбитражните производства по ЗМТА са включени само търговски спорове по смисъла на

[47] Това не означава, че подобни производства са недопустими, предвид разпоредбата на чл. 19, ал. 1 ГПК. Означава, че арбитражните решения по тях няма да се ползват с правните последици, прикрепени към решенията в обхвата на ЗМТА. Т.е. в случая на производството липсва юрисдикционен характер.

ЗМТА (съобр. §. 3, ал. 2 ПЗРЗМТА и чл. 7, ал. 1, изр. първо ЗМТА и срв. чл. 365 ГПК, който има много по-широк обхват)[48].

3.10. Колебания относно горните изводи може да наведе единствено разпоредбата на §. 3, ал. 2 ПЗРЗМТА, която сочи, че когато спорът не произтича от търговски сделки, назначаващ орган при служебно посочване на арбитър по чл. 12 ЗМТА е Софийският градски съд, а не председателят на Арбитражния съд към Българската търговско-промишлена палата.

Но тази разпоредба би следвало да действа само в обхвата на ЗМТА, така както той бе дефиниран по-горе, и като се съобрази разпоредбата на чл. 7, ал. 1, изр. първо, последно предложение ЗМТА, съгласно която споровете по търговски отношения по смисъла на ЗМТА обхващат например и спорни извъндоговорни правоотношения между търговци, като при обща авария в мореплаването и др[49].

---

[48] Остава отворен въпросът дали пропускът да се нагоди ЗМТА към реформата в съдопроизводството от 1993 г. (срв. чл. 9 ГПК (отм.), обн. ДВ, бр. 12 от 08 февруари 1952 г. и измененията обн. ДВ, бр. 60 от 05 август 1988 г. и ДВ, бр. 93 от 02 ноември 1993 г.), която реформа генерално позволи арбитраж по имуществени спорове, с изключение на някои неарбитруеми хипотези (положението е запазено и с чл. 19, ал. 1 ГПК действащ), е недоглеждане или се е предвиждало в даден момент да се приеме закон относно вътрешния арбитраж между граждани. Дори и да е пропуск, с извинението „пропуск“ не може да се разширява обхвата на ЗМТА, независимо, че може да се установи и съответната социална нужда, особено относно неговите публичноправни последици (вж. и 4.2. и 4.8.1. *infra*), след като разпоредбите изрично сочат друго при прилагане на универсални и общоприети правила за тълкуване на правни норми.

[49] В подобни хипотези на практика ще става най-често въпрос за арбитраж ad hoc, уговорен след възникването на спора. Ако е уговорена арбитражна институция, в съответните правила ще се съдържат разпоредби за определяне на арбитрите. Една от целите на нормата е затова по-скоро да не създават предпоставки за монопол на председателя на АС при БТПП при назначаване на арбитри.

Търговските спорове по смисъла на ЗМТА обхващат също така и спорове между търговци и граждани по търговски сделки и др. правоотношения, възникнали по повод на търговски отношения (при съобразяване на забраните на чл. 19, ал. 1 ГПК).

Затова и изискването относно местожителство[50], което е налично само при физически лица – срв. в тази връзка чл. 1, ал. 2 ЗМТА и чл. 365 ГПК). При подобни хипотези също не е напълно обосновано посочващ орган да е председателят на Арбитражния съд към Българската търговско-промишлена палата[51].

3.11. Същевременно, независимо че няма уредба, арбитраж по други видове спорове е все пак напълно допустим съгласно чл. 19, ал. 1 ГПК, когато тези спорове не са обхванати от изрични забрани на същия текст. Няма и пречка ЗМТА да се посочи като приложимо производствено право. Това посочване не може обаче да обоснове действие на публичноправните разпоредби на ЗМТА (вж. по-подробно следващия параграф и по-специално 4.2., 4.9-4.10 *infra*).

3.12. Разпоредбата на чл. 404, т. 1 ГПК не прецизира от своя страна към кои арбитражни решения се прикрепя изпълнителната сила (вж. обаче и съображенията в 4.7-4.8 *infra*).

Едва с изменения на разпоредбите на чл. 405 ГПК и създаването на нова алинея пета в този текст се допусна съдът по издаването на изпълнителен лист да следи за нищожни по сми-

[50] Като това изискване има своето значение и при еднолични търговци и граждани, търговци по смисъла на чл. 1, ал. 1, предл. първо или ал. 2 ТЗ.

[51] Предвид разпоредбите на чл. 19, ал. 1 ГПК може да се приеме, че „търговски отношения“ по смисъла на ЗМТА не обхваща само отношения между търговци, а и отношения между търговци и граждани и др. субекти, извън потребителските и трудовите правоотношения. Въпросите на предметния и субективен обхват на арбитражните клаузи по ЗМТА са много сериозни. Те са извън обхвата на настоящето изследване и тук са засегнати само доколкото е необходимо за изследването.

съла на чл. 47, ал. 2 ЗМТА решения (арбитражните решения, постановени по спорове, предметът на които не подлежи на решаване от арбитраж, са нищожни) и съответно да отказва издаване на изпълнителен лист, когато установи тази нищожност.

Така проверката на съда при издаване на изпълнителен лист въз основа на влязло в сила арбитражно решение е насочена сега ясно само към режима на ЗМТА и съответно и действието на чл. 404, т. 1 ГПК следва да е също само в рамките на този режим. В останалите хипотези издаването на изпълнителен лист следва да се отказва направо поради липсата на предвиден в ГПК изпълнителен титул.

Арбитражни решения извън обхвата на ЗМТА. Избор на ЗМТА за curial law. Анализ на нормите на ГПК относно прикрепянето на изпълнителна сила

4.1.1. Пропуск на законодателя е, че не урежда общ закон за арбитража извън досегашните хипотези на арбитраж по търговски отношения, след като очевидно в обществото съществува подобна нужда. Другите видове арбитражи са допуснати обаче съгласно разпоредбата на чл. 19, ал. 1 ГПК и затова няма пречка да се образуват производства, както и включително те да се водят съгласно правилата на ЗМТА като избрани процедурни правила, при съобразяване на условията, поставени в параграфите по-долу.

4.1.2. Същевременно тези решения следва да не се ползват от разпоредбата на чл. 41, ал. 3, трето изречение ЗМТА и няма да подлежат на изпълнение по смисъл на чл. 404, т. 1 и чл. 405, ал. 3 ГПК. Така арбитражните производства и решенията извън обхвата на ЗМТА остават без правна уредба на техния режим.

4.1.3. Подобни решения остават следователно напълно в частноправните отношения и изпълнението им е изцяло в сфе-

рата на добросъвестното поведение на страните. Те дължат само действието, произтичащо от арбитражната клауза, т.е. страните си дължат доброволно изпълнение на решението, защото така са се уговорили, но това изпълнение не се ползва с пълната държавна санкция. Включително подобни арбитражни клаузи не попадат в обхвата на чл. 8, ал. 1 ЗМТА, т.е. те не се взимат под внимание от държавните съдилища, нито решенията им подлежат на отмяна по реда на ЗМТА.

4.1.4. Дори и при избор на ЗМТА като приложим към производството закон (приложими производствени правила), този избор няма да има ефект, който да е по-различен от избор например на правилник на арбитражна институция, или от избор на ЗМТА, като приложимо право към чуждестранен арбитраж (вж. чл. 24 ЗМТА)[52].

[52] Избор на процедура, която се развива извън държавната правораздавателна власт и извън нейния текущ контрол (напр. чл. 16 ЗМТА и срв. чл. 24, трето изречение и чл. 22, изр. първо ЗМТА), не може да обвърже държавния суверенитет с изискванията на чуждестранния съдопроизводствен, респ. арбитражен, закон. Също така, макар и при посочени други процедурни правила, арбитражът в Р България остава подчинен на режима на ГПК, респ. и ЗМТА, когато е в неговия обхват. Законодателството няма поначало детайлно влияние върху конкретните измерения на арбитражното производство (срв. напр. правилниците на постоянно действащите арбитражни институции), а в тази му част ЗМТА е модел и насоки за спазване, ако друго не е уговорено. Вкл. дори няма пречка решаващите органи да приемат правила за доказване при отклонение от правилата на ГПК. Това следва пряко от договорната природа на арбитража, който не е проява на държавно съдопроизводство. Необходимо е единствено арбитрите да съблюдават минимални националните изисквания за справедлив процес (арг. чл. 24, трето изречение, чл. 22, изр. първо ЗМТА и др.). Затова подобен избор на производствени правила ще представлява просто специфичен метод на модификация на процедурата. Дали страните ще номинират изрично акта, чиито правила следва да се прилагат като способ да ги обозначат изрично, или ще инкорпорират тези правила в съглашение, е без значение.

Изборът на процедура към арбитражно производство в Р България също не може да включва правилата, които определят автоматичното прикрепяне и интензитета на държавна защита, макар и да е избран национален закон. Тази защита е изрично предоставена само на един вид арбитраж и неговите решения.

4.2. В тази връзка разпоредбите на чл. 43, ал. 3, изр. трето ЗМТА са разпоредби от публичноправен порядък, при това с особена важност, защото те регулират точния интензитет и обхват на принудителното упражняване на правата, т.е. определят кога и как механизмите на държавата в тази насока следва да се задействат.

Тези разпоредби определят, на първо място, кога националният съд разполага с правомощието да се десезира, ако същият спор е отнесен пред него за повторно разглеждане и решаване, както и определят кога държавата следва да застане зад принудителното изпълнение на правата и задълженията, което може да засегне и чужди правни сфери.

Не е допустимо действието на подобни разпоредби да се разпростира извън обхвата, в който държавата изрично го допуска, както и да е подчинен на метода на диспозитивността. Иначе може например с успех да се защитава наличието на непререшаемост към резултатите от медиацията, или към всеки частноправен документ, който е обозначен като някакво решение по правен спор.

4.3. ЗМТА и ГПК нямат освен това отношение един към друг като специален към общ закон. Двата закона имат паралелно приложение, защото те уреждат различни, но равностойни и успоредно действащи способи за разрешаване на частноправни спорове като при законосъобразно развитие на алтернативния способ, той ще изключи държавното правораздаване по конкретния спор. Държавните съдилища ще следва да се десезират при валидна арбитражна клауза (чл. 8, ал. 1 ЗМТА).

Тези способи не се изключват взаимно a priori (не действа

правилото „*Lex specialis derogat legi generali*“). Едната процедура е договорна, а другият закон предвижда съдопроизводствен (публичноправен) ред в рамките на общата компетентност на съдилищата, като страните имат възможност да избират между тези два способа. Едва след направен законосъобразен избор, паралелното приложение и на другия способ ще се явява процесуално недопустимо.

В светлината на разглеждания проблем допирните точки са в насока, че договорното правораздаване следва да е разрешено от публичния ред (от държавната власт), за да може да се прояви в отношенията с нея, както и да бъде минимално регулирано с оглед съвместимост с базовите изисквания на правораздавателната власт. Стигне ли се до принудително упражняване на правата, вкл. до принудително изпълнение, при сегашната парадигма защита може да се предостави обаче само от публичния ред.

4.4. ЗМТА би бил специален закон от друга гледна точка – ако имаше общ закон за арбитража. Тогава ЗМТА би представлявал специален ред за разглеждане и решаване на определен вид арбитражни спорове – по търговските отношения.

4.5. Въз основа на всичко гореизложено, разпоредбата на чл. 404, т. 1 от ГПК, която прикрепя изпълнителната сила към местните арбитражни решения, следва да е съотносима само към режима на ЗМТА. Другите възможни арбитражи нито имат правна уредба, която да гарантира спазването на минималните изисквания за правосъдие, нито към техните решения се прикрепя със закон непререшаемост, какъвто е избраният подход при приемането на ЗМТА (чл. 41, ал. 3, трето изречение ЗМТА).

4.6.1. В този ред на мисли, съгласно разпоредбата на чл. 51, ал. 1, изречение първо ЗМТА, решението следва да е влязло в сила (понастоящем само по смисъла на чл. 41, ал. 3, изр. трето ЗМТА), за да може да се издаде изпълнителен лист. В останалите хипотези, а именно на чуждестранни решения, се прилага про-

изводството по признаване и допускане на изпълнение (чл. 51, ал. 1, ал. 2 ЗМТА).

4.6.2. По същите причини разпоредбата на чл. 405, ал. 5 ГПК указва, че при издаване на изпълнителен лист въз основа на местни арбитражни решения се следи за липса на арбитруемост на спора само в обхвата на ЗМТА (и чл. 405, ал. 3 ГПК). В другите хипотези на арбитражни решения липсва поначало изпълнителна сила (както и непререшаемост), затова издаване на изпълнителен лист ще се отказва направо на това основание[53] (напр. по потребителски спорове – срв. чл. 19, ал. 1 ГПК[54]).

4.7. При състоянието на законодателството[55] и буквален прочит на чл. 404, т. 1 ГПК, особено преди новата алинея пета

[53] Далеч сме от идеята, че законодателят е имал предвид конкретно този резултат, но да се приеме при това състояние на уредбата, че винаги ще се издава изпълнителен лист без проверка за нищожност, а тя ще се прави само при арбитражи в обхвата на ЗМТА, е очевидно несъстоятелно.

[54] Но дори и без изричната забрана на ГПК, при арбитражни решения по тези спорове следваше да се отказва издаване на изпълнителен лист след като не бяха включени в ЗМТА, или не беше създаден специален ред за разглеждането и решаването им в арбитражно производство, който ред да включва разпоредби, аналогични на чл. 41, ал. 3, трето изречение ЗМТА. Съвсем различно е положението, когато арбитражна институция би била регистрирана и действаща като орган по алтернативно разрешаване на спорове съгласно всичките изисквания и ред на Раздел втори, Глава девета от Закон за защита на потребителите, обн. ДВ, бр. 99 от 09 декември 2005 г., изм. ВД, бр. 20 от 06 март 2018 г. (ЗЗП) (вж. по специално и чл. 184к, ал. 2 ЗЗП). Без да навлизаме в природата на тези решения, което е много извън обхвата на настоящето изследване, е достатъчно да се посочи, че в тази хипотеза арбитражната институция ще действа именно като орган по алтернативно разрешаване на спорове, а не като арбитраж по смисъла на чл. 19, ал. 1 ГПК. Възниква обаче въпросът дали и как ГПК изобщо прикрепя изпълнителна сила към подобен фактически състав.

[55] И при подхода на съдилищата, който се прояви при издаването на изпълнителни листи въз основа на арбитражни решения по потребителски спорове.

на чл. 405 ГПК (ДВ бр. 8 от 2017 г.), би могло да се мисли и за вариант, съгласно който ГПК прикрепя изпълнителна сила към всички решения на арбитражни съдилища, без значение дали в обхвата, или не на ЗМТА. При подобен подход разглежданите решения биха се ползвали от изпълнителна сила, въпреки че не разполагат с непререшаемост.

Както обаче посочихме, подобни арбитражни клаузи нито следва да се приемат от съдилищата, нито решенията по подобни арбитражи подлежат на отмяна, а страните могат направо да заведат иск пред съд. Разпоредбите на чл. 404, т.1-3 ГПК се отнасят също така само до актове и др. фактически състави, към които се прикрепя непререшаемост, или поне се очаква да се прикрепи по силата на закона (напр. осъдителни решения на въззивните съдилища, които още не са влезли в сила и т.н.).

4.8.1. Нелогично е при това да се приеме, че с ГПК ще се прикрепи възможност за принудително изпълнение към един частноправен акт, без при това да се регулира защитата срещу него, както и без изрично да се регулира съотношението му със съдопроизводствения порядък (вкл. и без минимална уредба на самия арбитраж). Поради своята публичноправна природа и особената си важност непререшаемостта може да се прикрепя само с изрична разпоредба на закона.

4.8.2. Формулировката на ГПК идва по-скоро да покаже, че решенията на всички арбитражни решаващи състави, (при постоянно действащи арбитражи и при ad hoc арбитражи, както и решения на арбитражи, легитимирани въз основа на международни споразумения) подлежат на изпълнение, когато са налице предпоставките за това съгласно ЗМТА или евентуално друг арбитражен закон или международен акт (вж. за изпълняеми арбитражни решения извън обхвата на ЗМТА 6.1. и следв. *infra*).

4.8.3. Дали решението е годно за изпълнение, както и дали е постановено от квалифициран да ангажира изпълнителния монопол на държавата арбитраж, ще се решава съгласно из-

исканията на съответния арбитражен закон или акт. Приложимостта на външни критерии относно годността за принудително изпълнение, макар и да не е изрично декларирано, е принципно положение за ГПК, когато фактическият състав, към който се прикрепя изпълнителната сила, не се постановява по правилата на самия ГПК (вж. чл. 404, т. 2-3 и фактическите състави на несъдебните изпълнителни основания по чл. 236, б. „в-м“ ГПК от 1952 г.).

4.8.4. Би било също така крайно непоследователно, ако подобни решения са изпълняеми, но без възможност за контрол, както върху арбитражното производство, така и върху решението, докато за настъпването на прави последици относно решения по спорове по търговски отношения или за тяхното разрушаване е необходимо да се прилага и спазва ЗМТА, респ. да се признават и изпълняват решенията по специален исков ред.

4.9. Както посочихме, арбитражите, допуснати в обхвата на чл. 19, ал. 1 ГПК са все пак възможни в Р България, вкл. и по аргумент от обратното от разпоредбата на чл. 19, ал. 2 ГПК. Но независимо, че могат да имат място на арбитража в Р България, тези арбитражи просто остават без връзка с националния суверенитет, и съответно без национален способ за прикрепяне на правни последици към техните актове.

Така тези решения са напълно външни за националния юрисдикционен суверенитет и чужди на неговите изисквания за правораздавателна дейност. Те остават без национален правен режим и не се отличават по нищо друго от чуждестранните арбитражни решения, освен от мястото на арбитража. Затова те не следва да се считат за местни, което качество притежават понастоящем само решенията в обхвата на ЗМТА.

4.10. Подобни решенията при място на арбитража в Р България не подлежат обаче на признаване и изпълнение и съгласно Нюйоркската конвенция[56], защото Р България е направила резерва, че ще прилага Конвенцията само за чуждестранни ре-

шения, постановени на територията на друга договаряща държава (чл. I, ал. 3, изр. първо от Нюйоркската конвенция)[57].

Само когато мястото на арбитража е било в чужбина съгласно изискванията на чл. 19, ал. 2 ГПК, арбитражните решения ще са обхванати от режима на Конвенцията и към тях ще могат да се прикрепят правни последици и в Р България след надлежната проверка на предпоставките за това съгласно Конвенцията.

Особени хипотези на решения, постановени извън обхвата на ЗМТА, произвеждащи непосредствено правни последици

5.1. Към местните арбитражни решения следва да се причислят и решенията на арбитражи в Р България, постановени по специалната уредба на международния арбитраж, дадена от ЕКВА[58].

Нейният обхват е лимитиран от разпоредбата на чл. I, ал. 1, б. „а“ ЕКВА до хипотезата на международно арбитражно дело, при което постоянното местопребиваване или седалище на страните по една външнотърговска операция са в различни договарящи се държави.

ЕКВА не изключва избора на приложимо право към арбитражното производство, като дали се прави избор на закона по мястото на арбитража, или на други процедурни правила е без значение (чл. IV, ал. 1, б. „б“, т. III ЕКВА). По този начин

[56] Р България не е направила резерва съгласно чл. I, ал. 3, последно изречение от Конвенцията, че тя ще се прилага само относно търговски спорове, възникнали от договорни или недоговорни правоотношения.

[57] Указ № 284 на Президиума на Народното събрание от 08.07.1961 г., обн. Изв., бр. 57 от 1961 г.

[58] Европейската конвенция за външнотърговския арбитраж от 1961 г., ратифицирана от Р България през 1964 г., обн. ДВ, бр. 57 от 21 юли 1964 г.

процедурните правила на ЗМТА може да се окажат напълно неприложими към определени дела поради специалния обхват на ЕКВА и избора на чуждо процедурно право.

Това не променя механизма на прикрепяне на националните правни последици. След като конвенцията като специален закон не предвижда друго и представлява приложимо към арбитража процедурно право с предимство пред националното (арг. чл. 5, ал. 4 КРБ), ще следва да се приложи националния режим на възникване на правните последици, така че да се постигне равнопоставеност на решенията по ЕКВА и тези по ЗМТА.

5.2. Съществуват също така и хипотези, при които чуждестранни решения автоматично формират непререшаемост и се ползват с изпълнителна сила в националната юрисдикция, независимо че са постановени извън Р България и не по правилата на ЗМТА като закон, регулиращ арбитража. Така за целите на тяхното принудително изпълнение те се приравняват частично на местните арбитражни решения. Това следва по силата на изрични уговорки в международни договори. Решенията ще подлежат обаче на отмяна само в държавата, където са постановени.

5.2.1. Това ще са например решенията по реда на Вашингтонска конвенция от 1965 г.[59], когато спорът се разглежда пред Международния център за разрешаване на инвестиционни спорове (ICSID – Вашингтон), създаден по силата на Вашингтонската конвенция, без значение дали се прилагат арбитражните правила на ICSID[60] или избрани от страните други правила (чл. 44, изречение второ от Конвенцията).

[59] Конвенция за уреждане на инвестиционни спорове между държави и граждани на други държави, ратифицирана от Р България през 2000 г., обн. ДВ, бр. 87 от 21 декември 2001 г.

[60] https://icsid.worldbank.org/en/Pages/icsiddocs/ICSID-Convention-Arbitration-Rules.aspx.

Съгласно чл. 25, ал. 2, б. „б“ от Вашингтонска конвенция от 1965 г., дори и инвеститорът по смисълът на Конвенцията да е дружество, регистрирано по националното законодателство, няма пречка арбитражът да е в чужбина, стига инвеститорът да е контролиран от чужбина, така че да може да се приеме дружеството за чуждестранно. Мястото на арбитража ще е в САЩ или друга държава (вкл. може и да е и Р България).

Действието на решенията е уредено в разпоредбите на чл. 53-54 от Конвенцията – решенията се признават автоматично и подлежат на изпълнение като национални съдебни решения. Арбитражните решенията подлежат на ревизия (преразглеждане) или отмяна от орган на ICSID и само съгласно разпоредбите на Вашингтонска конвенция от 1965 г. (чл. 51-52 от Конвенцията).

5.2.2. Така ще се прикрепят правните последици и към решенията, постановени извън Р България по чл. 9, ал. 2-4 от Договора между Р България и Р Австрия за взаимно насърчаване и защита на инвестициите[61], по чл. 7, ал. 2, б. „б“ във вр. с §. 2, б. „б“ от Договора между Р България и Р Италия за взаимно насърчаване и защита на инвестициите[62], по чл. 10, ал. 3, б. „а“ във вр. с чл. 10, ал. 4 от Договора между Р България и Държавата Кувейт за взаимно насърчаване и защита на инвестициите[63], по чл. 9, ал. 2, б. „в“ във вр. с чл. 9, ал. 4 Договора между Р България и Кралство Нидерландия за взаимно насърчаване и защита на инвестициите[64], както и по чл. 9, ал. 1, б. „с“ във вр. с чл. 9, ал. 1 от Договора между Р България и Кралство Тайланд за взаимно насърчаване и защита на инвестициите[65] и др.

[61] Обн. ДВ, бр. 99 от 29 октомври 1997 г.
[62] Обн. ДВ, бр. 105 от 14 декември 1993 г.
[63] Обн. ДВ, бр. 122 от 01 октомври 1998 г.
[64] Обн. ДВ, бр. 30 от 28 март 2001 г.
[65] Обн. ДВ, бр. 115 от 30 декември 2004 г.

5.2.3. Посочените арбитражи ще са арбитражи ad hoc. ЗМТА няма да е закон, регулиращ арбитража, когато мястото на арбитража е в другата договаряща страна, а приложим ще е режимът в тази държава. Като приложими правила към арбитража в договорите са посочени обикновено правилата на Закона-модел на UNCITRAL.

5.2.4. Правила на Закона-модел са изменени от двустранните договори само в смисъл, че арбитражните решения се признават и изпълняват автоматично, без необходимост от екзекватура. В договорите от този тип обикновено се предвижда като алтернатива и арбитраж по Вашингтонска конвенция от 1965 г. като се преповтаря настъпването на съответните последици от арбитражното решение по тази конвенция.

Някои изводи относно обхвата на ЗМТА и предложения

6.1. Въз основа на гореизложеното може да се направят изводите, че разгледаните дотук законодателни решения не адресират изцяло проблемите. Напротив, те са в състояние да доведат до допълнителни трудности в практиката на арбитражите и съдилищата, което ще рефлектира върху интересите на страните.

6.2. Като цяло в настройката на практикуващите юристи, които са ограничени предимно до работа по конкретни казуси, както и за особено съжаление, в настройката на законодателя (имам предвид работата на депутатите и чиновниците от администрацията, която е решаваща, а не на експертите, в чиито аргументи най-често никой не се вслушва, или следва често да лавират между другите участници в изготвянето на предложенията с цел все пак да се прокарат смислени елементи), не е заложено да се замислят и съобразяват с базовите елементи на правния режим.

Оттук и съобразяването на съществените детайли се превръща в трудност. Аргументи, свързани с наличието на висок обществен и държавен интерес, както и с цели, метод и същност на действието на основни закони, като например ГПК, използването на цялостен подход при тълкуването, прилагането на нормите и тяхното създаване, се посрещат често в съдебната и законодателната практика само като излишно теоретизиране.

6.3. Подобна настройка позволява обаче да се стигне до трудни за квалифициране практически резултати, като например допускането със ЗЗП на арбитража като алтернативен способ за разрешаване на потребителски спорове, без при това да се съобразят както горните проблеми, така и че някои аспекти на режима на ЗМТА са неподходящи без съответните модификации за друг вид спорове, вкл. и без необходимите промени в ГПК относно изпълнителната сила.

6.4. Съответно сега махалото се наклони към другата крайност. Изцяло се отрече тази възможност за арбитраж (чл. 19, ал. 1 ГПК в неговата последна редакция от ДВ, бр. 8 от 24 януари 2017 г.), като се направиха двусмислени изменения в една поначало добре действаща уредба на арбитража по търговски отношения, без да се адресират другите възможности за арбитраж и техния потенциал[66].

