
**ОТВЛИЧАНЕТО В СЪВКУПНОСТ
С ДРУГИ ПРЕСТЪПЛЕНИЯ:
ПРОБЛЕМИ НА КВАЛИФИКАЦИЯТА
И ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЯТА В СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА**

ИВА ПУШКАРОВА*

Катедра „Наказателноправни науки“

Резюме: Престъплението отвличане по чл. 142 от НК разкрива множество особености в изпълнителския и мотивационния си механизъм, усложняващи съотношението му със състави на други престъпления. То често се осъществява в съвкупности с изнудване, грабеж, убийство, злепоставяне, противозаконно лишаване от свобода, полови престъпления, задържане на заложник, трафик на хора, самоуправство, хулиганство и др., които в действителността се проявяват в сложни фактически обстановки, силно възискателни към съдебната дейност по квалифициране и индивидуализация. Отговорът на съдебната практика е по-скоро частичен и противоречив. Като анализира установените предизвикателства и възможни решения, настоящата публикация търси да допринесе за неговото усъвършенстване.

Ключови думи: отвличане, заложник, противозаконно лишаване от свобода, изнасилване, изнудване, съвкупност от престъпления, усложнена престъпна дейност, тежки престъпления.

* Главен асистент по наказателно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

* Chief Assist. Prof. in Criminal Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

ABDUCTION IN CUMMULATION WITH OTHER CRIMES: JURISPRUDENCE PROBLEMS OF LEGAL QUALIFICATION AND PENALTY INDIVIDUALISATION

IVA PUSHKAROVA

Department of Criminal Law Studies

Abstract: The crime of abduction under Article 142 of the Penal Code is excessively singular in terms of modus operandi and criminal motivation which complicates its correlation with other types of crime. It is often committed in combination with extortion, robbery, murder, illegal detention, sexual crimes, taking hostage, human trafficking, criminal exposure to risks of harm to life or health, etc. In reality these multiple crime are presented in complex factual contexts which are highly demanding in respect for judicial qualification and penalty individualisation. Judiciary response, however, is rather incomplete and controversial. By studying the identified challenges and possible solution, this article strives to contribute to its improvement.

Keywords: abduction, kidnapping, hostage, unlawful detention, rape, extortion, multiple crime, complex crime forms, grave crime.

В научната наказателноправна и криминологична литература през последните десетилетия проблемите на отвлечането по чл. 142 НК са подчертано подценявани и пренебрегвани. Престъплението разкрива множество особености в изпълнителната дейност и мотивационния си механизъм, усложняващи съотношението му със състави на други престъпления, с които то често е в съвкупност или в конкуренция. В действителността то се проявява в сложни фактически обстановки, силно взискателни към съдебната дейност по квалифициране и индивидуализация.

Отговорът на съдебната практика е по-скоро частичен и противоречив, дори когато престъпната фактология е пълноценно доказана. Най-често квалификацията е непълна със съответните неблагоприятни последици за индивидуализацията и достигането до пропорционално наказание. Недостигът на аналитично осмисляне на тези проблеми е особено драматичен след масивните изменения на наказателноправния режим на отвлечането през 2009–2010 г.

Като изследва съдебната практика след 2006 г., настоящият анализ търси да очертае срещаните в нея предизвикателства и да предложи решения, с които да допринесе за усъвършенстването ѝ. За целта са развити и обосновани възможните квалификации при различни хипотези на множество престъпления с участие на отвлечането, сред които съвкупности с противозаконно лишаване от свобода (чл. 142а), грабеж (чл. 198–199), същински полови престъпления (чл. 149–157), изнудване (чл. 213а–214), убийство (чл. 116), задържане на заложник (чл. 143а), трафик на хора (чл. 159а-г), самоуправство (чл. 323),

закана (чл. 144), принуда (чл. 143) и др. Обсъдени са квалифицирани състави на отвличането, които се разпознават противоречиво в правораздаването или са скоро въведени, както и въпросите за съотношението на отделните състави по чл. 142 със състави на другите престъпления, за вида на съвкупността и критериите за установяването ѝ, за нейното фактическо проявление и практическото значение на различните решения.

1. Съвкупността на отвличането с противозаконното лишаване от свобода може да бъде само реална. Основните състави на чл. 142 и чл. 142а имат идентичен обект и съдържат поглъщащи се признаци на изпълнителното деяние, което изключва идеална съвкупност между тях¹.

И двете престъпления са насочени срещу свободата на придвижване в пространството, като типично я увреждат не толкова на етапа на формиране на волята на пострадалия, а с оглед възможността му да я следва в поведението си. Неговото несъгласие да търпи деянието и неговите последици е обективен признак на основните състави². Поради това всеки от тях поглъща престъплението **принуда по чл. 143 НК**³. Последното може да се осъществи с престъпления по чл. 142–142а само в реална съвкупност⁴.

¹ Така **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека. София: Сиела, 2006, с. 153.

² **Р № 198–2014-I, Р № 267–2013-I, Р № 65–2009-II, Р № 234–2003-I.** Макар по принцип да се приема, че измамливото преместване на пострадалия към дестинация, за която той не е и не би дал съгласие, също да може да се квалифицира като отвличане, хипотезата е екзотична и в практиката не се среща с такава квалификация. Фактологията по-скоро очертава приготвяне към противозаконно лишаване от свобода на мястото, на което пострадалият е отведен, за задържането му на което той вече не е заблуден и несъгласието е ясно изразено. От значение в тези случаи е да се съобрази обстоятелството, че пострадалият може да не знае къде точно се намира, но все едно да не желае да се намира там (ако например би желал да се намира на друго място). В тези случаи деянието обичайно е доминирано от специална цел, която може да ориентира и към съвсем друг вид престъпление (напр. трафик на хора). Отвличане чрез измама е фактологично очертано в **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** и прието за съставомерно от обективна страна.

³ Вж. и **ТР № 71–1974-ОСНК.**

⁴ Напр. **Присъда от 3.04.2017 г. на ОС-Плевен по НОХД № 230/2017 г.** Като употребил сила (удари по главата и тялото), деецът направил опит да принуди пострадалия, когото преди това отвлякъл от дома му и принудително отвел в дома си, да разкрие местонахождението на сестра си и заедно с другата си сестра да я убеди да се върне да съжителства с дееца. Деянието е квалифицирано по чл. 143 в съвкупност с чл. 142, чл. 142а и други престъпления. **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** (Самостоятелният характер на принудата спрямо отвличането и противозаконното лишаване от свобода е очертан от побой, нанесен на пострадалите деца с цел да бъдат принудени да се признаят за виновни в кражба, която не са извършвали).

Начинът на увреждане на обекта е различен и очертава разликата в изпълнителните деяния и резултата. При отвличането деянието е действие, при което пострадалият бива принудително и противозаконно преместван в пространството. Престъпната последица се изразява в промяната на местонахождението, в което е бил заварен в началото на изпълнението⁵. При противозаконното лишаване от свобода деянието се изразява във физическо ограничаване на свободата на придвижване, като местонахождението на пострадалия не се променя. Деянието е или само бездействие, при което деецът не премахва заварени физически пречки за придвижване на пострадалия, като е длъжен да ги премахне, без да ги е създал (например, отказ да бъде освободен затворник след изтичане на срока на наказанието), или съчетание от действие и бездействие, при което деецът виновенно е създал пречките (заклучил е пострадалия) и отказва да ги отстрани. Във втория случай деянието завършва с бездействие.

И двете престъпления са **резултатни и на мигновено извършване**. Основният състав по чл. 142, ал. 1 е довършен от момента, в който местонахождението на пострадалия бъде променено без неговото съгласие, а този по чл. 142а – от момента, в който деецът не премахне пречките пред свободното движение на пострадалия, като е длъжен да го направи. Поради отсъствието на протичащ във времето причинен процес между деянието и резултата, и при двете престъпления е възможен само недовършен опит.

И при двете престъпления пострадалият не може да определя местонахождението си. Това прави деецът. Свободата на човека да се отклони от принудително определено местонахождение се уврежда както когато това местонахождение не се променя (чл. 142а), така и когато се променя (чл. 142), но при втория случай деянието съдържа признаците на първото – във всеки момент от принудителното придвижване пострадалият се намира на място, което не може сам да напусне. Поради това **чл. 142 винаги ще поглъща чл. 142а⁶**.

⁵ В този смисъл **Стойнов**, Александър. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 148, **Р № 207-96-ВК**, **Р № 234-03-І**, **Р № 230-2015-ІІІ**. Напр. **Присъда от 28.05.2014 г. на ОС-Враца по НОХД № 77/2014 г.**: „За осъществяването му са използвани конкретни актове на принуда – нахлуване с останалите извършители в къщата на семейството, нанасяне на удари на пострадалата и намиращите се там лица и отправяне на заплахи, използване на дървени тояги, завличане до колата и принудително качване, закриване на главата и лицето с шапка, завързване на ръцете. Чрез така установените действия подсъдимият в съучастие с други лица принудително променил досегашното местопребиваване на пострадалата противно на волята ѝ. Деянието е довършено с принудителното напускане на мястото, където тя се е намирала и качването ѝ в автомобила“.

⁶ Вж. още **Р № 234–2003-І**, чийто аргументи за поглъщане от обективна страна продължават да са валидни въпреки промяната в закона от 2010 г. („Отвличането по необходимост съдържа и противозаконно лишаване от свобода“). Поглъщането не е зачетено в **Присъда № 3/12/02.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 7/2014 г.** Съдът приел, че докато

За съставомерността и на отвличането времетраенето, начинът и средствата на преместване, изминатото разстояние и други особености нямат значение⁷. Те имат отношение към преценката на обществената опасност (вкл. с оглед малозначителност по чл. 9, ал. 2 НК⁸) и индивидуализацията. Аналогично при чл. 142а начините и средствата на задържане на пострадалия, както и продължителността на задържането са без значение за съставомерността по основния състав, като времетраенето може да се отрази на квалификацията само ако е надхвърлило две денонощия (чл. 142а, ал. 5)⁹.

Престъпленията по чл. 142 и чл. 142а типично се проявяват в реална съвкупност, тъй като отвличеното лице обичайно се отвежда на място, където принудително се задържа.

В съдебната практика съществува **противоречие** по въпроса от кой момент е довършено отвличането, съответно започва самостоятелното изпълнение на лишаването от свобода. По-скоро преобладава разбирането, че съставът на чл. 142а ще започне да се изпълнява от установяването на пострадалия на определено място до прекратяването на задържането чрез освобождаване, ново придвижване, отпадане на несъгласието му или по друг начин. Единството на решението, което според замисъла на дееца (може да) управлява и чл. 142, и чл. 142а като извършвани последователно, не обуславя идеална

извършителите се движели в автомобила заедно с пострадалата, осъществявали състава на чл. 142а.

⁷ Р № 207-96-ВК, Р № 401-01-III.

⁸ Такъв случай в **Присъда № 43/08.09.2014 г. на ОС-Габрово по НОХД № 51/2014 г.** (Пострадалото малолетно момче многократно освобождавало конете на извършителите, като им махало въжетата, синджирите, колчетата и букаите и ги подгонвало, а тези и други вещи отнемало и криело. Понякога те били връщани със съдействието на майка му. Извършителите безуспешно търсели съдействието на родителите му и на кмета на селото. След поредния инцидент двамата отишли в дома на детето да си търсят вещите и докато разговаряли с майка му, то се прибрало, видяло ги и побягнало. Двамата го настигнали и заплашили с полиция. То им казало, че ще им покаже къде е укрило вещите им. Качили го в автомобила, отишли на това място, като се движили няколко минути. Там детето признало, че ги излъгало и вещите са на тавана в дома му, до който извършителите го отвели. Вещите не били там, а то избягало.)

⁹ Колкото по-близо до тази граница е времетраенето, толкова по-ясно ще се очертае отегчаващо обстоятелство в рамките на основния състав. Колкото по-отдалечено е, толкова хипотезата ще бъде по-близо до малозначителност по чл. 9, ал. 2. Преценката за малозначителност обаче се прави след тази за съставомерност. Практиката с основание не създава никакви указателни стандарти за минимална продължителност на лишаването от свобода, тъй като тя е основен и най-важен, но не и единствен критерий за обществената опасност на извършеното. Важно е да се напомни, че при преценката по чл. 9, ал. 2 не се вземат предвид обстоятелства, относими *само* към опасността на дееца, нито признаци на субективната страна (те се изследват след пълно изясняване на обективната страна, което включва и преценката за малозначителност), а единствено факти, относими към опасността на деянието.

съвкупност между тях, тъй като от обективна страна те са в отношение на поглъщане. За да се открие съставът на погълнатото престъпление (чл. 142а), е необходимо да отпаднат признаците на поглъщащото (чл. 142). Това става именно в момента на прекратяване на движението. Обратно, в други съдебни решения се изхожда от становището, че отвличането е завършило в момента на принудително вкарване на пострадалия в превозното средство, тъй като от този момент е променено местонахождението му с такова, което е нежелано от него, а самото придвижване с автомобила обективира противозаконно лишаване от свобода¹⁰. Според това разбиране в хода на придвижването местонахождението на пострадалия остава непроменено, тъй като то се определя от вътрешността на превозното средство.

Въпросът за разграничение на съставите при съвкупност е с голямо практическо значение. **Първо, той пряко определя приложния обхват на съвкупността.** Вторият възглед го разширява до степен отвличането да може да се изпълни самостоятелно само в много редки случаи, ограничени главно до основния състав, като свива приложното поле и на опита към това престъпление. **Второ, въпросът влияе на преценката на съучастническия принос при съизвършителство.** Ако отделен съучастник е привлечен да осъществява само надзора над жертвата, той ще бъде извършител само по чл. 142а¹¹. Ако е обещал такъв вид съдействие преди да започне отвличането, от него ще може

¹⁰ Например **Присъда от 4.05.2012 г. на ОС-Сливен по НОХД № 40/2012 г.** (пострадалата дължала на извършителите баща и син голяма сума пари от съвместна търговска дейност, но се укривала и не им ги връщала. Единият я отвлякъл и ведно с другия извършил насилствени действия в хода на краткотрайно лишаване от свобода, сред които завръзване на краката с въже и влачене с автомобила. Дватамата настоявали да узнаят с какви имоти разполага и кога ще се издължи). Аналогично, **Присъда на АС-Пловдив по ВНОХД № 252/2016 г.** (Пострадалата се разделила с дееца след 5-годишна връзка заради неговото агресивно, обидно и нестабилно поведение и честата употреба на алкохол, но той продължил да я търси, следи, причаква при излизания, да я заплашва и да провокира конфликти. Бил осъден за разрязване на гумите на автомобилите на пострадалата и нейни близки. Отвличането било извършено нощем след преследване с автомобил, причинило излизане на автомобила на пострадалата от междуградски път и продължило и след привеждането на колата в движение с помощта на дееца. След като пострадалата спряла пред сграда, която погрешно възприела за полицейско управление, деецът принудително я извел от автомобила ѝ, вкарал я в своя и потеглил. След време спрял и опитал да я склони към възобновяване на връзката им, като ѝ нанесъл удари и я заплашил, че ще я остави за няколко дни заключена в автомобила, като се обосновал неясно с убеждение, че тя го лъже. След изпадането ѝ в безсъзнание потеглил към болница. Бил спрял от пътен патрул, който придружил двамата до болницата); **Присъда № 30/07.12.2012 г. на ОС-София по НОХД № 603/2011 г.** (единият деец принудително вкарал пострадалата в автомобила и заедно с другия продължение на около 3 часа я развозвали с него. След спирането са извършени самостоятелни принудителни, заканителни и блудствени действия).

¹¹ **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г.** (делото „Наглите“).

да се търси отговорност и за помагачество в отвлечането. Ако обаче това лице се намира например в автомобила по време на превозването на пострадалия, двата възгледа дават противоположни отговори на въпроса дали то ще отговаря по чл. 142а или като съизвършител, а не помагач в отвлечането. **Трето, решенията са различни и при наличие на придружаващи деянието обстоятелства, които са съставомерни по квалифицираните състави на чл. 142 и/или 142а.** Така например особено мъчителният или опасният за здравето на пострадалия начин и извършването на деянието при условията на домашно насилие квалифицират и двете претъпления, но наказуемостта е по-висока по съставите на чл. 142. Отвлечането е значително по-богато на квалифициращи обстоятелства. Ако такива са изпълнени по време на придвижването, квалификацията зависи от възгледа на съда дали в този период се изпълнява отвлечане или лишаване от свобода.

Предимство следва да бъде дадено на **първия възглед като по-убедителен**. Според него лишаването от свобода започва от спиране на движението. В основата на разликата с другия възглед стои разбирането за местонахождение¹². Тъй като автомобилът е средство на престъплението, *той самият не очертава местонахождението* на пострадалия. При съставомерно отвлечане последният може да бъде местен и без автомобил, като например бива дърпан, влачен, носен или принудително заставян да се движи сам. Наличието и видът на превозно средство, което не е съставомерен признак на никой от съставите на чл. 142–142а, не може да определя изводите за довършеността на престъплението, а оттам – и неговата квалификация. Критериите за това са само съставомерните признаци относно деянието и резултата. **Движението на пострадалия е действие, при което местонахождението му се променя постоянно до спирането.** Това прави невъзможна квалификацията по чл. 142а, която изисква едновременно бездействие в поведението на дееца и постоянност на местонахождението на пострадалия. Обстоятелството, че формално съставът на отвлечането е завършил от промяната на първоначалното местонахождение на жертвата (според фактите това може да е моментът на потегляне или по-ранен, ако например пострадалият е бил влачен до автомобила), не значи автоматично, че след този момент дейността продължава по друг състав (чл. 142а). Такова твърдение не би било вярно и на плоскостта на чл. 142а. *По състав* той е довършен от момента на създаване на пречки пострадалият да напусне мястото, на което принудително е задържан, но няма съмнение, че последващият период на задържане е относим към квалификацията.

¹² Подобни проблеми пораждаят противоречия и в чуждестранната практика, в която предмет на значими спорове с драматично отражение върху квалификацията е въпросът дали принудителното местене на пострадалия в рамките на помещение или сграда е съставомерно отвлечане. **Sandefur**, David J. To Move or Not to Move? That Is the Metaphysical Question. – *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, no. 8, 2018, pp. 1973–2014.

Спецификата и на двете престъпления е такава, че след **формалното настъпване на довършеността съставите им се изпълняват известно време непрекъснато, създавайки трайно престъпно състояние**. Това очертава продълженото престъпление по чл. 142а поради елемента на бездействие в изпълнителното деяние¹³. Отвлечането обаче също създава такова състояние по време на преместването. Обстоятелството, че в качеството си на действие изпълнителното му деяние не може формално да обуслови продължено престъпление, не пречи на това състояние да възникне, да изключи приложението на чл. 142а и да отнесе извършените в хода му признаци към квалификациите по чл. 142 и към индивидуализацията на отговорността за отвлечането.

И накрая, не е без значение обстоятелството, че чл. 142 и чл. 142а са уредени с известна субсидиарност на чл. 142а. Той не само се поглъща от чл. 142, но е и по-леко наказуем, и по-беден на квалифицирани състави. Явна е законодателната нагласа наказателноправната защита по раздела да бъде изместена към съставите на отвлечането, когато престъпната дейност е изпълнена с едно деяние. Това е допълнителен аргумент против тълкуване, което неоправдано свива приложното поле на отвлечането в полза на лишаването от свобода. Прилагането на закона следва да е подчинено на разбиране, което е не само формално логично, но и интуитивно издържано и житейски рационално¹⁴.

Възможно е противозаконно лишаване от свобода да не последва, ако целта на дееца е друго престъпление (напр. изнасилване, убийство) или престъпните намерения се изчерпват с преместването на пострадалия (напр. той е върнат в дома, от който е избягал). В случай на съвкупност с **убийство**, която е мислима само като реална, винаги следва да бъде обсъдена квалификацията по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2 НК с оглед възможна цел на дееца да прикрие отвлечането, като умъртви отвлечения.