6.5. Необходимо е съответно, на първо място, преосмисляне на възможностите за арбитруемост, както и на разликите между търговски арбитраж и другите възможни прояви на вътрешен арбитраж, които следва да намерят уредба съобразена с особеностите им, вкл. и относно режима на прикрепяне на правните последици. Спешно е необходимо в тази връзка да се върне възражението за противоречие с норми от обществен ред при от-

[66] За тенденции в практиката на ВКС относно арбитруемостта вж. по-подробно у **Мингова, А. и Стамболиев, О.** Цит. съч., с. 237-250.

мяна на арбитражните решения, както и да се съобразят на законодателно ниво особеностите на арбитража между търговци. Това са мерки, които ще повишат ефективността на арбитража като същевременно ще предоставят и достатъчно гаранции за един облекчен режим на правните последици при вътрешния арбитраж.

6.6. При сегашното състояние на законодателството поради резервата, направена (както посочихме) от Р България съгласно текста на чл. I, ал. 3, предложение първо от Нюйоркската конвенция, арбитражните решения, които са постановени с място на арбитража на територията на Р България, но извън обхвата на ЗМТА, ще бъдат изключени от действието на тази Конвенция (срв. и чл. V, ал. 1, предложение второ от същата Конвенция), което ще ги постави пред пълна липса на правен режим на признаването. Ако не се преосмислят възможностите за уредба на различните видове допустим арбитраж, би следвало тази резерва да се изключи.

Доц. д.ю.н. Ангел Анастасов*
Assoc. prof. dr. jur. sc. Anguel Anastassov*

МЕЖДУНАРОДНОПРАВНИ АСПЕКТИ НА НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕТО НА ЯДРЕНОТО ОРЪЖИЕ

INTERNATIONAL LEGAL ASPECTS OF THE NON-PROLIFERATION OF NUCLEAR WEAPONS

Ключови думи: *Неразпространение; ядрено оръжие; зони; свободни от ядрено оръжие; ядрен тероризъм*

Резюме:

Анализиран е договорът за неразпространение на ядреното оръжие и договорите за създаване на зони, свободни от това оръжие. Изследвани са такива гъвкави правни механизми за неразпространение като: Групата на ядрените доставчици, Комитета „Цангер“, Инициативата за разпространение на сигурност и резолюция 1540 на Съвета за сигурност на ООН. Разгледана е ролята на Р България в режима за неразпространение на ядреното оръжие.

Key words*: Non-proliferation; nuclear weapon; nuclear weapon free zones; nuclear terrorism*

Summary:

Non-proliferation treaty and agreements for the establishment of nuclear weapon free zones have been analyzed. Flexible non-proliferation legal mechanisms such as the Nuclear Suppliers Group, the Zangger Committee, the Proliferation Security Initiative, and UN Security Council Resolution 1540 have been explored. The role of the Republic of Bulgaria in the non-proliferation regime has been analysed.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Контролът върху неразпространението на ядреното оръжие и забраната на това оръжие за масово унищожаване (ОМУ) заема важно място в съвременните концепции за национална и международна сигурност[1]. Според данни на Стокхолмския международен институт за изследване на мира (SIPRI), в началото на 2017 г. девет държави – САЩ, Русия, Великобритания, Франция, Китай, Индия, Пакистан, Израел и Демократична народна република Корея, притежават около 14 935 ядрени оръжия, от които 4150 са на разпореждане на съответните оперативни сили[2]. Въпреки че ядрените въоръжения в света намаляват в последно време, този вид ОМУ продължава да заема важно място във военните стратегии на ядрените държави и е предмет на външнополитически престиж.

Международноправното регулиране на неразпространението и забраната на ядреното оръжие е продължителен процес, в който са включени както многостранни договорни норми, така и едностранни декларации и гъвкави правни механизми.

ДОГОВОР ЗА НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕ НА ЯДРЕНОТО ОРЪЖИЕ (ДНЯО)

Тъй като ДНЯО[3] не съдържа указания за тълкуване на неговите положения в самия текст, то Виенската конвенция за правото на договорите[4] (ВКПД) дава възможност да се използват

[1] Авторът на този труд е дългогодишен консултант на Международната агенция за атомна енергия и изразените от него мнения не отразяват непременно позициите на тази организация.

[2] Вж. SIPRI Yearbook 2017. Armaments, Disarmament and International Security. Oxford University Press, United Kingdom, 2017, p. 411.

[3] Ратифициран с Указ № 668 на Президиума на Народното събрание от 10 юли 1969 г. – ДВ, бр. 55 от 15 юли 1969 г., обв. ДВ, бр. 39 от 18 май 1971 г. В сила за България от 5 март 1970 г.

[4] Виенската конвенция за правото на договорите е ратифицирана с Указ № 503 на Държавния съвет от 12 февруари 1987 г. – ДВ, бр. 14 от 1987 г. Изда-

общите правила за тълкуване, които отразяват обичайното международно право. Според чл. 31 на ВКПД договорът трябва да се тълкува добросъвестно, в съответствие с обикновеното значение, което следва да се дава на термините на договора в техния контекст, а също така в духа на обекта и целите на договора. Чл. 32 на ВКПД визира допълнителните средстава за тълкуване, в това число, подготвителните материали и обстоятелствата за сключване на договора.

Преди да се анализират основните положения на ДНЯО нека отбележим някои аспекти на историята на преговорите или *travaux préparatoires* на този юридически инструмент. Трябва да се подчертае, че дори в първоначалните етапи на обсъждането на този договор неразпространението на ядреното оръжие не е било самостоятелна цел, а е свързвано с по-широкия формат на ядреното разоръжаване, мирното използване на ядрената енергия и гаранциите за сигурност на ядрените държави. Такива активни държави членки на Движението за неприсъединяване тогава като Швеция и Индия се обявяват за „пакетен подход", чрез който тези въпроси да се обсъждат заедно[5]. Общото събрание на ООН приема резолюция 2028 (XX), с която се настоява Комитетът на 18-те държави по разоръжаването в Женева спешно да започне преговори за съгласуване на договор за неразпространение на ядреното оръжие, които да се основават на следните принципи:

- Бъдещият договор не трябва да съдържа никакви празноти, които да дават възможност както на ядрените, така и на неядрените държави да разпространяват ядрено оръжие, пряко или

дена от Министерството на външните работи, обн. ДВ, бр. 87 от 10 ноември 1987 г. В сила за България от 21 май 1987 г.

[5] Вж. документ на Комитета на 18-те държави по разоръжаването – ENDC. 298, 23 May 1967.

непряко, в каквато и да е форма;

- Договорът трябва да постига един приемлив баланс на взаимните отговорности и задължения на ядрените и неядрените държави;

- Необходимо е договорът да бъде етап в постигането на всеобщо и пълно разоръжаване и по-специално, ядрено разоръжаване;

- Договорът трябва да съдържа приемливи и работещи разпоредби за осигуряване на неговата ефективност;

- Нищо в договора не трябва да засяга правото на всяка група от държави да сключват регионални договори за осигуряване на пълното отсъствие на ядрено оръжие от техните територии[6].

ДНЯО обикновено се определя като дискриминационно международно споразумение поради различния обсег на задълженията на ядрените и неядрените държави. Такава квалификация има своите основания.

Съгласно чл. 2 на ДНЯО, всяка неядрена държава се задължава да не приема пряко или косвено, предаването от когото и да е било на ядрено оръжие[7] или на други ядрени взривни съоръжения, както и да не произвежда такова оръжие. Чл. 1 на ДНЯО не съдържа подобно задължение за ядрените държави. Тези държави се задължават да не предават на когото и да е било (т.е. както на ядрени, така и на неядрени държави) ядрено оръжие или други ядрени взривни съоръжения контрола над тях

[6] Вж. резолюцията на Първи Комитет на Общото събрание на ООН A/RES/2028 (XX), Non-proliferation of nuclear weapons, 19 November 1965.

[7] Определен недостатък на ДНЯО може да се приеме, че този инструмент не дефинира ключовото понятие „ядрено оръжие“. Договорите за създаване на зони, свободни от ядрено оръжие, обаче подчертават главната особеност на това оръжие (което го отличава, например от подкритичните опити) е способността му да освободи ядрена енергия.

пряко или непряко, както и да не подбуждат неядрените държави към производство и придобиване на такова оръжие.

Трябва да се отбележи, че ДНЯО не забранява всяко военно използване на ядрените материали, а само неговата експлозивна употреба. Така например, договорът позволява на държавите да използват ядрената енергия за ядрено водно задвижване. Освен това неядрените държави могат да се възползват от потенциалните ползи от мирните ядрени експлозии без да имат право на достъп до самите ядрени експлозивни устройства. Възможните приложения за мирни ядрени експлозии включват извършване на големи разкопки за създаване на резервоари, канали и портове; създаване на кухини за подземно съхраняване на нефт, газ или отпадъци и погасяване на пожари на газови находища. Тези приложения са успешно тествани от САЩ и Русия. Мирните ядрени експлозии ще бъдат забранени съгласно Договора за всеобхватна забрана на ядрените опити[8], когато той влезе

[8] Към 31 декември 2017 г. договорът за всеобхватна забрана на ядрените опити е ратифициран от 166 държави, от които 36 влизат в списъка от 44 държави, ратификацията на които е необходима за да влезе договора в сила. Държавите, които влизат в този списък, но все още не са ратифицирали договора са: Китай, ДНР Корея, Египет, Индия, Ислямска Република Иран, Израел, Пакистан, САЩ. Този договор не е предмет на настоящото изследване, но считам за необходимо да използвам възможността да посоча един изключителен принос на Р България в надеждната проверка на ядрените опити. През 1950 г. на Женевската конференция по разоръжаването САЩ оповестяват, че разполагат с надеждна система за регистриране на ядрените експлозии, където и да било по света. В основата на създадената в САЩ стабилна система за контрол стои загадъчният физичен феномен ЕМП (електромагнитна пулсация). Дълги години върху това откритие и неговия автор стои гриф "Строго секретно!". Едва през 1962 г. за първи път в американския печат се появява официална информация за "изключителната роля, която това откритие има за сигурността на САЩ и на световния мир", и се съобщава името на неговия автор – българина проф. д-р Кръстьо Кръстев. Проф. Кръстев се среща по различни поводи с американските президенти Труман, Никсън и

в сила[9].

По време на преговорите на ДНЯО мненията за законосъобразността на провеждането на мирните ядрени експлозии се разминават. Бразилия, например, настоява за включването в чл. 4.1 на „неотменимото право на всички държави да изследват и провеждат на мирни ядрени експлозии, самостоятелно или в сътрудничество с други държави“[10]. Мнозинството от участващите делегации в преговорите обаче считат, че допускането неядрените държави да провеждат мирни ядрени експлозии би подкопало разпоредбите на чл. II на ДНЯО[11].

По време на работата на Женевския комитет на 18-те държави за обсъждане на договора за неразпространение на ядреното оръжие Обединената Арабска Република[12] неоднократно се обявява за изрично включване на дейността на индивидите и частните компании във възможните сценарии за разпространение на ядреното оръжие. Това становище обаче не среща подкрепа от делегациите на САЩ и СССР, според които

Кенеди. В Пристън се среща с Айнщайн, на когото в Германия е бил асистент. С него обсъждат нови насоки на „Ефекта на Кръстев“, който представлява физическо явление, състоящо се в отделяне на електромагнитна енергия при всеки ядрен взрив. Вж. **Стаменов, М.** Изобретатели: Какво ние българите сме дали на света. София, 2003.

[9] За правния анализ на различните аспекти на влизането в сила на Договора за всеобхватна забрана на ядрените опити вж. **Anastassov, A.** Can the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Be Implemented Before Entry Into Force. - Netherlands International Law Review, Cambridge University Press, 55(1), May 2008, pp. 73-97.

[10] ENDC/201/Rev.2, 13 February 1968.

[11] В този смисъл са изказванията на Канада (ENDC/PV.289, p. 17), Нова Зеландия (A/C.1/PV.1567, para. 43), Унгария (A/C.1/PV.1565, para. 48), Япония (A/C.1/PV.1565, para.81).

[12] Под това име е известен политическия съюз между Египет и Сирия между 1958 и 1961 г.

предложените текстове на чл. 1 и 2 съдържат необходимия обхват на неразпространението.

Забраната на подпомагането на неядрена държава-страна по ДНЯО се покрива от разпоредбите на чл. 2 на ДНЯО, тъй като той забранява приемането на каквато и да е помощ за производство на ядрено оръжие или на други ядрени взривни съоръжения. В известен смисъл открит остава въпросът дали помощта от страна на неядрена държава страна по ДНЯО към нестрана по този договор е разрешена съгласно неговия чл. 2. Съгласно *opinio juris* обаче, отразен във всички заключителни документи на конференциите-преглед действието на ДНЯО, всяка помощ към ядрена, неядрена и държава, която е извън ДНЯО, която би съдействала за разработване на програма за ядрено оръжие, би била нарушение на разпоредбите на чл. 1 и 2.

Трудно е да се търси реципрочност във взаимните задължения на ядрените и неядрените държави по отношение на неразпространението на ядреното оръжие. От една страна, неядрените държави се отказват от едно мощно военно и политическо оръжие, а от друга страна, на ядрените държави се забранява да разпространяват това ОМУ, което така или иначе, е в техен собствен стратегически интерес.

Балансирането на задълженията на неядрените и ядрените държави в голяма степен се постига със съгласуването на чл. 6 на ДНЯО, според който всяка страна по договора се задължава да води преговори за ефикасни мерки по прекратяването на надпреварата в ядреното разоръжаване, както и по ядреното разоръжаване. В рамките на Комитета по разоръжаването (днешната Конференция по разоръжаването, базирана в Женева) се водят активни дискусии за необходимостта от включване на една дългосрочна цел – всеобхватно ядрено разоръжаване, след постигането на което би се постигнала пълна реципрочност на задълженията на ядрените и неядрените държави[13].

Ядреното разоръжаване не би трябвало да се приема

обаче единствено като компромис от страна на ядрените държави. Създаването на един свят без ядрено оръжие би укрепило съществено международната сигурност и би освободило сериозни финасови и материални ресурси за постигане на съзидателни цели, от които е заинтересовано цялото човечество.

Пет страни са признати от ДНЯО за ядрени държави: Китай (подписала 1992), Франция (1992), СССР (1968, след разпадането на СССР, Руската федерация е приемник на правата и задълженията по договора), Великобритания (1968), и САЩ (1968). От първоначално ратифицираните договора, влязъл в сила 1970 г., само САЩ, Великобритания и СССР са страните, за които официално се знаело, че притежават такива оръжия. Тези пет страни са постоянни членове на Съвета за сигурност на ООН.

Политиката на ядрено споделяне на САЩ

Политиката на ядрено споделяне на САЩ първоначално е проектирана да подпомага спирането на разпространението на ядрени оръжия – не на последно място чрез убеждаване на Западна Германия да не развива собствен ядрен потенциал, уверявайки я, че ще има достъп до ядрените оръжия на САЩ, за да се защити в случай на възможна война с държавите участнички в Организацията на Варшавския договор. По време на прегово-

[13] По време на преговорите за договора за неразпространение на ядреното оръжие Швейцария разпространява работен документ, в който се обръща внимание на необходимостта от получаване на съгласие от неядрените държави за съществуващата юридическа дискриминация в проекта за този юридически инструмент на основата на постигането на определена цел в замяна, визирайки последващото съгласуване на чл. 6 на ДНЯО. Вж. Aide-memoire of the Government of Switzerland presented on 17 November 1967 to the Co-Chairman of the Conference of the Eighteen-Nation Committee on Disarmament, UN Doc. ENDC/204, 24 November 1967.

рите за ДНЯО става известно, че НАТО е сключила споразумения за ядрено споделяне, според които САЩ снабдява други страни от организацията с ядрени оръжия. Според някои експерти това е акт на нарушаване на Член 1 и 2 от ДНЯО относно разпространението. Обратният аргумент е, че САЩ разполагат с контрола върху оръжията, разположени на териториите на други държави[14] и че не е планиран трансфер на оръжия или контрол върху тях, освен при вземане на решение за започване на война (в случай на което ДНЯО вече може да не действа при условията на чл. 10, когато съответната държава страна би могла да реши, че не е обвързана от неговите положения), и следователно няма нарушение на този юридически инструмент. В този случай може да се добави, че хипотезата на потенциална война води до прилагането на формата на *clausula rebus sic stantibus*, допускаща държавите да не изпълняват договорните си задължения поради съществена промяна на обстоятелствата. Предмет на различно тълкуване би бил приложимият стандарт, при който би се задействала тази клауза. Очевидно е, че маловажни военни противопоставяния не биха могли да се използват за неизпълнение на ДНЯО[15].

[14] Понастоящем американско ядрено оръжие е разположено на територите на Белгия, Германия, Италия, Нидерландия, Турция и Великобритания.

[15] В този смисъл можем да приведем мнението на тогавашния министър на отбраната Дийн Ръск, който пояснява пред Комитета по международните отношения на американския Сенат, че само една обща война с участието на ядрените държави би прекъснала действието на ДНЯО. Вж. Testimony of Secretary of Satte Dean Rusk, U.S. Senate, hearings Before the Committee on Foreign Relations, Nonproliferation treaty, 90th Cong., 2nd Sess., 1968 (Made public 2010). Цитирано в: **Paulus, Andreas L. Müller, Jörn.** Survival Through Law. Is there a Law Against nuclear Proliferation? – Finish Yearbook of International Law, 2009, p. 33.

Индия, Пакистан, Израел, Северна Корея и неразпространението на ядреното оръжие

Индия, Пакистан и Израел не са подписали ДНЯО, а Северна Корея излезе от ДНЯО. Индия и Пакистан публично са обявили, че притежават ядрени оръжия[16] и са провели опити с ядрени устройства. Индия първа прави това през 1974 г., а Пакистан последва примера ѝ през 1998 г. в отговор на друг индийски ядрен опит. Според някои източници от 1958 г. насам Израел развива ядрена програма в региона Негев и редица анализатори на неразпространението смятат, че Израел може би притежава ядрени бойни глави с преработен плутоний[17]. Израелското правителство последователно се придържа към политика да не потвърждава или отхвърля информацията, че притежава ядрени оръжия, въпреки че това се смята за „публична тайна" след публикуването на доказателства за това в британския печат през 1986 г[18].

През март 2006 г. Индия и САЩ сключват споразумение, подложено на критика и от двете страни, за предоставяне от САЩ на Индия на ядрени технологии за мирни цели. Според споразумението Индия се задължава да класифицира 14 от 22-

[16] Според данни на Стокхолмския международен институт за изследване на мира (SIPRI) към януари 2017 г. Индия е притежавала 120-130 ядрени бойни глави, а Пакистан – 130-140 ядрени бойни глави. Вж. SIPRI Yearbook 2017, Armaments, Disarmament and International Security. Oxford University Press, 2017, p. 412.

[17] Според източници от SIPRI се счита, че към януари 2017 г. Израел е притежавал 80 ядрени бойни глави.

[18] Английският вестник Съндей Таймс публикува на 5 октомври 1986 г. изявленията на израелския ядрен техник Мордехай Вануну за военния ядрен арсенал на Израел. Г-н Вануну впоследствие бе отвлечен и осъден за държавна измяна от Израел.

те си ядрени централи като предназначени за граждански цели и да ги постави под действието на гаранциите на МААЕ. На 1 август 2008 г. МААЕ одобрява споразумението за гаранции с Индия. На 6 септември 2008 г. на среща на Групата на ядрените доставчици във Виена Индия е изключена от списъка на забраните за доставки на ядрени материали до страни, неподписали ДНЯО. Консенсусното решение е постигнато трудно заради опасенията от такова безпрецедентно изключение, приложимо за Индия, изразени от Австрия, Ирландия и Нова Зеландия.

Северна Корея ратифицира ДНЯО на 12 декември 1985, но обявява на 10 януари 2003, че ще се оттегли след твърденията на САЩ, че е започнала незаконна ядрена програма за производство на оръжия с обогатен уран. Оттеглянето става факт на 10 април 2003[19], което прави Северна Корея първата (и последната) държава, оттеглила се от ДНЯО[20]. На 10 февруари 2005 Северна Корея публично обяви, че притежава ядрени оръжия[21] и се оттегля от шестстранните разговори, чиито домакин бе Китай в желанието ѝ да намери дипломатическо решение на проблема. В свое изявление Севернокорейският външен министър заяви, че „КНДР е направила решителна стъпка с оттеглянето от ДНЯО и произвеждането на ядрени оръжия за самозащита за справяне с политиката на изолация и задушаване на страната от администт-

[19] Това не беше първият случай, в който Северна Корея бе заявила, че се оттегля от ДНЯО. Тя направи това през март 1993 г., но тогава обявеното оттегляне беше спряно един ден преди то да произведе правен ефект (оттеглянето влиза в сила три месеца след официалното уведомяване), съгласно чл. 10 на ДНЯО.

[20] **Asada, Masahiko.** Arms Control Law in Crisis? A Study of the North Korean Nuclear Issue. - Journal of Conflict and Security Law, Volume 9, Issue 3, 1 December 2004, pp. 331–355.

[21] Според източници от SIPRI се счита, че към януари 2017 г. Северна Корея е притежавала между 10 и 20 ядрени бойни глави.

рацията на САЩ“.

На основата на гореизложеното може да се направи извода, че неразпространението на ядреното оръжие и всеобхватното ядрено разоръжаване са два съществени елемента за постигане на главната цел на ДНЯО – предотвратяване на опасността от възникване на ядрена война и обезпечаване сигурността на народите.

Чл. 4 на ДНЯО визира „неотменимото“ право на всички страни да изследват, произвеждат и използват ядрена енергия за мирни цели и в съответствие с членове 1 и 2 на договора. Специфичните потребности на развиващите се страни за мирно сътрудничество в ядрената област се отразяват в Заключителният документ от конференцията-преглед на действието на ДНЯО от 2000 г.[22] Трябва да се подчертае, че правото на държавите да използват ядрената енергия за мирни цели не се създава с ДНЯО, а произтича от такива основополагащи юридически инструменти като Хартата за икономически права и задължения на държавите[23].

Чл. 9 от ДНЯО разграничава държавите на неядрени и ядрени – тези, които са произвели и взривили ядрено оръжие или друго ядрено взривно съоръжение преди 1 януари 1967 г. Продължителността на договора бе първоначално определена чрез чл. 10 на 25 години, след което конференция на държавите страни реши през 1995 г. договорът да остане в сила безсрочно. Чл. 10 на ДНЯО визира възможността на всяка страна да се оттегли от него, ако тя реши че свързани със съдържанието на договора изключителни обстоятелства поставят под заплаха нейни

[22] Final Document of the 2000 Review Conference of the Parties to the Treaty on the Non-Proliferation of Nuclear Weapons, 19 May 2000, NPT/CONF.2000/28.

[23] Вж. Charter of Economic Rights and Duties of States. A/RES/29/3281, 12 December 1994.

висши интереси.

Режимът за неразпространение на ядреното оръжие от създаването си преди всичко с ДНЯО от 1968 г. до наши дни претърпя променлив успех. Сред негативите на този режим, освен излизането на ДНРК от ДНЯО и проведените от нея на шест опита с ядрено оръжие, могат да се посочат още опитите с такова оръжие от Индия и Пакистан, както и сключеното през 2004 г споразумение за ядрено сътрудничество между САЩ и Индия[24] – ядрена държава, която не участва в ДНЯО. От друга страна, неприемането на Заключителен документ на конференцията-преглед на действието на ДНЯО през 2015 г. бе пряк резултат от провала на планираната конференция за обсъждане на възможностите за създаване на зона, свободна от ядрено оръжие в Близкия Изток.

Известни са и опитите на частни лица, несвързани с определена политика на суверенни държави, да осъществяват и успешно да реализират плановете си за разпространение на ядреното оръжие. Най-често привежданият пример в това отношение е създадената мрежа за разпространение на такова оръжие от ядрения експерт д-р Абдул Кан, който помага на редица държави да развиват нелегална ядрена индустрия, в това число на ДНРК, Иран и Либия. Д-р Кан се счита за баща на пакистанското ядрено оръжие[25].

В заключение може да се обобщи, че ДНЯО бе създаден да отговори на предизвикателствата на времето, когато опас-

[24] Agreement for Cooperation between the Government of the United States of America and the Government of India Concerning Peaceful Uses of Nuclear Energy, US State Department, http://www.state.gov/documents/organization/122068.pdf

[25] **Albright D. and Hinderstein C.** Unravelling the A.Q.Khan and Future Proliferation Network, In: Washington Quarterly, 2005, Vol. 28, No. 2, pp. 111-128.

ността от разпространение на ядреното оръжие бе реална. Днес – 50 години по-късно хоризонталното неразпространение на ядреното оръжие е факт, както и мирното използване на ядрената енергия. Въпреки усилията на ядрените държави да ограничат военните си арсенали, този основен стълб на ДНЯО е все още в дълг.

ПОЗИТИВНИ И НЕГАТИВНИ ГАРАНЦИИ ЗА СИГУРНОСТ НА НЕЯДРЕНИТЕ ДЪРЖАВИ

Гаранциите за сигурност съдържат ангажименти от една или повече държави да извършат или да се въздържат от извършване на определени действия, които от своя страна въздействат възпиращо на друга държава или държави да употребят ядрено оръжие срещу трети държави. Чрез позитивните гаранции за сигурност неядрените държави получават помощ от ядрените държави, ако бъдат атакувани от друга държава с ядрено оръжие. Негативните гаранции за сигурност на неядрените държави се изразяват в неизползване на ядрено оръжие срещу държави, които не притежават такова оръжие.

Все още не съществува международен правно-обвързващ договор, който да регулира гаранциите за сигурност на неядрените държави, въпреки че този въпрос се поставя активно от тези държави в последните няколко десетилетия. С особена острота този проблем се разисква през 60-те години от неприсъединилите се държави, тъй като формално тяхната сигурност не се покрива от действащите съюзи за сигурност тогава – НАТО и Организацията на Варшавския договор. Въпреки усилията на неприсъединилите се държави, те не успяват да постигнат включване на гаранциите за сигурност в разпоредбите на ДНЯО, което открива възможност за използване на потенциала на Съвета за сигурност на ООН.

През 1968 г. Съветът за сигурност на ООН прие резолюция 255, озаглавена "Въпрос, свързан с мерките за защита на не-

ядрените държави-страни по Договора за неразпространение на ядреното оръжие"[26]. Тази резолюция предложи позитивни гаранции за сигурността на неядрените държави, които поради присъединяването си към ДНЯО и забраната да придобиват ядрено оръжие, биха били по-застрашени от ядрена атака. Резолюция 255 приветства намерението, изразено от някои държави, че ще предоставят или подкрепят такава „незабавна помощ“ в съответствие с Устава на ООН, на всяка страна по ДНЯО, която е жертва на действие или предмет на заплаха от агресия, в която се използва ядрено оръжие. Текстът на резолюция 255 не дефинира съдържанието на термина „незабавна помощ“, което даде повод на оживени дискусии на дипломатическо и академично равнище. Според Джон Симпсън, резолюция 255 предоставя на неядрените държави „слаба гаранция“, като основно „потвърди съществуващите ангажименти на ядрените държави по Устава на ООН“[27].

Въпреки че тези положителни гаранции за сигурност бяха предназначени да насърчат неядрените държави да се присъединят към ДНЯО, след приемането на тази резолюция неядрените държави страни по ДНЯО започнаха да настояват за правно-обвързващи негативни гаранции за сигурността, които според тях предлагат по-сигурна защита.

Първата правно-обвързваща негативна гаранция за сигурността се съдържа в Договора от Тлателолко от 1967 г., който превърна Латинска Америка и Карибите в зона, свободна от ядрено оръжие. Клаузи за негативни гаранции за сигурност се съ-

[26] Вж. http://repository.un.org/bitstream/handle/11176/76037/S_RES_255%281968%29-EN.pdf?sequence=2&isAllowed=y

[27] **Simpson, J.** The Role of Security Assurances in the Nuclear Nonproliferation Regime. In: Security Assurances and Nuclear Non-Proliferation, J. Knopf (ed.), Stanford University Press, 2012, p. 58-62.

държат във всички договори за създаване на зони, свободни от ядрено оръжие.

От 1980 г. Конференцията по разоръжаване в Женева обсъжда темата за негативните гаранции за сигурност на неядрените държави, но не е постигнат някакъв напредък, който да даде възможност за съгласуване на ефективни международни договорености за предоставяне на гаранции на неядрените държави срещу употребата или заплахата с употреба на ядрено оръжие.

Определено развитие претърпя въпроса за гаранциите на неядрените държави след подписването и ратифицирането на ДНЯО от Китай и Франция през 1992 г. Такива гаранции бяха предоставени през декември 1994 г. на Беларус, Казахстан и Украйна от Великобритания, Русия и САЩ и на Украйна от Франция и по-късно на Казахстан от Китай. Тези гаранции бяха предоставени на трите държави в отговор на тяхното решение да предадат стратегическите ядрени оръжия, разположени на техните територии на Русия и да се присъединят към ДНЯО като неядрени държави.

Петте ядрени държави страни по ДНЯО разпространиха едностранни декларации относно негативните гаранции за сигурност преди конференцията-преглед на ДНЯО през 1995 пред Общото събрание и Съвета за сигурност на ООН. Въпреки някои нюанси, с декларациите на Великобритания, Франция, САЩ и Русия се изразява готовност да не се използва ядрена сила, освен ако ядрената държава или нейн съюзник или територия не бъде атакувана по някакъв друг начин от неядрена държава заедно с ядрена държава. Най-широки гаранции за сигурност се предоставят с декларацията на Китай, който последователно се придържа към политика никога да не използва първи ядрено оръжие или да заплашва с използване на такова оръжие. Китай също така се ангажира да не използва или да заплашва да използва ядрено оръжие срещу неядрени държави, или зони, свободни от ядрени оръжия, по всяко време или при каквито и да са обстоя-

телства[28].

Резолюция 984, приета през 1995 г. от Съвета за Сигурност на ООН отбеляза по-нататъшно развитие на гаранциите на неядрените държави, включвайки както негативните така и позитивните гаранции за сигурност[29].

Юридическата природа на едностранните декларации на петте ядрени държавимстрани по ДНЯО относно негативните гаранции за сигурност е предмет на дебат в международноправната теория. Самите ядрени държави считат тези декларации незадължителни, поради което са били обект на критически заявления от непостоянни членове на Съвета за сигурност на ООН. Представителят на Индонезия, например от името на Движението на неприсъединилите се държави, подчертава, че както едностранните декларации, така и проекта за резолюция за предоставяне на гаранции на неядрените държави не решава въпроса за загрижеността на тези държави. Поради факта, че декларациите на ядрените държави биха могли да бъдат едностранно оттеглени, се прави извода, че ефективно регулиране на гаранците за сигурност би могло да се постигне с юридически задължително споразумение[30].

Съществуват, разбира се, и основания за приемането на задължителния характер на едностранните декларации на ядрените държави. В тази връзка би могло да се посочи позицията на Международния съд на ООН както по случая *Nuclear Tests*

[28] Едностранните декларации на постоянните членове на Съвета за сигурност на ООН се съдържат в отделни писма, изпратени до Генералния секретар на ООН. Вж. UN Doc. A/1995/261-265.

[29] Вж. http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Disarm%20SRES984.pdf

[30] Вж. изказването на представителя на Индонезия от името на Движението на неприсъединилите се държави в: Record of the 3514th Meeting of the Security Council, 11 April 1995, UN Doc. S/PV.3514.

Case[31], така и при представянето на съвещателното си мнение по въпроса за ядреното оръжие, като не се прави изрична разлика между горепосочените едностранни декларации и декларациите, съдържащи се в Допълнителните протоколи към договорите, създаващи зони, свободни от ядрено оръжие.[32]

Друг аспект на анализ е фактът, че едностранните декларации на петте ядрени държави страни по ДНЯО относно негативните гаранции за сигурност са свързани най-общо с изпълнението на задълженията на неядрените държави по този договор, или с други думи, валидността на гаранциите е обвързана практически с действието на ДНЯО. С тази взаимообвръзка би могло да се обясни подкрепата от страна на неядрените държави на безсрочното продължаване действието на ДНЯО на конференцията-преглед през 1995 г.

Специфично място в проблематиката на гаранциите за сигурност на неядрените държави заема въпросът за гаранциите на двустранна основа. Такива са гаранциите, предоставени от САЩ на Южна Корея и Япония, както и тези, включени в така наречения „ядрен чадър“ над държавите членки на НАТО (и на Организацията на Варшавския договор по време на действието му).

РЕГИОНАЛНИ МЕРКИ ЗА ЯДРЕНО НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕ

Член 7 от ДНЯО признава правото на държавите да създават зони, свободни от ядрено оръжие (ЗСЯО). Общото събрание на ООН дефинира ЗСЯО с решение 3472 В (1975) като всяка

[31] ICJ, Nuclear Tests (New Zealand v. France), ICJ Report 1974, para. 45-49.
[32] ICJ, Legality of the Use or Threat of Nuclear Weapons, Advisory Opinion, ICJ Report 1996, para. 62.

зона, призната за такава от Общото събрание на ООН, която всяка група от държави, проявявайки своя пълен суверенитет, е създала чрез договор или споразумение, за която:

(а) се определя статут за пълно отсъствие на ядрено оръжие в зоната, включително и процедурата за определянето на границите на зоната;

(б) се въвежда международна система за проверка и контрол, която да гарантира спазването на задълженията, произтичащи от този статут.

Всеки договор за създаване на ЗСЯО включва Протокол, който се ратифицира от петте ядрени държави, признати от ДНЯО – Китай, Франция, Русия, Великобритания и САЩ. Тези Протоколи призовават ядрените държави да спазват статута на зоните и да не използват ядрени оръжия срещу държавите, сключили договора за съответната зона, което представлява т.н. негативни гаранции за сигурност. Петте ядрени държави понякога си запазват правото да отвръщат на атаки с ядрено оръжие или друго ОМУ, насочено към съответната зона (напр. САЩ не е подписал Протокола за ЗСЯО в Африка). Съществуват и ЗСЯО, обявени със съответни международни договори, които обаче не са подкрепени с такъв Протокол, напр. Антарктика, Монголия, морското и океанското дъно, космическото пространство.

Установените досега ЗСЯО обхващат около 50% от земните площи на света, включително 99% от всички земи на юг от екватора и 74% от всички земи извън националните територии на ядрените държави. Общо ЗСЯО включват 119 държави и 18 други територии с около 1.9 милиарда жители.

За целите на това изследване под регионални мерки се разбират както създаването на зони, включващи няколко държави, така и зоните, извън националната юрисдикция или контрол на държавите. Единственият случай за ЗСЯО, включваща само една държава (Монголия) също е включена в анализа.

История на инициативите за създаване на зони, свободни от ядрено оръжие

Към края на 1957 г. полският външен министър Адам Рапацки отправи призив за създаването на Централноевропейска ЗСЯО, която да обхваща тогавашна Чехословакия, германските републики, а така също и Полша. Тази идея беше отхвърлена от Великобритания и Съединените щати (положително оценена от Белгия, Канада, Норвегия и Швеция), главно поради съображения че ядрените оръжия трябва да бъдат разположени в Централна Европа, за да балансират и възпират конвенционалните войски на Варшавския договор, разположени в региона. Въпреки отхвърлянето, иновативната концепция на Рапацки се оказа важна за други региони и бе разисквана от редица международни форуми, и по-специално от ООН.

Много от основните принципи и особености на последващите успешно утвърдени регионални договори за ЗСЯО могат да бъдат намерени в плана на Рапацки. Това включва изискването за пълна липса на ядрени оръжия в съответния район, наличието на адекватни и ефективни системи за инспекция, проверка и спазване и, че ядрените държави предоставят обвързващи гаранции да не използват или заплашват да използват ядрено оръжие срещу държавите, които участват в зоните.

По време на края на 50-те и началото на 60-те години на миналия век, когато темповете на ядреното въоръжаване в студената война се засилиха, редица предложения на ЗСЯО бяха насочени към редица региони, включително Африка, Източна Азия и Европа. През 1959 г. Румъния потвърждава своето предложение от 1957 г. за балканска ЗСЯО. През същата година СССР предложи създаване на ЗСЯО на Корейския полуостров и в Азиатския Тихи океан. Всички предложения бяха отхвърлени от западните ядрени държави на основание, че регионалното разполагане на ядрено оръжие беше необходимо, за да се про-

тиводейства на числеността на конвенционалните сили на противниците им със студена война.

Въпреки негативните реакции на западните сили към тези първоначални предложения за създаване на ЗСЯО, първата такава зона, която всъщност се създава, бе по инициатива на САЩ – Договора от Антарктика от 1959 г. По това време в няколко региона на света (Централна Азия, Океания и Сахара) нараства регионалната и международна загриженост относно въздействието върху здравето от радиоактивните последствия от атмосферните ядрени опити.

Въпреки резервираността на тези идеи от страна на западните държави, първата такива зона е създадена по предложение на САЩ – чрез съгласуването на Договора за Антарктика през 1959 г.

През 1962 г. кризата с кубинските ракети значително повиши международната и регионална осведоменост за рисковете от голям ядрен конфликт. В онези дни светът се оказва на границата на ядрена война. Първите признаци на напрежение между двете държави възникват още през юни 1961 г. Тогава Никита Хрушчов за първи път се среща с новия президент на САЩ Джон Кенеди във Виена. Те обсъждат въпросите за границите на Германия и за ядреното въоръжаване.

Договорът Тлателко

Договорът Тлателолко[33] е първият договор на ЗСЯО, съз-

[33] Тлателолко или Тлатилолко; буквално преведено ще рече "В малкия хълм на земята" е важен квартал на Мексико сити, в община Куатемок, чийто исторически център е площадът Плаца де Трес Културас (площад на трите култури). Площадът е заобиколен от 3-те страни от археологически разкопки от ацтекското минало на града, храм от 16 век Темпло де Сантяго и служебен комплекс.

дадена в населен регион, е подписан от 21 латиноамерикански държави през 1967 г.[34] Подобно на плана на Рапацки, основните характеристики на зоната включват: забрана на ядреното оръжие, независимо дали са разработени или придобити от самите членове на зоните, или въведени от ядрените държави; система за проверка и проверка; и задължения на ядрените държави да не използват или да заплашват да използват ядрено оръжие срещу държави участнички в ЗСЯО. Забраната за разполагане на ядрено оръжие от външни сили е особено важна, като се отчита ситуацията с разполагането на тактически и междинни ядрени ракети от СССР в Куба преди и по време на ракетната криза.

Две от най-големите държави в региона, Аржентина и Бразилия, развиват активно ядрената енергетика и потенциалната възможност за разработване на ядрено оръжие. Договорът от Тлателолко предоставя рамка за изграждане на доверие и регионално неразпространение, която е спомогнала за разрушаването на потенциална ядрена надпревара между двете ключови регионални държави. Заедно с бразилско-аржентинската Агенция за отчетане и контрол на ядрените материали (ABACC) между Аржентина и Бразилия, Договорът Тлателолко създаде регионален режим за неразпространение, който има високоефективна система за проверка и разпоредби за спазване на правилата, които биха намалили значително шансовете за разпространение на ядрено оръжие в този регион.

ЗСЯО в Южния Пасифик

В края на 1960-те и началото на 1970-те светът става свидетел на военни конфликти в Камбоджа, Лаос и Виетнам. Тогава

[34] Договорът Тлателолко е достъпен на адрес http://disarmament.un.org/treaties/t/tlatelolco/text

съществуваше опасност воините с конвенционално оръжие да ескалират с размяна на ядрени удари и генерира интерес към регионална денуклериазация.

Успешното договаряне на Договора Тлателко послужи за пример на държавите в Южния Пасифик. През 1975 г. Фиджи, Нова Зеландия и Папуа Нова Гвинея потърсиха подкрепа в Обединените нации за Южна Тихия океан за създаване на ЗСЯО. През същата година ООН организира първото основно изчерпателно проучване на ЗСЯО. Това проучване допринесе основно за изясняването на принципите, разпоредбите и приложимостта на тези зони. Местното население обяви загрижеността си от някои ядрени проблеми, в това число провеждането на подземни ядрени опити от Франция във Френска Полинезия, идеите за съхраняване на ядрени отпадъци в региона и посещенията на кораби с ядрено оръжие в пристанищата на Пасифика.

През 1975 Фиджи, Нова Зеландия и Папуа Нова Гвинея поискаха подкрепата на ООН за създаване на ЗСЯО в Южния Пасифик.

В резултат на направените усилия и преговори по инициативата на Австралия през 1985 приключва работата над Договора от Раротонга[35]. Този договор забранява не само същите категории от дейности с ядрено оръжие както Договора от Тлателолко, но също така разширява забраните, като включва забраната на ядрени опити в зоната, вкл. международните води, а така също изхвърлянето на ядрени отпадъци в морски води. Договорът от Раротонга има значение за засилване на ангажимента на Австралия за неразпространение на ядреното оръжие, (въпреки че Австралия разглежда въпроса за развитие на свое ядрено оръжие през 60-те до началото на 70-те години), но също забранява

[35] Вж. документ на ООН на адрес http://disarmament.un.org/treaties/t/rarotonga/text

на ядрените държави за провеждат ядрени опити в региона.

Договорът Пелиндаба – създаването на ЗСЯО в Африка

Създаването на тази зона има дълга история. През юли 1964 г. тогавашната Организация за африканско единство (На 8 юли 2002 г. ОАЕ е преобразувана в Африкански съюз, обединяваща 55 държави от Африка търсейки подобие за развитие като Европейския съюз), приема Декларацията за обявяване на Африка, като регион, свободен от ядрено оръжие.

Африка – Сахара е място на провеждането на атмосферни и подземни опити с ядрено оръжие от Франция. Южна Африка е единствената страна, произвела самостоятелно ядрено оръжие и унищожила го впоследствие – за разлика от бившите съветски републики Украйна, Беларус и Казахстан, които наследяват ядрени оръжия от СССР и също се присъединяват към ДНЯО като неядрени държави. През дните на апартейд бялото правителство на Южна Африка развива тайна ядрена програма като крайно средство за въздържане. Южна Африка има големи запаси на уран, който се добива от златните мини на страната. Правителството построява център за ядрени изследвания в Пелиндаба близо до Претория, където уранът бива обогатен до равнище, необходимо за употреба от ядрената електроцентрала в Коеберг, и такова, необходимо за производството на бомби. През 1991 г., в условията на международен натиск и пред неизбежна смяна на управлението, посланика на Южна Африка в САЩ, Хари Шварц подписва ДНЯО. През 1993 г. тогавашният президент Фредерик Вилем де Клерк открито признава, че страната е развила ограничен ядрен оръжеен капацитет. Впоследствие те са унищожени преди Южна Африка да се присъедини към ДНЯО и страната приема инспектори от МААЕ. През 1994 г. МААЕ завършва работата си там и обявява, че Южна Африка се е освободила напълно от програмата си за производство на ядрено оръжие.

През юни 1995 г. окончателниият текст на Договора за ЗСЯО в Африка[36] е съгласуван от държавните и правителствени ръководители на Африка. Този договор е открит за подписване на 11 април 1996 г. и 13 години по-късно Договорът от Пелиндаба влезе в сила, след като Бурунди депозира ратификационните си инструменти на 15 юли 2009 г. и това е 28-та африканска държава, която е направила това.

Договорът Пелиндаба предотвратява разпространението на ядреното оръжие. ЗСЯО също така предотвратява използването на африканска територия за провеждане на опити, разполагане и разгръщане на ядрено оръжие с неограничено действие и излизането от него изисква 12-месечно предизвестие. Член 11 на Договора забранява въоръжените атаки срещу ядрени инсталации и е гаранция, че държавите участнички няма да започнат такава атака, нито да помагат на другите да го направят. Включването на определения на термините "ядрено взривно устройство,"ядрена инсталация" и "ядрен материал", както и фактът, че договорът възпрепятства изхвърлянето на отпадъци в обсега на зоната, са примери за по-ефективна регламентация в сравнение с Договора от Раротонга и Договора от Тлателко.

Идеята за демилитаризиране на Корейския полуостров

През 1972 г. бе направено предложение за създаване на ЗСЯО чрез научно изследване на Корейския полуостров, поръчано от Американската агенция за контрол на оръжията и разоръжаването. Изследването цитира Договора Тлателолко като важен прецедент и препоръча ограничения за разгръщането или използване на ядрено оръжие – чрез споразумения за създаване

[36] Вж. документ на ООН A/50/426 на адрес http://disarmament.un.org/treaties/t/pelindaba/text

на ЗСЯО или чрез споразумения за неизползване първи на ядрено оръжие. През 1980 г. президентът Ким Ил Сун на Корейската народнодемократична република предложи създаване на ЗСЯО, в която ще бъде забранено изпитването, складирането и използването на ядрено оръжие.

През 1985 г. тогавашният съветски президент Михаил Горбачов предложи във Владивосток свикването на конференция, която да включва обсъждането на ЗСЯО на Корейския полуостров и в Югоизточна Азия и предлагането на негативни гаранции за сигурност от страна на ядрените държави към държавите в региона. Предложението беше отхвърлено въз основа на необходимостта от прилагането на военна гъвкавост при разполагането ядрени оръжия на регионално ниво, за да се противопоставят на конвенционалните традиционни сили на Китай и Корейската народнодемократична република.

Въпреки изразените възражения на САЩ, двете Корейски държави се споразумяха през 1992 г. за съвместна декларация относно освобождаване на Корейския полуостров от ядрено оръжие. Това би създало ЗСЯО в региона, но споразумението не бе изпълнено – отчасти поради нарастващо недоверие между страните по въпросите на инспекциите, но и поради отсъствието на ключови елементи от ЗСЯО, който включва строги механизми за спазване и неупотреба или опасност от употреба гаранции от ядрените държави. Водените шестстранни преговори не постигнаха споразумения за освобождаване на Корейския полуостров от ядрено оръжие. Впоследствие Корейска народнодемократична република се оттегли от Договора за неразпространение на ядреното оръжие през 2003 г. и проведе шест опита с ядрено оръжие през 2006, 2009, 2013, два през 2016 и 2017 г.

Югоизточна Азия

Договорът от Банкок еволюира от по-ранната идея за зона на мира, свободата и неутралитета от 1971 г., като инициатива

на Асоциацията на народите от Югоизточна Азия (АСЕАН). Петте държави учредители са Индонезия, Малайзия, Филипините, Сингапур и Тайланд. Този договор беше в отговор на загрижеността за военните бази на ядрените държави и транзитното преминаване на ядрено оръжие по въздух и море в региона. Когато ядрените държави, притежаващи военни бази в регион – Руската федерация във Виетнам и Съединените щати във Филипините, затвориха базите си, изпълнението на зоната стана по-осъществимо политически.

Договорът от Банкок през 1995 г.[37] учредява ЗСЯО със същите основни принципи като Договора от Раротонга и Договора от Тлателолко, но продължава по-нататък чрез разширяване на обхвата на разпоредбите на зоната, така че да обхване изключителните икономически зони на държавите страни по договора. Договорът от Банкок също така потвърждава и засилва ангажиментите на групата ASEAN за неразпространение на ядреното оръжие и създава сериозни правни и политически бариери към всяка държава, която би решила да придобие статут на ядрена държава. Договорът също така възпрепятства ядрените държави да преместват ядрените си сили в региона.

Монголия

През 1992 г. Монголия се обяви за създаване на ЗСЯО на територията на държавата и потърси признание за този статут в ООН чрез преговори в Комисията за разоръжаване на ООН и последващите резолюции на Общото събрание. През 1998 г. имаше единодушна подкрепа в Общото събрание за статута на Монголия. Ядрените държави обявиха подкрепата си за ЗСЯО на двустранна основа.

[37] Вж. документ на ООН на адрес http://disarmament.un.org/treaties/t/bangkok/text

Централна Азия

Основен пробив за изключването на ядреното оръжие от Централна Азия бе Договора от Семипалатинск от 2006 г. след деветгодишни преговори. Това стана възможно с участието на Казахстан, Киргизстан, Таджикистан, Туркменистан и Узбекистан, които получиха независимост през 1991 г. след разпадането на СССР. Районът беше широко използван от СССР за редица дейности, свързани с ядрено оръжие – включително ядрени опити, изпитания на ракетни установки, преработка на ядрени горива, складиране на стратегически и тактически ядрени оръжия, уранодобив и натрупване на плутоний.

Първоначалното предложение за ЗСЯО бе направено от узбекския президент Ислям Каримов през 1993 г., след като в началото на 1992 г. Монголия предложи такава зона да бъде създадена на нейна територия. През 1997 г. петте президенти на Централна Азия издадоха Декларацията от Алма Ата, която призова за създаването на ЗСЯО. Както в случая с другите договори в населените места, договорът забрани развитието или придобиването на ядрено оръжие от регионалните държави и позиционирането на ядрено оръжие. Този юридически инструмент забрани провеждането на изследвания върху ядреното оръжие и изрично включи гаранциите за неразпространение на това оръжие, администрирани от МААЕ.

Договорът от Семипалатинск[38] изигра ключова роля за по-нататъшното предотвратяване на разпространението в стратегически регион, който има широк достъп до делящи се материали, плутоний, складовете и съоръженията, свързани с ядрено оръжие, датиращо от съветската администрация. Страните от Централна Азия намалиха съществено рисковете за разпростра-

[38] Вж. документ на ООН на адрес http://disarmament.un.org/treaties/t/canwfz/text

нение на ядрено оръжие в региона. Договорът създаде юридически гаранции ядрените държави да не използват отново региона за дислоциране и опити с ядрено оръжие.

Идеята за ЗСЯО в Близкия Изток

Първоначално предложена през 1974 г. от Египет и Иран, концепцията за създаване на ЗСЯО получи одобрение в рамките на ООН и сред изследователската общност. Конференцията-преглед на ДНЯО през 2010 г. предвиди провеждането на регионална конференция за обсъждането на ЗСЯО в Близкия изток. Понастоящем се смята, че Израел има скрита развита способност за производство на ядрено оръжие. Възможното участие на Израел е свързано с това дали дългосрочната му сигурност не би била по-добре обслужвана от една ЗСЯО в Близкия Изток, която има своите международноправни гаранции, отколкото да разчита на своя собствена ядрена възпираща способност, която неминуемо е свързана с използването на значителни човешки и финансови ресурси.

ЗСЯО в райони извън националната юрисдикция или контрол на държавите

ЗСЯО в Антарктида е създадена с Антарктическия договор през 1959 г.[39] и влиза в сила от 1961 г. Подписан е от страните, които по това време са имали свои обекти на ледения континент: Аржентина, Австралия, Белгия, Чили, Франция Япо-

[39] Антарктическият договор е подписан във Вашингтон на 1 декември 1959 г. България ратифицира договора през 1978 г., а от 1998 г. е пълноправен член. България бе домакин за първи път на Консултативно съвещание по Договора за Антарктика и на годишна среща на Комитета по опазване на околната среда през юни 2015 г.

ния, Нова Зеландия, Норвегия, ЮАР, СССР/Русия, САЩ, Великобритания. Договорът декларира, че Антарктида може да се използва само за мирни цели, като там е забранено да се провеждат ядрени опити и да се съхраняват радиоактивни отпадъци. Договорът създаде зона без ядрено оръжие и демилитаризирана зона, като забрани военни бази, маневри и опити с оръжия (член I) и забрани ядрените експлозии и изхвърлянето на радиоактивни отпадъци (член V).

ЗСЯО в околоземното пространство и Луната е създадена през 1967 г. с Договора за мирно изследване и използване на близкия Космос, Луната и другите небесни тела[40]. Влиза в сила през 1967 г. Разрешено е използването само за мирни цели. Забранено е на орбити около земята и върху Луната да се извеждат каквито и да са оръжия, да се създават каквито и да са военни обекти, да се провеждат опити и военни учения. Страните членки се задължават да не резполагат там, каквито и да са обекти, съдържащи ядрено оръжие или друго оръжие за масово унищожение.

ЗСЯО на дъното на моретата и океаните и в лежащия под него слой е създадена през 1971 г. с Договора за забрана на разполагането на ядрено оръжие и други оръжия за масово унищожение върху дъното на моретата и океаните и в придънния слой. Влиза в сила през 1972 г.

ГЪВКАВИ ПРАВНИ МЕХАНИЗМИ ЗА НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕ НА ЯДРЕНОТО ОРЪЖИЕ

Групата на ядрените доставчици (ГЯД) води началото си от 1978 г. като отговор на опита с ядрено оръжие на Индия,

[40] Вж. документ на ООН на адрес http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html

проведен през 1974 г. и необходимостта от предвидимост на националните норми за експортен контрол[41]. ГЯД действа на основата на консенсуса, като държавите участнички се очаква да информират останалите членове за решенията си в сферата на експорта на ядрени материали. Важен аспект на работата на ГЯД е спазването на принципа, че отказът от дадена експортна операция на една от участващите държави се уважава от другите участници.