2. Тъй като отвлечането е насилствено престъпление, възниква въпросът дали то може да се изпълни в идеална съвкупност с престъпления с друг или с комплексен обект, които включват в изпълнителното си деяние принуда или от обективна страна изключват съгласието на пострадалия. Такива случаи са описани в теорията като „**особено множество престъпле-**

¹³ ТР № 3–1971-ОСНК: „Продълженото престъпление се осъществява само с едно деяние (действие и бездействие или само с бездействие), което продължава трайно и непрекъснато в определено време.“

¹⁴ В практиката се очертава известно разногласие по въпроса дали е налице противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, ако пострадалият е изоставен в безпомощно състояние (безсъзнателен и/или обездвижен чрез завързване). В **Присъда от 30.05.2012 г. на ОС-Монтана по НОХД № С-52/2012 г.** съдът дал отрицателен отговор, а в **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** – положителен. Такава обстановка и в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.** (пострадалият е изоставен в автомобила си в безсъзнание и завързан, където е случайно открит от свидетел).

ния, което разкрива белезите и на двата вида съвкупности“, като практиката клони към разрешаването им по правилата на идеалната съвкупност¹⁵.

Към тези фактически обстановки са възможни два подхода, като крайният юридически извод и свързаните с него правоприложни последици са еднакви. И двата достигат до извод за съвкупност, като се различават само в преценката за нейния вид.

Според първия, който в по-голяма степен следва принципния подход на ТР № 71–1974-ОСНК, съвкупността е идеална. Критериите за това произтичат главно от възприетото в наказателната доктрина и неоспорено в практиката класическо понятие за деяние като „съзнателен волев акт, предизвикан от определена потребност и проявен външно в действие или бездействие при определени условия на време, място и обстановка, който се осъществява с цел да бъде приспособена съществуващата действителност към нуждите на дееца, на трето лице или на обществото като цяло“¹⁶. В обсъжданите хипотези изпълнителската дейност съответства на това определение. От обективна страна фактическите признаци на деянието са такива, че в *съчетания си вид* покриват признаците на състави на различни по вид престъпления, като всичките или част от тях са едновременно съставомерни по всички обхванати от съвкупността състави и са изпълнени при единство на субект, време, място и обстановка. В този смисъл съвкупността е идеална и когато всички признаци на деянието изцяло покриват всеки от съставите от съвкупността (пълно фактическо съвпадане), и когато само част от тях едновременно участват в тези състави (частично съвпадане). И в двата случая съвпадането е очертано или от обстоятелството, че съставомерният признак е един и същ (напр. принуда), или от обстоятелството, че макар и различни, съставомерните признаци са получили фактичеко проявление в едно и също поведение (напр. снабдяване с незаконно оръжие като приготвяне към убийство). В случаите на частично съвпадане, които именно са в основата на принципните положения по ТР № 71–1974-ОСНК, несъвпадащите признаци са съставомерни само по единия състав, но са фактически съвместими помежду си (не се изключват и не се поглъщат) и функционално свързани със съвпадащите. Такава е хипотезата например на съвкупност между грабеж и изнасилване при съвпадане на признаците на принудата и нейна функционална подчиненост едновременно на отнемането и съвкуплението, като цялата изпълнителска дейност се ръководи от едно решение и се изпълнява при едни и същи условия на време, място и обстановка.

Според втория подход **съвкупността при частично съвпадане на признаци е реална.** Той изхожда от тясно разбиране за идеалната съвкупност,

¹⁵ Стойнов, Александър. Наказателно право. Обща част. София: Сиела, 2019, с. 417. ТР № 71–1974-ОСНК.

¹⁶ Стойнов, Александър. Пак там, с. 194 и посочената там литература.

според която тя е налице само когато фактическите признаци на деянието изцяло съвпадат с всички признаци от всеки от съставите на обхванатите от съвкупността престъпления. Това разбиране приема, че единството на деянието от обективна страна се нарушава, ако в него са включени признаци, които не са съставомерни едновременно по всички престъпни състави, а само по някои от тях. Тогава субективното единство, очертано от единността на престъпното решение, е без значение за определяне на вида на съвкупността или просто не може да се установи предвид обективната структура на извършеното.

В практиката е трудно да се предположи кой подход преобладава, ако изобщо тя е чувствителна към разликата между тях, тъй като съдебните актове много рядко конкретизират вида на установената съвкупност. В настоящия анализ се застъпва предпочитание към първия подход.

2.1. На първо място ще бъде разгледана съвкупността на отвлечането и грабежа

Ако цялата изпълнителска дейност е подчинена на едно решение от субективна страна, а принудата от обективна страна обслужва едновременно преместването в пространството и отнемането на движими вещи от владението на отвлечения, е налице идеална съвкупност¹⁷. Макар отвлечането да се довършва още с началната промяна на местоположението на пострадалия, няма пречка деяние, осъществяващо съставите и на двете престъпления, да прояви признаците на отнемането в който и да е момент, докато трае принудата – например, от принудителното вкарване на пострадалия в превозното средство до преустановяването на преместването. Такава е описваната в практиката хипотеза, в която телефонът и други вещи на пострадалия се отнемат в хода на неговото обездвижване и вкарване в превозното средство непосредствено преди потеглянето. Мотивите на извършителите да установят контрол върху контактите му с външния свят не изключват присвоителното намерение и очертават единството на субективната страна.

Съвкупността би била реална, ако грабежът се осъществява на основата на самостоятелно последващо решение. От фактическа страна изпълнителното му деяние започва в по-късен момент и разполага със собствен принудителен механизъм – издърпване на вещта, заплашване или физическо насилие над лицето, което е извън или в допълнение към принудителното преместване. В тези случаи водещ критерий от обективна страна е **появата на такъв нов принудителен акт**, различен от използвания при отвлечането, чието функ-

¹⁷ Такава обстановка в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.** Пострадалият таксиметров шофьор е принудително преместен на мястото до шофьорското, а последното е заето от единия съизвършител, който едновременно с тези действия отнема ключовете на автомобила, привежда го в движение и изрича указания към съучастника си да препятства бягството на пострадалия, включително като го удря.

ционално предназначение е да улесни отнемането, а не преместването. Двете деяния – на отвличането и на грабежа – са фактологично разделени, тъй като второто се осъществява в обстановка на принудително преместване в пространството, която отсъства към началото на изпълнението на първото, и която няма функционално участие в състава на първото. Именно по тази причина принудата като елемент от деянието на грабежа се проявява външно в поведение, различно от принудителното преместване. Разликата би се открила още по-ясно, ако отнемането се осъществява с оглед провеждане на пострадалия в безпомощно състояние, вкл. когато то е възникнало в хода на отвличането¹⁸.

Този конкретен въпрос би имал съществено практическо значение в хипотеза на отвличане при съизвършителство и **грабеж при ексцес** на единия деец.

2.2. Въпросът донякъде се усложнява, когато отвличането е съчетано с изнасилване, насилствени блудствени действия по чл. 149, ал. 2 и чл. 150 или насилствени хомосексуални действия по чл. 157 НК

Тези престъпления, които са насочени срещу половата неприкосновеност и половата свобода, се обхващат от понятието „развратни действия“ по смисъла на **чл. 156**, който е специален към чл. 142 и изключва приложението му. В съдебната практика съществува известно противоречие по въпроса дали целта за предоставяне на пострадалия за развратни действия може¹⁹ или не може²⁰ да обхваща и намерението за лично участие на дееца в тях. Теорията оправдано се солидаризира с второто становище, което е по-разпространено и в правораздаването и по-убедително съответства на значението на думата „предостави“ в българския език²¹.

Специалната цел по чл. 156 е ограничена до представи, че деецът предоставя пострадалия във властта на трето лице с оглед последващо извършване на развратни действия с жертвата, които не представляват сексуална експлоатация. Ако в съзнанието на извършителя те имат траен и организиран характер, свързани са с извличане на материални облаги и пр., целта ще прерастне в **експлоатационна**. Това ще обуслови преквалификация на отвличането в насилствено транспортиране като форма на **трафик на хора**, ако деянието е едно. Третото лице, комуто отвличеният по чл. 156 ще бъде предоставян според замисъла на дееца, може лично да извърши половите действия или

¹⁸ Така в **Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.** След като му е нанесен побой в хода на преместването с автомобила, пострадалият, който е и завързан, изпада в безпомощно състояние, в което от него са отнети негови движими вещи, преди да бъде изоставен от похитителите.

¹⁹ **Р № 472–77–I.**

²⁰ **Р № 580-82-ВК, Р № 282-83-ВК.**

²¹ **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 213.

на свой ред да предостави пострадалия другиму, като чл. 156 не предполага конкретни знания на дееца по този въпрос, а само общи представи.

Уточнението е важно при преценка за съизвършителство, тъй като *третото лице не участва в отвличането по чл. 156 и може дори да не е конкретизирано в представите на дееца.*

Следователно, когато извършителят, съответно който и да е от съизвършителите на отвличането цели лично да извърши съвкупление, блудство, сношение или действия на полово удовлетворение с отвличения, целта по чл. 156 няма да е налице²². Отговорността ще се носи по чл. 142²³. Ако половото посегателство бъде осъществено, то ще се яви в **идеална съвкупност с отвличането по чл. 142**. Видът на съвкупността се определя на първо място от единството на престъпното решение, което управлява и отвличането, и половото посегателство, независимо дали последното е започнало по време на преместването или веднага след спирането²⁴. От субективна страна **това единство произтича от намерението на дееца за полов акт с пострадалия, което доминира субективната страна на цялата изпълнителска дейност** – то изгражда умисъла на половото престъпление и несъставомерния специален мотив на отвличането. Второ, единството на деянието от обективна страна се определя от непрекъснатостта на принудата, която служи както за преодоляване на несъгласието за преместването в пространството в началото на изпълнителската дейност, така и за участието в половите действия²⁵. Обстоятелството, че преместването и половите действия не се осъществяват едновременно, а последователно, не променя вида на съвкупността. Допълнителен аргумент е единността на условията на време, място и обстановка.

Съвкупността би имала друга структура, когато отвличеното лице е и противозаконно лишено от свобода по начин, който очертава самостоятелно деяние в реална съвкупност с отвличането, и през време на това престъпление са извършени насилствените полови посегателства. Описаните в съдебната практика фактически обстановки от този вид дават осно-

²² Такава обстановка по **Присъда № 68/03.07.2013 г. на ОС-Варна по НОХД № 100/2013 г.** – Двамата съизвършители направили опит да отвлекат първата пострадала и успели да отвлекат и изнасят втората. Отвличанията са квалифицирани по чл. 142 от НК.

²³ Изводът е същият и при намерение на дееца едновременно за лично участие в развратните действия и за предоставяне на пострадалия другиму за такива действия, тъй като съставомерната цел по чл. 156 е формулирана ограничително. В описваната хипотеза тя ще се яви индивидуализиращ мотив в субективната страна по чл. 142 от НК.

²⁴ Такава обстановка в **Присъда № 3/12/02.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 7/2014 г.** Съизвършителите вкарали принудително пострадалата 18-годишна девойка в автомобила си, закарали я в гора и там (извън автомобила) последователно осъществили с нея насилствени блудствени действия и съвкупление.

²⁵ В този смисъл е анализът на квалификацията в **Р № 230/19.06.2015 г. по НД № 398/2015 г. на III НО на ВКС.**

вание за извод, че в тях преобладава отношение на реална съвкупност между половите действия помежду им (ако изпълняват състави на едно и също престъпление, че образуват продължавано престъпление) и спрямо отвличането и идеална съвкупност между всяко от сексуалните посегателства (съответно продължаваното престъпление) и противозаконното лишаване от свобода²⁶. Това следва от относителната самостоятелност на решенията за всяко от половите посегателства от една страна и от непрекъснатостта на противозаконното лишаване от свобода, което определя продължена обстановка на принуда (в тези случаи траеща с дни), в която се осъществяват тези посегателства.

2.3. Когато пред отвличения е поставено условие да извърши акт на имуществено разпореждане в полза на извършителя или на трето лице, който би нанесъл имотна вреда на пострадалия или другиму, отвличането е с **користна цел** по смисъла на чл. 142, ал. 2, т. 7 НК и в съвкупност с **изнудване** по чл. 213а–214 НК. Така например отвличеният може да бъде заплашен, че няма да бъде освободен, ако не изпълни имуществените искания на похитителя (чл. 213а), а може да бъде и физически заставен да извърши разпореждането (чл. 214), в който случай изнудването е резултатно. В типични хипотези отвличеният е постоянно преместван с оглед организацията по осъществяване на имущественото разпореждане и освободен едва след него (съвкупност с чл. 214)²⁷.

Отново, съвкупността ще бъде идеална, когато отвличането и изнудването са обхванати от единно решение. От гледище на типичния замисъл на извършителя, отвличането е функционално подчинено на изнудването, доколкото с него се изразява или чрез него се засилва противоправното въздействие върху волята на пострадалия като елемент от изнудването. Оттук, принудата участва едновременно в съставите на отвличането и изнудването. От обективна страна заплашването по чл. 213а, съответно принуждаване по чл. 214 може да започне непосредствено преди, едновременно със или непосредствено след началото на принудителното преместване в пространството²⁸. В такъв пример пострадалият е заплашен с пистолет и уведомен за намеренията и исканията на дееца веднага след като доброволно е влязъл в автомобила, с който е отвличен²⁹. В тези случаи заплашването с оръжие или по друг начин, физическото обездвижване или създаването на други физически пречки пред свободното придвижване на пострадалия (заклучване на вратите на автомо-

²⁶ Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.

²⁷ Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.

²⁸ Р № 548–2013-І. В съобразителната част се развива анализ на механизма на чл. 213а и чл. 214.

²⁹ Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.

била, движение с висока скорост, поставяне на пострадалия между други пътници) обслужва едновременно принудителността на преместването при отвлечането и на мотивирането към имущественото разпореждане в съставите на изнудването. Хипотезата ще е налице и когато заплашителните, съответно принудителни действия, ограничаващи и възможността за свободно придвижване, се извършат по време на движение с превозно средство, започнало със съгласието на пострадалия.

Съвкупността ще е реална, когато двете престъпления са подчинени на отделни и независими решения, в който случай искането за имуществено разпореждане е придружено с нов принудителен акт, а освобождаването на отвлечения може да не е функционално обвързано с изпълнението на искането³⁰.

Когато отвлечането е субективно и обективно подчинено на цел пострадалият да бъде мотивиран да изпълни свое имуществено задължение (а не да поема такова за в бъдеще), съвкупността е с **принудително самоуправство по чл. 323, ал. 5 НК**³¹. Няма значение по каква причина пострадалият е отказвал доброволно изпълнение – дали поради обективна невъзможност, поради непризнаването на дълга или без основание.

Внимание изисква и самият акт на разпореждане. Ако например отвлеченият е длъжностно лице, което е принудително заставено да извърши разпореждане с имущества, връчени му в служебното му качество, от обективна страна ще е налице **длъжностно присвояване**, извършвано чрез механизъм на посредствено извършителство или в което извършителят на отвлечането участва като подбудител³². Аналогично, ако поведението представлява нарушение или неизпълнение на служебни задължения на пострадалия или превишаване на негови права или власт, от които настъпват вреди, съставомерни по **чл. 282 и сл.** от Наказателния кодекс.

³⁰ Такава обстановка в **Присъда № 84/17.10.2014 г. на ОС-Търговище по НОХД № 176/2014 г.** Двете извършителки отвлекли пострадалата. Когато към тях се присъединил третият съизвършител, той за първи път поставил пред отвлечената искане да плати 500 лева, като придружил искането с удари през лицето и заплашване с полово посегателство.

³¹ **Р № 55–2005-І.** Подобна фактическа обстановка в **Присъда № 13/08.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г.** (по-долу), **Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г.** (Извършителите погрешно предположили, че пострадалите непълнолетни деца са откраднали техни вещи от гараж, отвлекли ги извън населеното място и с побой ги принудили да се признаят за виновни, след което ги завързали за електрически стълб и ги изоставили. В мотивите си съдът основателно отбелязал, че на подсъдимите е спестено обвинение по чл. 323, ал. 5 от НК).

³² **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**

3. Когато отвличането е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК, въпросите на съвкупността с друго насилствено престъпление се усложняват

По този състав отвличането е двакратно престъпление. Изпълнителното деяние се състои от отвличане и поставяне пред трето лице на условие за освобождаването на отвлечения. Двата акта определят и двата предмета на престъплението – отвлечения и адресата на условието, винаги различен от отвлечения, като и двамата имат качеството пострадал³³. Първият акт предхожда втория или поне започва преди него. Съставът е довършен, когато трето лице узнае съдържанието на условието. Ако деецът е изпратил съобщение с условието, но то още не е възприето от никого, ще е налице опит.

В граничната хипотеза **третото лице е узнало за отвличането и че освобождаването е под условие, но все още не е узнало съдържанието на условието**³⁴. Ако деецът изисква от това лице да предприеме определени действия, за да го узнае – например, да открие писмена бележка или телефон, чрез който да получи съобщение – според конкретната фактология те могат да се интерпретират като част от поведението в изпълнение на условието, а указанията на дееца, вкл. за въздържане от контакт с правоохранителните органи – като част от самото условие. В тези случаи довършеността настъпва още преди третото лице да възприеме – изцяло или частично – същинските искания на похитителя.

Ако след поставяне на условието местонахождението на пострадалия бъде променено чрез ново принудително преместване, ще възникне ново деяние с квалификация по някой от съставите на чл. 142, различен от чл. 142, ал. 3, т. 5, тъй като условието вече е поставено. Това ново отвличане може да образува **продължавано престъпление** с деянието по чл. 142, ал. 3, т. 5. Продължавано изпълнение само на квалифицирания състав по чл. 142, ал. 3, т. 5 е възможно, ако при всяко преместване се поставят допълнителни условия, но не и ако само се преговаря с третото лице по изпълнението на първоначалното условие.

3.1. В периода между първия акт и довършването на състава по чл. 142, ал. 3, т. 5 е възможно пострадалият да претърпи и друго посегателство. Когато цялата престъпна дейност е единна и подчинена на едно престъпно решение, могат да се образуват идеални съвкупности, освен ако отвличането поглъща изцяло другото престъпление или изцяло липсват съпадащи признаци на деянията от обективната страна. Тези случаи са с факти-

³³ Вж. аналогична теза относно чл. 143а от НК у Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 157.

³⁴ Такава фактология по НОХД № 93/2013 г. по описа на ОС-Перник („Мирослава“) и НОХД № 4529/2010 г. по описа на Софийски градски съд („Наглите“).

ческа и правна сложност и изискват висока чувствителност към фактическите подробности при дейността по квалифициране.

3.1.1. В най-типичната хипотеза, в която след поставянето на условието свободата на придвижване на отвлечения продължава да бъде ограничена, възниква конкуренция между различни състави на **отвлечането** от една страна и **чл. 142а** и **задържането на заложник по чл. 143а** от друга според това в кой момент бъде поставено условието пред третото лице.

Ако условието бъде поставено още при преместването на пострадалия, който впоследствие бъде противозаконно задържан на дадено място, съвкупността е реална и ангажира чл. 142, ал. 3, т. 5 и чл. 142а. Изпълнителното деяние по чл. 142а започва с установяването на пострадалия на определено местонахождение под контрола на дееца – упражняван лично или чрез друго (съучастник или посредствен извършител). Тъй като условието вече е поставено, новото деяние не е съставомерно по чл. 143а НК.