Към януари 2018 г. ГЯД наброява 45 държави. България се присъединява към Ръководните правила за ядрен износ на ГЯД през 1984 г. Европейската Комисия и председателят на Комитета Цангер участват в работата на ГЯД като наблюдатели. Факторите, които се вземат предвид за участие в ГЯД, включват способността да се доставят артикули (включително транзитни стоки), обхванати от Ръководните правила на ГЯД; спазване на правно-задължителна система за вътрешен контрол на износа, в съответствие с Ръководните правила; участие в ДНЯО и/или договорите Пелиндаба, Раротонга, Тлателолко, или друго еквивалентно международно споразумение за неразпространение на ядреното оръжие и пълно спазване на задълженията, произтичащи от такива споразумения; подкрепа на международните уси-

[41] Незадължителни режими за контрол на ОМУ са и Австралийската група - за контрол на химическото, бактериологическото и токсичното оръжие, България участва в режима от м. октомври 2001 г.; Режимът за контрол на ракетните технологии, България е член на режима от 1 юни 2004 г., през 2002 г. този режим е допълнен с Международния кодекс на поведение срещу разпространението на балистични ракети, известен още като „Хагски кодекс на поведение“, който призовава за сдържаност по отношение на разпространението на балистични ракети, способни да пренасят ОМУ; и Васенаарската договореност за експортен контрол на конвенционалните въоръжения и стоките и технологиите с двойна употреба, България е съучредител на режима от създаването му през 1996 г.

лия за неразпространение на оръжия за масово унищожение и на техните средства за доставка.

Комитетът „Цангер“, наречен след първия му председател проф. Клод Цангер, е създаден след влизането в сила на ДНЯО, преди всичко, да предоставя авторитетни тълкувания на член III, параграф 2 за хармонизиране на осъществяването на ядрените политики за забрана на предоставянето на изходен или специален разпадащ се материал[42] или оборудване на която и да неядрена държава за мирни цели, ако върху този материал не се разпростират гаранциите на МААЕ.

Комитетът „Цангер“ поддържа списък за задействане на гаранции като условие за доставка на стратегически стоки, свързани с ядрената енергия, за подпомагане на страните по ДНЯО при идентифицирането на оборудване и материали, подлежащи на контрол върху износа. Ръководните правила на режима визират три условия за всяка доставка, свързана с производството или употребата на ядрени материали: предоставяне на гаранции, че изделията няма да се използват за ядрени боеприпаси; че държавата вносител е приела гаранциите на МААЕ; и клауза за реекспорт, според която държавата вносител трябва да приложи идентични процедури при реекспорт.

[42] Съгласно чл. XX на Устава на МААЕ терминът "специален разпадащ се материал" означава плутоний-239; уран-233; уран, обогатен с изотопи 235 или 233; всеки материал, съдържащ едно или повече от горепосочените; и други подобни ядрени материали, каквито Съветът на управляващите определя от време на време; но терминът "специален разпадащ се материал" не включва изходния материал. Терминът "изходен материал" означава уран, съдържащ смес от изотопи, срещащи се в природата; уран, изчерпан в изотоп 235; торий; всяка от горните под формата на метал, сплав, химическо съединение или концентрат; всеки друг материал, съдържащ едно или повече от гореизброените, в концентрация, определена от Съвета на управляващите; както и друг материал, който Съветът на управляващите определя от време на време.

В работата на Комитета „Цангер“ участват 39 държави, включително всички ядрени държави. България участва в този орган. Неговият списък за задействане включва илюстративни примери за оборудване и материали, за които се счита, че са в рамките на разбирането на Комитета. Списъците за задействане и разбирането на Комитета „Цангер“ са публикувани от МААЕ в серията INFCIRC/209.

Иниативата за разпространение на сигурност – ИРС (Proliferation Security Initiative) цели да спре трафика на ОМУ, техните системи за доставка и свързаните с тях материали към и от държави и недържавни участници, за които има данни, че разпространяват такива оръжия. Води началото си от май 2003 г. на основата на Националната стратегия на САЩ за борба с ОМУ, публикувана през декември 2002 г.[43] Тази стратегия признава необходимостта от по-стабилни инструменти за спиране на разпространението на ОМУ по света.

ИРС използва иновативен подход за предотвратяване на разпространението на ядреното оръжие, който се основава на доброволни действия на държавите, които са в съответствие с националните им правни механизми. Участниците в ИРС използват съществуващите национални и международни органи за прекратяване на трафика на ОМУ.

Когато дадена държава се присъедини към ИРС, тя одобрява ***Декларацията за принципите за забрана***, чрез които да се възпрепятстват и спира ОМУ, техните системи за доставка и свързаните с тях елементи. Повече от 100 държави са включени в ИРС, като основно участват почти всички европейски страни и много малко държави от Африка. В рамките на ИРС се организират учения с участието, преди всичко на морски части, а

[43] Вж. информацията предоставена на електронната страница на Държавния департамент на САЩ в: https://www.state.gov/t/isn/c10390.htm

така също на сухопътни, въздушни и пристанищни формирования. Поради оскъдния обем от предоставяната публична информация е трудно да се направи обективен анализ на ролята на ИРС за предотвратяване на разпространението на ОМУ и средствата за доставка.

Глобалната инициатива за борба с ядрения тероризъм

Глобалната инициатива за борба с ядрения тероризъм е обявена по време на срещата на високо равнище на Г8[44] през юли 2006 г. от президентите на Русия и на САЩ. В нея първоначално участват САЩ, Великобритания, Франция, Германия, Италия, Русия, Канада и Япония. България участва в тази инициатива от юли 2007 г.

Инициативата е насочена към подобряване на сътрудничеството между държавите за предотвратяване и борба с ядрения тероризъм. Участието е на доброволна основа и всяка страна определя предприемането на необходимите мерки и съответните ресурси за изпълнение на целите на Инициативата.

Обхватът на дейностите в рамките на Инициативата включва участието и организирането на политически срещи на високо равнище, конференции, учения, работни форуми за развиване на механизми за бърз и конфиденциален обмен на техническа и оперативна информация с цел предотвратяване или спиране на незаконен трансфер на ядрени материали или идентифициране на възможности за реагиране в случай на ядрена атака и др. От 2010 г. действат Група за практическо прилагане и оценка на Глобалната инициатива, както и две работни групи – по ядреното откриване и ядрената криминология.

[44] Група на осемте или съкратено Г-8 преди 24 март 2014 г. е название на правителствен форум на група от осем водещи индустриални държави. В момента форумът е във формат Г-7 (без Русия).

Юридически задължителни правила за експортен контрол се съдържат в **Резолюция 1540 на Съвета за сигурност на ООН**[45], приета през април 2004 г. Този документ, приет в съответствие с Раздел VII на Устава на ООН, дава възможност на всички национални правителства да създадат юридическа рамка и администрират необходимата инфраструктура за покриване на празните полета в неразпространението, в това число от страна на недържавните участници. Основните задължения на държавите се дефинираха в криминализиране на разпространението на ОМУ и средствата за доставка; привеждане в изпълнение на ефективни мерки за контрол на търговията, транспорта и финансирането; и създаване на ефективна физическа сигурност на ОМУ, средствата за доставка и съответните материали[46].

Съветът за сигурност на ООН създава работен орган – Комитет по резолюция 1540, който администрира нейното изпълнение. Мандатът на този орган бе първоначално установен на две години, след това продължен с още две и три години и безпрецедентно с десет години през 2011 г.

С действието си Резолюция 1540 прави задължителни необвързващите норми, включени в действащите режими за контрол, приложими за всички държави членки на ООН. Тази резолюция обаче не включва контролни списъци, с помощта на които държавите да прилагат по-хармонично националното си законодателство в областта на контрола на износа. Решенията за санкции на Съвета за сигурност на ООН премахват този недос-

[45] Резолюцията 1540 на Съвета за сигурност на ООН е достъпна на адрес http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1540%20(2004).

[46] Вж. по-подробно: **Asada, Masahiko.** Security Council Resolution 1540 to Combat WMD Terrorism: Effectiveness and Legitimacy in International Legislation. – Journal of Conflict and Security Law, Volume 13, Issue 3, 1 December 2008, pp. 303–332.

татък, с включването на такива списъци за контрол като част от техните санкционни режими, които са задължителни за всички членове на ООН[47].

Криминализирането на разпространението на ОМУ и средствата за доставка намира международноправна регулация с Протокола от 2005 г. за изменение на Конвенцията за преследване на незаконните действия, насочени срещу сигурността на морското корабоплаване[48]. Съгласно този Протокол доставките на ядрени материали и оборудване се допускат, при условие че са разрешени чрез гаранциите на МААЕ.

Конвенцията от 2010 г. за борба с незаконните актове, свързани с международната гражданска авиация прилага редица разпоредби на Протокола от 2005 г. към въздушния транспорт.

УЧАСТИЕТО НА РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ В РЕЖИМА ЗА НЕРАЗПРОСТРАНЕНИЕ НА ЯДРЕНОТО ОРЪЖИЕ

Р България е ратифицирала основните споразумения за забрана на ОМУ, както и тези с неизбирателно действие и активно участва в работата на МААЕ. Тя бе активен участник в преговорите за съгласуване на ДНЯО и инициативата за превръщане на Балканите в зона, свободна от ядрено оръжие[49] през 80-

[47] Вж. **Asada, Masahiko.** The Role of the Security Council in WMD-Related Export Control: Synergy Between Resolution 1540 (2004) and Sanctions Resolutions. In: Tamada D., Achilleas P. (eds) Theory and Practice of Export Control. SpringerBriefs in Economics. Springer, Singapore, 2017, pp 29-40.

[48] Ратифицирана със закон, приет от XXXVIII Народно събрание на 28 април 1999 г. – ДВ, бр. 43 от 1999 г. В сила от 6 октомври 1999 г. Обн. ДВ. бр.48 от 23 Май 2003 г., изм. ДВ. бр.90 от 16 Ноември 2010 г.

[49] Вж. **Анастасов, А. Г.** Проблема создания безъядерной зоны на Балканах (международно-правовые вопросы). Диссертация на соискание учёной степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.10 – Международ-

те години на миналия век.

България е създала необходимите правни и административни предпоставки за изпълнение на задълженията си по ДНЯО. Законът за безопасно използване на ядрената енергия[50] урежда въпросите, свързани с държавното регулиране на използването на ядрената енергия за мирни цели, на йонизиращите лъчения и с безопасното управление на радиоактивните отпадъци и отработеното гориво, както и правата и задълженията на лицата, които осъществяват тези дейности за осигуряване на ядрената безопасност, радиационната защита и физическата защита. Съгласно чл. 124 от този закон, председателят на Агенцията за ядрено регулиране (АЯР) е организатор и координатор на изпълнение на задълженията на България, произтичащи от ДНЯО и Споразумението между Европейската общност за атомна енергия (ЕВРАТОМ) и МААЕ за прилагане на чл. III (1) и (4) на ДНЯО и Допълнителния протокол към него.

Министерският съвет по предложение на председателя на АЯР е издал Наредба за прилагане на гаранциите по ДНЯО[51]. Съгласно Наредбата, лицата които извършват дейности по смисъла на Споразумението и Допълнителния протокол поддържат система за контрол и отчет на ядрените материали, като отчетните и експлоатационните записи трябва да са достъпни за инспекторите от АЯР, Европейската комисия и МААЕ на хартиен и/или електронен носител. Тези лица поддържат регистри за наличието и движението на ядрен материал между отделните точки в зоната на материален баланс[52].

ное право; Науч. рук. О. В. Богданов; Академия наук СССР. Институт государства и права, М.,1985, 210 с.

[50] Обн. в ДВ, бр. 63 от 28 юни 2002 г. многократно изменян и допълван.

[51] Приета с ПМС 244 от 27 октомври 2017 г., обн. ДВ, бр. 88 от 3 ноември 2017 г.

Сред 24-те разработени подзаконови актове за безопасно използване на ядрената енергия е необходимо да подчертаем значението на Наредбата за осигуряване безопасността на ядрените централи. С този нормативен акт са въведени най-съвременните стандарти за безопасност, както по отношение на действащите централи, така и към проектите за новоизграждащи се мощности. При изготвяне на Наредбата са отчетени непосредствено приложимите норми на Директива 2014/87/ЕВРАТОМ на Съвета от 8 юли 2014 г. за изменение на Директива 2009/71/ЕВРАТОМ за установяване на общностна рамка за безопасността на ядрените инсталации. Положенията на Наредбата са приведени в съответствие с новите стандарти на МААЕ за проектиране, разполагане и оценка на безопасността на нови централи и доколкото новото изискване е практически приложимо за действащите ядрени реактори.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Създаването на свят без ядрено оръжие е дългосрочна цел на международната общност. За постигането ѝ могат да допринесат както едностранни, така и регионални и глобални мерки за контрол на ядрените оръжия. Тези мерки не си противоречат и прогресът в изпълнението на съответните международноправни инструменти в една област спомага за напредъка и в други области на ядреното разоръжаване. Всеобхватната и ефективна забрана на ядреното оръжие би решила проблемите на неговото неразпространение и гаранциите за сигурност както

[52] Зоната на материален баланс се дефинира в Допълнителните разпоредби на Наредбата като зона, в която има ядрен материал или се предвижда неговото разполагане така че за целите на материалния баланс количеството на ядрения материал при всяко преместване вътре или извън тази зона, може да се определе физическата наличност на ядрения материал, като се следват определени процедури.

на неядрените, така и на ядрените държави. Постигането на тази цел би освободило колосални материални и финансови ресурси за успешното разрешаване на най-наболелите социално-икономически проблеми на нашето време.

Тази цел обаче не се оказа постижима от приемането с консенсус през януари 1946 г. на първата резолюция на Общото събрание на ООН за мирно използване на ядрената енергия и ликвидиране на ядрените оръжия до ден днешен. Търсенето на нетрадиционни подходи, в това число с активното ангажиране на недържавните участници като избиратели на по-отговорни и смели правителства, би направило постигането на света без ядрено оръжие реална цел.

Александър Александров*
Alexander Alexandrov*

ЗА ОТГОВОРНОСТТА НА ТЪРГОВСКИТЕ ДРУЖЕСТВА СПРЯМО КРЕДИТОРИТЕ ПРИ ПРЕОБРАЗУВАНЕ И СУБЕКТИВНИТЕ ПРЕДЕЛИ НА ИЗПЪЛНИТЕЛНИЯ ЛИСТ

THE RESPONSIBILITY OF COMMERCIAL COMPANIES TO CREDITORS AFTER TRANSFORMATION AND THE PERSONAL LIMITS OF THE WRIT OF EXECUTION

Ключови думи: *търговско дружество; преобразуване; отговорност; субективни предели; изпълнителен лист*

Резюме:

Изследването разглежда въпроса за отговорността на търговските дружества, участващи в процеса на преобразуване, процесуалния ред за ангажиране на тази отговорност, както и въпроси за субективните предели на изпълнителния лист в контекста на въпроса за реализиране на отговорността по реда на изпълнителното производство.

Key words: *company; transformation; responsibility; personal limits; writ of execution*

Summary:

The study examines the issue of the liability of the commercial companies involved in the transformation process, the procedure for engaging this responsibility, as well as questions about the personal limits of the writ of execution in the context of the question of the realization of the liability under the enforcement procedure.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Увод

Търговският закон регламентира няколко форми на преобразуване на търговски дружества, които трудно могат да бъдат подведени под една обща дефиниция. Поради тази причина и законът не дава дефиниция на понятието преобразуване, а посочва правните последици на различните регламентирани форми (чл. 262-262г, 264, 265 ТЗ). Всички те имат общи черти, но същевременно се различават съществено по своя фактически състав[1]. Във всички случаи на преобразуване обаче се касае за сложен и смесен фактически състав, в резултат на който преминават права и задължения (би могло да са само права или само задължения) от едно дружество към друго дружество или към едноличния собственик на капитала (в хипотезата на преобразуване по чл. 265 ал. 1 ТЗ). При всички форми на преобразуване се осъществява някакъв вид правоприемство – било то общо или частно. При повечето форми на преобразуване възникват и нови членствени правоотношения спрямо дружеството приемник. Важна особеност на преобразуването е факта, че то се провежда без участието на кредиторите на участващите в преобразуването дружества и без законодателят да е предвидил възможност те да могат да се противопоставят на процеса на преобразуване. Същевременно обаче прехвърлянето на права от преобразуващото се дружество към друг правен субект води до намаляване на имуществото на преобразуващото се дружество, а съгласно чл. 133 ЗЗД цялото имущество на едно лице служи за обезпечение на неговите кредитори. От друга страна, прехвърлянето на задължения може да доведе до увеличаване на пасива на дружеството правоприемник, което да увреди неговите кредитори, когато

[1] Виж **Голева, П.** Търговско право. Търговци. София, Нова звезда, 2018, с. 391 и сл.

то е съществуващо дружество към момента на преобразуването. Освен това при вливане, сливане, разделяне и промяна на правната форма, самото преобразуване води до прекратяване без ликвидация на преобразуващото се дружество, което може да има свои кредитори, на които да дължи. Прекратяването настъпва независимо от волята на кредиторите и без да имат те възможност да се противопоставят на това. Този факт създава необходимостта кредиторите да бъдат защитени[2].

1. Очертаване на проблема

С чл. 263л ал. 1 и ал. 2[3] законодателят е предвидил солидарна отговорност за участващите в преобразуването чрез **разделяне и отделяне** дружества, като по този начин е предоставил възможност на кредиторите да решат дали да потърсят вземането си от преобразуващото се дружество (в случай, че то не се прекратява в резултат на преобразуването) или да насочат претенцията си към едно или повече от дружествата правоприемници. Кредиторът би могъл сам да реши спрямо кого да инициира процесуални действия за защита на вземането си. Възможно е обаче кредиторът преди преобразуването вече да е провел успешно процесуални действия за защита на вземането си срещу преобразувалото се дружество длъжник и вече да се е снабдил с изпълнителен лист срещу него, било по общия исков ред или по реда на заповедното производство. Възниква въпросът допустимо ли е да се пристъпи към принудително изпълне-

[2] Повече относно необходимостта за защита на кредиторите при преобразуване виж у **Григоров, Гр.** Вливане и сливане на търговски дружества. София, Фенея, 2001, с. 262.

[3] Всички посочени по-долу разпоредби на закона без посочване на нормативния акт са от Търговския закон.

ние срещу дружество правоприемник на основание вече издаденият в полза на кредитора изпълнителен лист срещу преобразувалото се дружество с оглед на очертаните в чл. 429 ГПК субективни предели на изпълнителния лист. Как се прилага предвидената в чл. 263л ал. 1 и ал. 2 солидарна отговорност. Ако приемем, че е недопустимо такова принудителното изпълнение срещу дружество правоприемник, то това би означавало, че кредиторът ще трябва да проведе ново осъдително производство, в което да се снабди с изпълнително основание и нов изпълнителен лист срещу дружеството правоприемник. Ами ако след приключване на този процес, който може да продължи няколко години, това дружество отново прехвърли имуществото си чрез преобразуване към друго дружество правоприемник. Това означава ли, че кредиторът ще трябва да проведе ново осъдително производство срещу новото дружество правоприемник. Ами ако недобросъвестния длъжник проведе каскадно множество преобразувания след приключване на всеки осъдителен процес. Допустимо ли е съдебният изпълнител да предприеме изпълнителни действия срещу дружеството правоприемник, при положение че то не е посочено като длъжник в изпълнителния лист. Кредиторът би могъл да наложи обезпечителни мерки върху имуществото на преобразуващото се дружество длъжник в хода на исковия процес или дори преди образуването му по реда на обезпечаването на бъдещ иск (чл. 389 и сл. ГПК). При наложени обезпечителни мерки това имущество ще се счита за имущество на преобразуващото се дружество и след преобразуването (чл. 452 ал. 1 ГПК). Означава ли обаче това, че кредиторът няма да може да насочи принудителното изпълнение срещу друго имущество на дружеството правоприемник извън това, върху което са наложени обезпечителните мерки. От друга страна, преобразуващото се дружество длъжник може да не разполага след преобразуването с никакви активи, но солидарната отговорност на дружеството правоприемник принципно дава

възможност претенцията на кредитора да бъде насочена срещу друго негово имущество, което не е придобито от преобразуващото се дружество. Ще може ли съдебният изпълнител да проведе принудително изпълнение срещу друго имущество на дружеството правоприемник, което то е придобило след преобразуването, като се обоснове с предвидената в чл. 263л, ал. 1 и ал. 2 солидарна отговорност. Какъв е размерът на тази солидарна отговорност. Законосъобразни ли биха били извършените изпълнителни действия срещу дружеството правоприемник, след като то не е посочено като длъжник в изпълнителния лист и не е сред предвидените в чл. 429 ГПК лица, спрямо които се разпростират субективните предели на изпълнителния лист. Възниква и въпросът какво е правното положение на дружеството правоприемник в рамките на изпълнителния процес – дали то има качеството на (солидарен) длъжник или на трето лице, в случай че срещу прехвърленото му или придобито след преобразуването имущество все пак бъде проведено принудително изпълнение. Правното положение на дружеството правоприемник в изпълнителния процес, неговото процесуално качество на длъжник или трето лице, ще определи и процесуалните му права и процесуалния ред за неговата защита. В съдебната практика се приема, че под понятието „трето лице, чието право е засегнато от изпълнението“ по смисъла на чл. 440 и чл. 435 ал. 4 ГПК се разбира всяко лице, което не е страна в производството по принудително изпълнение (взискател или длъжник) и спрямо което издаденият изпълнителен лист не разпростира своите субективни предели. Трети лица за изпълнителното производство са тези извън субективните предели на изпълнителния лист, чиято правна сфера е засегната от изпълнителните действия. По аргумент за противното, лицата, които по силата на изрична разпоредба са обвързани от субективните предели на издадения изпълнителен лист, нямат качеството на трети лица за изпълнителното производство[4]. **Разпоредбата на чл. 429 ГПК не пред-**

вижда действие на изпълнителния лист спрямо универсални правоприемници, различни от наследниците по смисъла на Закона за наследството, както и спрямо частните правоприемници на длъжника.

2. За солидарната отговорност по чл. 263 ал. 1 и ал. 2 на новоучредените и приемащите дружества при разделяне и отделяне[5]

Преобразуването като фактически състав винаги е свързано с прехвърляне на права и/или задължения от преобразуващото се дружество към дружество правоприемник или към едноличния собственик на капитала в хипотезата на чл. 265 ТЗ. Прехвърлянето на права води до намаляване на имуществото, което служи за обезпечение на вземанията на кредиторите. Ако към дружеството правоприемник се прехвърлят задължения, то това води до смяна на длъжника, което се осъществява без да се изисква съгласие на кредиторите. Съгласно чл. 102 ЗЗД заместването на един длъжник с друг може да се осъществи само със съгласие на кредитора. Поради тази причина, за да защити интереса на кредиторите, с разпоредбата на чл. 263л ал. 1 законодателят е въвел солидарна отговорност на преобразуващото се дружество и дружествата правоприемници при разделяне и отделяне. Тази солидарна отговорност възниква ex lege директно по силата на закона. Преобразуването като правопогасяващ и едновременно с това правопораждащ фактически състав напод-

[4] Така **Авторски колектив.** Граждански процесуален кодекс. София, Труд и право, 2012, с. 999; **Сталев, Ж** (Авторски колектив). Българско гражданско процесуално право. Девето преработено и допълнено издание. Първо по новия ГПК, София, Сиела, 2012, с. 1191.

[5] По-нататък ще наричам за краткост новоучредените и приемащите дружества с общото название дружества правоприемници.

обява встъпване в дълг или заместване в дълг (съответно в хипотезата на отделяне, когато преобразуващото се дружество длъжник продължава да съществува и в хипотезата на разделяне, когато преобразуващото се дружество се прекратява без ликвидация). Встъпването в дълг на основание чл. 101 ЗЗД може да се осъществи по съглашение само с длъжника, тъй като то изцяло ползва кредитора и не е свързано с намаляване на имуществото на длъжника. Заместването в дълг обаче на основание чл. 102 ЗЗД изисква съгласие на кредитора, защото отпада задължението на стария длъжник и той се замества с нов длъжник, а за кредитора не е еднозначно кой ще му бъде длъжник с оглед на неговата платежоспособност. Затова заместването в дълг засяга пряко интереса на кредитора и изисква неговото съгласие. При преобразуване чрез разделяне или отделяне обаче задължението към кредитора може да се прехвърли от преобразуващото се дружество длъжник на друго дружество без да се изисква съгласие на кредиторите и дори против тяхната воля. За да защити интереса на кредиторите, с разпоредбата на чл. 263 ал. 1 и ал. 2 законодателят е предвидил солидарна отговорност на всички дружества участващи в преобразуването за задълженията на преобразуващото се дружество, възникнали до датата на вписване на преобразуването, независимо дали конкретното задължение е разпределено с договора или плана за преобразуване на определено дружество правоприемник, или е останало в патримониума на преобразуващото се дружество, когато то не се прекратява. Дори когато едно задължение не е разпределено на дружество правоприемник, а е останало в правната сфера на преобразуващото се дружество, интересите на кредиторите отново са застрашени. Преобразуването обикновено е свързано с намаляване на активите на преобразуващото дружество чрез прехвърлянето им към дружество-правоприемник и това допълнително изисква да се даде защита на кредиторите. Конкретно задължение може да не е разпределено и поради пропуск (умишлен или

не) и то в хипотезата на разделяне, когато преобразуващото се дружество се прекратява. Затова законодателят е предвидил правото на кредитора да търси изпълнение на вземането си солидарно от всички участващи в преобразуването дружества[6].