Ако след отвлечането и преди поставянето на условието пострадалият бъде противозаконно лишен от свобода, е мислима **съвкупност между състав по чл. 142 с проста структура на изпълнителното деяние и задържане на заложник по чл. 143а, която отново е реална.**

В съдебната практика липсва такова диференциране. Тя се насочва или към квалификация само по чл. 142, ал. 3, т. 5³⁵, или към реална съвкупност

³⁵ Вж. напр. **Присъда от 30.05.2012 г. на ОС-Монтана по НОХД № С-52/2012 г.**, потвърдена от горните инстанции. На 29.04.2011 г. деецът спрял принудително автомобила на двамата пострадали (негови съседи, чийто син деецът мислел за заможен), като оставил автомобилна гума на пътя, проникнал в превозното средство и със заплаха с пневматичен пистолет заставил пострадалия да кара до предварително подготвено място в гората. След като узнал, че пострадалите не носят у себе си телефони, чрез които смятал да поиска от сина им откуп, се ядосал силно, завързал ги, оставил ги под надзора на един от пристигналите междуременно съучастници, комуто оставил пистолета, и заедно с другия тръгнали да купят карта за уличен телефон, от който да се свържат със сина и да му поискат намислените 250 000 лева. При проведените два разговора обаче деецът поискал 400 000 лева, за да остави отвлечените живи, като указал час и място на плащане. Съучастникът проявил недоволство от увеличаването на сумата, което според него би затруднило плащането ѝ. В последвалите разговори синът повел преговори за освобождаване поне на единия отвлечен, който да изтегли от влоговете си, тъй като парите на сина били вложени в бизнеса му и не били в наличност. Междуременно подал сигнал в ГДБОП. След като получил указания да си ходи, третият съучастник оставил пострадалите сами. Те успели да се отвържат и да тръгнат пеша към дома си. По пътя срещнали свой съсед, който ги откарал. Когато се прибрали, пострадалата се обадила на сина си. Извършеното е квалифицирано по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр. с ал. 2, т. 1, т. 2 и т. 5. Пропуснатата е корисната цел по чл. 142, ал. 2, т. 7. Задържането на пострадалите в гората не е получило самостоятелна квалификация.

Аналогично, **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.** Фактологията описва принудителен престой на пострадалите в хотелски стаи в периода на престъпната дейност 12–13.08.2010 г. Подобно в **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г.** („Наглите“) – всеки

от чл. 142, ал. 3, т. 5 и чл. 142а независимо от това кога деецът поставя условието³⁶.

Важно е да се отбележи, че чл. 142, ал. 3, т. 5 и задържането на заложник по чл. 143а са в същото съотношение като отвличането и противозаконното лишаване от свобода. **Изпълнителните им деяния се поглъщат и изключват идеална съвкупност.** Когато деянието е едно, то е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК. Реална съвкупност е възможна, ако след довършването на престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5 и по време на противозаконното лишаване на отвлечения от свобода пред същото или пред друго трето лице бъде поставено самостоятелно условие, различно от поставеното при отвличането.

3.1.2. Ако изпълнителската дейност, подчинена на едно решение, включва признаците на **принудително преместване в пространството, поставяне на условие пред трето лице и умъртвяване на пострадалия, квалифика-**

от многобройните пострадали е държан между 11 и 48 дни в обездвижено положение в помещение под постоянния надзор на извършителите, но за тази дейност не е повдигнато обвинение по чл. 142а НК.

³⁶ **Присъда № 13/08.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г.** – На 15.09.2014 г. двама братя, двамата им непълнолетни сина и съпругата на единия брат отвлекли съпругата на първия братовчед на съизвършителката. Поводът бил развален годеж на дъщерята на пострадалата със син на съизвършителката и съпруга ѝ, при който като родители на годеника те били платили 23 000 лева на пострадалата и мъжа ѝ и настоявали да им бъдат върнати или парите, или момичето. Семейството на годеницата отказвало и двете. Когато сутринта на 15.09.2014 г. петимата извършители узнали, че девойката се омъжила за трето лице, решили да отвлекат майка ѝ или друг член на семейството и да поискат дължимата им сума като откуп. Докато обикаляли с два автомобила, видели пострадалата и принудително я вкарали в единия. Единият деец я заплашил, че ако семейството ѝ не плати 20 000 лева, няма да я върнат, а той ще я изнасили. Съизвършителката със сила отнела телефона и портмонето ѝ. Пострадалата била отведена и заключена в стая в непозната за нея къща под надзора на петимата. Извършителката отговорила на повикване на телефона на пострадалата от дъщеря ѝ и я осведомила, че майка ѝ е при тях и ще бъде освободена срещу сумата от 20 000 лева. Същото казала и в разговор със съпруга на пострадалата. След това пострадалата била закарана принудително до постройка в гора, където част от извършителите останали да я пазят, а другите се отправили към селото си, за да получат откупа. Пострадалата била освободена след намесата на членове на двете семейства. Извършеното било квалифицирано като реална съвкупност от отвличане по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр. с ал. 2, т. 2 и т. 7 и противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, ал. 1 НК, а за съизвършителката – и грабеж по основния състав. Продължаваният характер на отвличането и противозаконното лишаване от свобода, обусловен от смяната на мястото, на което пострадалата била принудително държана, не е разпознат. Липсва и обвинение за самоуправство с оглед опита на извършителите самоволно и не по установения ред да упражнят правото си да им бъде върната парична сума. Присъдата е потвърдена изцяло с **Решение № 102 / 8.06.2016 г. на АС-В.Търново по ВНОХД № 83/2016 г., изменено относно наказанията с Р № 201–2016-II.**

цията зависи от хронологичното им подреждане. Единството на решението може да се прояви например при планирането, ако е видно, че деецът се подготвя както да отвлече и да постави условие (предварително подготвяне на текст на съобщение и начин на изпращане), така и да умъртви (набавяне на оръжия, на средства за укриване на тялото, изкопаване на гроб или подготовка на средства за изкопаване). То може да личи и от сценария на изпълнителската дейност. Въпросът за вида на съвкупността в този случай се решава изцяло на плоскостта на обективната страна.

Първо, съвкупността между който и да е състав на отвличането и който и да е състав на умишленото убийство **би могла да бъде само реална**, въпреки възможността и двете да се управляват от едно престъпно решение. Това следва от разликата в обективните признаци на изпълнителните деяния, сред които няма съвпадащи, т.е. липсва признак, който да участва и в двата състава. Също така липсват признаци, принадлежащи към различните състави, които да могат да се проявят в едни и същи факти. Умъртвяването е въздействие върху тялото на пострадалия от естество да причини мозъчна смърт, което може да се изпълни и с бездействие и има за резултат смъртта на убития. Умъртвяването не включва, не предполага и не е фактически изпълнимо чрез преместване в пространството, нито с принудително въздействие върху волята на жертвата. Отвличането от своя страна никога не застрашава живота на отвличения. Признаците на изпълнителните деяния на отвличането и убийството могат да се изпълнят само последователно, при задължително времево предимство на тези на отвличането. Неговите признаци ще станат неизпълними, ако убийството е извършено. Обърната хронология е възможна само при някои хипотези на недовършеност на убийството. Това е сред аргументите защо при отвличане и убийство на едно лице убийството не може да се извърши с цел улесняване на отвличането по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 1 НК.

Самото отвличане обаче може да се яви в идеална съвкупност с приготвяне към убийство по чл. 117 НК.

Второ, ако умъртвяването започне след като условието е поставено пред третото лице, съвкупността ще се образува между чл. 142, ал. 3, т. 5 и съответния състав на убийството.

Ако обаче отвличеният бъде умъртвен преди съставът на чл. 142, ал. 3, т. 5 да се довърши, отвличането вече не може да се квалифицира по него поради погиване на единия му предмет. Деецът не би могъл да постави пред третата страна условие за освобождаването на отвличения, тъй като отвличен вече не съществува и не би могло да бъде освободен. Оттук, макар технически извършителят да може да заблуди адресата на условието, съзнанието, че няма кого да освободи, разгражда умисъла за престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5. Ако пред трето лице бъде поставено искане с лъжливото обещание, че при изпълнението му отвличеният ще бъде освободен, то може да очертае съста-

вомерност по трети вид престъпление (напр. принуда, изнудване) в реална съвкупност с отвличането и убийството.

Граничната хипотеза е умъртвяване на пострадалия веднага след като третото лице е узнало, че той е отвличен и че похитителят поставя условия за освобождаването му, но все още не е възприело самото условие (съобщението е предадено в телефонен разговор и съдържа указание къде третото лице да намери информация за условието)³⁷.

Трето, включването на умишлено убийство в изпълнителската дейност почти винаги ще бъде подчинено на целта да бъде прикрито отвличането, съставомерна по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2. Ако условието по чл. 142, ал. 3, т. 5 очертава **користна цел** и решението за отвличането и за убийството е едно, няма пречка същата цел да квалифицира и убийството, тъй като цялото деяние се ръководи от единен замисъл. Тя няма да изключи целта за прикриване по чл. 116, ал. 1, т. 8, предл. 2, тъй като двете са съвместими. Аналогично, ако цялата изпълнителска дейност е замислена при предварителен умисъл, той ще квалифицира убийството по чл. 116, ал. 1, т. 9. Натрупването на квалифициращи признаци отегчава отговорността и може да обуслови извод за изключителна тежест на убийството по смисъла на чл. 38–38а НК.

3.2. За съставомерността по чл. 142, ал. 2, т. 3 няма значение дали **условието** е изрично адресирано до конкретно лице или общо насочено към група лица, както и дали то е възприето от намисления от дееца адресат или от другото. Без значение е и начинът на предаване на съобщението, както и неговото съдържание – дали условието е едно или повече, дали е изпълнимо, дали е дължимо от третото лице, дали възлага осъществяване на полезна и правомерна дейност или на правонарушение, дали е действие или бездействие, дали се иска лично поведение на просто извършване или доставяне на резултат и пр. Тези обстоятелства, както и фактическото изпълнение на условието от третото лице са относими към индивидуализацията.

Все пак, механизмът на двуактното престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5 предполага функционална връзка между двата акта от изпълнителното деяние, по силата на която **отвличането на пострадалия е предназначено противоправно да мотивира адресата на условието да изпълни искането на дееца против волята си**³⁸. Обвързаността на изпълнението на условието

³⁷ При такава фактология е приета квалификация по чл. 142, ал. 3, т. 5, вр. ал. 2, т. 2, т. 3 и т. 7, чл. 116, ал. 1, т. 5, т. 6, т. 8, т. 9 НК (**Присъда № 22/12.06.2013 г. на ОС-Перник по НОХД № 93/2013 г.**).

³⁸ Аналогично по чл. 143а. Вж. подробности у Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 159–160 – „деецът, лишавайки от свобода единия пострадал, използва така създаденото трайно престъпно състояние за **въздействие върху друго лице**, целейки да го мотивира към определено поведение. Последното е **условие за прекратяване** на вече създаденото престъпно състояние.“

с освобождаването на отвличения е насочена да гарантира съдействието на третото лице, което няма други мотиви да сътрудничи на извършителя. Тази връзка е и хронологична. Деецът **търси изпълнение на условието преди освобождаването на отвличения**, поради което няма как самото освобождаване да е необходима обективна предпоставка за изпълнението. Така например, простото нареждане третото лице, узнало за отвличането не с оглед поставено пред него искане, да не разкрива за извършеното, не е условие по смисъла на чл. 142, ал. 3, т. 5, особено ако е поднесено в заплашителна форма³⁹. То може най-много да очертае съставомерна **закана**. Първо, такова изискване не се намира във функционална зависимост с освобождаването и в действителност не е окончателно изпълнимо преди това. Второ, отвличането очевидно не е предприето като стратегия за мотивиране на третото лице към изпълнение на такова условие – ако извършителят не желае адресатът да разгласява отвличането на пострадалия, несъмнено би постигнал това, като просто не го отвлича.

Няма пречка **условието да се оформи в представите на дееца в хода на самото отвличане, особено ако изпълнителската дейност се развие по неблагоприятен за дееца начин**. Такива примери са искане за осигуряване на коридор за бягство от органите на реда, които се намират на местопрестъплението по сигнал за похищение, безпрепятствено достигане до крайна дестинация или прояви на снизхождение и отстъпки в предстоящия наказателен процес или действия по задържане под стража, след като отвличането е било разкрито; за отстраняване на различни пречки, появили се по време на отвличането и пр.⁴⁰ В тези случаи деянието най-често е започнало като отвличане с просто по състав изпълнително деяние, но поради възникването на усложнения или потребности от съдействие, върху които трето лице според дееца може да влияе, той се насочва към поставяне на условие и така престъпната дейност ескалира в отвличане по чл. 142, ал. 3, т. 5. В тези хипотези **първоначалният замисъл на дееца да отвлече пострадалия е подчинен на мотиви, различни от противоправно въздействие върху поведението на трето лице**. Такъв би бил случаят, ако деецът е целял да изнуди отвличения да се разпореди със свое имущество, но поради появата или узнаването на пречки (отвлеченият няма достъп до активите си, деецът погрешно го е мислел за заможен и др.), имуществената претенция се пренасочва към ближен на отвличения, като освобождаването на последния се поставя в зависимост от удовлетворяването ѝ.

³⁹ Вж. **Присъда № 18/26.06.2014 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 803/2012 г.**, в която е прието, че условието за освобождаването на единия отвличен, поставено пред другия отвличен след собственото му отвличане, е да не разкрива отвличането на първия.

⁴⁰ За пример от този вид виж **Присъда № 22/18.04.2013 г. на ОС-Сливен по НОХД № 105/2013 г.** в контекста на квалификация по чл. 143а НК.

Възможно е изпълнението по квалифицирания състав по чл. 142, ал. 3, т. 5 да започне с **представи за алтернативни условия**. Деецът има конкретно формулирани в съзнанието си различни условия с намерение да постави само едно от тях. Кое точно условие ще бъде поставено, как или пред кого ще зависи от развитието на престъпната обстановка, която деецът е прогнозиран и обмислил с вариации. Различните условия най-често са прикрепени към тези различни варианти. Такава структура на субективната страна е индикатор за **неопределен пряк умисъл** по този състав, а не за субективна несъставомерност. Умисълът не е условен, тъй като *поставянето на условие* не зависи от настъпването на бъдещо несигурно събитие – неопределеността се отнася само до съдържанието му или до самоличността и броя на адресатите, но не и до това дали условие ще бъде поставено.

Ако деецът предвижда вариант, при който *изобщо не достига до поставяне на условието*, което е намислил, умисълът ще е **условен пряк** по чл. 142, ал. 3, т. 5. Ако в тази хипотеза условието се предвижда с вариации, няма пречка умисълът да бъде неопределен условен. Ако до поставяне на условието не се стигне, тъй като предпоставките за него не са се осъществили според замисъла на дееца, ще е налице опит към престъпление по чл. 142, ал. 3, т. 5. Тъй като поставянето на условието е елемент от изпълнителното деяние, опитът ще бъде недовършен.

По повод задържането на заложник по чл. 143а НК е изразено разбирането, че престъплението ще образува **реална съвкупност с последваща принуда по чл. 143**, „ако адресатът на условието осъществи противно на волята си поведението, което е условие за освобождаване на заложника“⁴¹. Самостоятелният характер на принудата е очертан от обстоятелството, че поведението на третото лице не е част от състава на чл. 143а, но е резултат по чл. 143. Аналогично следва да се разсъждава и при започнало изпълнение на условието от третото лице по чл. 142, ал. 3, т. 5 НК.

Ако **изпълнението на условието е съставомерно**, може да се търси (идеална) съвкупност на отвличането по чл. 142, ал. 3, т. 5 с наказуемо подбуждане към друго престъпление (например, към лъжесвидетелство по чл. 293 или към война по чл. 98). Ако третото лице пристъпи към изпълнение, поведението му е обективно съставомерно и извършителят на отвличането ще носи отговорност най-малкото като подбудител, ако не и като посредствен извършител.

Условието само по себе си може да очертае терористична цел по чл. 108а и да доведе до преквалификация на извършеното като **тероризъм**, ако например деецът цели чрез отвличането да принуди орган на власт, представител на обществеността, на чужда държава или на международна организация към поведение в това му качество. Ако поставянето на условието съдържа невер-

⁴¹ **Стойнов**, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека, цит. съч., с. 160.

ни твърдения, те на общо основание могат да се преценяват от гледище на клевета, набедяване, измама и др.

Ако условието е **свързано с имуществено разпореждане от страна на третото лице** (плащане на парична сума, опрощаване или поемане на парично задължение, прехвърляне на имущество и пр.), отвличането ще бъде квалифицирано и с оглед користна цел, но ще възникне и **съвкупност с изнудване** на третото лице.

Интерес в такива случаи представлява **изменението на условието в процеса на изпълнението му от адресата**. Първо, възможни са преговори, провеждани успоредно на изпълнението и изменящи съдържанието на исканията – промяна в срокове и начин на изпълнение, преминаване към изпълнение на части, приемане на друг вид престация вместо първоначалната (вещ вместо пари), изпълнение с участие на допълнително привлечени трети страни. Към тази група спада последващо указание към третото лице да плати не пряко на извършителите, а на посочена от тях неправителствена организация чрез официално публично дарение⁴². Второ, възможно е промяната да се дължи на обективна невъзможност за изпълнение. В типичната хипотеза деецът наценява възможностите на третото лице, греши правните последици от исканото поведение, съобразява със закъснение рискове, които изпълнението на условието носи за него и пр. Възможно е деецът да е поставил условие, чиято обективна неизпълнимост съзнава, но прекомерността е част от стратегия за извличане на максимално изпълнение или за допълнителен психически натиск върху третото лице. Колкото условието е по-трудно, сложно или бавно за изпълнение, толкова по-вероятно е да бъде променено. Промяната може да се изразява както в отстъпки от страна на дееца, който се съгласява с по-малко от първоначалното, така и в поставяне на нови или по-тежки искания. Тази динамика винаги има наказателноправно значение за индивидуализацията, но съществено утежняване на условията или насочването им към нови трети лица може да очертае и нови престъпления.

Когато с условието се търси имуществено разпореждане, отстъплението към по-скромно откуп поради обективна неизпълнимост на първоначално поискания няма да обуслови отказ от довършване на изнудването с предмет първоначално поисканото поради отсъствие на елемента на доброволност. Неполучаването на цялата поискана сума обаче може да се квалифицира и като опит към изнудване за по-голямото.

За съставомерността няма значение дали и какви вещни, облигационни или други правоотношения има или деецът счита, че има между него и пострадалия или трети засегнати лица. Убеждението на дееца, че му се дължи, е значимо за преценката на мотивационния механизъм на извършеното и за

⁴² Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. (делото „Наглите“).

индивидуализацията на отговорността, но не се отразява на извода за користна цел или за наличие на условие за освобождаване⁴³. То може да има значение за квалификацията обаче, ако се обсъжда **съвкупност със самоуправство по чл. 323 НК**. Тя може да възникне и като идеална, ако отвличането е функционално подчинено на стратегията третото лице да бъде мотивирано да изпълни свое действително или предполагаемо задължение към дееца или към трето лице.

Когато условието е придружено със или поставянето му е последвано от **заплаха, че при неизпълнение или непълно или забавено изпълнение на отвлечения ще бъдат причинени конкретни злини**, може да се обсъжда съвкупност със **закана по чл. 144**, ако третото лице и отвлеченият са близки⁴⁴. За нейната съставомерност е достатъчно деецът да обективира намерение за престъпно засягане на личността на отвлечения, като не е необходимо последният да го е възприел⁴⁵. Пострадало от престъплението е третото лице, у което е възбуден основателен страх от осъществяване на закана. Това деяние е самостоятелно и признаците му не се поглъщат нито от тези на чл. 142, ал. 3, т. 5, ако е извършено успоредно с престъплението по този текст, нито от съставите на чл. 142а, ако закана е отправена например в хода на преговорите с третото лице, докато отвлеченият е противозаконно лишен от свобода. Изпълнението на закана чрез нанасяне например на **телесни повреди** на пострадалия (напр. травматично ампутиране на пръсти и ушни миди⁴⁶, вадене на зъби и др.) винаги е самостоятелно престъпление в реална съвкупност с останалите.

4. Внимание заслужават и някои квалифициращи признаци по чл. 142, ал. 2 и 3 НК.