Размерът на солидарната отговорност на дружествата правоприемници спрямо кредиторите на преобразуващото се дружество е различен в зависимост от това дали конкретното задължение е разпределено с договора или плана за преобразуване или не. В случай че задължението е разпределено, кредиторът може да търси изпълнение на цялото задължение от дружеството правоприемник на задължението, а от останалите участващи в преобразуването дружества може да претендира вземане до размера на получените от тях права (чл. 263 ал. 1 изр. 2)[7]. Това правило се прилага както при разделяне, така и при отделяне. Законодателят е предвидил по-тежка отговорност за дружеството правоприемник, което се е съгласило да поеме конкретното задължение с договора за преобразуване или на което е разпределено с плана за преобразуване. Останалите дружества отговарят до размера на получените права, аналогично на отговорността на приобретателя на търговско предприятие по чл. 15 ТЗ, който отговаря до размера на получените от него права. При преобразуване чрез отделяне, когато преобразуващото се дружество не се прекратява, то продължава да отговаря за задълженията си в пълен размер. Разпоредбата на чл. 263л, ал. 1 не очертава ясно правила за уреждане на вътрешните отношения между солидар-

[6] Повече по този въпрос виж: **Колев, Н.** Относно солидарната отговорност при разделяне и отделяне на търговски дружества (чл. 263л ал. 1 и 2 ТЗ). В: Търговско и облигационно право. София, Труд и право, 2013, № 5.

[7] Размерът на получените права като стойност може да се променя в зависимост от момента, към който се оценяват. Следва да се приеме обаче за целите на разпоредбата на чл. 263л, ал. 1, че това е моментът на вписване на преобразуването в търговския регистър.

ните длъжници, както това е сторено в чл. 263л, ал. 2, но следва да се приеме, че всяко дружество правоприемник на което не е разпределено задължението, но го е изпълнило (било то и частично до размера на получените права), има право на иск за всичко което е дало срещу дружеството правоприемник, на което е било разпределено задължението и няма право на иск срещу останалите солидарно отговорни дружества-правоприемници[8].

В случай на неразпределено вземане при *разделяне*, всяко едно от участващите в преобразуването дружества отговаря солидарно и неограничено за задълженията на преобразуващото дружество и в случай, че изпълни задължението има право на регресен иск срещу всеки от останалите солидарни длъжници, пропорционално на припадащата им се според договора или плана за преобразуване чиста стойност на имуществото (чл. 263 ал. 2)[9]. Буквалният прочит на чл. 263 ал. 2 сочи, че това правило се прилага само при разделяне и причината за това е, че преобразуващото се дружество се прекратява. С други думи, ако при отделяне едно задължение не е прехвърлено с договора или плана за преобразуване, то ще се дължи от преобразуващото се дружество в пълен размер и от солидарно отговорните дружества правоприемници при границите на отговорност по чл. 263 ал. 1. По-различно тълкуване на чл. 263 ал. 1 е направено в съдебната практика[10]. Съдебните състави разглеждали спора извеждат аргумент от систематичното място на изр. 1 от чл. 263л

[8] Така **Калайджиев, А.** Преобразуване на търговски дружества. София, Труд и право, 2005, с. 236-237.

[9] Виж **Колев, Н.** Пак там. Правилото на чл. 263 ал. 2 изр. 2 е в отклонение на общите правила за солидарната отговорност по чл. 127 ЗЗД.

[10] Виж Решение № 595 от 24.03.2015 г. по в.г.д. № 57/2015 г. на Софийски апелативен съд, Търговска колегия; Решение № 78 от 10.7.2017 г. на ВКС по т.д. № 843/2016 г.; Решение № 3705 от 02.12.2016 г. по гр. Дело 12513 / 2013 г. по описа на Районен съд – Пловдив.

ал. 1 и са приели, че разпоредбата следва да се разбира като уреждаща вътрешните отношения между солидарните длъжници, а не като ограничаваща пълната им отговорност спрямо кредитора, тъй като противното би противоречало на основния принцип при преобразуване – правата на кредиторите да не бъдат накърнени от самото преобразуване. С други думи, съдът е приел, че кредиторът може да търси цялото си вземане, от което и да е от участвалите в преобразуването дружества, независимо от обема на правата, които всяко едно от тях е придобило в резултат на преобразуването и независимо на кое от дружествата е разпределено вземането, а след това дружеството правоприемник, изпълнило задължението има регресни права спрямо останалите дружества правоприемници до размера на правата придобити от всяко едно от тях[11]. Считам това тълкуване за неправилно[12] и този извод се налага при съпоставка на текстовете на чл. 263л ал. 1 и ал. 2 и особено като се разгледа систематичното място на двете алинеи. В ал. 2 е посочено ясно, че отговорността е солидарна и **неограничена**, което липсва в текста на ал. 1. Текстът на чл. 263л ал. 1 изр. 2 **ограничава** размера на солидарната отговорност, в противовес на понятието „неограничена“ използвано в ал. 2. Мисля, че този извод се потвърждава и от систематичното място на двете алинеи. Освен това не е справедливо да възложим на дружеството правоприемник по-голяма по размер отговорност от размера на правата, които е придобило, при положение че не е придобило конкретното задължение[13]. Това би било донякъде оправдано само в случай

[11] Това тълкуване на закона дава по-голяма защита на кредиторите, но мисля че е contra legem. Текстът на чл. 263л ал. 1 съответства на чл. 12 ал. 3 и 7 от Директива 82/891/ЕИО относно разделянето (Шеста директива), където много ясно е обяснен смисъла на разпоредбата.

[12] Така **Голева, П.** Цит. съч., с. 441 и **Калайджиев, А.** Цит. съч., с. 236.

че преобразуващото се дружество е прекратено (например при разделяне) и конкретно задължение не е било въобще разпределено с плана или договора за преобразуване на никое от дружествата правоприемници.

Солидарната отговорност на дружествата правоприемници обаче може да се ангажира само за задължения на преобразуващото се дружество, възникнали до датата на преобразуването. Важно е да се отбележи, че става дума за всички възникнали до датата на преобразуване задължения, независимо дали към тази дата вземанията са станали изискуеми или не. Това е датата на вписване на преобразуването в търговския регистър, което вписване има конститутивно действие (чл. 263ж, 264з, 265б). В тази връзка бих искал да обърна внимание на Решение № 78 от 10.07.2017 г. по к.т.д.№ 843/2016 г., ВКС, I ТО, което на пръв поглед изглежда да е постановено в съответствие с буквата на закона. Независимо от това, не го намирам за справедливо. В това решение ВКС приема, че неустойката за забавено изпълнение по сключен преди преобразуването договор,

[13] Ако трябва да илюстрирам с пример смисъла на чл. 263л ал. 1, той би изглеждал по следния начин: Кредитор има вземане от преобразуващото се дружество в размер на 500 лева. Преобразуващото се дружество притежава налични пари в размер на 1000 лева. В резултат на проведено отделяне чрез учредяване, притежаваните от преобразуващото се дружество пари се прехвърлят към две новоучредени дружества. Първото придобива 900 лева, а второто 100 лева. Кредиторът би могъл да претендира изпълнение на цялото си вземане от 500 лева солидарно от двете дружества, но до размера на получените от всяко едно дружество права. При предявен осъдителен иск за 500 лева срещу двете дружества солидарно, съдът следва да осъди първото дружество да заплати на кредитора 500 лева, второто да заплати 100 лева. Искът срещу второто дружество за частта над 100 лева до 500 лева следва да бъде отхвърлен като неоснователен, защото то не дължи на кредитора сума, надхвърляща размера на правата, които е придобило или с други думи сума надхвърляща получената в размер на 100 лева.

ще се дължи само от преобразуващото се дружество, ако неизпълнението на договора е възникнало след вписване на преобразуването. Неустойката като акцесорно задължение възниква в зависимост от неизпълнение на главното задължение. ВКС приема, че когато неизпълнението на договора, сключен преди преобразуването е настъпило след преобразуването, то и задължението за плащане на неустойка е възникнало след преобразуването и за него ще отговаря само преобразуващото се дружество. Ами ако преобразуващото се дружество е прекратено?! На пръв поглед това становище съответства на разпоредбата на чл. 263л ал. 1. В същото време обаче, то влиза в пряко противоречие с принципа за защита на кредиторите, чиито интереси биха могли да бъдат засегнати от преобразуването. Ако в резултат на преобразуването, преобразуващото се дружество е прекратено или е останало без активи, не би било справедливо да лишим кредитора от правото да потърси вземането си от дружеството правоприемник, каквато е основната идея на чл. 263л ал. 1 и ал. 2. Кредиторът е разчитал, че ще може да удовлетвори и евентуалното си вземане за неустойка от това имущество, от което след преобразуването ще се окаже лишен. А може да се окаже и лишен от длъжник при неговото заличаване. Друга подобна хипотеза е за вземането за законна лихва по чл. 86 ЗЗД, което също би могло да възникне при забава, настъпила след вписване на преобразуването. Затова считам, че чл. 263 ал. 1 следва да се тълкува разширително, като се признае правото на кредитора да ангажира солидарната отговорност на дружество правоприемник **за всички вземания, произтичащи от юридически факти, възникнали преди вписване на преобразуването** в търговския регистър.

3. За процесуалния ред за ангажиране на солидарната отговорност по чл. 263 ал. 1 и ал. 2

В случай на неизпълнение на едно вече изискуемо вземане кредиторът може да предяви иск по исков ред или да подаде заявление по реда на заповедното производство, за да се снабди с изпълнително основание и изпълнителен лист. Ако в хода на висящо съдебно производство ответното дружеството длъжник бъде преобразувано чрез разделяне или отделяне, съдът е длъжен да конституира служебно като ответници всички участващи в преобразуването дружества (чл. 263и ал.7), а ако преобразуващото се дружество се прекрати, то ще бъде заличено като страна в процеса. При вливане и сливане съдът ще конституира правоприемника на основание чл. 227 ГПК. Ако кредиторът проведе успешно исково осъдително производство, той ще се снабди с изпълнително основание и изпълнителен лист срещу всички дружества правоприемници и срещу преобразуващото се дружество, ако не е прекратено.

Правилата за процесуалното правоприемство по чл. 227 ГПК намират приложение и при заповедното производство, включително и правилото на чл. 263и ал.7. С оглед краткия 3-дневен срок по чл. 411 за издаване на заповед за изпълнение, хипотезата на вписано преобразуване в търговския регистър през тези 3 дни е по-малко вероятна, но далеч не е невъзможна. Ако преобразуващото се дружество бъде прекратено в резултат на преобразуването, длъжници по заповедта за изпълнение ще бъдат само дружествата правоприемници. Ако не бъде прекратено, то ще продължи да участва в заповедното производство като длъжник, заедно с дружествата правоприемници. Ако заявлението до съда отговаря на законовите изисквания, съдът ще трябва да постанови заповед за изпълнение, с която всички участвали в преобразуването дружества ще бъдат осъдени солидарно да изпълнят цялото задължение на преобразуващото се

дружество, защото съдът не проверява основателността на твърдяното материално право и не събира доказателства.

В тази връзка, при исково производство възниква въпросът за размера на отговорността на всяко от участващите в преобразуването дружества. Това е въпрос, свързан с основателността на иска и, за да може съдът да се произнесе по него, ще трябва да установи от събраните доказателства по делото или чрез служебна справка в търговския регистър дали конкретното вземане на кредитора е разпределено, или не с договора, или плана за преобразуване. Ако при разделяне задължението не е разпределено, съдът ще приложи чл. 263л ал. 2 и ще осъди солидарно и неограничено всички участващи в преобразуването дружества да изпълнят цялото задължение към кредитора[14]. Ако съдът установи обаче, че задължението предмет на съдебното производство е разпределено с договора или плана за преобразуване към конкретно дружество правоприемник, то тогава съдът ще трябва да осъди дружеството правоприемник на конкретното задължение и преобразувалото се дружество (ако не е прекратено) да го изпълнят изцяло и солидарно, а останалите дружества правоприемници (ако има такива) ще трябва да ги осъди всяко едно от тях да изпълни само онази част от задължението, която е до размера на получените права. Това изисква съдът да направи служебна проверка и преценка за размера на отговорността на всяко от участващите в преобразуването дружества и да отхвърли като неоснователен иска над този размер. Размерът на предявеното вземане би могло да бъде по-малко от размера на получените от някое от дружествата правоприемници права, при което тези дружества, получили права в по-голям раз-

[14] Същият би бил резултатът и при вливане и сливане, при които настъпва универсално правоприемство и дружеството правоприемник придобива всички права и задължения и отговаря за тях изцяло.

мер, ще следва да бъдат осъдени да заплатят солидарно цялото претендирано вземане, а дружествата, получили права в по-малък размер от претендираното вземане, ще следва да бъдат осъдени да изпълнят солидарно с останалите дружества част от претендираното задължение до размера на получените от тях права. В случай че преценката за размера на отговорността изисква специални знания, ако съдебното производство е исково, съдът би могъл да назначи вещо лице, на което да възложи изготвяне на съдебна експертиза. Ако преобразуването бъде вписано в търговския регистър в периода между подаване на заявлението и издаване на заповедта за изпълнение, поради задължението на съда по чл. 263и ал. 7 ГПК за служебно конституиране на правоприемниците, то би следвало заповедта за изпълнение да бъде издадена срещу всички тях солидарно, като бъдат осъдени за цялото задължение на преобразуващото се дружество. Разпоредбата на чл. 263и ал. 7 се прилага с оглед процесуалната легитимация на страните, за която съдът следи служебно. Съдът в заповедното производство не следва да съобразява разпоредбите на чл. 263л ал. 1 и 2, тъй като те се отнасят до основателността на заявеното материално право, което не се проверява и установява от заповедния съд. След като заповедта за изпълнение бъде връчена на участващите в преобразуването дружества, те ще могат да се защитят чрез възражение по чл. 414 ГПК срещу евентуално неправилно определяне от съда на размера на отговорността им, както и в хода на евентуален бъдещ установителен иск по чл. 422 ГПК, по който участващите в преобразуването дружества (включително преобразуващото се дружество, ако не е прекратено), ще бъдат конституирани като ответници.

В случай че съдът не съобрази факта на настъпилото преобразуване и не конституира участващите в преобразуването дружества като ответници (съответно длъжници в заповедното производство), той ще постанови осъдително решение, заповед

за изпълнение или заповед за незабавно изпълнение само срещу преобразувалото се дружество. Въз основа на тези изпълнителни основания, кредиторът ще се снабди с изпълнителен лист само срещу преобразувалото се дружество. В случай че преобразуващото се дружество длъжник е прекратено в резултат на преобразуването, кредиторът няма да разполага с изпълнителен лист срещу дружествата правоприемници, а само срещу прекратеното дружество, който изпълнителен лист няма да може да бъде приведен в изпълнение поради несъществуващ субект длъжник, а това не се позволява и по отношение на дружествата правоприемници от очертаните субективните предели на изпълнителния лист по чл. 429 ГПК.

В случай че преобразувалото се дружество не е прекратено, кредиторът ще разполага с изпълнителен лист само срещу него, но не и срещу дружествата правоприемници. Това произтича от необходимостта да има съответствие между длъжника, посочен в изпълнителното основание и длъжника по изпълнителния лист.

При служебно конституиране на дружествата правоприемници като ответници в исковото или длъжници в заповедното производство, съдът ще се произнесе с решение, заповед за изпълнение или заповед за незабавно изпълнение, с които ще осъди всяко едно от участвалите в преобразуването дружества, включително и преобразувалото се дружество, ако не е прекратено. След като кредиторът вече се е снабдил с изпълнително основание, ще може да поиска от съда и издаване на изпълнителен лист срещу осъдените дружества. След това ще може да проведе принудителното изпълнение по реда на ГПК, тъй като ще разполага с изпълнителен лист, в който като длъжници са посочени участвалите в преобразуването дружества, които са били посочени и в изпълнителното основание, поради конституирането им като страни в процеса.

4. Относно конституирането на дружествата правоприемници като страни в изпълнителния процес и субективните пределите на изпълнителния лист

Досега разгледахме хипотезата, при която преобразуването е вписано в търговския регистър в рамките на висящо съдебно производство, при което съдът е длъжен да конституира на основание чл. 263и ал. 7 служебно като ответници дружествата участващи в преобразуването. Напълно възможно е обаче преобразуването да бъде вписано след приключване на съдебното производство и след като кредиторът се е снабдил вече с изпълнителен лист срещу преобразуващото се дружество. Тогава възниква въпросът би ли могъл кредиторът да предприеме изпълнителни действия срещу дружествата правоприемници, при положение че те не са посочени като длъжници в изпълнителния лист. Съгласно чл. 429 ГПК субективните пределите на изпълнителния лист се простират освен върху длъжника по изпълнителния лист и върху следните лица: *1) наследниците и частните правоприемници на взискателя, както и върху поръчителя и платилия солидарен длъжник 2) наследниците на длъжника; 3) собствениците на ипотекирана или заложена вещ за обезпечаване на чуждо задължение, когато принудителното изпълнение е насочено върху тази вещ.* Тези три групи лица, макар да не са посочени като длъжници в изпълнителния лист дори да се намират във владение на имота към момента на налагане на запора или възбраната, законът приравнява на „длъжници“ в изпълнителния процес, а не на „трети лица“ по смисъла на чл. 435 ал. 4 и чл. 440 ГПК, тъй като са обвързани от субективните пределите на изпълнителния лист. След като изпълнителния лист има действие по отношение на тези лица, биха могли да се извършват изпълнителни действия върху тяхно имущество и те придобиват правното положение на длъжници в изпълнителното производство[15]. **Проблемът обаче възниква от факта, че дружест-**

вата правоприемници на преобразуващо се дружество не са посочени сред лицата, спрямо които се разпростират субективните предели на изпълнителния лист[16]. Следвайки буквата на закона, това означава, че кредиторът ще трябва да проведе ново съдебно производство срещу дружествата правоприемници и да се снабди с изпълнително основание и изпълнителен лист срещу тях. Ами ако след провеждане на това ново съдебно производство, бъде извършено ново преобразуване на дружествата правоприемници и тяхното имущество например бъде прехвърлено чрез ново преобразуване към други дружества правоприемници. Това ще означава ли, че кредиторът ще трябва да провежда отново съдебно производство срещу новите дружества правоприемници.

Една възможна стъпка за защита на кредитора (както при предявяване на иск срещу преобазуващото се дружество, така и срещу неговите правоприемници след вписване на преобразуването) е да поиска налагане на обезпечителни мерки на бъдещ или на вече предявен иск по реда на чл. 389 и сл. ГПК. В този случай наложените възбрани и запори ще доведат до непротивопоставимост на кредитора на извършеното по силата на преобразуването прехвърляне на права от преобразуващото се дружество на дружествата правоприемници. Това ще даде възможност на кредитора да поиска извършване на изпълнителни

[15] В Решение № 165 от 19.05.2015 г. на ВКС по гр. д. № 7232/2014 г., IV г. о., ГК е прието, че лицата по чл. 429 ал. 3, въпреки, че са обхванати от субективните предели на изпълнителния лист, имат правното положение на трети лица. Не споделям това мнение, смятам че те разполагат с правата на длъжника по чл. 435ал. 2 ГПК.

[16] Текстът на чл. 429 ГПК възпроизвежда на практика чл. 326 ГПК (отм.), който е претърпял много малко изменения от приемането му през 1952г. Чл. 429 ГПК, не съобразява сериозните изменения в Глава шестнадесета на ТЗ, влезли в сила от 01.01.2004г.

действия срещу имуществото, върху което са наложени обезпечителните мерки, независимо че то е прехвърлено на друго дружество в резултат на преобразуването. Прехвърлянето на имуществото в резултат на преобразуване не може да се противопостави на кредитора, който е наложил обезпечителни мерки преди прехвърлянето, поради което това имущество се счита за имущество на длъжника, посочен в изпълнителния лист и няма пречка да се насочат изпълнителни действия срещу него. Ако преобразуващото се дружество длъжник обаче е прекратено, въобще няма да може да се образува изпълнително дело и да започнат действия по принудително изпълнение. Дори кредиторите да са наложили обезпечителни мерки върху имущество на преобразувалото се дружество, те няма да могат да образуват изпълнително дело срещу прекратеното дружество. То е престанало да съществува в правния мир, загубило е своята правосубектност и процесуалната си правоспособност да участва като страна по заведени срещу него дела. Тъй като правосубектността е процесуална предпоставка от категорията на абсолютните, то загубата ѝ не позволява започването на изпълнителен процес. Изпълнителното производство не може да започне при несъществуващ длъжник по изпълнителния титул. Освен това, при несъществуващ длъжник, не могат да се предприемат и изпълнителни действия и спрямо лицата дали своя вещ в залог или ипотека, въпреки че те са обхванати от кръга на лица по чл. 429 ал. 3, спрямо които изпълнителния лист има действие[17]. Тези лица отговарят за чужд дълг, а не на лично основание, поради което и по отношение на предоставеното от тях като обезпечение имущество не могат да се извършват изпълнителни действия при несъществуване на длъжника по изпълнителния

[17] Така Решение от 25.09.2017 г. на Окръжен съд – Кюстендил по в.гр.д. 348 / 2017 г.

лист. Затова е необходимо в чл. 429 ал. 2 ГПК да се предвиди възможност за привеждане на изпълнителния лист в изпълнение и срещу правоприемници на длъжника различни от наследници.

Възниква и друг въпрос – дори кредиторът да е успял да наложи обезпечителни мерки върху имуществото на преобразуващото се дружество преди вписване на преобразуването, означава ли това че изпълнителни действия ще могат да бъдат предприети само по отношение на това имущество, но не и по отношение на други активи на дружеството правоприемник придобити след преобразуването или такива, които е притежавало преди преобразуването в хипотезата на приемащо дружество, съществувало по-рано[18]. По силата на предвидената солидарна отговорност на дружеството правоприемник, то отговаря с цялото си имущество, а не само с имуществото придобито от преобразуващото се дружество, макар размера на отговорността да е ограничен до размера на придобитите права съгласно чл. 263л

[18] Съгласно чл. 263л ал. 3 във вр. с чл. 263к ТЗ, в случаите на разделяне и отделяне, при които се прехвърля имущество към съществуващо дружество, както и при вливане и сливане, се прилагат правилата на чл. 263к за отделното управление т.е. в този срок кредиторите на преобразуващото се дружество и на дружеството правоприемник могат да се удовлетворят само от имуществото принадлежало на техния длъжник. След изтичане на срока от 6 месеца, отделното управление приключва и всички кредитори, независимо дали вземанията им са възникнали преди, или след преобразуването и независимо дали са били кредитори на преобразуващото се дружество, или на дружеството правоприемник, могат да насочат претенциите си спрямо цялото имущество на приемащото дружество. Виж повече у **Голева, П.** Цит. съч. с. 442. Споделям корективното тълкуване предложено от Григор Григоров, който счита, че срокът от 6 месеца не следва да се счита изтекъл, ако вземанията на кредиторите не са удовлетворени или обезпечени. В противен случай дружеството правоприемник може да не удовлетвори вземанията или да не ги обезпечи в 6 месечния срок и по този начин да се заобиколи предвидената в чл. 263к защита – виж **Григоров, Гр.** Цит съч.

ал. 1 ТЗ. Дали може кредиторът да насочи изпълнението срещу друго имущество на дружеството правоприемник, извън това върху което са наложени обезпечителните мерки, след като то не е длъжник по изпълнителния лист. Възможно е имуществото върху което са наложени обезпечителни мерки преди вписване на преобразуването да е трудно ликвидно и кредиторът да не може да събере вземането си. Съгласно чл. 429 ГПК субективните пределите на изпълнителния лист издаден срещу преобразуващото се дружество не се разпростират спрямо солидарно отговорните дружества правоприемници. **Буквалният прочит на чл. 429 ГПК налага извода, че изпълнителни действия срещу солидарно отговорните дружества правоприемници без да са посочени в изпълнителния лист не могат да се извършват[19].** Не споделям изразеното в доктрината мнение, че кръга на лицата посочени в чл. 429 ал. 2 ГПК спрямо които изпълнителния лист може да бъде приведен в изпълнение, не е изчерпателен[20]. Разпоредби, чиято цел е да определят „пределите на действие", трябва да се тълкуват стриктно. Съдебният изпълнител може да приведе в изпълнение изпълнителния лист само срещу посочения в него длъжник и по изключение срещу лицата посочени в чл. 429 ал. 2 и ал. 3. Страни в изпълнителния процес са само тези лица, които изпълнителният лист сочи като кредитор и длъжник. Принудителното изпълнение не може да бъде предприето и осъществено срещу лица, които не са посочени като длъжници в изпълнителния лист освен в случаите, при

[19] Така Решение на Варненски окръжен съд от 02.07.2013г. по в.гр.д. № 1981 / 2013г., Гражданско отделение.

[20] Виж **Сталев, Ж. и колектив.** Българско гражданско процесуално право, Сиела, 2012, с. 972 и **Иванов, Д.** Дискусионни въпроси в изпълнителния процес – 2. Електронен портал „Грамада", достъпно към 11.09.2018г. на http://gramada.org

които това е изрично е предвидено (Това е посочено в мотиви по т. 1 на ТР № 3/2015 от 10.07.2017 г. по тълк.д. № 3/2015 г., ОСГТК на ВКС.). Тези случаи са уредени в норми-изключения, които не подлежат на разширително тълкуване и прилагане. Да се даде възможност на съдебния изпълнител да конституира в процеса други лица извън посочените в изпълнителния лист и закона, би означавало да му придадем правораздавателни функции, които законът не предвижда и които са изключително право на съда. Този проблем може да възникне и в други хипотези на солидарната отговорност, при които кредиторът сам решава дали да предяви претенцията си към един или повече от солидарните длъжници и ще може да предприеме изпълнителни действия само срещу този длъжник срещу когото е провел успешно съдебно производство и се е снабдил с изпълнителен лист. В тези случаи обаче невъзможността да се провеждат изпълнителни действия срещу солидарните длъжници, срещу които не е било проведено съдебно производство, е резултат от личното решение на кредитора. Той по собствена воля е решил да не провежда съдебното производство срещу някой от солидарните длъжници, поради което е оправдано законът да не допуска възможност изпълнителният лист, с който се е снабдил кредитора, да се приведе в действие спрямо неосъдените солидарни длъжници. Особеното е, че в други хипотези на предвидена в закона солидарна отговорност на трети лица за задължения на основния длъжник (чл.49, 50, 53 ЗЗД, чл. 304 ТЗ) или на уговорена между кредитора и солидарния длъжник (при поръчителство например), кредиторът се снабдява с още един длъжник, без това да е свързано пряко с правоприемство, с намаляване на имуществото на основния длъжник или с неговото прекратяване като правен субект, което може да се случи при преобразуване. Тази солидарна отговорност само **ползва кредитора** и нейната цел е да му предостави **допълнителна възможност за удовлетворяване на вземането си** освен тази, с

която вече разполага, а именно да се удовлетвори от имуществото на основния си длъжник. Тази солидарна отговорност има **обезпечителен** характер. За разлика от нея, солидарната отговорност по чл. 263л ал. 1 и ал. 1 е предвидена не толкова, за да даде допълнителна възможност (гаранция, обезпечение) на кредитора да удовлетвори вземането си, а за да може тази нова възможност **да замести възможността, от която кредиторът против волята му е лишен поради проведеното преобразуване**, а именно да се удовлетвори от имуществото на своя длъжник-преобразуващото се дружество, което може и да е прекратено в резултат на преобразуването и вече да не съществува като правен субект. Лишаването на кредитора от основния му длъжник по правило може да стане само със съгласие на кредитора чрез заместване в дълг на основание чл. 102 ЗЗД или при смърт на физическо лице-длъжник. В последния случай обаче, съгласно чл. 429 ЗЗД, кредиторът може да извършва изпълнителни действия срещу наследниците въз основа на издаденият срещу наследодателя изпълнителен лист. Това е логично, защото следва да се признае правото на кредитора да проведе директно изпълнение срещу наследниците (при условията на чл. 60 Закона за наследството), които всъщност заместват в дълг наследодателя-длъжник, който вече не съществува като правен субект. Такава възможност липсва при преобразуване, при което преобразуващото се дружество-длъжник се прекратява.

При преобразуване на търговско дружество чрез разделяне или отделяне, имуществото което служи за обезпечение на кредитора намалява или основният длъжник (преобразуващото се дружество) се прекратява (при разделяне) без кредиторът да може да влияе или да се противопостави на тази промяна. Намаляването на имуществото на преобразуващото се дружество при отделяне на практика може да е равнозначно на това кредиторът да се лиши от основния си длъжник. При прехвърляне на всички активи на преобразуващото се дружество към дружество

правоприемник (при отделяне например), от гледна точка на кредиторите това може да е равно на несъществуване на длъжника като субект дори формално да не е така. В същото време чл. 429 ГПК не предвижда възможност, на основание издадения в полза на кредитора изпълнителен лист срещу преобразуващото се дружество, да се проведат директни изпълнителни действия срещу дружествата правоприемници, включително и при прекратяване на преобразуващото се дружество длъжник. Тази хипотеза е сходна на наследяването, тъй като основният длъжник престава да съществува. Въпреки това чл. 429 ГПК не предвижда възможност изпълнителния лист срещу дружеството длъжник да бъде приведен в изпълнение срещу дружествата правоприемници. И в двете хипотези кредиторът се е лишил от основния си длъжник.

Важна особеност е, че солидарната отговорност по чл. 263л ал. 1 и 2 възниква в един по-късен момент след вписване на преобразуването в търговския регистър. Това е последваща защита на кредиторите след преобразуването. При преглед на други хипотези, в които законът предвижда възникване на солидарна отговорност на няколко длъжника по силата на закона (чл. 49, 50, 53 ЗЗД, чл. 304 ТЗ), се установява че това са все хипотези, в които солидарната отговорност възниква едновременно с възникване на вземането. Това означава, че кредиторът е наясно още от момента на възникване на задължението с правото си при неизпълнение да предяви иск срещу основния, някои или всички солидарни длъжници. Солидарната отговорност по чл. 263л ал. 1 и 2 обаче възниква по силата на закона в един по-късен момент, когато кредиторът вече може да е провел осъдително съдебно производство срещу преобразуващото се дружество, без въобще да предполага, че след това против неговата воля длъжникът му може да се окаже, че не съществува, защото е прекратен при преобразуването или че не притежава никакво имущество, защото то е прехвърлено към друго дружество правоприемник. Към мо-

мента на провеждане на осъдителното производство за кредитора не съществуват други солидарни длъжници. Невъзможността издаденият срещу един от солидарните длъжници изпълнителен лист да бъде приведен в изпълнение е оправдана, когато още при започване на осъдителното съдебно производство, кредиторът не е привлякъл като ответник някой или всички солидарни длъжници, въпреки че е могъл. Оправдана е също и когато солидарната отговорност е възникнала по съглашение с кредитора (чл. 101,102 ЗЗД) като допълнително обезпечение на кредитора, което **само го ползва** без да засяга негативно интереса му и правата му спрямо основния длъжник. Когато обаче кредиторът не е могъл да проведе съдебното производство срещу някой от солидарните длъжници, защото солидарната отговорност е възникнала след приключване на съдебното производство срещу основния длъжник, и когато смисълът на закона е тази солидарна отговорност да **замести** отговорността на основния длъжник, не е оправдано кредиторът да бъде принуден да проведе ново осъдително съдебно производство само за да се снабди с изпълнителен лист срещу дружествата правоприемници при преобразуването. В този случай солидарната отговорност има повече характера на **заместваща**, а не на **обезпечаваща** отговорност, което е особено явно при прекратяване на преобразуващото се дружество.

Всичко казано по-горе важи и в хипотезите на преобразуване на дружеството длъжник чрез вливане и сливане, както и при преобразуване чрез промяна на правната форма. Съгласно чл. 263к дружеството правоприемник управлява отделно преминалото върху него имущество на всяко от преобразуващите се дружества за срок от 6 месеца от момента на вписване на преобразуването в търговския регистър. В този срок всеки от кредиторите на преобразувало се дружество, чието вземане е възникнало преди датата на вписване на преобразуването и не е обезпечено, може да поиска изпълнение или да му бъде предос-

тавено обезпечение. В случай че искането му не бъде удовлетворено, кредиторът има право на привилегировано удовлетворение от правата, принадлежали на преобразувалото се дружество, както и има правото да поиска от съда да допусне налагане на запор или възбрана върху това имущество. Тези възможности несъмнено ползват кредиторите, но поставят въпроса дали би могъл кредитора на основание издаден преди преобразуването изпълнителен лист срещу преобразувалото се дружество да инициира изпълнително производство срещу дружество правоприемник, което в хипотезите на вливане и сливане се явява универсален правоприемник на всички права и задължения и да поиска от съдебния изпълнител налагане на обезпечителните мерки вместо да отправя искане до съда. След като съдът допусне налагане на обезпечителните мерки по реда на чл. 263к ал. 2, кредиторът ще трябва да се обърне към съдебния изпълнител, който да приведе в действие издадената обезпечителна заповед. Мисля, че би било по-справедливо и би се постигнала значителна процесуална икономия и икономия на разходи, ако признаем правото на кредитора да поиска от съдебния изпълнител привеждане в изпълнение на изпълнителния лист директно срещу дружеството правоприемник и в това число да поиска налагане на обезпечителните мерки в рамките на изпълнителния процес.

При преобразуване чрез промяна на правната форма законът не предвижда особени правила за отговорност на новоучреденото дружество и защита на кредиторите. Съгласно чл. 264з ал. 2 с вписване на преобразуването чрез промяна на правната форма всички права и задължения на преобразуващото се дружество преминават изцяло върху новоучреденото. Новоучреденото дружество се явява универсален правоприемник на преобразуващото се дружество, но същевременно и представлява ново юридическо лице, нов правен субект. Съгласно чл. 120 от Наредба № 1 от 14.02.2007 г. за водене, съхраняване и достъп

до ТРРЮЛНЦ при вписване на промяната на правната форма, новоучреденото дружество получава и нов ЕИК, под който се вписва в търговския регистър. Преобразуващото се дружество се прекратява без ликвидация[21]. Ако кредитор разполага вече с издаден изпълнителен лист срещу преобразуващото се дружество, какви действия би могъл да предприеме. Допустимо ли е изпълнителният лист, издаден срещу преобразувалото се вече дружество, да бъде изпълняван срещу новоучреденото дружество, което е негов универсален правоприемник. Ако приемем, че това е недопустимо, защото чл. 429 ГПК не го предвижда, откриваме възможността за преобразуващото се дружество длъжник да избегне принудителното изпълнение, като просто се преобразува в дружество от друг вид. Поради прекратяване на дружеството длъжник, кредиторът няма да може да образува изпълнително дело, защото ще липсва надлежен правен субект (този въпрос вече разгледах по-горе).

Ще може ли да се приложи чл. 227 ГПК, за да се обоснове привеждане в изпълнение на изпълнителен лист в полза или срещу дружество правоприемник. На този въпрос следва да се

[21] В тази връзка не мога да се съглася с изложеното в Решение №159/06.07.2017 по дело №4520/2016 на ВКС, ГК, IV г.о., в което се застъпва тезата, че преобразуването чрез промяна на правната форма води до промяна на вида на дружеството без да възниква нов правен субект. Съдът е приел, че се касае за едно и също юридическо лице, което до вписване на преобразуването в търговския регистър има една правноорганизационна форма, а след това придобива друга, като правата и задълженията преминават изцяло и без промеждутък от време върху новоучреденото дружество. В чл. 264 ал. 1 ТЗ ясно е посочено, че новоучреденото дружество става правоприемник на преобразуващото се, което от своя страна се прекратява без ликвидация. Преобразуването чрез промяна на правната форма е свързано с преминаване на права и задължения от преобразуващото се към новоучреденото дружество, което има същия материален и персонален обхват като преобразуващото се (прекратеното), но е ново юридическо лице, различно от преобразувалото се.

отговори отрицателно. Съгласно т. 10б от ТР № 4 / 2013 г. от 18.06.2014 г. правилото за правоприемство в процеса по чл. 227 намира приложение и при заповедното производство. От друга страна, чл. 406 ал. 4 ГПК и т. 7 от ТР № 4 / 2013 г. от 18.06.2014 г. предвиждат прилагане в производството по издаване на изпълнителен лист и в заповедното производство на разпоредбите на чл. 247, 250 и 251 ГПК. В правната теория и практика се приема, че изпълнителният процес е продължение на исковия процес и неговите правила следва да се прилагат, като се вземат предвид особеностите на изпълнителния процес. Разпоредбите на чл. 429 ГПК обаче налагат извода, че чл. 227 ГПК не може да се прилага, когато става дума за определяне на кръга на длъжниците по изпълнителния лист. Лицата, срещу които и в полза на които може да се приведе в действие изпълнителния лист, са посочени в чл. 429 ГПК.

Следователно, ако приемем, че съгласно чл. 429 ГПК субективните предели на изпълнителния лист, издаден срещу преобразуващото се дружество преди вписване на преобразуването, не обхващат солидарно отговорните дружества правоприемници, то това ще означава, че спрямо тях няма да могат да се предприемат действия по принудително изпълнение. Ако бъде образувано изпълнително дело срещу тях след вписване на преобразуването и бъдат предприети спрямо тях изпълнителни действия въз основа на изпълнителен лист издаден срещу преобразувалото се вече дружество, те ще имат правното положение на трети лица и ще разполагат с процесуалните права по чл. 435 ал. 4 и чл. 440 ГПК, а не с правата на длъжника по чл. 435 ал. 2.

Как е решен въпросът в ДОПК относно публични вземания. Съгласно чл. 124 ЗКПО при преобразуване на търговски дружества новоучредените или приемащите дружества са солидарно отговорни за данъчните задължения на преобразуващите се дружества, но до размера на получените права. Съдържанието

на този законов текст е аналогичен на текста на чл. 263л ал. 1 и чл. 15 ТЗ. Съгласно чл. 210 ал. 1 ДОПК страни в производството за принудително изпълнение по реда на ДОПК са: 1) публичният взискател; 2) длъжниците или техните наследници и **правоприемници**, както и третите лица, отговарящи за плащането на задължението на длъжника; 3) третите лица със самостоятелни права върху обекти на изпълнението; 4) обезпечените кредитори. Ако направим сравнение между така очертания кръг от субекти-страни в производството по принудително изпълнение по реда на ДОПК и кръга от лица, които се обхващат от субективните предели на изпълнителния лист по чл. 429 ГПК, се установява, че кръга на длъжниците по ДОПК е разширен с кръга на **правоприемниците** – субекти, които не са посочени в чл. 429 ал. 2 ГПК. Трябва да се отбележи, че ДОПК разграничава наследниците от правоприемниците като различни групи правни субекти, което намирам за правилно.

Включването на наследниците и частните правоприемници на взискателя в субективните предели на изпълнителния лист (чл. 429 ГПК ал. 1 и ал. 2) съответства *частично* на субективните предели на силата на пресъдено нещо посочени в чл. 298 ал. 2. Казвам частично, тъй като универсалните правоприемници не са посочени в чл. 429 ГПК. Разпоредбата на чл. 298 ал. 2 говори за всички правоприемници. Силата на пресъдено нещо обвързва правоприемниците на страните, когато правоприемството е настъпило по време на висящ процес или след влизане в сила на изпълнителното основание[22]. Разпоредбата на чл.

[22] Важно е да отбележи, че на основание чл. 226 ал. 3 ГПК силата на пресъдено нещо има действие и спрямо приобретателя на правата, прехвърлени при преобразуването, когато то е вписано в търговския регистър по време на висящо съдебно производство. В този случай обаче съдът е длъжен на основание чл. 263и ал. 7 и чл. 227 ГПК да конституира служебно като страни, уча-

429 ГПК обаче не предвижда действие на изпълнителния лист срещу универсалните правоприемници на длъжника, извън хипотезата на наследяване[23]. Не предвижда също действие на изпълнителния лист спрямо частните правоприемници на преобразувало се дружество длъжник, каквито хипотези могат да възникнат при отделяне и разделяне[24]. Същевременно предвижда възможност за правоприемниците на взискателя да се ползват от изпълнителния лист само в две хипотези – ако са наследници или частни правоприемници (например при придобиване на вземане чрез цесия). Не е предвидена възможността универсален правоприемник на дружеството кредитор (например дружествата правоприемници при вливане и сливане) да се ползват от издадения в полза на преобразувалото се дружество изпълнителен лист. Наследяването може да бъде хипотеза на универсално правоприемство, но не може да се отъждествява с универсално правоприемство. Регламентираните в ТЗ форми на

стващите в преобразуването дружества и тогава те ще бъдат посочени в изпълнителното основание и изпълнителния лист като кредитори или длъжници, поради което няма да възникне разглеждания проблем с изключването на правоприемниците на кредитора и длъжника от субективните предели на изпълнителния лист.

[23] Обратното е прието в Решение № 8250 от 14.11.2016 г. на СГС по в. гр. д. № 10784/2016 г. Би било справедливо да се възприеме това становище, но то не следва от буквалния текст на чл. 429 ГПК, а тъй като тази разпоредба регламентира *предели* т.е. граници, недопустимо е да се тълкува разширително или да се прилага по аналогия.

[24] Така Решение № 8250 от 14.11.2016 г. на СГС по в. гр. д. № 10784/2016 г., Обвързаността на приобретателя на длъжника от формираната сила на пресъдено нещо не е равнозначна на подчиненост на изпълнителната сила на решението. Тази обвързаност се изразява в забраната да се пререшава спора за материалното право (чл. 299 ГПК), но субективните предели на изпълнителния лист са ясно очертани в нормата на чл.429 ал.2 ГПК - в тях не попада частният правоприемник на осъдения ответник.

преобразуване, при които настъпва универсално правоприемство, не могат да бъдат определяни като наследяване[25].

Във връзка с горното трябва да се обърне внимание и на чл. 229 ал. 2 ГПК. В случай на смърт на някоя от страните в процеса след приключване на съдебното дирене, производството се спира за конституиране на правоприемниците по реда на чл. 230 ГПК във вр. с чл. 229 ал. 1 т. 2, **но след постановяване на решението** (правилото на чл. 229 ал. 1 т. 2 за спиране на делото при смърт на страна се прилага по аналогия и при прекратяване на юридическо лице). Участието на правосубектни и процесуално правоспособни страни (съществуващи в правния мир правни субекти – физически или юридически лица) в съдебния процес е положителна процесуална предпоставка от категорията на абсолютните и за нея съдът следи служебно от момента на предявяване на иска до момента на постановяване на съдебното решение. Поради това, в случай на смърт на някоя от страните по делото, настъпила след подаването на исковата молба в съда и преди влизането в сила на съдебното решение, съдът спира производството на основание чл. 229, ал. 1, т. 2 от ГПК и предприема процесуалните действия по реда на чл. 230 ГПК, за да конституира на мястото на починалата страна нейните процесуални правоприемници и по този начин да обезпечи тяхното понататъшно реално участие в процеса. Ако починалата страна ищец е физическо лице и решението е постановено в нейна полза, няма пречка нейните наследници да се ползват от издаде-

[25] В някои съдебни решения, които коментират субективните предели на изпълнителния лист, наследниците се отъждествяват неправилно с универсални правоприемници. Наследникът, който придобива по силата на завет конкретна вещ, е частен правоприемник. От друга страна, освен наследяването по закон, съществуват и други форми на универсалното правоприемство, които не са предвидени в чл. 429 ГПК. Такива са различните форми на преобразуване, при които настъпва универсално правоприемство.

ния след това в нейна полза изпълнителен лист, защото това е предвидено в чл. 429 ГПК. Няма пречка и изпълнителния лист да се изпълнява срещу наследниците на починала странамответник, когато смъртта е настъпила след приключване на съдебното дирене и решението е постановено срещу вече починалата страна. Тази възможност произтича от чл. 429 ал. 1 и ал. 2 ГПК. Ако „починалата“ страна обаче е юридическо лице-ищец и прекратяването е настъпило в резултат на преобразуване след приключване на съдебното дирене, правоприемниците на ищеца няма да могат да се ползват от постановеното в полза на преобразувалото се дружество решение и издаденият въз основа на него изпълнителен лист, нито ще могат да го изпълняват срещу правоприемниците на преобразувало се (прекратено) дружество ответник, тъй като чл. 429 ГПК не предвижда такава възможност.

Целта на изключението по чл. 229 ал. 2 изр. 2 е да се постигне процесуална икономия и бързина, като се постанови съдебно решение и едновременно с това се обезпечи правото на правоприемниците да участват по-нататък в съдебния процес чрез възможността им да обжалват постановеното решение пред горната инстанция[26]. Тази „бързина и процесуална икономия“ обаче могат да се окажат голямо препятствие пред правоимащите, когато се опитат да започнат принудително изпълнение в полза или срещу правоприемниците на прекратено при преобразуване търговско дружество.

Заключение

Изложеното по-горе налага извода за празнота в закона.

[26] Така Определение №571/06.12.2017 г. по дело №1943/2017 на ВКС, ГК, I г.о.

Липсва правна уредба относно правните последици на преобразуването в контекста на въпроса за субективните предели на изпълнителния лист. Установява се, че този пропуск е свързан с разпоредби на ТЗ, чиято цел е да обезпечат правата на кредитора, но непълнотата на чл. 429 ГПК сякаш препятства постигането на тази цел. Едно възможно решение е изменение в чл. 429 ал. 1 и 2 ГПК и разширяването на субективните предели на изпълнителния лист, като се обхванат всички правоприемници (не само наследниците и частните правоприемници на кредитора), така както това е сторено в чл. 210 ал. 1 т. 2 ДОПК. В този случай обаче възниква проблемът с размера на отговорността, която законът предвижда в някои случаи като например в чл. 263л ал. 1 ТЗ. Съдебният изпълнител ще трябва да определи размера на отговорността на всеки длъжник-правоприемник. Би могло да се предвиди съдебен контрол на неговия акт чрез възможност за обжалването му пред Окръжен съд и право да се иска спиране на изпълнението по реда на чл. 436-438 ГПК. Мисля, че това би било оправдано поради възможната необходимост от съдебна проверка на настъпилото правоприемство и определения от съдебния изпълнител размер на отговорността на дружествата правоприемници. Едновременно с това съдебният изпълнител ще носи и отговорност за причинените вреди при неправилно определяне на този размер съгласно чл. 441 ГПК.

Второто възможно решение е да се предвиди самостоятелно производство за издаване на изпълнителен лист срещу правоприемник на длъжника или в полза на правоприемник на кредитора, въз основа на някое от посочените в чл. 404 ГПК изпълнителни основания и въз основа на документ, установяващ настъпилото правоприемство при преобразуване (такъв документ би могъл да е удостоверение, издадено от Агенция по вписванията). Защитата срещу незаконосъобразен акт на съда ще се осъществи по реда на чл. 407 ГПК за обжалване на разпореждането за издаване на изпълнителен лист, като се предвиди и въз-

можност за спиране на изпълнението от съда, в противовес на чл. 407 ал. 2.

С оглед на справедливостта, процесуалната икономия и на основание чл. 5 ГПК мисля, че трябва до изменение на закона да се признае правото на съдебния изпълнител да предприема изпълнителни действия в полза или срещу правоприемници на преобразували се дружества, посочени като кредитор или длъжник в изпълнителния лист, но *не във всички хипотези*. Въпреки необходимостта от стриктно тълкуване на чл. 429 ГПК, не бива да се допуска засягане на правата на кредиторите от правилата за субективните предели на изпълнителния лист, при положение че те не разполагат с възможност да се противопоставят на преобразуването[27]. С оглед на справедливостта следва да се приеме, че като длъжник по изпълнително дело може да се конституира дружество правоприемник, което е придобило задължение по силата на настъпило универсално правоприемство при сливане или вливане. Следва също да се приеме, че изпълнителният лист може да бъде изпълняван срещу правоприемник на преобразуваното се чрез разделяне или отделяне дружество длъжник, когато това дружество правоприемник е придобило съгласно договора или плана за преобразуване конкретното задължение. В този случай то отговаря неограничено за цялото задължение (чл. 263л ал. 2). Това не следва да се допуска само спрямо дружествата правоприемници при разделяне или отделяне, на които конкретното задължение не е разпределено с договора или плана за преобразуване (чл. 263л ал. 1), при което е необходимо да се определи размера на отговорността им. Това право не следва да се признава на съдебния изпълнител de lege lata, поради липса на възможност за обжалване на такъв негов акт. *Кредиторът ще*

[27] Така Определение № 2549 от 09.08.2018 г. по в.ч.гр.д. 2678 / 2018г. по описа на Апелативен съд – София, Гражданско отделени, 7-ми състав.

трябва да проведе ново осъдително производство за осъждане на дружеството правоприемник. Също така следва да се приеме, че като взискател по изпълнително дело може да се конституира дружество правоприемник, което е придобило при сливане или вливане (универсално правоприемство) вземане от преобразуващото се дружество[28].

[28] Частните правоприемници на взискателя са обхванати от субективните предели на изпълнителния лист – чл. 429 ал. 1 и проблемът възниква само при универсалните правоприемници, различни от наследниците.

Христо Банов*
Hristo Banov*

ПРАВНИ ПРОБЛЕМИ ПРИ ПРИЛАГАНЕТО НА ОСНОВАНИЯТА ЗА УВОЛНЕНИЕ ПО ЧЛ. 328, АЛ. 1, Т. 5, 6 И 11 ОТ КОДЕКСА НА ТРУДА И ПРОТИВОРЕЧИВАТА СЪДЕБНА ПРАКТИКАТА НА ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД

LEGAL PROBLEMS IN THE APPLICATION THE GROUNDS FOR DISMISSAL UNDER ART. 328, PARA. 1, ITEMS 5, 6 AND 11 OF THE LABOUR CODE AND THE CONTRADICTORY PRACTICE OF THE SUPREME COURT OF CASSATION

Ключови думи: *основание за уволнение; Кодекс на труда; противоречива практика на Върховния касационен съд; липса на качества; мотивиране на заповед за уволнение; промяна на изискванията за изпълнение на длъжността; необходимо образование или професионална квалификация за изпълняваната работа; недействителност на трудов договор*

Резюме:

Практиката на Върховния касационен съд е противоречива по въпроса по какъв точно начин е длъжен работодателят да мотивира своя заповед за уволнение при прекратяване на трудов договор по чл. 328, ал. 1, т. 5 от Кодекса на труда – дали е достатъчно да бъдат само изброени липсващите у работника или служителя качества за ефективно изпълнение на работата, или е необходима значително по-задълбочена и подробна аргументация на работодателя.

* Институт за държавата и правото при Българска академия на науките
* Institute for legal studies - Bulgarian academy of sciences

Значителен брой решения на Върховния касационен съд се намират в противоречие помежду си и във връзка с разрешаването на проблема дали е налице основание за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 от Кодекса на труда в няколко специфични хипотези, чиито особености са обусловени от конкретните начин и момент на установяване на изискванията за образование и професионална квалификация.

Наред с това се наблюдава противоречива практиката на Върховния касационен съд и при произнасянето на съда по въпроса относно съотношението между основанията за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 и 11 от Кодекса на труда. Правният проблем се изразява в това дали в случая са налице две напълно различни основания за прекратяване на трудовия договор от работодател, или пък съотношението между тях се намира в определена зависимост от допълнителен критерий, свързан с точния момент на промяна на изискванията за образование и квалификация.

Key words: *grounds for dismissal; Labour Code; contradictory practice of the Supreme Court of Cassation; lack of qualities; motivation of a dismissal order; change in the requirements for the performance of the job; education or professional qualification required for the work performed; invalidity of the employment contract*

Summary:

The practice of the Supreme Court of Cassation is contradictory regarding the exact way in which an employer is obliged to motivate an order for dismissal upon termination of a labour contract under Art. 328, para. 1, item 5 of the Labour Code – whether it is sufficient to only list the qualities for efficient performance of the job which the employee does not possess, or a significantly more thorough and detailed argumentation by the employer is required.

A considerable number of decisions of the Supreme Court of Cassation contradict each other and also in terms of resolving the problem whether a reason exists for dismissal under Art. 328, para. 1, item 6 of the Labour Code in several specific hypotheses, whose peculiarities are determined by the concrete way and moment in which requirements for education and professional qualification are established. The case-law is also controversial on the issue of the correlation between the grounds for dismissal under Art. 328, para. 1, item 6 and item 11 of the Labour Code.

Furthermore, the practice of the Supreme Court of Cassation is contradictory and also in rulings of the court on the issue regarding the correlation between the grounds for dismissal under Art. 328, para. 1, item 6 and item 11 of the Labour Code. The legal problem is whether in this case there are two completely

different grounds for termination of the employment contract by the employer, or the correlation between them is determined by an additional criterion, related to the concrete moment when the requirements for education and professional qualification are changed.