4.1. На първо място, отвличането **в условия на домашно насилие** по чл. 142, ал. 2, т. 5а е нов състав, по който към момента отсъства съдебна практика. Квалифициращият признак е не особено ясно формулиран, което налага тълкуването му за улеснение на предстоящото правоприлагане по него. Нормата е бланкетна само по отношение на понятието „домашно насилие“, за което препраща към дефинициите по ЗЗДН и други национални и наднационални актове и стандарти. Съставомерният признак обаче е по-широк, тъй като се

⁴³ В този смисъл **Присъда № 13/8.02.2016 г. на ОС-Русе по НОХД № 580/2015 г.** Мотивът на престъплението е убеждението на извършителите, че пострадалите им дължат връщане на сума пари.

⁴⁴ Такава обстановка по **НОХД № 93/2013 г. по описа на ОС-Перник („Мирослава“)**.

⁴⁵ **Р № 544–1997-І.**

⁴⁶ **Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. („Наглите“)**.

отнася до „условия“ на домашно насилие, което характеризира обстановката на извършване на деянието, а не само или непременно личните отношения между дееца и отвличения.

Домашното насилие не е еднократна, случайна или изолирана проява, а **устойчива поведенческа стратегия**, характеризираща *в цялост* семейни и подобни на тях отношения (родители-деца, съпрузи, близки роднини, партньори във фактическо съжителство). Тъй като е обусловено от определена етика и нагласи, то подчинява цялостното поведение на дееца в тези отношения на доминиращ мотивационен механизъм. Оттук това насилие е системно, тъй като се проявява при повтарящи се поводи. Ако те са чести и разнообразни, ако са втъкани в монотонно ежедневиe и ако насилническите инциденти са относително продължителни по изпълнение и последици, насилието може да очертае и **продължена обстановка на принуда**.

В домашното насилие доминира емоционалното насилие, тъй като явлението се разгръща при висока емоционална натовареност на отношенията между страните, но при отсъствие на автентична взаимност, зачитане, внимание, споделени цели и ценности, уважение, загриженост и любов. Тези преживявания са заместени с травматични насилствени прояви, конфликти и емоционално страдание. Тъй като от обективна страна домашното насилие се характеризира с ескалираща динамика, всяка от страните може да премине към съставомерно поведение, очертаващо други видове насилие. Такава е именно хипотезата на отвличане.

От обективна страна признакът по чл. 142, ал. 2, т. 5а предполага отношения на домашно насилие между дееца и пострадалия. Отвличането е елемент от динамиката в тези отношения, а мотивационният механизъм е обвързан с поводите, при които то се обостря (прием на алкохол, битов конфликт, ревност и др.). При насилствено интимни отношения отвличането типично принадлежи към стратегия за избягване на раздяла, принудително възстановяване на връзката след предизвикана не от дееца раздяла и дори принудително създаване на връзка.

Мотивите на конкретното отвличане обикновено са комплексни и по правило включват мотивите и емоциите, генериращи самото домашно насилие. Преобладават субективни влечения за доминиране и контрол, за себеутвърждаване, за наказване и отмъщение, за назидаване и възпитаване, вкл. насилствено нормиране на поведението на пострадалия. Емоционалният терен включва разнообразни афектни състояния като ревност, раздразнение, нетърпимост, гняв, (страх от) отхвърляне, изоставяне, обезценяване и други малощенностови преживявания, от обсебване, от увреждане и други. Богатството на субективната страна винаги влияе на индивидуализацията, като може да бъде източник и на значими смекчаващи обстоятелства, тъй като описаните преживявания са мощни поведенчески фактори.

За целите на адекватното правораздаване трябва дебело да се подчертае, че макар субективната страна да изобилства на прояви на психично страдание за дееца, тя има агресивна основа и **не включва** привързаност, загриженост, отдаденост, ориентация към благосъстоянието и щастието на насрещната страна, дори деецът субективно да вярва, че се ръководи от такива възвишени и благородни чувства и намерения. В типичния случай той няма опит с тях, не ги разпознава и не ги отграничава от насилствено-травматичните. Тези въпроси винаги следва да се изясняват с експертиза.

В съдебната практика отпреди влизане в сила на чл. 142, ал. 2, т. 5а се срещат относими към квалификацията случаи. В тях отвлечането е по повод криза в интимни отношения и е мотивирано от желанието на дееца (едноличен извършител, съизвършител или подбудител) да възстанови съжителството и да накаже пострадалата за това, че го е напуснала, да предотврати възникването на интимна връзка със съперник или да преутвърди контрола си по повод нейна действителна или предполагаема от него проява на неподчинение⁴⁷. Множествената мотивация по тези случаи не е разпозната, като в някои от тях съдът се е подвел да интерпретира отношението на дееца като проява на привързаност⁴⁸.

⁴⁷ Такава обстановка в **Присъда от 28.05.2014 г. на ОС-Враца по НОХД № 77/2014 г., Присъда № 3/10.02.2015 г. на ОС-Кюстендил по НОХД № 439/2014 г.** (Пострадалата избягала от дееца, който физически я малтретирал. Придружен от свои и нейни роднини той открил местонахождението ѝ и принудително я качил в автомобила си); **Присъда на АС-Пловдив по ВНОХД № 252/2016 г.** (Пострадалата се разделила с дееца след 5-годишна връзка заради неговото агресивно, обидно и нестабилно поведение и честата употреба на алкохол, но той продължил да я търси, следи, причаква при излизания, да я заплашва и да провокира конфликти. Бил осъден за разрязване на гумите на автомобилите на пострадалата и нейни близки. Отвлечането било извършено нощем след преследване с автомобил, причинило излизане на автомобила на пострадалата от междуградски път и продължило и след привеждането на колата в движение с помощта на преследващия деец. След като пострадалата спряла пред сграда, която погрешно възприела за полицейско управление, деецът принудително я извел от автомобила ѝ, вкарал я в своя и потеглил. След време спрял и опитал да я склони към възобновяване на връзката им, като ѝ нанесъл удари и я заплашил, че ще я остави за няколко дни заключена в автомобила, като се обосновал неясно с убеждение, че тя го лъже и се готви да му изневери. След изпадането ѝ в безсъзнание потеглил към болница. Бил спрял от пътен патрул, който придружил двамата до болницата).

⁴⁸ **Присъда № 8/27.02.2014 г. на ОС-София по НОХД № 687/2012 г.** (След като съдът установил, че деецът системно малтретирал пострадалата и в процесната вечер бил особено агресивен и заканителен, поради което тя се страхувала да се прибере и стояла в автомобила си, отказал квалификация за особена жестокост на отвлечане, придружено с множество удари по главата и тялото. Според съда деецът не бил проявил жестокост. „В подкрепа на това са добрите характеристични данни за дееца, както и дългогодишната интимна връзка между пострадалата и подсъдимия, неговата привързаност и чувствата му към нея“).

При изследване на границата на квалификацията по чл. 142, ал. 2, т. 5а се поставя въпросът дали тя ще е налице, ако отвличането е извършено не между страните в насилническото отношение, а *от* трета страна или *по отношение* на трета страна. В такива случаи преките извършители са подбудени от „домашния насилник“ или след узнаване на семейните му несгоди самостоятелно предприемат отвличане на пострадалата, която го напуснала, за да я върнат при него. В повечето такива обстановки върху пострадалата е упражнено насилие, имащо за предназначение да я накаже и изплаши. Когато домашният насилник участва в престъплението, квалификацията ще е налице. Тя по-скоро ще отсъства, когато престъплението се изпълнява от трети лица, които не са подбудени или подпомогнати от него *и не се намират в лични отношения с пострадалия, които на самостоятелно основание да могат да се квалифицират като такива на домашно насилие*. Ако обаче това са например близки на пострадалата, които я отвличат и връщат в дома, от който е избягала, водейки се от мотиви за възпитание, наказване и солидаризиране с този, от когото е избягала, отношението на домашно насилие е между тях и пострадалата, макар повод да е нейно поведение спрямо друго лице.

Практиката познава посегателства от насилника върху трети лица с цел въздействие върху значимата за дееца страна в отношенията на домашно насилие. Типично това са случаи на отвличане на деца от единия родител с цел емоционално-психологически удар върху другия или с цел принуждаване на другия да предприеме желано от дееца поведение (да се върне в дома на дееца, например). В тези случаи обаче специалното законодателство разпознава самите деца като пострадали от домашно насилие, макар механизмът да се движи от насилническите отношения между родителите и централната жертва на насилника да е другият родител. В този смисъл няма съмнение, че в тези хипотези признакът по чл. 142, ал. 2, т. 5а е налице. Възможно е обаче отвличането да се извърши и по отношение на трета страна, която има възможност да повлияе на този друг родител и именно такава намеса се цели с престъплението⁴⁹.

Тъй като във всички описани хипотези мотивационният механизъм на отвличането, вкл. отключващите престъплението фактори (повод) са свързани с този на домашното насилие и целта на дееца е чрез него да повлияе на поведението на насрещната страна, деянието всъщност се изпълнява в условия на домашно насилие. Би следвало да се приеме, че квалификацията е налице.

4.2. Второ, практиката се затруднява при разпознаването на **значителните вредни последици** по чл. 142, ал. 3, т. 2 като втори съставомерен резултат

⁴⁹ Присъда от 3.04.2017 г. на ОС-Плевен по НОХД № 230/2017 г. Отвлеченият е брат на жената, която напуснала дееца. Целта на дееца била да го застави да разкрие местонахождението ѝ и да съдейства на дееца да си я върне.

от отвличането редом със смяната на местонахождението на пострадалия. Известно е, че признакът се отнася до сериозни и нетипични неблагоприятни последици, които възникват в личната и правната сфера на пострадалия и/или трети лица, вкл. обществената реакция по случая. Такива са тежки психологически и емоционални травми от престъплението, нужди от лечение, от смяна на работа и местоживееене, разстройване на начина на живот на пострадалия и близките му и др. Специфична важна хипотеза на значителни вреди са пораженията върху семейни и други близки отношения, ако отвличането е настъпило между страните по тях, както и вреди, възникващи с натрупване при продължавано отвличане. Престъплението може да увреди значително репутацията на засегнатите, доверието в тях в личен и професионален план, социалните им контакти и т.н.

Когато отвличането разкрива квалификация и по чл. 142, ал. 3, т. 5, предприетото от третите лица поведение в изпълнение на условието за освобождаване на отвлечения може да се приобщи към признака „значителни вредни последици“. Такава е например „абсолютната стойност на материалните щети за близките на похитените, които за освобождаването им са заплатили откупи, надхвърлящи стотици пъти минималните за страната работна заплата“⁵⁰. Няма пречка същото обстоятелство да утежни отговорността и за квалифицираното изнудване, извършено в съвкупност с отвличането.

В съдебната практика по чл. 142, ал. 3, т. 2 се забелязват дефицити в две посоки. Първо, обсъжданият признак е изграден от множество или от специфични индивидуализиращи случая признаци, което предполага висока фактологична чувствителност към отражението на престъплението не само върху прекия пострадали, но и върху по-широкия обществен контекст. Такава чувствителност правораздаването не проявява устойчиво, а инцидентно и непълно.

Второ, към признака неоснователно се приобщават факти, които се отнасят изцяло до други престъпления от съвкупността. Когато отвличането е последвано от продължително лишаване от свобода, през време на което пострадалите са били държани изцяло и постоянно обездвижени, в непроветривани тесни пространства, без достъп на слънчева светлина, при неблагоприятни температурни и хигиенни условия, оскъдно хранене, здравни рискове и пр., тежките психични травми, обусловили промяна в социалните навици и начин на живот, *квалифицират престъплението по чл. 142а, а не това по чл. 142*. Описаните вредоносни въздействия са разгърнати след довършване на отвличането и по време на пребиваване на пострадалия на мястото на принудителното му задържане. Пропускът да бъде разпозната съвкупността и да

⁵⁰ Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. (делото „Наглите“).

бъде повдигнато обвинение по чл. 142а не може да се компенсира с приписване на признаците му към тези на отвличането⁵¹.

4.3. Трето, **особената жестокост** по чл. 142, ал. 3 т. 3 от обективна страна предполага деецът да е проявил *чрез деянието* качества като особено коравосърдечие, безчовечност, озлобление, ожесточение, ярост, отмъстителност, садизъм и други подобни, действайки по начин и с интензивност, която надхвърля необходимото за ефективно изпълнение или очертава дехуманизиращо, деперсонализиращо или определяващо отношение към пострадалия⁵².

Квалифициращият признак се извлича от признаците на деянието, макар да се отнася до личностни качества на субекта. Поради това **няма значение дали той е жесток по принцип**⁵³. Такива данни имат самостоятелно наказателноправно значение и винаги отегчават отговорността, ако бъдат доказани на основата на предходни прояви на жестокост към същия пострадали или (и) към други лица. За тази преценка няма значение дали тези деяния са съставомерни, дали са правонарушения по други закони и дали деецът е бил санкциониран за тях. Тъй като **съдимостта** е самостоятелен въпрос, тя няма да попречи жестокостта над деца да бъде изведена и от деяния, за които е реабилитиран. Ако житейската история на извършителя очертава **ескалация** на жестокостта (проявите зачестяват и/или растат по тежест), тази динамика е самостоятелно отегчаващо обстоятелство от съществено значение при преценката на вида и размера на наказанието, режима за изтърпяването му и приложението на чл. 66 НК с оглед постижимостта на целите по чл. 36 НК.

Признакът няма да е налице и когато жестокостта е проявена преди или след отвличането.

Съдебната практика е силно противоречива при разпознаването на признака. Най-често тя се насочва към признаването му, когато той обективира състав на самостоятелно тежко престъпление против личността в рамките на съвкупността. Така например, действия по умъртвяване на пострадалия,

⁵¹ Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. (делото „Наглите“).

⁵² Подобнов Присъда от 2.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г. (делото „Наглите“).

⁵³ Присъда № 8/27.02.2014 г. на ОС-София по НОХД № 687/2012 г., цит. по-горе („Безспорно е установено, че пострадалата имала явни следи от нанесените ѝ удари по главата и тялото, но начинът на извършване на деянието не може да бъде квалифицирано, че при отвличането ѝ спрямо нея е проявена особена жестокост. И това е така, тъй като начинът на извършване не може да определи подсъдимия като жесток човек, безсърдечен и коравосърдечен. В подкрепа на това са добрите характеристични данни за дееца, както и дългогодишната интимна връзка между пострадалата и подсъдимия, неговата привързаност и чувствата му към нея“ ?! Словесният изказ на съда е запазен след граматична редакция.).

извършвани не по време на преместването му в пространството, а преди и след това, и обусловили отговорност по чл. 116, ал. 1, т. 6, са квалифицирани и като проява на жестокост по чл. 142, ал. 3, т. 3, въпреки че двете престъпления са фактологично разграничени и проявени чрез отделни деяния в реална съвкупност⁵⁴. Когато физическото въздействие обективира тежка телесна повреда в съвкупност с чл. 142, тя е отчетена и като проява на особена жестокост⁵⁵. В същото време нанасянето на средна телесна повреда и множество леки при побой по време и след преместването в някои случаи е преценено като обичайно за отвличане (т.е. отвличането го поглъща) и недостатъчно за квалификация по чл. 142, ал. 3, т. 3⁵⁶, в други случаи като достатъчно⁵⁷. Пак така несъставомерни са и „поставянето на качулка на главата, на белезници на ръцете и ударите по главата“⁵⁸, и нанасянето на множество удари по тялото и главата по време на придвижване с автомобил. Отделен е въпросът, че съдят не винаги съобразява, че нанесените наранявания, след като пострадалият е обездвижен в помещение, не са съставомерни по чл. 142, защото евентуално квалифицират противозаконно лишаване от свобода по чл. 142а, а не защото не са проява на жестокост⁵⁹.

Повечето от тези решения не могат да бъдат споделени.

Първо, преценката за това какви са „обичайните“ признаци на отвличане не се извършва интуитивно и не се основава на професионалните впечатления на съдията или статистически преобладаващите фактически обстановки.

⁵⁴ **Присъда № 32/10.04.2017 г. на ОС-Пловдив по НОХД № 1591/2016 г.** (Двамата извършители съблекли и подложили на продължителен побой пострадалия, когото неоснователно обвинявали да е откраднал техни коне. След омаломощаването му принудително го закарали в селото с намерение да го унижат, като го прекарат гол за назидание за кражбата. Продължили да го бият, заканвайки се на лицата, които ги упреквали и убеждавали да спрат, предупреждавайки ги, че човекът умира. Пострадалият починал същия ден от „съчетаната множествена травма, представляваща се с обилна кръвозагуба в гръдната кухина и вътретръпанно, развилата се мастна емболия в белите дробове и тежките травматични увреждания по тялото“).

⁵⁵ **Споразумение по НОХД № 536/2018 г. на ОС-Плевен.**

⁵⁶ **Р № 70–2015-II** (пострадалата съпруга била намерена „трепереща, с множество видими увреждания по лицето и тялото, мокра, мръсна, с разкъсани дрехи“, а средната телесна повреда е изразена в пълна загуба на два предни зъба).

⁵⁷ **Р № 115–2015-III, Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.**

⁵⁸ **Присъда от 02.04.2012 г. на Софийски градски съд по НОХД № 4529/2010 г.** (делото „Наглиите“).

⁵⁹ **Присъда № 20/10.05.2018 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 52/2017 г.** Пострадалият бил принудително откаран в кабинета на дееца, където бил вързан с лице към облегалката на стол. „Макар да са били нанесени ритници, удари, завързване на ръцете на пострадалия с кабел, удари с кабел не може да се прави извод за значителна жестокост и безчовечност, за negliжиране достойнството на личността и за унижително отношение към пострадалия“ (?!).

Най-малкото, последните са извън предмета на доказване, а и по принцип няма как да бъдат установени в наказателния процес, за да бъдат критерий за квалификация.

Обичайният случай е обективен формален юридически стандарт, който се извежда от признаците на конкретния състав и включва онези факти, които са достатъчни (минимално необходими) за достигане на съставомерност по него. По правило, обичайният случай е максимално беден на индивидуализиращи признаци – ако изобщо ги има, те са формални (напр. липса на съдимост) и без значимо отражение върху размера на наказанието, който е около средния. Обичаен е и случай, в който малобройни индивидуализиращи признаци са в баланс. Всичко, с което този стандарт е фактологично надхвърлен, индивидуализира отговорността, като изменя обществената опасност, или поражда преквалификация по друг състав. От тази гледна точка прекомерното обездвижване с ползване на технически средства; затварянето на пострадалия в багажника на превозното средство вместо в купето, особено при продължително придвижване; поставянето му в положение, предизвикващо болки, схващания, отоци и др.; нанасянето на удари, които са излишни за сломяване на съпротивата и очертават допълнително озлобление и ненавист към жертвата; интензивното ѝ подлагане на унизителни въздействия (събличане, използване на средства, непригодни за превоз на хора, обездвижване с вериги и тежести, принуждаване да се движи, пълзейки или на четири крака с каишка на врата, горене на тялото с цигара, влачене завързан за автомобил⁶⁰); отказ от предоставяне на лекарства без застрашаване на здравето (напр. обезболяващи) и пр. могат да очертаят особена жестокост, тъй като *не са необходими за принудителната промяна в местонахождението на отвлечения и в същото време не се отразяват несъществено на цялостната опасност на стореното*. Хипотезата по-скоро няма да е налице, ако принудата спрямо пострадалия ескалира поради неговата съпротива, тъй като тогава въздействията върху него *са необходими* за изпълнението на престъплението и не са проява на допълнително негативно отношение. Тогава е по-вероятно извършеното да бъде преценявано при индивидуализацията извън чл. 142, ал. 3, т. 3, като се отчете упоритостта и решимостта на извършителя.