I. Изисквания към начина на мотивиране на заповедта за уволнение при прекратяване на трудовия договор от работодателя по чл. 328, ал. 1, т. 5 от Кодекса на труда

Един от въпросите от образуваното тълкувателно дело № 4/2017 г. на Общото събрание на Гражданската колегия (ОСГК) на Върховния касационен съд[1] (ВКС) е следният:

„В заповед за прекратяване на трудов договор на основание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ задължен ли е работодателят да посочи липсващите качества на работника или служителя за ефективно изпълнение на работата /чрез изброяването им или като изложи конкретни данни, мотивирали волята му да приложи това основание за уволнение/ или това не е необходимо“.

Повод за включването на посочения въпрос в образуваното тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС, съответно за постановяване на тълкувателно решение на ВКС[2], е констатираната противоречива съдебна практика, обективирана в значително повече от минимално изискуемия брой от две противоречиви съдебни решения.

[1] Към момента на представяне на доклада за печат – 04.07.2018 г., все още не е насрочено заседание по посоченото тълкувателно дело, съответно не е постановено тълкувателно решение по него.

[2] Към момента на представяне на студията за печат – 22.07.2018 г., все още не е насрочено заседание по посоченото тълкувателно дело, съответно не е постановено тълкувателно решение по него.

1. На първо място, следва да се отбележи, че двете групи от съдебни актове, постановени от състави на Върховния касационен съд, противоречат помежду си по отношение на възприетото в тях разрешение по конкретен въпрос. Този въпрос се отнася до правно-техническия способ за формулиране на конкретното основание за уволнение, довело до формиране на волята на работодателя да прекрати трудов договор с работник или служител на правно основание чл. 328, ал. 1, т. 5 от Кодекса на труда[3].

Оттук става ясно, че спорният характер на посочения въпрос всъщност произтича от съществуването на различни разбирания по непосредствено свързания с първия друг въпрос, а именно този за начина, по който следва да бъде изпълнено задължението на работодателя да мотивира заповедта си за уволнение. Такова задължение за работодателя не е изрично уредено в Кодекса на труда[4] (КТ). В разпоредбата на чл. 328, ал. 1 КТ е предвидено, че при наличието на някои от изброените случаи (в това число и липса на качества за ефективно изпълнение на работата) на работодателя се предоставя субективното преобразуващо право едностранно да прекрати трудовия договор[5], като за целта е достатъчно само да отправи писмено предизвестие до

[3] По-подробно за правната същност на това основание за уволнение вж. **Мръчков, В.** Трудово право. 10 преработено и допълнено издание. София, Сиби, 2018, с. 626–627; Мръчков. В. – В: **Мръчков, В., Средкова, К., Василев, А.** Коментар на Кодекса на труда. 12 преработено и допълнено издание. София, Сиби, 2016, с. 994–996; **Средкова, К.** Трудово право. Специална част. Дял I: Индивидуално трудово право. София, Св. Климент Охридски, 2011, с. 446–447; **Василев, А.** Трудово право. Бургас, БСУ, 1997, с. 497; **Милованов, К.** Трудов договор: сключване, изменение, прекратяване. София, Труд и право, 2016, с. 373–378.

[4] Обн., ДВ, бр. 26 от 1 април 1986 г. и бр. 27 от 4 април 1986 г.

[5] Повече за субективното право на уволнение вж. **Мръчков, В.** Субективно право и субективни трудови права. София, Сиби, 2017, с. 233-237.

работника или служителя.

Но в практиката на ВКС е прието, че не е достатъчно работодателят в заповедта за уволнение да посочи единствено правното основание за едностранното прекратяване от негова страна на трудовия договор – т.е. по кой член, алинея и т.н. от закона е извършено уволнението. В този случай съгласно Решение № 445 от 2001 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 303 от 2002 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 1219 от 2004 г. на III г. о. на ВКС и др. заповедта за уволнение е незаконна, ако тя не е мотивирана, т.е. когато в нея само е възпроизведен законовият текст, представляващ правното основание за уволнението.

Така в Решение № 150 от 11.06.2015 г. по гр. д. № 5166/2014 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 54 от 21.02.2012 г. по гр. д. № 865/2011 г. на III г. о. на ВКС и Решение № 425 от 18.10.2011 г. по гр. д. № 1966/2010 г. на IV г. о. на ВКС неправилно е застъпена тезата, че от значение за законността на уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ е посочването в заповедта за уволнение на конкретни факти, данни и/или обстоятелства, чрез които се обективира твърдяната липса у работника или служителя на съответните качества, като това е обусловено от необходимостта да се предостави възможност на съда да направи преценка на законността на уволнението, като провери съществуването на тези факти от обективната действителност, както и правилното им квалифициране и подвеждане под правната норма.

Във втората група от съдебни актове – Решение № 102 от 31.03.2015 г. по гр. д. № 3687/2014 г. на IV г. о. на ВКС, Решение № 179 от 07.11.2016 г. по гр. д. № 1237/2016 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 318 от 11.11.2014 г. по гр. д. № 1201/2014 г. на IV г. о. на ВКС и Решение № 15 от 05.03.2013 г. по гр. д. № 209/2012 г. на IV г. о. на ВКС – правилно е прието, че за работодателя не съществува задължение кумулативно да посочва липсващите качества у работника или служителя, от една страна, и фактите,

установяващи тази липса, от друга. В тази втора група от решения на различни състави на ВКС по-конкретно се застъпва тезата, че заповедта за уволнение е законосъобразна, както когато в нея са посочени само липсващите качества, така и когато в нея са описани само фактите и обстоятелствата, представляващи резултат от липсата на определени качества у работника и служителя.

От езиковата формулировка на третия въпрос, с който е допълнено тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС, става ясно, че застъпената теза в последната група решения е неточно разтълкувана. Неправилното разбиране в случая най-вероятно произтича от неясната и объркваща формулировка на застъпваната позиция. Във всички от посочените решения от втората група по абсолютно еднакъв начин е изразена отстояваната теза, а именно посредством двусмисления израз: „Работодателят не е длъжен изрично да посочи както липсващите качества, така и фактите, установяващи тази липса...“.

Езиковите проблеми в посочения израз, влечащи след себе си крайното семантично объркване, са два. На първо място, това е думата „изрично“. Нейната употреба е изцяло неподходяща, тъй като вместо да наведе смисъла за това „кумулативно“ да бъдат посочени изброените след това елементи, използването на думата „изрично“ води до разбирането, че в разглежданите решения се твърди, че работодателят не е длъжен да посочва изрично абсолютно нищо.

На следващо място, напълно неподходящо за изразяване на преследвания смисъл е използването на конструкцията „както – така и“. В комбинация с посочената употреба на думата „изрично“ езиковата конструкция „както – така и“ придобива еквивалентен смисъл на конструкцията „нито – нито“. Така след включването като част от текста на първото по време решение на ВКС на анализирания неясен израз относно това какво точно е задължен да посочи работодателят в заповедта за уволнение,

тази формулировка бива пренесена дословно във всяко едно от останалите посочени съдебни решения. Така тя бива представена по абсолютно същия начин и в Определение № 118 от 18.04.2018 г. по гр. д. 4470/2017 г. на IV г. о., с което съдебният състав по делото по реда на чл. 292 ГПК е спрял производството и е предложил на Общото събрание на Гражданската колегия на ВКС да постанови тълкувателно решение по разглеждания материалноправен въпрос.

Вследствие на всичко това същият състав на ВКС е формулирал неправилно въпроса, по който следва да се постанови тълкувателно решение. След това Комисията за изготвяне на проект за тълкувателно решение по тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС не намира за необходимо да бъде извършвана каквато и да е редакция на поставения въпрос и Председателят на ВКС издава Разпореждане за допълване на тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС с трети по ред въпрос, който е със същата грешна формулировка. Така в крайна сметка се стига да ситуацията, в която като предмет на тълкувателно дело се поставя въпросът дали има възможност работодателят да не посочва в заповедта за уволнение абсолютно нищо, което да мотивира формираната у него воля да извърши уволнение на правно основание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ. А както вече беше посочено, по въпроса относно необходимостта заповедта за уволнение да се мотивира, за да бъде законосъобразна, съществува константа практика на ВКС.

Не ми е известно да има решение на ВКС, в което да се твърди, че в никакъв случай работодателят не е длъжен изрично да посочва нищо от обективната действителност, въз основа на което той е взел решението си да прекрати едностранно трудовия договор с определен работник или служител на основание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ, т.е. че е достатъчно да възпроизведе само законовия текст на посочената разпоредба.

В крайна сметка, в групата от съдебни актове – Решение

№ 102 от 31.03.2015 г. по гр. д. № 3687/2014 г. на IV г. о. на ВКС, Решение № 179 от 07.11.2016 г. по гр. д. № 1237/2016 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 318 от 11.11.2014 г. по гр. д. № 1201/2014 г. на IV г. о. на ВКС и Решение № 15 от 05.03.2013 г. по гр. д. № 209/2012 г. на IV г. о. на ВКС – посредством употребата на коментирания израз, отнасящ се до това, че работодателят в никакъв случай не е длъжен изрично да посочи както липсващите качества, така и фактите, установяващи тази липса, се цели изразяването на съвсем друг смисъл. Във всяко от тези решения отделните състави на ВКС са имали предвид, че работодателят не е длъжен едновременно да посочи както липсващите качества, така и фактите, установяващи тази липса. В разглежданите съдебни актове на ВКС всъщност е застъпено становището, че за да бъде законосъобразна заповедта за уволнение, работодателят е достатъчно да посочи в нея или само липсващите качества, или само фактите, в които се обективира тази липса.

И накрая, противоречието в практиката на ВКС се корени в това, че в решенията от първата разгледана група – Решение № 150 от 11.06.2015 г. по гр. д. № 5166/2014 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 54 от 21.02.2012 г. по гр. д. № 865/2011 г. на III г. о. на ВКС и Решение № 425 от 18.10.2011 г. по гр. д. № 1966/2010 г. на IV г. о. на ВКС – се твърди, че от значение за законността на уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ е посочването в заповедта за уволнение освен на липсващите качества, но задължително и на конкретни факти, данни и/или обстоятелства, чрез които се обективира твърдяната липса у работника или служителя на съответните качества за ефективно изпълнение на работата.

Предвид всичко гореизложено се налага редактиране и преформулиране на третия въпрос от тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС. Този въпрос трябва да бъде поставен по следния начин:

„3. В заповед за прекратяване на трудов договор на осно-

вание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ задължен ли е работодателят да посочи едновременно както липсващите качества на работника или служителя за ефективно изпълнение на работата, така и конкретните факти и обстоятелства, довели до формиране на волята му да приложи това основание за уволнение?“.

2. Противоречието между различните отговори, които се дават на последния поставен въпрос в разгледаните две групи от съдебни решения на ВКС, всъщност се свежда до различните гледни точки при разрешаването на един правен проблем, а именно този до каква степен на задълбоченост и аргументираност е задължен да достигне работодателят[6] при изпълнението на своето задължение да мотивира заповедта си за уволнение.

Както беше посочено, в Решение № 150 от 11.06.2015 г. по гр. д. № 5166/2014 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 54 от 21.02.2012 г. по гр. д. № 865/2011 г. на III г. о. на ВКС и Решение № 425 от 18.10.2011 г. по гр. д. № 1966/2010 г. на IV г. о. на ВКС се твърди, че заповед за уволнение е възможно да бъде обявена за незаконна само на основание, че в нея не се съдържат едновременно изброяване на липсващите качества у работника или служителя, от една страна, и излагане на конкретни факти и/или обстоятелства, които нагледно показват сочената липса, от друга.

[6] Въпреки употребата на обобщеното понятие „работодател”, която често е обусловена от съображения за краткост на изказа, все пак трябва да се отбележи, че в определени случаи – когато работодателят не е физическо лице – не самият работодател извършва конкретни действия във връзка с възникването, съществуването и прекратяването на индивидуалното трудово правоотношение, а неговият представител – управителят на еднолично дружество с ограничена отговорност, директорът на средно училище, ректорът на висше училище и т.н. По-подробно за правната същност на работодателя вж. **Топалов, М.** Работодателят като страна по индивидуалното трудово правоотношение. София, Сиби, 1997, 212 с.

В крайна сметка причината да се твърди, че такава заповед за уволнение е незаконна, се обуславя от това, че според съответните съдебни състави на ВКС тя не отговаря на изискването да бъде мотивирана.

Дори в Решение № 150 от 11.06.2015 г. по гр. д. № 5166/2014 г. на III г. о. на ВКС се стига до крайност посредством твърдението, че „само въз основа на посочените в заповедта конкретни обстоятелства и относимите към тях доказателства се извършва преценката правилно ли е прекратено трудовото правоотношение.“. Сякаш тук се има предвид, че освен всичко друго заповедта за уволнение следва да съдържа и определени доказателства за наличието на посочените факти и обстоятелства. По този начин сякаш се преследва постигането на определена цел, а именно на съда да му бъде напълно изяснена цялата фактическа обстановка още при подаването на исковата молба, с която се предявява искът по чл. 344, ал. 1, т. 1 КТ за признаване на уволнението за незаконно и неговата отмяна. При това положение какво може да се очаква да се случи по време на съдебното производство – какви процесуални действия ще да бъдат осъществявани, в случай че за съда вече всичко е ясно и той вече има готовност да се произнесе по предявения пред него иск.

Именно защото основното предназначение на провеждането на такъв съдебен процес е да бъде изяснена фактическата обстановка, като бъдат събрани и съответните доказателства, поправилно е разбирането, че работодателят може да посочи в заповедта за уволнение само липсващите качества на работника или служителя, а при сезиране на съда от последния работодателят вече ще е задължен да посочи съответните факти и обстоятелства, чрез които се обективира указаната липса[7].

[7] На анализирания спорен въпрос в трудовоправната литература не се предоставя категоричен отговор. Проф. Мръчков и проф. Средкова единствено

Това следва от принципа, че изцяло в тежест на работодателя е да докаже, че работникът или служителят не притежава съответните качества за ефективно изпълнение на работата, така както са посочени в заповедта за уволнение. Това задължение на работодателя по правило винаги следва да му бъде указвано от съда при разпределяне на доказателствената тежест.

По тази причина при предявяване на иска по чл. 344, ал. 1, т. 1 КТ работникът или служителят е достатъчно само формално да направи оспорване на законността на уволнението, като посочи, че не е налице сочените от работодателя отрицателен факт, а именно липсата на съответните качества за ефективно изпълнение на работата. Само това е достатъчно за започване на съдебния процес, в който работодателят носи цялата доказателствена тежест.

И тогава в изпълнение на задължението си да докаже законността на извършеното уволнение с правно основание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ работодателят ще трябва всъщност да докаже отсъствието у работника или служителя на изброените в заповедта за уволнение качества за ефективно изпълнение на рабо-

твърдят, че липсата у работника или служителя на съответните качества за ефективно изпълнение на работата трябва да бъде установена, доказана и реална като обективен факт, но никъде не се казва директно, че работодателят е длъжен освен липсващите качества в заповедта за уволнение да впише и определени факти и обстоятелства, в които се проявява сочената липса, още по-малко потвърждаващи ги доказателства. По същия начин не ми е известно някъде в трудовоправната литература да се твърди, че само на основание, че работодателят не е посочил конкретни факти и обстоятелства в заповедта за уволнение, то тя следва да бъде квалифицирана като немотивирана, имащо за пряка последица обявяването ѝ за незаконна, без да бъде разглеждан спорът по същество, каквото становище се застъпва в една от указаните погоре групи от съдебни решения на ВКС. Вж. **Мръчков, В.** Трудово право..., с. 621; Мръчков. В. – В: **Мръчков, В., Средкова, К., Василев, А.** Коментар на Кодекса на труда.., с. 996; **Средкова, К.** Цит. съч., с. 447.

тата. Чак тогава ще се наложи работодателят да посочи конкретните факти и обстоятелства, които са довели до формирането на неговата воля едностранно да прекрати трудовия договор на разглежданото правно основание. И в същия този момент работодателят ще трябва да посочи необходимите доказателства, които свидетелстват за наличието на твърдените от него факти и/или обстоятелства.

Предвид всичко това, не е достатъчно състоятелен и аргументът, че когато работодателят само схематично и твърде обобщено изброява в заповедта за уволнение липсващите качества без да посочва конкретни факти и обстоятелства от действителността, бива отнета възможността на работника или служителя да организира своята защита. Това твърдение е невярно. Дори работникът или служителят да не е узнал изрично от заповедта за уволнение какви точно факти и обстоятелства има предвид неговият работодател, все пак следва да се презумира, че този работник или служител е добре запознат с характера на своята трудова функция, както и със съдържанието на съответната длъжностна характеристика. По този начин следва да се приеме, че е конкретния работник или служител е напълно наясно какви конкретни качества се очакват от него с цел постигането на какви точно определени резултати в трудовия процес, организиран и ръководен от съответния работодател.

Не на последно място, от самия работник или служител се очаква да е най-наясно със собствените си качества, т.е. да притежава обективна самооценка, както и да има знанието (достатъчно ярки спомени) за своите минали действия по време на съществуването и изпълнението на трудовото правоотношение с конкретния работодател. А това са действията, в които се обективира начинът на осъществяване на трудовите операции, подробно описани в длъжностната характеристика. Въпреки че констатирането на наличието, съответно на липсата на определени професионални качества, е до голяма степен следствие от

субективната преценка на работодателя, съответно на работника или служителя при мисловно-психологическите процеси на (само)оценка, все пак тук става въпрос за такива качества, които биват преценявани с оглед на един обективен критерий, а именно ефективното изпълнение на възложената работа[8] (арг. чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ).

Ето защо в разглеждания случай неоправдано биват прекомерно завишени изискванията към работодателите относно степента на задълбоченост на мотивирането на заповедта за уволнение. Предвид това, че в КТ отсъства установено изискване за мотивиране на заповедта за уволнение, още повече за съдържанието и степента на подробност на тези мотиви, а само съдебната практика на ВКС стига до извода, че принципно заповедта за уволнение следва да бъде мотивирана, а не само да възпроизвежда законовия текст, представляващ правното основание за уволнението, то не е обосновано предявяването на толкова високи изисквания към съдържанието на мотивите, въз основа на които работодателят прибягва до уволнение на основание чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ.

Така по-правилно е становището, застъпено в Решение № 102 от 31.03.2015 г. по гр. д. № 3687/2014 г. на IV г. о. на ВКС, Решение № 179 от 07.11.2016 г. по гр. д. № 1237/2016 г. на III г. о. на ВКС, Решение № 318 от 11.11.2014 г. по гр. д. № 1201/2014 г. на IV г. о. на ВКС и Решение № 15 от 05.03.2013 г. по гр. д. № 209/2012 г. на IV г. о. на ВКС. Съдебните състави на ВКС, постановили посочените решения, правилно приемат, че пред работодателя съществува алтернатива при мотивирането на заповедта за уволнение. На първо място, последната ще бъда изцяло законосъобразна, ако в нея се съдържа само изброяване на

[8] Така и Мръчков. В. – В: **Мръчков, В., Средкова, К., Василев, А.** Коментар на Кодекса на труда..., с. 995.

липсващите у работника или служителя качества за ефективно изпълнение на работата. Освен това, за работодателя съществува още една възможност, която е изцяло в съответствие със закона. Става въпрос за хипотезата, в която работодателят може да не изброява конкретно каквито и да са липсващи качества на работника или служителя, а липсата на съответните качества да бъде посочена посредством излагането на конкретни факти и обстоятелства, от които може да стане напълно ясно отсъствието на какви точно качества има предвид работодателят.

II. Проблеми при прилагането на основанието за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 от Кодекса на труда, произтичащи от особености относно момента и начина на установяване на изискванията за образование и квалификация

Първият от общо трите окончателно формулирани въпроса по образуваното тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС след обединяването на производствата по тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС и тълкувателно дело № 5/2017 г. на ОСГК на ВКС под тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС е свързан с едно от основанията за уволнение, при наличието на които работодателят разполага със субективно преобразуващо право едностранно да прекрати трудовия договор като отправи предизвестие, а именно това е основанието по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ. Всъщност първият, поставен по тълкувателното дело, въпрос се състои от две отделни хипотези, обозначени с букви А). и Б). и обуславящи наличието на два отделни въпроса, с което въпреки формалното номериране на три въпроса, на практика тълкувателно дело № 4/2017 г. на ОСГК на ВКС е образувано по общо четири въпроса.

Повод за образуването на посоченото тълкувателно дело, съответно за постановяване на тълкувателно решение на ВКС, е

констатираната противоречива съдебна практика по всеки един от поставените въпроси, обективирана отново в значително повече от минимално необходимия брой от две противоречиви съдебни решения за образуването на тълкувателно дело.

1. Налице ли е основанието по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ за прекратяване на трудовия договор, ако работникът или служителят не притежава необходимото образование или професионална квалификация, когато при сключването на трудовия договор изискванията за образование или професионална квалификация са били въведени от работодателя?

При условията на противоречива съдебна практика в Решение № 436 от 23.08.2010 г. по гр. д. № 441/2009 г. на IV г. о. на ВКС неправилно е постановено, че работодателят може да прекрати трудовото правоотношение на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, щом работникът или служителят няма изискуемото образование или квалификация независимо дали това несъответствие е налице към момента на сключването на трудовия договор или след това – във всеки последващ момент.

В Решение № 295 от 09.12.2014 г. по гр. дело № 979/ 2014 г. на IV г. о. на ВКС отново неправилно е прието, че по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ може да прекрати трудовия договор, когато е сключен при липса на необходимото образование или квалификация на работника или служителя за изпълнение на длъжността. По същия начин не може да бъде споделена позицията, използвана като аргумент в подкрепа на застъпената в посочения съдебен акт теза, а именно, че разбирането относно приложимостта на чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ само в случаите, когато липсата на образование се явява след сключване на трудовия договор, би отстранило възможността работодателят да прекрати трудовия договор, сключен при липсата на тези изисквания.

1.1. По своята същност всяко основание за прекратяване

на трудовия договор, независимо за коя от страните по него се отнася, е нововъзникнал юридически факт[9]. Той е нововъзникнал, защото се осъществява след момента на учредяване на индивидуалното трудоводоговорно правоотношение[10]. Такива са всички основания по чл. 325, чл. 326, чл. 327, чл. 328, чл. 330 и чл. 331 КТ.

Ако се приеме, че е налице основание за уволнение в случая, когато несъответствието с изискванията за образование и професионална квалификация, въведени от работодателя, е съществувало още при сключването на трудовия договор, тогава няма да се наблюдава нововъзникнал юридически факт, а такъв, който се е осъществил дори преди сключването на договора и още повече преди началото на неговото изпълнение.

Въведеното от работодателя изискване за притежаването на определено образование и/или професионална квалификация от страна на работника или служителя има изцяло формален характер. То няма нищо общо със задължителния характер на същото изискване в случаите, когато е установено в нормативен акт. Както работодателят изцяло формално извършва преценката, че работник или служител с точно определено образование

[9] **Мръчков, В.** Трудово право…, с. 576.

[10] По въпроса относно кой е точният момент, в който възниква индивидуалното трудово правоотношение в трудовоправната литература не съществува единодушие. Според проф. Мръчков индивидуалното трудоводоговорно правоотношение възниква в момента на сключване на трудовия договор. Вж. **Мръчков, В.** Трудово право..., с. 217. Проф. Василев обаче застъпва становището, че всяко трудово правоотношение, независимо от основанието, от което се поражда, възниква в момента, в който работникът или служителят постъпи на работа и започне изпълнението на своята трудова функция. Вж. **Василев, А.** Относно момента на възникването на трудовото правоотношение. – В: Юридически сборник. Т. XXIII, Бургас, БСУ – Център за юридически науки, 2016, с. 406–411.

и/или професионална квалификация ще е най-подходящ за него, по същия начин този работодател може да прецени, че конкретен кандидат за заемане на вакантна длъжност от неговото щатно разписание, въпреки че не покрива образователните и/или квалификационните изисквания, все пак е подходящ за изпълнението на съответната трудова функция. Причините за това одобрение, непочиващо на съответствие с установените изисквания за образование и квалификация, може да са различни – например продължителният трудов стаж на същата или сходна позиция при предишен работодател или пък постигнатите високи резултати при заемането в миналото на такава длъжност, за които свидетелстват представените от работника или служителя документи, включително и препоръка от предишен или предишни работодатели.

В случая не друг (както когато изискванията са предвидени в нормативен акт), а самият работодател създава правилата относно минималните изисквания за придобито образование и/или професионална квалификация и той е същият субект, който ще прилага и спазва тези правила. Със своите действия, изразяващи се в приемането на работа от самия него на работник или служител, който не отговаря на вътрешните правила, изискващи определени вид и/или степен на образование и/или професионална квалификация, работодателят дерогира действието на тези правила. А посочените действия на работодателя могат да бъдат определени като конклудентни действия, които представляват начин за изразяване на мълчалив отказ от прилагането на въведените от самия него изисквания в длъжностната характеристика или в щатното разписание.

Субективното преобразуващо трудово право на работодателя да извършва уволнение може да се упражнява само на предвидените в закона (не и в подзаконов нормативен акт или вътрешен акт на работодателя) основания. Закрепването на този принцип на законоустановеност на основанията за уволнение

цели осигуряването на по-голяма закрила при уволнение за работника или служителя. Но в разглеждания случай е налице ситуация, при която закрилата при уволнение е преодоляна от работодателя, след като той си е осигурил тази благоприятна за него обстановка още в момента на сключване на трудовия договор.

Като учредява трудоводоговорно правоотношение с работник или служител, чието образование и/или квалификация не покриват изискванията, работодателят сам си създава основанието за уволнение още в момента на сключване на трудовия договор и дори преди началото на изпълнението му. Така оттук нататък в отношенията си с този свой работник или служител работодателят ще действа със съзнанието, че за него вече съществува основание за едностранно прекратяване на трудовия договор, възможността да се ползва от което възниква веднага след сключването на трудовия договор, дори преди да е започнало изпълнението на работата посредством престирането на труд.

И поради още една причина може да се твърди, че с посоченото поведение на работодателя се неутрализира, обезсилва се закрилният механизъм на трудовоправните норми. Това е така, тъй като по този начин се създава алтернатива на сключването на трудов договор със срок за изпитване най-много за шест месеца[11], само че в случая става въпрос за неограничена (безсрочна) във времето възможност за работодателя да изпитва (да „тества“, да изпробва сякаш става въпрос за някакъв експеримент) работника или служителя дали е подходящ за изпълнението на съответната трудова функция от гледна точна на реално

[11] По-подробно за този вид трудов договор вж. **Лазарова, Н.** Срочни трудови договори. Дисертационен труд за присъждане на образователна и научна степен „доктор“. Благоевград, 2013, с. 67–82.