Второ, жестокостта по чл. 142, ал. 3, т. 3 е самостоятелен признак на отличането, който не променя структурата на обекта му. Той не привнася отделен вид засегнати обществени отношения и не прави непосредствения обект на квалифицирания състав комплексен⁶¹. Оттук, **ако се очертае състав и на**

⁶⁰ Присьда № 18/14.04.2014 г. на ОС-Русе по НОХД № 68/2014 г., Р № 115–2015-III, Присьда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.

⁶¹ Както и квалификацията по чл. 116, ал. 1, т. 6, предл. посл. от НК е с оглед обективната страна (признак на субекта, проявен чрез деянието), а не с оглед обекта. Така Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата

друго престъпление (например телесна повреда), ще е налице идеална съвкупност. Жестокостта като белег по чл. 142, ал. 3, т. 3 ще се прояви в същите факти, които обуславят квалификация за средна или тежка телесна повреда.

Когато съвкупността е именно с престъпление, увреждащо здравето, тя ще изключи само признака по чл. 142, ал. 3, т. 4, предл. 2, но не и жестокостта, ако такава е проявена. В тази хипотеза увреждащото престъпление ще погълне застрашаването на телесната неприкосновеност като квалифициращ признак на отвличането.

Когато жестокостта е обективирана и в **особено мъчителен начин на отвличане**, извършеното ще е съставомерно по чл. 142, ал. 3, т. 3 и т. 4 предл. 1. В дейността на съда по квалифициране и индивидуализация двата признака следва да бъдат ясно разграничени, тъй като никой от тях не предполага по необходимост другия, дори да са проявени в идентични поведенчески прояви. Мъчителността е признак на самото отвличане, което причинява на конкретния пострададнал значително по-тежки и продължителни психически и/или физически страдания в сравнение с обичайния случай. Такива са например необичайно силни преживявания на страх и безпомощност, на притеснения за трето лице, ако отвличеният е отделен от него (напр. дете), на физическа болка от обездвижването или условията на придвижване и пр. За разлика от жестокостта, която се извежда от провени чрез деянието качества на субекта, мъчителността се извлича от преживяванията на пострадалия, който следва да е в състояние съзнателно да възприема обстановката.

Особеност представлява хипотеза на фотографско или видеозаснемане на действията, чрез които деецът проявява жестокост, които са мъчителни или застрашават здравето. Това може да обуслови **хулиганска проява по чл. 325** в идеална съвкупност с отвличането⁶².

Друга интересна за квалифициране хипотеза е **изоставянето на пострадалия** след преместването му, ако той е поставен в обстановка, която обективно застрашава или уврежда неговото здраве и сигурност, особено ако тя е непозната, а личните му умения за справяне са крехки. Такава конструкция на извършеното би могла да удовлетвори квалификацията за жестокост, тъй като обстановката, в която пострадалият е изоставен, е част от престъпната обстановка на самото отвличане. То завършва с нея и тя се обхваща от умисъла и мотивите на дееца.

на човека, цит. съч., с.56 и сл. Авторът е отнесъл особената жестокост към групата признаци, характеризиращи начина на извършване на убийството от обективна страна.

⁶² Такава обстановка в **Присъда № 20/10.05.2018 г. на Специализирания наказателен съд по НОХД № 52/2017 г. и Присъда от 14.12.2018 г. на ОС-Враца по НОХД № 581/2017 г.**

5. Наказуемостта определя отвличането като тежко престъпление по всичките му състави. По най-лекия състав по чл. 142, ал. 5 специалният минимум е година лишаване от свобода, а по най-тежките квалифицирани състави по чл. 142, ал. 3 наказанията достигат доживотен затвор в задължителна кумулация с пълна конфискация. Оттук следва, че престъпление по чл. 142, ал. 3 може да удовлетворява и критериите за изключително тежко по смисъла на чл. 38а НК. Тъй като не е предвиден и доживотен затвор без замяна обаче, законодателят счита, че извършителят не би могъл да се представи като неоправим само на полето на чл. 142 и съвкупности с по-леки или сходно наказуеми престъпления. Неоправимост обаче може да се очертае при съвкупност например с квалифицирано убийство или квалифициран грабеж.

Често срещаното изпълнение на квалифицираните състави в съвкупност с други престъпления, нерядко също тежки, предполага широка приложимост на **чл. 24 НК**, каквато в практиката е налице. Институтът действа по отношение на съвкупности, за които е характерно 1) отсъствието на престъпление, към което е приложимо изобщо по-тежко наказание от лишаване от свобода, 2) липса на извод, че престъпление от съвкупността, което е наказуемо с по-тежко наказание, е изключително тежко (вкл. самото отвличане) или 3) приложение на редукцията по чл. 58а независимо от тежестта и наказуемостта на престъпленията от съвкупността. Съображения за прилагане на чл. 24 са броят на обхванатите от съвкупността деяния, общата продължителност на извършването им, струпването на квалифициращи признаци и отегчаващи обстоятелства, общият брой на пострадалите, съвкупната вреда, ескалацията на обществената опасност при развитието на съвкупността, мотивите, подготовката, посткриминалните действия и др.

5.1. Анализът на наказателните производства позволява групиране на случаите в три големи категории според профила на извършителя и мотивационно-изпълнителския механизъм на престъпната дейност.

Първата включва прояви, извършвани в контекст на **обременени отношения между дееца или негов близък и пострадалия или негов близък**. Това са случаи на неуредени имуществени спорове, битови и семейни конфликти, домашно насилие и др., в рамките на които деецът се възприема като увредена или застрашена страна и предприетото от него поведение е вид травматична реакция към тези преживявания. Престъплението е вградено в дезадаптивна стратегия за уравнивяване на отношенията и възстановяване на справедливостта чрез принудително мотивиране на насрещната страна към изплащане на дължимото, към желано от дееца лично поведение или към понасяне на отговорност за нейни прегрешения, в които деецът е убеден. Извършеното най-често е етап от ескалацията на криза, която не е получила разрешение по друг начин. В тази група по-често се срещат спонтанни престъпления и ед-

нолично извършителство, а съучастията се образуват по-скоро между близки роднини и приятели на основата на родово-семейна и другарска солидарност. Престъпните съвкупности от тази категория са с относително най-ниска обществена опасност, вкл. най-бедни на отегчаващи обстоятелства, с по-просто и краткотрайно изпълнение. Мотивацията е относително най-крехка и *зависима от подкрепата или критичността на хората от непосредственото обкръжение, тъй като тези похитители отдават голямо значение на общественото мнение и оценка*. По тази причина мотивационният механизъм зависи съществено и от очакванията на дееца за реакцията на значимите близки към поведението на пострадалия, провокирало отвличането.

Втората група включва **похищения, подчинени на сексуален мотив**. Поради тази особеност тук също се среща еднолично извършителство и изразено присъствие на деяния при внезапен умисъл. Обществената опасност е значително по-голяма, най-често произтича основно от половите престъпления в съвкупността, при обичайно струпване на множество отегчаващи обстоятелства и силна трамватичност за жертвата, особено при продължавани сексуални посегателства. Пострадалият е идентифициран на основата на потребността от сексуално задоволяване и може да бъде както познат на дееца, така и случаен.

Третата група е доминирана от **користни престъпления**, насочени към неправомерно облагодетелстване. Извършителите по правило са мнозина и съучастията им има характер на партньорство, основано на лоялност, а не толкова на емоционална близост. Само в редки случаи привлечените от подбудителя съучастници са почти случайни познати с нестабилна престъпна мотивация и неподредено поведение при изпълнение на престъплението. Обичайно съучастниците имат предходен съвместен престъпен опит, изградил отношения на проверено доверие. Поради това в тази група прояви често присъстват престъпни сдружения. Деянията са внимателно и дълго обмисляни и планирани, при ясно очертан етап на приготвяне, обичайно включващ и разнородни съставомерни прояви (неразрешено придобиване на оръжия, отнемане на превозни средства и др.). Обществената опасност в тази група е най-висока, като в зависимост от вида на участващите в съвкупността престъпления най-често може да достигне изключителна опасност по смисъла на чл. 38–38а от НК. Пострадалият е идентифициран рационално с оглед вероятността той или свързани с него лица да изпълнят исканията на похитителя. Изпълнението е относително най-продължително, сложно и трудно за управление, като основен фактор е поведението на лицата, пред които са поставени условията за освобождаване.

Внимателният анализ на всички фактически обстановки, описани в цитираните тук и проучвани по повод това изследване наказателни производства, показва, че дори когато престъпленията са обмисляни и подготвяни про-

дължително време, развитието на **изпълнителската дейност съдържа или среща значими и непредвидени от извършителя рискове**. Те са свързани с поява или отсъствие на обективни обстоятелства, намеса на трети лица, неочаквани реакции на пострадалите, разногласия или неточно изпълнение на уговорките сред съизвършителите. Най-големи са предизвикателствата във *фазата след отвлечането*, която традиционно е най-слабо планирана. Колкото по-дълго тя продължава във времето, толкова рисковете растат, контролът на извършителите върху тях отслабва и обстановката, вкл. поведението на самите извършители се отклонява от предвиденото и планираното. В преобладаващия брой случаи органите на реда са били уведомени веднага, още с началото на престъпната дейност, а похищението е било възприето от очевидци. Дори когато дейността се осъществява по занятие при еднакви сценарии спрямо отделните жертви и е предшествана от опознаване на навиците им, извършителите нямат реалистични представи за изпълнимостта на условието и не успяват да предскажат успешно реакциите на третото лице, пред което то е поставено.

Изпълнителската дейност е **обективно сложна и възискателна към личните качества и умения за справяне на дееца**. Ефективното ѝ осъществяване предполага самообладание и хладнокръвие, съобразителност и находчивост, разнообразие и гъвкавост на поведенческите стратегии, редица социални умения, особено за дееца в лидерска роля, който управлява мотивацията и приноса на съучастниците, контакта с пострадалия, преговорите с третото лице и др. **Това не означава, че с тази дейност се захващат хора, които имат тези характеристики**. Парадоксално, но за похитителите е характерно именно отсъствие на нужните качества и умения и присъствие на дефицити, които в голяма степен обуславят провала на престъпното начинание, особено ако то е по-сложно и продължително. Профилът на дееца, особено в третата и първата група, е доминиран от нарцистични черти и волева неустойчивост, съчетани почти по правило с мисловна и поведенческа ригидност и надценяване на контрола върху ситуацията.

В почти всички случаи от третата група, която в най-голяма степен изисква характерова уравновесеност и поведенческа гъвкавост, поне един от съизвършителите – както лидерът, така и по-неустойчив периферен съучастник – се поддава на нервното напрежение, с което компрометираща сигурността на престъпната операция и улеснява разкриването ѝ (гневни изблици пред пострадалите и съизвършителите, разколебаващи съучастническото доверие, резки отклонения от намисленото при поява на незначителни пречки, вкл. ескалация на принудата срещу пострадалия и поставяне на явно нереалистични условия, необмислени контакти с трети лица, вкл. адресатите на условието и всякакви други прояви на самосъхранително излизане от общия престъпен замисъл).

От гледище на житейския път на дееца отвличането най-често е **етап от престъпна кариера, която се развива в благоприятен социален контекст и ескалира**. Непосредственото обкръжение на похитителя толерира, подкрепя, насърчава или направо въвлича в насилствено поведение като стандартна стратегия за справяне. Ескалацията се дължи както на особеностите на самото насилие, така и на отсъствието на алтернативни нагласи и умения у дееца и мотивация и ресурси за алтернативно поведение. За извършителите е характерно напрежение между лична история на обективни житейски провали и отсъствие на постижения от една страна (напр. неумение за осигуряване на издръжка, за изграждане на хармонични интимни връзки), незряло очакване за незабавно получаване на всичко желано като дължимо, от друга (разточителен стил на живот, прекомерни изисквания към партньора) и нереалистични представи за осъществимостта на желаното и последиците от поведението, от трета (лесно, бързо и безопасно придобиване на чужди имущества).

5.2. Престъпленията по Раздел IV на Глава Втора на Особената част са характерни с много висока и специфична **уязвимост на пострадалия**, произтичаща от загубата на контрол върху ежедневието, силна непосредствена застрашеност на неприкосновеността и свързано с тях интензивно постоянно преживяване за безпомощност и неизвестност, докато престъплението трае. Посегателствата са характерни с причиняване на тежки психични травми и разстройства, които при по-тежките деяния обичайно водят до трайна неблагоприятна промяна в личните, социални и професионални навици, изолация и състояния на компрометирано психично здраве, изискващи дълготрайно лечение или с необратим характер. Ако тези състояния са причинени чрез травматично въздействие върху тялото и представляват продължително разстройство на съзнанието, практиката основателно ги приема за съставомерни тежки телесни повреди, дори да са диагностицирани известно време след преустановяване на престъпната дейност⁶³.

Престъпленията от раздела оказват **увреждащо въздействие и върху микросоциалната среда на пострадалия**, независимо дали деецът също принадлежи към нея или е външен субект. Този аспект е самостоятелен източник на богато разнообразие от индивидуализиращи обстоятелства, който може да обоснове признака „значителни вредни последици“ по чл. 142, ал. 3, т. 2.

В заключение следва отново да се подчертае, че проблемите в практиката по прилагането на чл. 142 от НК самостоятелно или в съвкупност с други

⁶³ Така в Присъда от 25.02.2011 г. на РС-Оряхово по НОХД № 70/2009 г. Пострадалото момче развило прогресивна шизофрения в резултат на шизофренна психоза, причинена с побой, нанесен по време на престъпно отвличане, принуда и противозаконно лишаване от свобода.

престъпления, произтичат в голяма степен от специфичната нормативна конструкция на отвлечането след 2010 г. По-конкретно, съставът е на мигновено довършване и криминализира резултатно *действие*, но изпълнителският механизъм е характерен със създаване на трайно престъпно състояние, без да е налице фигурата на продължено престъпление. Това състояние, през време на което съставът се осъществява непрекъснато, не е обективен признак на състава и няма отношение към довършеността му, но има значение за всички останали въпроси на квалификацията и индивидуализацията.

ЛИТЕРАТУРА

Стойнов, Александър. Наказателно право. Обща част. София: Сиела, 2019, с. 417.

Стойнов, Александър. Наказателно право. Особена част. Престъпления против правата на човека. София: Сиела, 2006, с. 153.

Sandfer, David J. To Move or Not to Move? That Is the Metaphysical Question. – *The University of Chicago Law Review*, vol. 85, no. 8, 2018, pp. 1973–2014.

Дадена в Катедра „Наказателноправни науки“ – февруари 2020 г.

Рецензенти – доц. д-р Ралица Илкова

доц. д-р Здравка Кръстева

ЗА НЯКОИ ПОРОЦИ НА СЪДЕБНИТЕ РЕШЕНИЯ, ОТНОСИМИ КЪМ ТЯХНАТА НИЩОЖНОСТ

АНЕЛИЯ МИНГОВА

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Студията разглежда някои специфични пороци на съдебните решения в светлината на разбиранията на юриспруденцията относно изискванията за тяхната валидност. В критичен план са обсъдени съществуващите в съдебната практика разрешения и са предложени аргументи, които обосновават необходимостта от промяна в изводите относно значението на разглежданите недостатъци за порочността на съдебното решение. Целта на изследването е да провокира правната теория към задълбочен анализ, който да доведе и до промяна в съдебната практика.

Ключови думи: съдебно решение, постановяване на решение, подписване на решение, обявяване на решението, пороци на съдебното решение, нищожност на съдебното решение.

* Професор по гражданско процесуално право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право. Ръководител на Катедра „Гражданскоправни науки“.

* Professor in Civile Procedure at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D. Head of Department Civil Law Sciences Chair.

FOR SOME DEFECTS IN COURT DECISIONS, RELEVANT TO THE INVALIDITY

ANELIYA MINGOVA*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: The study analyzes the specific defects in the judgment given in the light of the concept of its invalidity. The case-law has been critically examined and arguments have been put forward for the need to reconsider it. The purpose of the essay is to provoke the legal theory in order to achieve a unified understanding of the invalidity of the court acts, by building a complete and homogeneous structure of the defects that determine it.

Keywords: court decision, decision rendering, signing of decision, announcement of the decision, defects of the court decision, invalidity of the court decision.

I. Понятието за нищожно решение у нас не е в ползрението на законодателя и не е предмет на конкретна законова разпоредба. По традиция изясняването му принадлежи на процесуалната теория и на съдебната практика.¹

Процесуалната ни теория относно нищожността на съдебните решения, върху достиженията на която се изгражда позитивната законова уредба и върху която се гради съдебната практика, е представена най-вече от фундаменталния труд на проф. Силяновски „Абсолютна нищожност на съдебните решения“, публикуван преди 90 години в сп. Юридическа мисъл. Този труд съдържа богато аргументирана теза, че нищожните решения според величината на дефекта, от който страдат, могат да бъдат обособени като отделна група порочни съдебни решения. В този труд проф. Силяновски оборва един по един аргументите на противниците на съществуването на нищожни съдебни решения. Става дума за пороци с фундаментално значение, които не позволяват постановеното решение изобщо да породи своето правно действие, дори да е станало необжалваемо – защото „не формалната законна сила, т.е. неа-

¹ Този подход не е чужд и на други процесуални системи – в съответната литература по въпроса се посочва, че обикновено пороците, обуславящи невалидността на съдебните решения се включват в обхвата на основанията на средствата за атакуването им благодарение на достиженията на науката и юриспруденцията: вж. напр. **Fashing**, Hans. Lehrbuch des osterreichische Zivilprozessrecht. Wien, 1991, S. 887; **Ballon**, Oskar. Einfuhrung in das osterreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren. Leykam, 1993, S. 210. Нещо повече – фундаменталното им значение за съществуването и последиците на съдебния акт, което ги обособява и откроява от останалите му пороци, обуславят и разбирането, че проверката им от по-горната инстанция трябва да предхожда проверката за останалите и да се извършва наред с предварителната проверка за самата допустимост на подадената жалба, вкл. в закрито заседание с определение. вж. **Buchegger**, Walter, Astrid **Diexler**, Richard **Holzhammer**. Praktisches Zivilprozessrecht. Wien – New York, 1988, S.133.

такуемостта прави решението задължително за страните и съда“ и „не тя е, която снабдява същото с онова действие, което се нарича изпълняемост“.² Необжалваемостта на решението не може да заличи порока, от който решението страда – т.е. става дума за толкова съществени нарушения в правораздавателната дейност, при които „дефектът продължава да съществува“ и след изчерпване на способите за обжалване на решението. Именно фундаменталният характер на такива дефекти разрушава правораздавателния акт в самата му същност като израз на държавна воля (Силяновски, кн. 1, с. 49–50). Нищожността надделява над необжалваемостта. Решението не поражда последици, не може да настъпи нито едно от действията на силата на пресъдено нещо, вкл. непререшаемостта на правния спор като част от тази сила. Както казва проф. Силяновски „формалната законна сила може да настъпи и без да е настъпила материалната такава“, защото неформалната законна сила „придава на решението силата на присъдено нещо“.³

В основата на съвременните разбирания за обсега на пороците, които правят решението нищожно стои разбирането, че за намирането на „ясен и точен критерий“⁴ трябва да се изхожда от публичноправното му естество като властнически акт, което не позволява пороците, обуславящи нищожността му да бъдат приравнявани с тези при частноправните сделки. Проф. Силяновски стига до господстващия и днес извод, че за да е валидно, съдебното решение трябва да съществува като държавен акт, т.е. – трябва да съдържа всички съществени белези, които го идентифицират като такъв. По традиция, законът не съдържа определение на понятието за съдебно решение, той обаче предвижда условия, „чиято съвкупност образува понятието за съдебното решение“.⁵

Позитивната регламентация на нищожните решения идва с реформата на ГПК от 1983 г. (ДВ, бр. 28 от 1983 г.), като в чл. 209 са посочени способите за тяхното атакуване. Така законът отграничава нищожните съдебни реше-

² **Силяновски**, Димитър. Абсолютна нищожност на съдебните решения. – *Юридическа мисъл*, 1928, № 1, с. 49. Извън сериозното научно изследване още на проф. Силяновски, нищожното решение е обект на кратък поглед в учебните курсове на проф. **Сталев**, вж. напр.: *Българско гражданско процесуално право*. 6. изд. София: Сиела, 2000, с. 475–477; вж. също **Корнезов**, Л. Касационно производство. София: Софи-Р, 1998, с. 61–68; В някои коментарни издания на промените в уредбата по действащия ГПК проблемите на нищожните решения се отбелязват във връзка с правомощията на съда при обжалването им. На въпросите относно атакуване на нищожните съдебни решения се спира **О. Стамболиев** в своята статия: Атакуване на нищожни съдебни решения по граждански дела. – *Правна мисъл*, 1983, № 6; В монографията ми: *Въззивно и касационно обжалване на съдебните решения*. София: Софи-Р, 1999, с. 89–96, аз също накратко се спирам на тези пороци на решението, които представляват основания за неговото обжалване като нищожно. Така че, нищожното съдебно решение продължава да чака своя изследовател.

³ **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 51.

⁴ **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 55.

⁵ Така **Силяновски**, Димитър, цит. съч., с. 67.

ния от останалите, като отделен вид порочни актове на съда. Излишно е да се сочи фактът, че в тази регламентация косвено се отразява и разбирането на законодателя за фундаменталния характер на пороците, водещи до нищожност, след като, за разлика от останалите видове порочни решения, при нищожните се допускат още два способа за тяхното атакуване – иск и възражение. От регламентацията следва и другият важен извод – нищожното решение подлежи на прогласяване, което отразява в законов порядък разбирането, че то не е годно да породи правни последици съдебен акт.

Може да се обобщи, че нищожно е това съдебно решение, което противоречи на императивни процесуални законови разпоредби относно условията за неговата действителност като годен да породи правни последици правораздавателен акт. Нищожността на решението сама по себе си не е юридически факт, а правна квалификация на съдебните актове, резултат от конкретни пороци, които винаги представляват нарушения, извършени от правораздавателния орган при прилагането на конкретните законови разпоредби, обуславящи валидността на решението.

II. Факт е, че през годините – при действието на ГПК (ДВ, бр. 59 от 2007 г.), както и на ГПК отм. (ДВ, бр.12 от 1952 г.) – въпросът за нищожността на съдебните решения е бил в центъра на вниманието на няколко тълкувателни акта на върховната съдебна инстанция. Това сочи, че развитието на законодателството и процесуалните отношения при осъществяване на правораздаването по конкретните дела може да доведе до въпроси, свързани с критериите за постановяването на валидни съдебни решения, което само по себе си е предизвикателство и към процесуалната теория. Въпреки това, обаче, нищожните решения продължават да бъдат извън предмета на процесуалните изследвания.

Мотивите към Тълк. реш. № 1/2012 г. по Тълк.д. № 1/2011г. на ОСГТК на ВКС започват така: „Както в доктрината, така и в съдебната практика се приема, че е нищожно съдебно решение, постановено от ненадлежен орган или в ненадлежен състав, извън правораздавателната власт на съда, не в писмена форма, абсолютно неразбираемото решение или неподписаното решение.“ Разбира се, предметът на това тълкувателно решение е друг и то няма за цел да даде изчерпателно изброяване на всички хипотези, при които съдебното решение би било нищожно.

Наистина, нищожните решения са малка част от порочните съдебни актове, с които приключва исковото производство. Въпреки това, интересът към тях се провокира от отношението на законодателя, отразяващо в законова форма нетърпимостта на правовия ред – нищожните решения не са в състояние да породят валидни защитно-санкционни последици, нищожността трябва да

бъде прогласявана служебно в рамките на инстанционността при разглеждане на делата, а освен това срещу тях законът предвижда и възможност за защита по исков ред безсрочно или чрез възражение.

Ако проследим действащата законова уредба, която, впрочем, не се отличава от тази по посочения ГПК отм., можем да направим извода, че законът регламентира нищожните съдебни решения в три посоки. Първо, той обособява нищожните решения като отделен вид порочни решения, като ги отделя от другите два вида – недопустими и неправилни. Второ, законът съдържа регламентация на способите за тяхното атакуване – въззивно и касационно обжалване, както и иск, респ. възражение за установяване на нищожността. Трето, правната уредба посочва последиците от постановяването на едно нищожно съдебно решение – то не е годно да породи защитно-санкционни последици, защото не е валиден съдебен акт, поради което нищожността следва да бъде прогласена (обявена). Ако съпоставим обаче, правната уредба и на останалите два вида порочни съдебни решения, можем да направим извода, че регламентацията относно недопустимите и неправилните косвено се отнася и до нищожните решения. Достигането до този извод се дължи на следните разсъждения. Законодателят проявява нетърпимост към всички съдебни решения, при които е налице порочно формирана воля, затова правната уредба обхваща всички видове пороци, от които тази воля може да е засегната. Всеки отделен порок може да бъде подведен и систематизиран в една от тези три групи порочни решения, понятията за които законът терминологично обозначава като нищожни, недопустими и неправилни.

Пороците, обуславящи неправилност на решенията, са обхванати чрез изчерпателно изброяване на причините, обусловили неверни фактически и правни изводи, обозначени като „основания за отмяна“. От друга страна, законът посочва отделни пороци на решението, които водят до недопустимост на решението, без тези пороци да са изчерпателно изброени (чл. 270, ал. 3 и 4). В тази връзка е важно да се уточни, че указания за третирането на съдебните решения като неправилни или недопустими при конкретни пороци се срещат на различни места в уредбата – напр. безспорно е, че хипотезите, включени като пороци в разпоредбата на чл. 303, ал. 1, представляват основания за неправилност, докато постановеното решение по образуваното второ дело между същите страни и със същия предмет, би било недопустимо (арг. чл. 126, ал. 1). Също така, недопустимо би било и решението, което съдът е постановил, въпреки валидното разпоредително действие на ищеца с предявения иск (арг. чл. 233, изр. 3-то).

Въз основа на горното може да се обобщи също, че пороците, които могат да обуславят нищожност на съдебното решение, са всички останали, които не водят до недопустимост или неправилност на формираната воля на съда. Законът не съдържа нито изчерпателно, нито дори примерно посочване на

такива пороци, при които формираната воля би била невалидна. Затова изводът, който се налага, е, че нищожността на решението може да бъде изведена негативно – нищожни са тези решения, при които допуснатият порок при формирането на съдебната воля не обуславя тяхната недопустимост или неправилност.

Това изложение няма за цел подробното анализиране на отделните пороци, които обуславят нищожност на постановеното съдебно решение. В голямата си част те не предизвикват проблеми в правоприложението и могат да бъдат обхванати и систематизирани в няколко групи: а) нарушения на императивни разпоредби, които представляват основа на правовия ред; б) пороци в действията при постановяването на решението; в) нарушения, свързани с липсата на юрисдикционна компетентност на органа, издал решението; г) надлежност на органа, постановил решението; д) липса или неспособност на страна в производството; е) липса на изискуемата от закона форма; ж) абсолютна неразбираемост и невъзможност за тълкуване на волята.

В развитието на законодателството, теорията и съдебната практика относно нищожните решения, обаче има развитие – възгледите се променят. Отношението към тази група порочни решения води до промени в няколко посоки. През годините търпи развитие регламентацията на процесуалните възможности за въздействие върху нищожното решение. Развитие търпи и отношението към отделни видове пороци на решението, което води до промяна в изводите относно тяхното значение за правните последици и оттам – до промяна в квалификацията и систематизацията им сред видовете порочни решения. Затова нищожните решения привлякоха вниманието ми в настоящата студия с факта, че през последните години претърпяха известна метаморфоза разбиранията за обсега на пороците, които ги обуславят – оформи се противоречива съдебна практика, което пък породило необходимостта от образуването на тълкувателни дела. Затова предмет на разглеждане тук е само развитието на съдебната практика през последните години по някои спорни откъм правната си характеристика и последици нарушения на процесуалния закон, относими към обсега на хипотезите, обуславящи (или изключващи) нищожността на съдебното решение.

III. Порокът на съдебното решение може да засяга етапа на формирането на съдебната воля. Съгласно чл. 235, ал. 1 „Решението се постановява от съдебния състав, участвал в заседанието, в което е завършило разглеждането на делото.“ Практиката на ВКС се ориентира към трайното разбиране, че изискванията на разпоредбата са относими към самия процес на формиране на волята и отклонението от тях прави тази воля невалидна, а решението е негодно да породи правни последици и подлежи на атакуване като нищожно.

Впрочем, като нищожно приема такова решение и проф. Силяновски. Според него, ако решението не е постановено от същия състав, който е изслушал страните, се нарушава състезателността, което по негово мнение е от фундаментално значение за формирането на валидна воля по спора.⁶ Дали е така?

Възможните нарушения на разпоредбата могат да варират в различни хипотези. Възможно е решението да е постановено от състав (или съдия), който изобщо не е участвал в нито един етап от развитието на процеса. Възможно е то да е постановено от състава (или съдията), който е разглеждал делото и е извършвал съдопроизводствените действия от образуването му до провеждането на последното открито заседание, в което съдебното дирене е приключено и са проведени устните състезания. При разглеждане на делото от трима съдии е възможно също така, нарушението на разпоредбата да засяга само един от членовете, а не целия съдебен състав. Доколкото правилото изисква пълна идентичност на органа, постановяващ решението с този, приключил разглеждането му, последиците от нарушаването му би трябвало да са еднакви. Ясно е обаче, че става дума за различни по интензитета пороци. Трябва ли във всички случаи съдебната воля да се обявява за невалидно формирана? Може ли да се сложи знак за равенство между различните хипотези?

Въпросът е дали изискването на чл. 235, ал. 1 засяга в неговата основа понятието за „надлежност“ на органа, постановил решението. Струва ми се, че това понятие има други белези. Надлежен е органът (едноличен или състав), когато в него участват лица, които имат (придобито е по законоустановения ред и не е прекратено по предвиден в закона ред) съдийско качество. Нищожно е решението, постановено от съдебен състав, в който дори един от членовете му не е придобил и към този момент е загубил съдийското си качество. Нищожно е решението, когато то е постановено еднолично, при условия, че делото следва да се реши от съдебен състав. Нищожно е решението, постановено от двама, вместо от трима съдии. Във всички тези случаи е налице порок във формирането на надлежен да реши спора правораздавателен орган. В тези случаи постановилият решението няма статус на правораздавателен орган, който може да формира валидна правораздавателна воля. Незаконен ще бъде и органът, формиран от трима съдии, дори когато един от тях правораздава в съдийско качество, но чиято правораздавателна компетентност има друг район на действие.⁷

Разглежданата тук хипотеза обаче, е различна от описаните по-горе. При нея не са нарушени изискванията на закона към лицата, които им придават съдийско качество и произтичащата от това материална и териториална компетентност да правораздават. В разглежданата хипотеза са нарушени изисквания на закона, които имат друга цел и друго оправдание. Както вече посочи-

⁶ Силяновски, Димитър, цит. съч., кн. 2, с. 177.

⁷ Срв. изследваните от Димитър Силяновски хипотези, цит. съч., с. 78–87.

хме, и проф. Силяновски извежда нищожността от нарушаване на принципа на състезателност. Смисълът на чл. 235, ал. 1 става ясен и след като проследим развитието на законодателството ни през последните десетилетия.

По-старата практика за неправилност на решението при действието на ГПК отм. в този случай се основа на разпоредбата на чл. 208, ал. 3, в редакцията към изменението му от 1983 г. (ДВ, бр. 28 от 1983 г.), която относно разглежданата хипотеза гласи: „Второинстанционният съд връща делото за ново разглеждане на първоинстанционния съд, ако **отмени** решението на някое от следните основания:

а) решението е постановено или подписано от съдия или съдебен заседател, който не е взел участие в разглеждане на делото или е следвало да бъде отстранен съобразно чл. 12.“

При тази редакция на чл. 208, ал. 3, б. „а“ ГПК (отм.), въведена с измененията от 1983 г., е постановено и ППВС № 1/1985 г., което в т. 11 приема следното:

„Гражданският процесуален кодекс с изменението му от 1983 г. възприе, че в три хипотези на конкретно посочени процесуални нарушения в чл. 208, ал. 3 ГПК делото трябва да се върне за ново разглеждане от първата инстанция. В тези случаи са нарушени основни съдопроизводствени принципи и процесуални права на страната, поради което недостигът може да се отстрани с повторното им извършване от първоинстанционния съд.

Според чл. 208, ал. 3, б. „а“ ГПК делото се връща за ново разглеждане, когато решението е постановено или подписано от съдия или съдебен заседател, който не е взел участие в разглеждането му. Аналогичен е и случаят, при който в разглеждането на делото и постановяването на решението е участвувал съдия или съдебен заседател, който е трябвало да се отстрани съгласно чл. 12 ГПК. Няма значение кое от основанията за отстраняване е било налице. Без значение е дали страната е правила отвод.“

Очевидно промяната в практиката идва след въвеждането на триинстанционното обжалване с голямото изменение на отм. ГПК (ДВ, бр. 100/1997 г.). Тогава отпадат т.нар. абсолютни „основания“ за неправилност, при които делото след отмяна се връща за ново разглеждане на първоинстанционния съд. Ако след 1997 г. (а и при действащата уредба) би се поддържало разбирането, че при това нарушение е налице неправилност, то поради липсата на пороци, при които след отмяната на обжалваното решение делото се връща за ново разглеждане на първата инстанция, въззивният съд трябва да се произнесе сам по съществото на спора. От цитираното ППВС личи разбирането, че делото трябва да бъде отново разгледано по същество от първата инстанция, доколкото се твърди, че са били нарушени „основни съдопроизводствени принципи и процесуални права на страната“. Въпреки това е ясна тезата, че решението подлежи на отмяна – т.е. порокът сочи на неправилност.

Мисля, че разбирането, че в случая делото трябва да се върне за разглеждане по същество на първата инстанция, произтича от характера на двуинстанционното обжалване по ГПК отм. преди промяната от 1997 г. Въпреки че с годините в закона се очертаваше тенденция към въззивност на обжалването, самата двуинстанционност на производството лишаваше втората инстанция от типично въззивния ѝ характер. Напротив, въпреки промените, основната функция на обжалването при съществуващата двуинстанционна система бяха контролно-отменителни.

С въвеждане на триинстанционността в гражданското правораздаване и регламентиране на второинстанционното производство като въззивно по своя характер, правата на страните, от упражняването на които те са били лишени, ще бъдат защитени от въззивния съд като втори съд по същество, поради което връщането вече не е оправдано и необходимо. В този случай недостатъкът се компенсира от въззивния съд. Що се отнася до същото нарушение, допуснато от самия въззивен съд при постановяване на решението (каквато всъщност е и уредената хипотеза в чл. 235, ал. 1) доколкото се говори за съдебен състав, то промяната на подхода също не е обоснована, доколкото при касационното обжалване ВКС след отмяната ще върне делото, за да се извършат от съда по същество тези съдопроизводствени действия така, че да се спази изискването на чл. 235, ал. 1.

Проблем не би следвало да има в случаите, когато принципно въззивното решение е годен предмет на касационно обжалване, тъй като при посочения порок би могла да се защити тезата, че става дума за „очевидна неправилност“ по смисъла на чл. 280, ал. 2, пр. 3, което би позволило положителен извод за допускане на касационната жалба с определението на ВКС по чл. 288.

Съмнения обаче, може да има тогава, когато въззивното решение е необжалваемо. Излиза, че този порок не може да бъде атакуван. Дали това не е в основата на аргументацията, че става дума за нищожност? Защото тогава, ако решението продължава да се третира като неправилно, няма как да бъде атакувано решението на самия въззивен съд, респ. решения на ВКС, постановени по чл. 293, ал. 3 или чл. 295, ал. 1, които са необжалваеми, докато ако се приеме тезата, че порокът води до нищожност, остава искът и възражението по чл. 270, ал. 2?

Тези съображения ми се струват несъстоятелни. Промяната в регламентацията на вида и допустимостта на различните процесуални средства за защита (инстанционни и извънредни) срещу порочните съдебни актове, не може да бъде основание за трансформация на разбиранията за тежестта и идентичността на определено нарушение, допускано от съда, което да променя мястото му в системата на порочните решения и която да бъде основание за промяна в приложимостта на процесуалните средства, определяни въз основа на досегашното му третиране. Ако би било така, то лесно може да се стигне до

абсурдната ситуация да бъде заличена границата между различните видове порочни решения, като срещу всеки порок на съдебните решения, независимо от неговия вид, тежест и отражение върху защитно-санкционните резултати, биха могли да бъдат приложими всички уредени от закона способности за защита.

Затова с този подход на съдебната практика трудно мога да се съглася. Всъщност, изразеното разбиране за нарушена състезателност в процеса, се изразява в неучастието на постановяващия решението състав в тази състезателност, а не изобщо нейното непровеждане. Следователно, нарушават се изискванията за устност и непосредственост при разглеждането на делото. Тяхното нарушаване затруднява възможността за обективна, всестранна и пълна интерпретация на събраните доказателства при формиране на съответстващи на събраните доказателства фактически изводи, защото не се основава на личните впечатления на съдията (респ. на съдебния състав) за извършените процесуални действия. Личното участие на съдията (съдебния състав) обезпечава установяването на истината относно релевантните факти, а оттам – и законосъобразното им подсумиране под нормативните правила, които същият орган издирва, тълкува и прилага. Изискването на чл. 235, ал. 1 сочи на съдебния състав (което се отнася в равна степен и до едноличния съдия), който е „участвал в заседанието, в което е завършено разглеждането на делото“. Важно е обстоятелството, че законът посочва последното открито съдебно заседание. Това е така, защото именно в него са извършени последните съдопроизводствени действия на съда и страните, необходими за разясняването на делото, което обуславя възможността съдебното дирене да приключи и да се проведат устните състезания. Именно в това последно заседание участващият състав или едноличният съдия, за да приемат делото за разяснено, съобразно чл. 149, ал. 2, по необходимост са обобщили всички извършени до този момент съдопроизводствени действия и имат цялостен поглед върху развитието на производството. Това е презумпция за „познаване“ на делото и гаранция за постановяване на правилно решение.

По мое мнение, именно осигуряване постановяването на правилно решение е целта на разпоредбата. Отклонението от законовите изисквания трябва да се разглежда във връзка с опасността да не бъде постигната целта, вложена в тях. Ако целта е правилност на фактическите и правни изводи, то и нарушаването на правилото трябва да се разглежда като индигия за неправилност, а оттам и квалифицирането му като порок, който представлява основание за отмяна.

В резултат на изложеното мисля, че разбирането, че неспазването на изискванията на чл. 235, ал. 1 обуславя нищожност на решението, не отчита обстоятелството, че при действието на разпоредбата на чл. 187 ГПК отм., имаща идентично съдържание, този порок беше посочен изрично като основание за неправилност и отмяна на решението с посоченото по-горе изменение на

чл. 208, ал. 3, б. „а“ в ГПК, отм. от 1983 г. Последващото отпадане на правилото на чл. 208, ал. 3, б. „а“ не е свързано с промяна в разбирането за квалификацията на нарушението, а с въвеждането на триинстанционност при разглеждане на делата, с въззивния характер на второинстанционното производство, както и с различната уредба относно правомощията както на въззивната, така и на касационната инстанция при отмяна на неправилните решения.

IV. Внимателният прочит на чл. 235, озаглавен „Постановяване на решение“, във вр. с чл. 21, озаглавен „Съвещание“, води и до няколко други интересни извода.