притежаваните от него знания и умения, понеже що се отнася до формалните изисквания в длъжностната характеристика, той категорично е неподходящ.

Така посредством подобно заобикаляне на закона дори след изключително дълъг период от време, включително и след десет, двадесет или пък тридесет години, в които, щом като толкова дълго е продължило съществуването и ефективното изпълнение на трудовото правоотношение, работодателят е използвал максимално ефективно работната сила на съответния работник или служител, няма пречка за този работодател да уволни съответния работник или служител. И понеже съществува безгранична във времево отношение възможност за работодателя във всеки един момент в бъдеще да прекрати трудовия договор на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, всъщност в този случай ще е налице не просто алтернатива на трудовия договор за изпитване, а несравнима по своите предимства възможност за работодателя без реално съществуващо основание да сложи край на действието на трудоводоговорното правоотношение.

В този случай ще е налице едно перманентно съществуващо основание за уволнение, което ще съпътства неотлъчно изпълнението на трудовия договор през целия период на неговото съществуване. Така работникът или служителят ще работи през цялото време под страх от уволнение, което работодателят ще има правото свободно и едностранно да извърши във всеки избран от него момент. Всичко това създава правна несигурност и е в противоречие с принципа за стабилност на трудовото правоотношение. По този начин неоправдано, без каквото и да основание, се засилва и без това по-неблагоприятното юридическо и икономическо положение на работника или служителя спрямо това на работодателя.

Тази ситуация е недопустима, особено в случая, когато в началото си трудовото правоотношение е започнало със срок за изпитване и в този срок работодателят не го е прекратил, т.е. из-

питването е преминало успешно. А щом като се е стигнало до тази хипотеза, това означава, че по този начин работодателят признава наличието на необходимите качествата на работника или служителя за ефективно изпълнение на възложената работа[12]. Тук ясно проличава чисто формалният характер на посочването в длъжностната характеристика на изисквания за придобити определени вид и степен на образование и/или професионална квалификация.

1.2. В член 4 от Конвенция № 158 от 1982 г. на Международната организация на труда е предвидено, че уволнението не може да се осъществи без наличието на „важен мотив, свързан със способностите или поведението на работника или служителя или основан на необходимостта от функционирането на предприятието“. В разглеждания казус определено липсва такъв важен мотив.

На първо място, способностите на работника или служителя са обективно съществуващи, поради което те не се създават от какъвто и да е документ за придобито образование или професионална квалификация. Именно затова законодателят е ус-

[12] Ясно е, че законодателят е предвидил отделно основание за уволнение в чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ, а именно когато на работника или служителя му липсват качества за ефективно изпълнение на работата. До такава ситуация може да се достигне дори когато работникът или служителят притежава изискуемото и дори по-високо от него образование (висше или придобита образователна и научна степен „доктор“). Но по мое мнение в разглежданата по-горе конкретна хипотеза обратният случай не би следвало да се приема за допустим – след успешно приключило изпитване на качествата за ефективно изпълнение на работата, осъществено от самия работодател, отново за него да е налице субективното право да уволни в някой бъдещ момент работника или служителя поради липсата на определено образование, което пък изискване е установено от самия работодател още преди сключването на трудовия договор.

тановил отделно основание за уволнение – поради липса на качества на работника или служителя за ефективно изпълнение на работата (чл. 328, ал. 1, т. 5 КТ). При това основание се има предвид обективното отсъствие на професионални качества за изпълнение на трудовата функция, като е ирелевантен фактът на придобито образование и/или професионална квалификация.

На следващо място, разглежданият случай не е свързан и с поведението на работника или служителя, тъй като е безспорно, че става въпрос за безвиновно основание за уволнение. Прекратяването на трудовия договор в този случай не се налага и по причини, свързани с „необходимостта от функционирането на предприятието“, понеже именно с оглед на собствените си нужди работодателят приема за свой работник или служител точно този кандидат за вакантната длъжност, който не притежава нужните образование и/или професионална квалификация съгласно принципно установеното в длъжностната характеристика мнение на работодателя.

Осъществяването на юридическите факти, представляващи основания за уволнение, прави или невъзможно, или неоправдано по-нататъшното съществуване на трудовия договор, поради което се налага неговото прекратяване за в бъдеще. Хипотезата на сключен от работодателя трудов договор, въпреки наличието на несъответствие по отношение на изискванията за образование и/или професионална квалификация, със сигурност не води до обективна невъзможност за съществуването на трудовото правоотношение. Не води и до неговата неоправданост, тъй като със своите действия по приемането на работа на формално „неподходящия“ за изпълнението ѝ работник или служител работодателят „оправдава“ и санкционира заемането на съответната длъжност именно от това кандидатстващо за нея лице, въпреки съществуващите в случая факти за наличието на несъвместимост. По този начин работодателят придава правна валидност на сключения с този кандидат за работата трудов до-

говор. Така работодателят отхвърля както наличието на неоправданост, така и невъзможността за съществуването на този трудов договор, а напротив – съгласявайки се, въпреки несъответствието с изискванията, да приеме на работа този работник или служител, обявява за напълно възможно и оправдано изпълнението на съответния трудов договор до настъпването на някое друго, но не и това по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, основание за неговото прекратяване.

Не би могло да се подкрепи становището, застъпено в трудовоправната литература, че има значение за настъпващите правните последици въпросът дали работодателят е знаел или не за разглежданото несъответствие при сключването на трудовия договор и по-конкретно, че ако работодател не е знаел за липсата на изискваното образование, сключеният трудов договор може да бъде обявен за недействителен[13].

След като работодателят е въвел правила за заемането на определена длъжност в неговото предприятие (а и когато те са установени в нормативен акт), няма кой друг освен самият той да следи за спазването на тези изисквания.

По смисъла на чл. 1 от Наредба № 4 от 11.05.1993 г. за документите, които са необходими за сключване на трудов договор[14] (Наредба № 4), изброените в нея документи са задължителни и за двете страни по сключвания трудов договор. Това означава, че както бъдещият работник или служител е длъжен да представи посочените документи, така и за работодателя съществува право и задължение да ги изиска, да се запознае с тях и да ги вземе предвид в тяхната цялост преди да изрази съгласието си за сключване на трудовия договор. В разпоредбата на

[13] **Милованов, К.** Цит. съч., с. 383.

[14] Издадена от министъра на труда и социалните грижи, обн., ДВ, бр. 44 от 25.05.1993 г.

чл. 1, ал. 1, т. 2 от същата наредба са посочени като необходими за сключването на трудовия договор следните документи: „документ за придобито образование, специалност, квалификация, правоспособност, научно звание или научна степен, когато такива се изискват за длъжността или работата, за която лицето кандидатства“. В анализираната хипотеза е безспорно, че документите за образование, специалност, правоспособност и/или квалификация са именно такива – те задължително следва да се изискват, тъй като за съответната длъжност работодателят е установил специални изисквания за образование и/или квалификация.

С оглед гореизложеното единствената възможност, в случай че работодател твърди, че не е знаел за несъответствието с изискванията за образование и/или квалификация, е това да е вследствие на неспазването от негова страна на разпоредбата на чл. 1, ал. 1, т. 2 от Наредба № 4. Тук правонарушението на работодателя ще се изразява в това, че, без да е получил необходимите документи, е сключил трудов договор. Този извод следва от факта, че ако на работодателя са били представени тези документи, тогава той трябва да се запознал с тях – т.е. ще се предполага знанието му за наличието на несъответствие с изискванията. Изводът тук е, че е невъзможно работодателят да черпи права от собственото си противоправно поведение.

В крайна сметка, ако работодател приеме на работа лице, което не отговаря на изискванията за образование и/или професионална квалификация, и след това прекрати сключения с този работник или служител трудов договор на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, тогава ще е налице злоупотреба с право от страна на работодателя. Аргумент в полза на изразеното становище се извлича от чл. 57, ал. 2 от Конституцията на Република България[15],

[15] Обн., ДВ, бр. 56 от 13 юли 1991 г.

според който „не се допуска злоупотреба с права и тяхното упражняване, ако то накърнява права и законни интереси на другите“. Така в разглежданата хипотеза, ако работодателят едностранно прекрати трудовия договор със съответния работник или служител, посочвайки в заповедта за уволнение като правно основание чл. 328, ал. 1, т. 6, предложение 1 и/или 2 КТ, тогава извършеното уволнение ще е незаконно поради липса на основание.

Именно в този смисъл е и застъпеното становище в Решение № 213 от 1.04.2010 г. по гр. д. № 4625/2008 г. на III г. о. на ВКС. В този случай съдът правилно приема, че когато след въвеждането на изискването за образование от работодателя самият той е договарял със съответния работник или служител и е приел последният да заема длъжността без необходимото образование, състоянието на несъответствие е взаимно известно, възприето и противопоставимо на работодателя по сключения трудов договор, поради което работодателят не може да се позовава на него, за да прекрати договора на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ. В същия смисъл са и мотивите към Решение № 1627 от 26.11.2003 г. по гр. д. № 3072/2002 г. на III г. о. на ВКС.

2. Налице ли е основанието по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ за прекратяване на трудовия договор, ако работникът или служителят не притежава необходимото образование или професионална квалификация, когато при сключването на трудовия договор изискванията за образование или професионална квалификация са били нормативно установени?

Когато трудов договор е сключен с лице, което не отговаря на нормативно установените изисквания за образование и/или професионална квалификация, ще е налице основание за обявяването на неговата недействителност[16]. Но докато това не бъде сторено от съда, който в случая съгласно чл. 74, ал. 2, изр.

1 КТ е единственият оправомощен орган, ще е налице действителен трудов договор.

Ако работодателят установи впоследствие, че е сключил трудов договор с такъв работник или служител в нарушение на нормативните правила, тогава той следва да поиска от съда обявяването на недействителността на този договор. В случай че има основание да обяви това, съдът ще следва да прецени съгласно чл. 75, ал. 1 КТ дали работникът или служителят е действал добросъвестно при сключването на въпросния договор. Това е от значение за правните последици от обявяването на недействителността на договора. Ако работникът или служителят е действал добросъвестно при сключването на договора, отношенията между страните до момента на обявяването на недействителността ще бъдат уредени като при действителен трудов договор. В противен случай, когато работникът или служителят е бил недобросъвестен, правните последици от сключения трудов договор ще бъдат заличени с обратна сила и отношенията между страните ще бъдат уредени според гражданското законодателство.

Изводът е, че в разглеждания случай не е налице основанието за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ. Работодателят няма право едностранно да прекрати трудовия договор на това основание, а единственото за него правомерно поведение е да поиска от съда обявяването на трудовия договор за недействителен на основание чл. 74, ал. 1, предложение 1 КТ – поради противоречие със закона[17].

[16] Становище в същия смисъл се среща в мотивите към Решение № 1627 от 26.11.2003 г. по гр. д. № 3072/2002 г. на III г. о. на ВКС.

[17] Почти всички автори, изследвали този проблем, са на същото мнение. Вж. **Мръчков, В.** Трудово право..., с. 621; Мръчков. В. – В: **Мръчков, В., Средкова, К., Василев, А.** Коментар на Кодекса на труда…, 2016, с. 998; **Средкова, К.** Цит. съч., с. 450; **Василев, А.** Трудово право…, с. 498; **Мингов, Е.**

Предвид гореизложеното не би могло да бъде споделено становището, застъпено в Решение № 436 от 23.08.2010 г. по гр. д. № 441/2009 г. на IV г. о. на ВКС, че работодателят има право на уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ независимо от това къде – в закон, нормативен акт или длъжностна характеристика – са предвидени изискванията за образование или квалификация, на които не е отговарял работникът или служителя при сключването на трудовия договор.

По същия начин е невярно постановеното в Решение № 134 от 17.06.2013 г. по гр. д. № 1041/2012 г. на III г. о. на ВКС, че работодателят може да прекрати законосъобразно трудовото правоотношение по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, когато работникът не е имал необходимото образование и квалификация още при сключване на договора, но изискването е било предвидено в нормативен акт. Същата погрешна теза е застъпена и в Решение № 207 от 2.10.2014 г. по гр. д. № 2355/2014 г. на III г. о. на ВКС.

III. Трудности и противоречива практика на ВКС при отличаването на основанията за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 и т. 11 от Кодекса на труда

Установено е произнасяне на съдебни състави на ВКС по противоречив начин и по въпроса за това промяната на кои изисквания за заемане на длъжността след сключване на трудовия договор са основание за прекратяването му на основание чл. 328, ал. 1, т. 11 от Кодекса на труда КТ – всички изисквания или не

Прекратяване на трудовия договор поради общи основания. София, Сиби, с. 53. Единствено проф. Милованов приема становището, застъпено в решение № 1661 от 2005 г. на трето г. о. на ВКС, че в разглеждания случай съществува не само право, но и задължение за работодателя да прекрати трудовия договор по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ. Вж. **Милованов, К.** Цит. съч., с. 384.

се включват тези за промяна на образованието и професионална квалификация.

В по-голямата част от решенията на ВКС, в които се среща произнасяне по разглеждания въпрос – Решение № 204 от 24.08.2016 г. по гр. дело № 6196/2015 г. на IV г. о. на ВКС, Решение № 208 от 23.03.2010 г. по гр. дело № 650/2009 г. на III г. о. на ВКС и др. – се приема, че и при двете основания за уволнение законодателят предвижда промяна на изискванията за заемане на определена длъжност по време на вече възникнало трудово правоотношение. В хипотезата на чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ промяната следва да касае конкретно изискванията за образование и професионална квалификация, а в другата хипотеза по т. 11 – до каквито и да е други професионални изисквания – трудов стаж, допълнителни нови знания и умения, без да се променят изискванията за образование и професионална квалификация. И двата фактически състава на уволнение – по чл. 328, ал. 1, т. 6 и т. 11 КТ – включват промяна на изискванията за заемане на длъжността по трудово правоотношение, като в хипотезата по т. 6 промяната касае изискванията за образование и квалификация, а тази по т. 11 – всички останали изисквания, необходими за изпълнението на трудовата функция.

В Решение № 295 от 09.12.2014 г. по гр. дело № 979/ 2014 г. на IV г. о. на ВКС е застъпено различно становище. Според съдебния състав, произнесъл се с това решение, съгласно чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ работодателят може да прекрати трудовия договор едностранно, когато работникът или служителят не притежава необходимото образование или професионална квалификация за изпълняваната работа. По силата на чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ за работодателя възниква право да прекрати трудовия договор при промяна на изискванията за изпълнение на длъжността, ако работникът или служителят не отговаря на тях. Разликата между така уредените в закона възможности следва от съдържанието на самите текстове. В първия случай трудовият договор е склю-

чен при липса на необходимото образование и професионална квалификация на работника или служителя за изпълнение на длъжността. Втората хипотеза визира настъпването на промяна в изискванията, т.е. изменението е настъпило след сключване на трудовия договор. И двете хипотези включват всички изисквания за заемане на длъжността – образование и квалификация, в това число и квалификация, свързана с компютърна грамотност, квалификация като водач на моторно превозно средство, владеене на чужди езици и пр. – и уреждат възможността за прекратяване на трудовия договор с работник, който не отговаря на изискванията за заемане на определена длъжност в зависимост от това дали трудовият договор е сключен при начално несъответствие с изискванията за заемане на длъжността или тези изисквания са променени впоследствие. Основанието за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ не е частен случай на основанието по т. 6 на същия член. Извод, че в основанието по чл. 328, ал. 1, т. 11 са включени само други изисквания, извън тези за образование и квалификация, не следва както от прочита на текстовете на закона, така и от систематичната им подредба. Посоченият извод не следва и от тълкуването на разпоредбите, установяващи двете анализирани основания за уволнение, с оглед изчерпателното уреждане на възможностите за извънсъдебно упражняване на потестативното право на прекратяване на трудовия договор. Да се приеме, че в разпоредбата на чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ са обхванати само случаите, когато са въведени нови изисквания, извън образование и квалификация, би означавало да се изключи възможността да бъде прекратен трудов договор, сключен при начална липса на съответните изисквания, каквито ограничителни условия няма и не биха могли да бъдат предвидени от законодателя. Разбирането, че разпоредбата на чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ е приложима само в случаите, когато липсата на образование или професионална квалификация се явява след сключване на трудовия договор, би изключило възможността работодателят

да прекрати трудовия договор, сключен при липсата на тези изисквания. Трудовият договор, сключен въпреки липсата на необходимото образование или професионална квалификация е недействителен само в случаите, когато тези изисквания са нормативно установени, като във всички други случаи, когато работодателят е определил изискванията с вътрешен устройствен акт или с длъжностната характеристика, трудовият договор е валиден, независимо че назначеният работник или служител не отговаря на изискванията за длъжността и именно в тези случаи работодателят разполага с възможността да прекрати трудовия договор на основания чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ.

След като бяха изложени двете противоречащи си становища, застъпени в посочените решения на ВКС, следва да се отбележи, че абсолютно вярна е тезата, аргументирана в Решение № 204 от 24.08.2016 г. по гр. дело № 6196/2015 г. на IV г. о. на ВКС и Решение № 208 от 23.03.2010 г. по гр. дело № 650/2009 г. на III г. о. на ВКС.

Вярно е, че уволнението на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ има известна близост с уволнението по чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ. На практика и при двете основания за прекратяване на трудовия договор се изисква работодателят да е въвел нови изисквания за заемане на длъжността. В същото време това са две различни основания за уволнение и всяко от тях е самостоятелно основание за едностранно прекратяване на трудовия договор от работодателя[18].

На първо място, трябва да се обърне внимание на историческото тълкуване на разпоредбите на т. 6 и т. 11 от чл. 328, ал. 1 КТ. Разпоредбата на чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ съществува още

[18] Така и **Банова, Е.** Съотношение между основанията за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 и т. 11 КТ. – В: Годишник „Трудови отношения“. София, Труд и право, 2002, с. 485.

първоначалната редакция на КТ след приемането му през 1986 г. А текстът на т. 11 от чл. 328, ал. 1 КТ е приет през 1992 г. Тази последователност във времето на установяването в закона на двете разпоредби несъмнено предоставя определена информация, спомагаща за разтълкуването на точната воля на законодателя по отношение на същността на двете основания за уволнение. Значително по-късното във времето законодателно закрепване на основанието за уволнение поради промяна на изискванията за изпълнение на длъжността, на които работникът или служителят не отговаря, неоднозначно показва, че волята на законодателя е да предвиди такова ново основание за уволнение, което включва промяната на всякакви други изисквания за изпълнение на работата, освен тези за определено образование и професионална квалификация. В противен случай няма защо да съществуват едновременно и двете основания в чл. 328, ал. 1 КТ. Така със Закона за изменение и допълнение на Кодекса на труда[19] от 1992 г. законодателят нямаше да допълни с т. 11 разпоредбата на чл. 328, ал. 1 КТ, а щеше да измени съществуващия от 1986 г. текст на т. 6 от чл. 328, ал. 1 КТ, като вместо само изискванията за образование и професионална квалификация посочи в него всички изисквания, които в момента съдържа т. 11.

На следващо място, при граматическото тълкуване на разпоредбата на чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ се установява специфичният начин, по който е дефинирана работата, с оглед на която са въведени изискванията за образование и квалификация. В законовия текст е посочено, че това са изисквания за „изпълняваната“ работа. Очевидно е, че тук става въпрос за вече изпълняваната трудова функция, т.е. вече е налице сключен трудов договор и чак след като работата по него е започнала, са били променени изискванията за образование и/или професио-

[19] Обн., ДВ, бр. 100 от 10 декември 1992 г.

нална квалификация, на които работникът или служителят не отговаря. Ето защо е несъстоятелен единственият съществен аргумент в подкрепа на становището, застъпено в Решение № 295 от 09.12.2014 г. по гр. д. № 979/2014 г. на IV г.о. на ВКС, че в т. 6 на чл. 328, ал. 1 КТ се визират само случаите на несъответствие с изискванията към момента на сключване на трудовия договор, а променените след това образователни и квалификационни изисквания са включени в хипотеза на чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ.

От друга страна, това становище не би могло да бъде споделено и поради факта, че не е вярно твърдението, представляващо основен аргумент в подкрепа на застъпената в Решение № 295 от 09.12.2014 г. по гр. д. № 979/2014 г. на IV г.о. на ВКС теза за съотношението между основанията за уволнение по чл. 328, ал. 1, т. 6 и 11 КТ, а именно, че е налице основание за уволнение, когато изискванията за образование и квалификация са въведени от работодателя и в нарушение на тях самият той е сключил трудов договор. В тази връзка неправилно се настоява в анализирания съдебен акт, че работодателят задължително трябва да разполага с право да прекрати трудов договор, сключен въпреки липсата на необходимото образование и квалификация, в случая когато изискванията са установени от работодателя.

Това е така, защото, на първо място, по своята същност всяко основание за прекратяване на трудовия договор, независимо за коя от страните по него се отнася, е нововъзникнал юридически факт[20]. Ако се приеме, че е налице основание за уволнение в случая, когато несъответствието с изискванията за образование и професионална квалификация, въведени от работодателя, е съществувало още при сключването на трудовия договор, тогава няма да се наблюдава нововъзникнал юридически

[20] **Мръчков, В.** Трудово право…, с. 576.

факт, а такъв, който се е осъществил дори преди сключването на договора и още повече преди началото на неговото изпълнение.

В случая не друг (както когато изискванията са предвидени в нормативен акт), а самият работодател създава правилата относно минималните изисквания за придобито образование и/или професионална квалификация и той е същият субект, който ще прилага и спазва тези правила. Със своите действия, изразяващи се в приемането на работа от самия него на работник или служител, който не отговаря на вътрешните правила, изискващи определени вид и/или степен на образование и/или професионална квалификация, работодателят дерогира действието на тези правила. А посочените действия на работодателя могат да бъдат определени като конклудентни действия, които представляват начин за изразяване на мълчалив отказ от прилагането на въведените от самия него изисквания в длъжностната характеристика или в щатното разписание.

Като учредява трудоводоговорно правоотношение с работник или служител, чието образование и/или квалификация не покриват изискванията, работодателят сам си създава основанието за уволнение още в момента на сключване на трудовия договор и дори преди началото на изпълнението му.

В крайна сметка, ако работодател приеме на работа лице, което не отговаря на изискванията за образование и/или професионална квалификация, и след това прекрати сключения с този работник или служител трудов договор на основание чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ, тогава ще е налице злоупотреба с право от страна на работодателя. Аргумент в полза на изразеното становище се извлича от чл. 57, ал. 2 от Конституцията на Република България, според който „не се допуска злоупотреба с права и тяхното упражняване, ако то накърнява права и законни интереси на другите“. Така в разглежданата хипотеза, ако работодателят едностранно прекрати трудовия договор със съответния работник или служител, посочвайки в заповедта за уволнение като

правно основание чл. 328, ал. 1, т. 6, предложение 1 и/или 2 КТ, тогава извършеното уволнение ще е незаконно поради липса на основание.

Изводът от всичко гореизложено е, че разпоредбата на чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ има предвид промяна на всякакви други изисквания, но не и на тези за образование и професионална квалификация, тъй като по отношение на тях съществува специална разпоредба в чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ[21].

А правното значение в разгледания случай кое точно правно основание ще запише в заповедта за уволнение работодателят – това по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ или по т. 11 от същия член, въобще не е маловажно. Правните последици от това, че при промяна на образователните и квалификационните изисквания работодателят предпочете да използва като правно основания за извършваното уволнение чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ, се изразяват във факта, че в тази хипотеза трябва да се съблюдава разпоредбата на чл. 333, ал. 1 КТ, установяваща предварителна закрила за посочените в т. 1–6 на същата разпоредба определени категории работници и служители. Така на практика, ако уволняваният работник или служител попада в някой от посочените случаи, при които прекратяването на трудовия договор от работодателя е възможно само след предварително разрешение от инспекцията по труда, то в негов интерес е да се смята, че следва да бъде уволнен по чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ, за да се ползва от пред-

[21] Именно това становище се споделя от почти всички автори, анализирали основанията за уволнение с предизвестие по чл. 328, ал. 1 КТ. Вж. **Мръчков, В.** Трудово право…, с. 621; Мръчков. В. – В: **Мръчков, В., Средкова, К., Василев, А.** Коментар на Кодекса на труда…, 2016, с. 1007; **Средкова, К.** Цит. съч., с. 450; **Милованов, К.** Цит. съч., с. 400; **Мингов, Е.** Цит. съч., с. 28. Единствено проф. Василев смята, че образователните и квалификационните изисквания са също част от релевантната промяна по чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ. Вж. **Василев, А.** Трудово право…, с 501.

варителната закрила, която му предоставя законът. Именно това е основната причина за повечето съдебни спорове в случаите, при които работодателят законосъобразно е уволнил по чл. 328, ал. 1, т. 6 КТ работник или служител, който не притежава необходимото образование или професионална квалификация за изпълняваната работа, след като изискванията за тях са били променени, но уволненият работник или служител предявява иска по чл. 344, ал. 1, т. 1 КТ за признаване на уволнението за незаконно и неговата отмяна поради твърдението, че работодателят в случая е бил задължен да посочи в заповедта за уволнение като правно основание чл. 328, ал. 1, т. 11 КТ вместо т. 6 от същия член.

TABLE OF CONTENTS

Prof. Gergana Marinova, Ph.D.
Foreword 5

Prof. Polya Goleva, Doctor of Law.
Questions on the medical malpractice in the jurisdiction and the theory. Contributions to the resolving the problems of medical delicts.....7

Prof. Gergana Marinova, Ph.D.
Plea Bargaining and Abbreviated Judicial Proceedings in Bulgarian Criminal Procedure.....71

Assoc. Prof. Andrey Aleksandrov, PhD.
Termination of the Employment Relationship as a Result of Management Contract Conclusion.....96

Petar Bonchovski.
The Domestic Arbitral Award. Scope of the Legislation. Attachment of The Legal Effects.....120

Assoc. prof. dr. jur. sc. Anguel Anastassov.
International legal aspects of the non-proliferation of nuclear weapons.....157

Alexander Alexandrov.
The responsibility of commercial companies to creditors after transformation and the personal limits of the writ of execution 196

Hristo Banov.
Legal Problems in the application the Grounds for Dismissal under Art. 328, para. 1, items 5, 6 and 11 of the Labour Code and the Contradictory Practice of the Supreme Court of Cassation.....231