1. Първият от тях е, че за да е налице валидно съдебно решение, е необходимо кумулативното наличие на три елемента – формиране на правораздавателната воля, нейното документиране и обявяването на акта в съдебния регистър по чл. 235, ал. 5. Липсата на всеки от тях всъщност трябва да означава липса на решение като властнически правораздавателен акт. Постановяването на съдебното решение започва с формирането на волята на състава, респ. съдията, приключил разглеждането на делото, и трябва да стане по правилата на чл. 21, ал. 1–5, чрез провеждане на съвещание, с тайно гласуване, с мнозинство на гласовете, при спазване на условията и поредността, предвидени там. Следващият етап от постановяването на решението включва изготвяне и подписване на документа, в който правораздавателната воля се удостоверява. Формата и съдържанието на документа са уредени в чл. 235, ал. 4, 236, както и в чл. 21, ал. 6, които съдържат и някои допълнителни указания относно подписването на решението. От буквалното, систематическо и логическо тълкуване на чл. 235 следва, че постановяването на съдебното решение включва и факта на неговото обявяване в публичния регистър на съдебните решения към съответния съд. С обявяването на съдебното решение, то се обособява като правна реалност, става годен да породи защитно-санкционни последици източник. От този момент то е налице в правния мир. Че обявяването е част от фактическия състав на решението и съставна част от постановяването му, следва ясно от разпоредбата на чл. 246, който сочи именно обявяването като момент, след който правораздавателната власт на постановилия решението съд е изчерпана, защото едва след обявяването на решението настъпва неговата неоттегляемост – съдът, който го е постановил, „не може сам да го отмени или измени“. Постановяването на решението е част от динамичния фактически състав, какъвто представлява исковото производство, последният елемент, който го завършва и с който то приключва пред съответната инстанция. В това отношение не се налага промяна, произтичаща от уредбата

в действащия ГПК, доколкото не е налице смислова разлика от уредбата в чл. 187–190 ГПК отм.

Следователно, от позитивната правна уредба следва, че няма нормативно основание за отклонение от изразените в процесуалната ни теория разбирания за същността на съдебното решение и елементите от фактическия състав при неговото постановяване, убедително аргументирани от проф. Сталев. В своите учебни курсове, проследявайки хода на процесуалните действия при постановяване на решението, убедително споделя: „Подписването завършва Р (решението – бел.моя) като писмено волеизявление“ и по-нататък: „Макар и да е подписано, Р. е все още незавършено, докато не бъде *обявено*... Обявяването завършва фактическия състав на Р. От този момент то съществува като държавен правосъден акт“.⁸ Същото разбиране за правната същност на решението и елементите от неговия фактически състав споделя и проф. Силяновски.⁹ И според този автор, до обявяването няма решение, поради което дотогава съдът може да измени или отмени изразената воля.

От своя страна, изградено от тези три елемента, самото постановяване на решението представлява фактически състав, който по-скоро може да бъде квалифициран като статичен. Вярно е, че неговите елементи се намират в логическа темпорална взаимна зависимост и че се осъществяват чрез процесуални действия в рамките на производството, но същевременно, както при незавършените статични фактически състави, липсата на който и да е от тях означава липса на решение. Същевременно е възможно, и няма отклонение от установеното разбиране, че липсващият елемент може да бъде допълнен по-късно и да санира първоначалната му липса (напр. обявеното решение да бъде подписано по-късно). Но липсата в крайна сметка, на който и да е от елементите при постановяване на решението създава една правна привидност, видимост, че валиден съдебен акт съществува. Тази привидност застрашава правния мир, затова няма спор, че и в тези хипотези, привидността може да бъде отстранена чрез процесуалните способности за защита срещу нищожното решение.

2. Всяко от действията, изграждащи постановяването на решението, може да страда от пороци. Трябва да се има предвид, че пороците, допуснати при формиране на волята, трудно могат да бъдат установени. Дали са спазени всички изисквания за провеждане на тайното съвещание и принципите при гласуването, остава скрито, невидимо и затова – трудно установимо. Пороците биха дали отражение при втората част от постановяването – при документиране на формираната воля. Тогава може да откаже да подпише решението този съдия, който например твърди, че волята е формирана без провеждане

⁸ Сталев, Живко. Българско гражданско процесуално право. 4 доп. и прераб. изд., София: Наука и изкуство, 1988, с. 293–295.

⁹ Силяновски, Димитър, цит.съч. кн. 2/1928, с. 179, 180.

на съвещание или той самият не е участвал в него. Пороците при формиране на волята с тези при нейното документиране винаги се сливат в случаите на еднолично разглеждане и решаване на делата – формирането на волята при тях е само умозрителна даденост, която сама по себе си няма външен израз извън документа. Поради особеностите на самото „решаване“, неговите пороци се отразяват върху следващите етапи от постановяването на решението и най-вече върху подписването на документа на решението.¹⁰ Именно подписването на документа на решението удостоверява валидността на предходните действия при „вземане на решението“, начина на формиране на изискуемото за валидността мнозинство и т.н.. При положение, че подписването на документа от всички, които са взели участие, е относимо към валидността на втория елемент от постановяването на решението, липсата на подпис на член от съдебния състав, би била индиция за нередност. Затова и законът предвижда хипотези, при които липсата на подпис от един от членовете на състава не опорочава документирането и не се отразява върху валидността на решението (чл. 236, ал. 3).

3. Съдебната практика също е дала своя принос. Напр., с Решение № 30/75г. на ОСГК, ВКС приема, че за валидността на решението са достатъчни подписите на мнозинството (арг. чл. 187, ал. 1 ГПК отм.), с аргумента, че иначе несъгласният с волята на мнозинството член от състава би осуетил постановяването му. В т. 15 от ППВС № 1/85 се посочва, че неподписаното решение може да бъде подписано и след обжалването му, като делото се връща на първата инстанция за отстраняване на този недостатък. Съпоставянето на правната уредба в действащия ГПК с тази по ГПК отм. по тези въпроси, води до извода, че тези становища имат действие и сега и се следват от съдебната практика.¹¹ По този начин се поставя знак за равенство между хипотезите, при които липсващият подпис се дължи на отказ на съдията да подпише решението и тези, при които липсата на подпис се дължи на други, обективни причини.

След влизане в сила на ГПК от 2007 г. в съдебната практика относно валидността на решението и пороците при неговото постановяване, възникнаха допълнителни проблеми, част от които бяха решени в Тълк.реш. № 1/2012 г. по Тълк.д. № 1/2011 г. на ОСГТК на ВКС. В неговия предмет бяха включени два въпроса, отговорите на които бяха следните:

¹⁰ Така, според **Сталев**, Живко, цит.съч., с. 293 „Подписването завършва Р. като писмено волеизявление.“ В това значение на подписа трябва да се разбира и изразът, че „Преди подписването няма Р“ и следователно, не е налице противоречие с посоченото по-горе разбиране на автора за значението на обявяването като елемент от фактическия състав на решението.

¹¹ Впрочем, същото разбиране се споделя и от проф. Сталев, вж. цит. съч., 4 изд.

„Обявеното по реда на чл. 189, ал. 3, изр. 2 ГПК (отм.) и чл. 236, ал. 3, изр. 2 ГПК съдебно решение, което не е подписано от съдията, който след постановяването му е избран за съдия в друг съд или е в обективна невъзможност да стори това, не е нищожно.“

„Съдебното решение, при подписването на което някой от съдиите е бил избран за съдия в друг съд, не е нищожно“.

3.1. Основополагащата теза при отговора на първия от двата, поставени в тълкувателното дело въпроси, се изразява в разбирането, че обявяването на съдебното решение „не е елемент от фактическия състав на валидно формираната воля на съда“, а има за последица само неговата неоттегляемост (чл. 246). Според изразеното виждане, преди обявяването му подписаното решение е валидно, следователно – е без значение дали към този момент постановилият решението съдия е член на съответния съд. От мотивите става ясно също, че няма значение как е отпаднало съдийското качество на съдията, както и че когато решението е постановено от съдебен състав, е възможно при обявяването му никой от членовете на състава да не притежава съдийско качество към този съд. Чрез това разбиране обявяването на решението бива изолирано от фактическия състав на решаването на спора. Този подход крие рискове – именно обявяването е моментът, в който съдебната воля излиза от рамките на институцията, обективира се, става публично достояние. Възможно е веднъж взетото решение, да бъде променено преди обявяването му. Всъщност това изрично се упоменава и в мотивите на тълкувателното решение с ясно формулираната теза, че „подписаният текст може да бъде оттеглен“ от съдията, който го е подписал. Но ако във всеки един момент преди обявяването на решението подписаният текст може да бъде оттеглен, всъщност не доказва ли точно обратната теза – че с обявяването на решението не само настъпва първият етап от неговия стабилитет (чл. 246), а че именно то придава на съдебната воля онова качество, което може да я квалифицира като краен съдебен акт, годен да поражда последици?! Не доказва ли всъщност, че именно с обявяването решението престава да бъде просто „проект“?! Възниква и въпросът – а може ли до обявяването да бъде оттеглено и решението, подписано от целия тричленен състав, който го е приел на тайното съвещание, и да бъде заменено с друго? А възможно ли е то да бъде оттеглено и заменено с друго по волята на мнозинството, въпреки несъгласието на третия член на състава, който при първото становище не е бил на особено мнение, при второто вече е, но отказва да подпише втория документ поради съмнение за оказано неправомерно въздействие? А възможно ли е тази подмяна на първоначалната воля да стане в момент преди обявяването, но именно след като третият член на състава вече е загубил съдийското си качество? Не се ли оказва по този начин лесно подменена вече формираната воля на състава? Как ще се установи, че липсата

на подпис се дължи на изгубено съдийско качество, а не е налице подмяна на първоначалната обща воля? Да, вярно е, че тази ситуация би била трудно установима, но тя би била преодоляна, ако обявяването има статута на елемент от фактическия състав на постановяването на решението. Така опасност от подмяна на изразения вот не би имало, защото липсата на съдийско качество ще бъде изискуема към момента на обявяването, когато бива и завършен фактическият състав на решението. Очевидно е, че делото би следвало да бъде възобновено поради невъзможността да се постанови валиден съдебен акт.

3.2. Свързаните с горните, и други въпроси, относно отказа едно решение да бъде подписано, са третираны в мотивите на тълкувателното решение с разбирането, че отказът е само една от причините за неполагане на подпис от член на състава. Ясно е изразено разбирането, че подписите на останалите двама, при това без да е задължително това да са тези двама съдии, чиято е формираната воля, са достатъчни, за да е налице валиден съдебен акт. Така се елиминира значението на причините за липсата на подпис и според мен, недопустимо се приравняват по значение с оглед валидността на решението, несъвместими пороци. Вярно е, че воля се формира при мнозинство от гласовете, но е налице законово изискване за подписване на решението и от този съдия, който е останал на особено мнение. След като неговият подпис доказва формираната от мнозинството воля и след като този подпис би могъл да бъде и един от двата подписа, положени в документа, то отказът от подписването на решението би следвало да се третира другояче. Третият подпис има собствено правно значение – той удостоверява не само че е формирана воля на мнозинството, а че така формираната воля на мнозинството е валидно формирана, не е манипулирана и няма оказано върху този процес неправомерно въздействие. Това е подчертано ясно и категорично в публикуваното особено мнение към цитираното Тълк.реш. по Тълк.д. № 1/2011 г. на ОСГТК на ВКС: „Няма друг механизъм ,който да гарантира съответствие на изготвения от докладчика писмен проект с приетото в съвещанието решение, освен личния подпис на всеки от участвалите съдии .“¹²

Трудно може да се сподели застъпеното в тълкувателното решение виждане, че законът не прави разлика между причините за неподписването. Дори да се съгласим, че неполагането на подпис не се отразява на валидността на решението, когато се дължи на избирането на член от състава за съдия в друг съд, и тази хипотеза може да бъде подведена под разума на чл. 236, ал. 2, изр. 3, не може да се каже същото за случаите, в които липсата на подпис се дължи на субективни причини и по-конкретно – на отказ решението да бъде

¹² Особеното мнение е подписано от съдиите във ВКС Тая Митова, Любка Илиева, Стойчо Пейчев, Радостина Караколева, Мария Славчева, Мария Иванова, Мариана Костова, Снежанка Николова, Емил Томов.

подписано. Естеството на причината за неподписването не може да бъде ирелевантно, когато се обяснява с наличието на вече формирана валидна воля при гласуването в тайното съвещание. Т.нар. „надлежно автентифициране“ на решението чрез подписите на другите двама съдии не може да бъде противопоставено на изрично заявен отказ от третия член на състава. Трудно може в тези случаи да преценяваме валидността чрез простото съпоставяне на наличието на два подписа срещу липсата на един. Защото, ако подписът на всеки един от членовете на състава удостоверява, че воля от мнозинството е валидно формирана, то липсата на един подпис поради отказ може да доказва единствено, че са налице пороци при формиране на волята на мнозинството. Т.е. – поставянето на подпис и отказът от подписване следва да бъдат третиращи равностойно и огледално – ако при първата хипотеза се доказва формирането на валидна воля, то при втората – се доказва липсата на такава. Трудно можем да си представим практическа ситуация, при която един съдия би рискувал служебния си статус, своя авторитет и кариерното си израстване, отказвайки да подпише съдебния документ без да е мотивиран професионално и морално за това. Дори да постъпи така веднъж, трудно би се осмелил да повтори подобен подход. Отказът от подписване на съдебния акт би бил наистина рядко явление, но точно затова няма практическа полза от застъпването на тезата, че и в този случай съдебното решение е валидно постановено. По-скоро би било възможно обратното – зад наличието на два подписа, да се „скрие“ порочно формирана воля. Възприетото като задължително тълкуване крие в себе си риска от това – след като дори отказът на член от състава да подпише решението, не го прави невалидно, лесно можем да игнорираме пороците, от които може да бъде засегнат самият процес на формиране на съдебната воля от мнозинството. Защото този порок може да бъде не във формалното провеждане на съвещание и гласуване, съобразно законовите изисквания, а да се крие в мотивацията на вота на гласувалите еднакво двама съдии.

Дори тълкуването според „буквата“ на закона (срв. чл. 21, ал. 6 и чл. 236, ал. 3) води до извода, че той не приравнява причините за неполагането на подпис – става дума за хипотези, в които съдията „не може“ да подпише решението, които безспорно обхващат всички причини от обективен характер – от „физическо“ и „правно“ естество, каквото е и разглежданото назначаване на съдията в друг съд. Когато причините са от субективен характер, граматически и логически глагольт, който съответства на липсващия подпис е „не иска“ – т.е. отказва да положи подпис. В този случай е налице изразена воля на отказващия да подпише решението и именно тя идентифицира тази хипотеза като свършено различен правен казус, относим към валидността на правораздавателния акт.

Задължението за поставяне на подпис от всички съдии е предназначено да докаже формирането на валидна воля при вземането на решение. Но такава

задължение не може да съществува в случая, когато съдията твърди наличието на пороци при формиране на тази воля. Напротив – в тези случаи съдията е длъжен да не полага подписа си под решението. Именно в такова поведение се изразява независимостта на съдията и подчинението му само на закона, прогласено в конституционната разпоредба на чл. 117.

Липсата на подпис поради отказ на съдията да подпише решението трябва да се разглежда като индиция, че е възможно да е налице неправомерно въздействие върху всички или върху някои от членовете на съдебния състав при формиране на неговата воля за решаване на спора. Какво би могло да бъде това въздействие, не е и не може да бъде предмет на разследване в рамките на самото гражданско дело. Ако то съставлява престъпление, би следвало да е предмет на наказателно производство по съответния ред и от съответните за това органи. Пороците при формиране на волята при постановяването на решение могат да бъдат различни – в едни случаи съдията може да е субект на престъпното деяние. Точно така предвижда и чл. 303, ал. 1, т. 2, визирайки като основание за отмяна на влязлото в сила решение хипотезите, когато по надлежния ред се установи „престъпно действие на член от състава на съда... във връзка с решаването на делото“. Но също така, съдията може да бъде обект на престъпно въздействие. Такива са случаите, при които върху неговата воля е упражнено неправомерно въздействие, вкл. чрез извършване на престъпление от трети лица (насилие, измама и пр.). В различните хипотези, установяването на съответното престъпно деяние по надлежния ред може да бъде основание за отмяна на влязлото в сила решение по чл. 303, ал. 1, т. 1 или 2.¹³

Безспорно, правната уредба сочи, че в тези случаи решението не е нищожно, а неправилно и подлежи на отмяна. Но от това не следва изводът, че всяко неправомерно формиране на волята на член от състава на съда, води само и единствено до неправилност.

Този извод не е верен поради редица съображения.

Чл. 303, ал. 1, т. 1 и т. 2 гарантира законосъобразността на правните последици на решението образно казано *post faktum*, за да се предотврати проявлението на неговото защитно-санкционно въздействие върху материалните отношения. От тази гледна точка, третирането на такова решение като неправилно е оправдано, доколкото при настъпилата необжалваемост вече сме изправени пред едно решение, което формално е годно за бъде изпълнявано, макар и волята да е порочно формирана. Същественото е, че този порок не е могъл да бъде и не е установен преди решението да стане необжалваемо. В противен случай то би било обект на обжалване. Законът познава т.нар. „трансформации“ на пороците, в зависимост от момента, в който те бъдат констатирани. Така напр., установената липса на надлежна представителна власт по време на висящото производство, когато не бъде отстранена и засяга процесу-

¹³ Срв. различните хипотези при **Сталев**,....

алната му основа, води прекратяването му като недопустимо, въпреки че след влизането в сила на решението, този порок е основание за неговата отмяна като неправилно (чл. 303, ал. 1, т. 5).

Но когато подобно неправомерно въздействие се индицира посредством отказа на съдия от състава да подпише изготвения документ, **то отказът решението да бъде подписано да се приеме за ирелевантен относно валидността му, би означавало да се твърди, че законът допуска и урежда съзнателно хипотеза, която съдържа в себе си потенциал, впоследствие това решение да бъде отменено.** Смисълът на въпросното изискване на подписи от всички е в превенцията на подобен резултат, който сам по себе си е несъвместим с целите на правораздаването.

4. Затова ми се струва, че аргументацията в мотивите към тълкувателното решение, за да се обосноват и двата дадени отговора в него, не следва да произтича от анализ на хипотези, които не са предмет на тълкувателното дело. Отказът на съдия да подпише съдебното решение трябва да се разглежда като самостоятелна и независима от останалите хипотези на неполагане на подпис от един от членовете на съдебния състав, която сама по себе си би следвало да се третира като индиция за невалидно формирана воля и основание за прогласяване на неговата нищожност. Този подход, обаче, следва да рефлектира и върху дадените в решението отговори на поставените два въпроса.

Загубването на съдийското качество в съответния съд не трябва да бъде разглеждано като равностойно на останалите обективни причини преди подписването, респ. преди обявяването на решението. Едно е обективна невъзможност за полагане на самия подпис, друго – липсата на правна възможност решението да бъде подписано. Преминаването на друга работа, уволнението и изобщо – незаемането на съдийска длъжност към момента, в който документът на решението следва да бъде подписан, респ. то да бъде обявено, представлява настъпила правна промяна в статуса на съответния съдия. Новото правно положение означава, че фактическият състав на решението е прекъснат преди да бъде финализиран. Напусналото съдийската длъжност лице не може повече да бъде част от един надлежен съдебен състав, какъвто е необходим за постановяването на решението. Правна промяна представлява и настъпилата междуременно смърт на съдията. Смъртта е юридическо събитие, което дава отражение на хода на производството, в случая преди да бъде завършен фактическият състав на постановяването на решението, един от членовете на законния съдебен състав е загубил правоспособността си.¹⁴

¹⁴ Мисля, че тук следва да бъде отнесена и хипотезата на постяване под запрещение – практически обаче нереализуема, доколкото процесът за този резултат е твърде продължителен, което означава, че съответният съдия далеч преди това би бил заменен като член на състава.

Този подход би имал и дисциплиниращо въздействие при изготвянето и подписването на документите на съдебните решения, както и върху процеса на своевременното им обявяване по законовия ред.

Не на последно място трябва да се подчертае, че в мотивите към т. 15 от цитираното ППВС 1/85 г. изрично се отграничават пороците на решението, предизвикани от обективна невъзможност за полагане на подпис, от тези, при които е налице отказ решението да бъде подписано, а именно: „При отказ от неподисалия член на съдебния състав да подпише съдебния акт е налице основание за обявяване на обжалваното решение за нищожно“.^{15, 16}

В обобщение, видно от гореизложеното, проблемите, които се поставят пред анализа на изискванията за постановяването и валидността на съдебните решения, продължават да съществуват пред теорията и съдебната практика и очакват своето цялостно, вътрешно-безпротиворечиво и съответстващо на целите и смисъла на закона разрешение.

¹⁵ **Пунев**, Благовест в: Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар, проблеми на правораздаването, анализ на съдебната практика (в съавторство), 2. прераб. и доп. изд. София: ИК Труд и право, 2017, с. 656, поддържа категорично тезата, че за да не бъде пречка пред валидността на решението, причината за неподписването му „трябва да бъде обективна и то от физическо, а не от правно естество“.

¹⁶ Същият извод е направен и в цитираното в бел. 12 особено мнение на съдиите от ВКС, според които „отбелязването по чл. 236 ал. 3 изр. второ ГПК (чл. 189 ал. 3 ГПК отм.), като изключение, намира приложение при всяка обективна невъзможност, стига нейна присъща последица да е физическата невъзможност. Изключението ще е приложимо като форма за постановяване на валидно съдебно решение, когато невъзможността за един от членовете на съдебния състав да положи подпис е обусловена от причина, стояща извън неговата воля и същевременно не е израз на воля този съдия да не подпише акта“.

В особеното мнение се посочва още и, че: Връзката между задължението да се подпише съдебното решение, изведено от чл. 236 ал. 1 предл. първо ГПК и постановяването му като акт на съд в съответната форма, характеризира самото задължение като длъжностно. Съдия, който е участвал в разглеждането на делото (чл. 20, предл. второ ГПК) и приемането (чл. 21 ал. 5 ГПК) на решението, но вече няма длъжностното качество, не може да го изпълни. И още: „С обявяването завършва фактическият състав на решението и ако към този момент подписал го член на съдебния състав съдия е загубил това качество в съответния съд, постановеният с негово участие съдебен акт е нищожен. При освобождаване от длъжност съдията губи правомощието да подписва съдебни актове, освен в случаите на изрично уредена в закона правна възможност, при командироване. Без това условие фактическият състав не може да бъде довършен, а подписаното само от двама съдии решение е нищожно“.

ЛИТЕРАТУРА

- Граждански** процесуален кодекс: Приложен коментар, проблеми на правораздаването, анализ на съдебната практика. (В съавторство). 2. прераб. и доп. изд. София: Труд и право, 2017.
- Корнезов**, Любен. Касационно производство. София: Софи Р, 1998.
- Мингова**, Анелия. Въззивно и касационно обжалване на съдебните решения. София: Софи Р, 1999.
- Силяновски**, Димитър. Абсолютна нищожност на съдебните решения. – *Юридическа мисъл*, 1927, № 2; 1928, № 1.
- Сталев**, Живко. Българско гражданско процесуално право. 4. доп. и прераб. изд. София: Наука и изкуство, 1988.
- Сталев**, Живко. Българско гражданско процесуално право. 6. доп. и прераб. изд. София: Сиела, 2000.
- Стамболиев**, Огнян. Атакуване на нищожни съдебни решения по граждански дела. – *Правна мисъл*, 1983, № 6.
- Ballon**, Oskar. Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht Streitiges Verfahren. Leykam, 1993.
- Buchegger**, Walter, Astrid **Diexler**, Richard **Holzhammer**. Praktisches Zivilprozessrecht. Wien-New York, 1988.
- Fashing**, Hans. Lehrbuch des österreichische Zivilprozessrecht. Wien, 1991.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.

Рецензенти – проф. д-р Валентина Попова

доц. д-р Камелия Цолова

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

ПРОМЯНАТА НА МЯРКАТА ЗА ЗАКРИЛА ПРИ ПРЕКРАТЯВАНЕ НА НАСТАНЯВАНЕТО НА ДЕТЕ ИЗВЪН СЕМЕЙСТВОТО

ГАЛИНА ДИМИТРОВА*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Тази статия разглежда въпросите на прекратяване на настаняването на дете извън семейството при промяна на мярката за закрила. Анализирани са всички основания, при които, макар да се прекратява настаняването извън семейството, спрямо детето се прилага нова мярка за закрила, която може да бъде същата или различна по вид от досегашната.

Ключови думи: дете, закрила, настаняване извън семейството, роднина, близък, приемно семейство.

*Доцент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право.

* Associate Professor in Family and Inheritance Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

CHANGING THE PROTECTION MEASURE FOR TERMINATION OF PLACEMENT OF A CHILD OUTSIDE THE FAMILY

GALINA DIMITROVA*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: This article analyzes the issues of termination of placement of a child outside the family when the protection measure is changed. All the grounds on which, despite termination of placement outside the family, a new protection measure, which may be the same or different in nature, has been analyzed.

Keywords: child, protection, placement outside the family, relative, close, foster family.

1. Прекратяване на настаняването на дете извън семейството – понятие

Прекратяването на настаняването на дете извън семейството е преустановяване действието на приложената мярка. Дали от този момент насетне ще се използва отново такава мярка за закрила или не, зависи от причината за прекратяване на съществуващата.

1.1. Анализът на основанията по чл. 29 т. 1–11 на Закона за закрила на детето (ЗЗакрД) показва, че прилагането на една част от тях се съпътства с ново настаняване извън семейството, а на друга – не. Това е така, защото някои от тях указват на отпаднала необходимост от подобна мярка – например – чл. 29, т. 4 – осиновяване на детето, т. 5 – навършване на пълнолетие, ако учи – до завършването на средно образование, но не повече от 20-годишна възраст, т. 6 – с отпадане на основанията по чл. 25, ал. 1, т. 11 – смърт на детето ЗЗакрД. При други обаче нуждата от предприемане на мярката продължава да е налице – чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД.

Следователно, съществуват два вида основания за прекратяване на настаняването – при приложението на една част от тях настаняването престава да действа, като ново не се извършва, а на други е съпроводено с паралелно прилагане пак на настаняване извън семейството и те са предмет на настоящото изследване.

1.2. Законът за закрила на детето изрично посочва, че настаняването извън семейството се прекратява при промяна на мярката за закрила – чл. 29, т. 8 ЗЗакрД. Но промяна в мярката се извършва и при: чл. 29, т. 1 – разваляне на договора, т. 2 – изтичане на срока, т. 3 – взаимно съгласие на страните по договора, т. 7 – смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство, т. 9 – промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес, т. 10 – смърт на лицето или лицата от семейството на роднини или близки,

ЗЗакрД. Необходим е подробен анализ, за да се очертае приложното поле на тези основания, защото, макар да съществува богата съдебна практика, правната теория не е изследвала границите им на приложение, въпреки тяхното безспорно значение. Анализът може да се извърши на базата на систематично тълкуване и би дал отговор на въпроса – основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД общо ли е спрямо останалите. Точното определяне на приложното поле е предпоставка за правилна правна квалификация.

2. Промяна на мярката за закрила – понятие

Изразът „промяна на мярката за закрила“ е легален, използван е в чл. 29, т. 8, чл. 30а, чл. 34 ЗЗакрД, без да е дефиниран. Затова е наложително първо да се изясни какъв смисъл следва да се влага в него.

2.1. Промяна на мярката за закрила в по-общ план има, когато приложената преустановява действие, а спрямо детето се предприема друга. Промяната в мярката за закрила в случаите на настаняване извън семейството представлява прекратяване на настоящата мярка и прилагането на нова, която може да бъде еднаква или различна като вид настаняване от досегашната. Когато предпоставките по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД продължават да съществуват, е необходимо съдът отново да настани детето извън семейството. До произнасянето на съда тази дейност се извършва от Дирекция „Социално подпомагане“. Директорът трябва да издаде заповед за временно прекратяване на настаняването по административен ред и ново настаняване по същия ред. Това е възможно както ако се преустановява настаняването в едно приемно семейство (чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД)/семейство на роднини или близки (чл. 4, ал. 1, т. 2 ЗЗакрД) и детето се настанява в друго, така и ако престава действието на настаняването в приемно семейство и детето се настанява в семейство на роднини или близки и обратното, но също и при предоставяне на социални и интегрирани здравно-социални услуги за резидентна грижа¹ (чл. 4, ал. 1, т. 5 ЗЗакрД) и преминаването към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 4 ЗЗакрД, както и обратното. Тъй като естеството на останалите обсъждани основания е такова, че е изключена възможността за повторно настаняване в същото семейство или социална услуга, ново настаняване в настоящото приемно семейство, семейство на роднини или близки, социална услуга за резидентна грижа е възможно само

¹ Според § 1, т. 15 от Закона за социалните услуги „резидентна грижа“ е дейност за осигуряване на място за настаняване на деца, младежи до 25-годишна възраст, лица с трайни увреждания и лица в надтрудоспособна възраст и в зависимост от индивидуалните потребности – за осигуряване на 24-часова грижа за посрещане на ежедневните потребности и потребностите от развитие на лицата или за осигуряване на подкрепа за водене на самостоятелен начин на живот.

при прекратяване поради изтекъл срок (чл. 29, т. 2 ЗЗакрД). Дори и в такава ситуация би имало промяна в мярката. Това е така, защото с решение съдът ще прекрати съществуващата на базата на чл. 29, т. 2 ЗЗакрД – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД, отново ще прецени има ли предпоставка по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, ще съобрази правилата на чл. 26–28 ЗЗакрД – арг. от чл. 30а ЗЗакрД, ще определи нов срок². Ако нямаше промяна в мярката, съдът нямаше да е длъжен да извършва тази дейност – виж по-нататък в изложението т. 2.2.

Следователно, при промяна на мярката за закрила новата може да бъде различна или идентична като вид с предходната. В този смисъл е и съдебната практика – виж например Решение от 12.03.2013 г. по гр.д. № 59/2013 г. на Районен съд – Чирпан³, Решение № 24 от 25.01.2013 г. по гр.д. № 984/2012 г. на Районен съд – Нови пазар⁴, Решение № 121 от 19.03.2013 г. по гр.д. № 52/2013 на Районен съд Търговище, Решение № 893 от 10.06.2014 г. по гр.д. № 2263/2014 г. на Районен съд – Плевен, Решение № 127 от 12.10.2015 г. по гр.д. № 654/2015 г. на Районен съд – Свищов, Решение № 827 от 2.06.2014 г. по гр.д. № 2095/2014 г. на Районен съд – Плевен, Решение № 730 от 17.05.2018 г. по гр.д. № 2657/2018 г. на Районен съд – Плевен, и много други.

2.2. Противното разбиране в практиката е изолирано – виж без аргументи – Решение № 371 от 29.11.2018 г. по гр. д. 542/2018 г. на Окръжен съд – Враца, в мотивите, на което се твърди, че няма промяна на мярката за закрила, щом детето се настанява от едно приемно семейство в друго, и следователно производството не може да се квалифицира като такова по чл. 30а ЗЗакрД⁵. Срещу него могат да се противопоставят няколко аргумента:

– Ако се приеме, че няма промяна на мярката за закрила, тогава предходната не трябва да преустановява своето действие. Освен в хипотезите на автоматично прекратяване, съдът трябва да се произнесе по два въпроса – единият – за прекратяване на приложената мярка – вторият – за определяне на нова, нещо, което се признава в цитираното по-горе решение;

– Настаняването извън семейството винаги е конкретно – в заповедта на директора на Дирекция „Социално подпомагане“ и в решението на съда точно

² Виж Решение № 121 от 19.03.2013 г. по гр. д. № 52/2013 на Районен съд Търговище. Всички решения в статията са цитирани по ПИС СИЕЛА.

³ Решението постановява: „Прекратява настаняването в професионално приемно семейство, а именно на [...], и изменя по отношение на детето мярка за закрила „настаняване в приемно семейство“, като го настанява в професионално приемно семейство, а именно това на [...]“.

⁴ Решението постановява: „Прекратява настаняването в професионално приемно семейство на [...] Настанява детето в професионално приемно семейство на [...]“.

⁵ Въпреки това твърдение, съдът е потвърдил решението на първоинстанционния съд, с което той е прекратил настаняването в първото приемно семейство, и е спазил реда по чл. 26–28 ЗЗакрД за настаняване на детето в ново приемно семейство.

се указва семейството, в което се извършва настаняване, съответно социалната или интегрираната здравно-социална услуга за резидентна грижа. Дори да е наложително използването на еднаква по вид с настоящата мярка, последната трябва да престане да действа, за да е възможно приложението на друга. Дирекция „Социално подпомагане“ има компетентност само временно да я прекрати (чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД), но тази компетентност ѝ е дадена с цел незабавно да извърши ново настаняване, което няма как да стане без прекратяване на предходното;

– Не е допустимо съвместното съществуване на две настанявания извън семейството, защото биха се породили непреодолими противоречия и неразрешими състояния. В такава ситуация би се оказало например, че всяко от семействата, в което е извършено настаняване, има задължение да полага грижи за детето, последното трябва да живее и при двете, във връзка с това съдът би бил изправен пред сложен въпрос, ако едното поиска връщане на детето от другото (чл. 137, ал. 3, изречение последно СК във връзка с чл. 126, ал. 2 СК), тъй като ще има повече от едно действащи настанявания;

– Ако приемем, че при определяне на същото по вид като приложеното настаняване, няма промяна в последното, тогава съдът не е длъжен на основание чл. 30а ЗЗакрД да спази правилата на чл. 26–28 ЗЗакрД, не трябва да извършва преценка има ли предпоставки за настаняване извън семейството, не е необходимо да следва поредността, установена от чл. 26, ал.1 ЗЗакрД – чл. 28, ал. 4, изречение последно ЗЗакрД. Оказва се и че не е нужен акт на компетентен орган за настаняване, защото разпоредбата на чл. 28 ЗЗакрД няма да се прилага. Изводът е абсурден и не може да получи подкрепа, тъй като негов резултат ще бъде настаняването без основание, извършено при грубо погазване правата на детето и родителите му. Такова тълкуване противоречи на принципа за закрила на детето, прокламиран от чл. 47 Конституцията на Република България и чл. 3 ЗЗакрД. Аргумент против застъпената теза не може да бъде чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД, предвид правомощието на Дирекция „Социално подпомагане“ да извършва настаняване извън семейството, което тя прави след преценка за интереса на детето от прилагането на подобна мярка, защото нейните функции в тази насока са ограничени – само до произнасянето на съда, т.е. само съдът може да постанови постоянна мярка.

Въз основа на казаното може да се направи извод, че промяна на мярката за закрила настаняване извън семейството има, когато се прекратява съществуващото и се прилага друго, без значение на вида му, т.е. новата мярка за закрила може да бъде еднаква или да се различава като тип настаняване от досегашната.

3. Характерни белези на основанията за прекратяване на настаняването на дете извън семейството, при които се извършва ново настаняване

3.1. Промяна в мярката за закрила се извършва, когато има изменение в обстоятелствата от значение за настаняване извън семейството. Макар изискване в този смисъл да съдържа само чл. 29, т. 9 ЗЗакрД, изменение се открива и при разваляне на договора, взаимно съгласие, изтичане на срока, смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство/семейството на роднини или близки, промяна на мярката за закрила. Израз на това променяне могат да бъдат новонастъпили факти, осъществили се след настаняването – такива са например виновното неизпълнение, съпроводено с разваляне на договора, взаимното съгласие за прекратяване на договора, влошаването на отношенията между приемното семейство/семейството на роднини или близки и детето, изтичането на срока, появата на подходящо приемно семейство и др. Следва да се приеме, че релеванти са и факти, които са съществували към момента на настаняването, но не са били известни на съда или Дирекция „Социално подпомагане“ по различни причини – например прояви на приемното семейство, които свидетелстват, че лицата нямат необходимите качества да отглеждат и възпитават детето – тежко умишлено престъпление разкрито и доказано след настаняването; роднина или близък, който иска да полага грижи за детето, но не е бил издирен при предходното настаняване и др.

Изменението в обстоятелствата е характерен белег за всички разглеждани основания и може да бъде критерий за определяне на приложното им поле, доколкото при някои от тях е свързано само с детето, при други – с лицето, при което е извършено настаняването – виж по-нататък т. 4–9.

3.2. Анализът на чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД показва, че при проявлението на някои от прекратителните основания интересите на детето са засегнати неблагоприятно – разваляне поради неизпълнение на задълженията на приемното семейство; в някои хипотези на промяна на обстоятелствата, свързани с детето – например негово заболяване, а в съществуващото настаняване не могат да му бъдат осигурени адекватни грижи; при изоставяне на детето от роднината или близкия; и т.н. При други – могат да бъдат накърнени негативно – примери са прекратяването на договора с приемното семейство по взаимно съгласие или изтичане срока на настаняване, а детето не е навършило пълнолетие, защото остава без грижи, и др. За да се извърши промяна в мярката за закрила обаче, е безусловно необходимо да се установи, че тя е в интерес на детето – арг. от чл. 3, т. 3 от ЗЗакрД, който прокламира осигуряването на най-добрия интерес на детето като основен принцип за закрила. Съдебната практика е в същия смисъл – виж например Определение № 15550 от 25.11.2013 г. по

адм.д. № 9522/2013 г., IV отд. на ВАС, Решение № 33 от 24.06.2013 г. по гр.д. № 225/2013 г. на Районен съд – Чирпан, Решение № 489 от 28.03.2014 г. по в.гр.д. № 363/2014 г. на Окръжен съд – Варна и много други.

3.3. Две от обсъжданите основания имат автоматичен прекратителен ефект – смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство, смърт на лицето или лицата от семейството на роднини или близки – чл. 29, т. 7, 10 ЗЗакрД, затова те са „извънсъдебни“. Останалите са „съдебни“, нуждаят се от релевиране по съдебен ред. Такива са – развалянето на договора, изтичането на срока, взаимното съгласие на страните по договора, промяната на мярката за закрила, промяната на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес.

3.4. От тълкуването на чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД е видно, че някои от основанията могат да се използват за прекратяване на всички видове настаняване извън семейството, други – само за точно определен вид. Това обосновава разделянето им на две групи – общи и специални. Специални се съдържат в чл. 29, т. 1, 3, 7, 10 ЗЗакрД и касаят прекратяване на настаняването в приемно семейство, а това по чл. 29, т. 10 ЗЗакрД – в семейство на роднини или близки. Останалите са общи – чл. 29, т. 2, 8, 9 ЗЗакрД, относими са спрямо всички видове настаняване извън семейството.

Тъй като приложното поле на основанията по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД може да се очертае с помощта на систематично тълкуване с останалите прекратителни основания, паралелно с които се извършва промяна на мярката за закрила, е необходимо те да бъдат разгледани най-напред.

4. Разваляне на договора (чл. 29, т. 1 ЗЗакрД)

Според чл. 29, т. 1 ЗЗакрД настаняването извън семейството се прекратява при разваляне на договора⁶. Разпоредбата е приложима единствено спрямо приемното семейство (чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД), тъй като само с него се сключва договор (чл. 27, ал. 5 ЗЗакрД). А чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е относим и към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 5 ЗЗакрД – настаняване в семейство на роднини или близки или в социална услуга за резидентна грижа.

4.1. Развалянето се извършва при виновно неизпълнение на задълженията на страна по двустранен договор, какъвто е и този, сключен с приемното

⁶ Развалянето на договора не води до автоматично прекратяване на настаняването – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

семейство⁷, тъй като задължения имат и двете страни. Законът за закрила на детето не посочва изрично неизпълнението на кои от тях дава право на кредитора да развали договора.

Една част от задълженията на страните изрично са изброени в закона – чл. 33, ал. 1 ЗЗакрД, чл. 137 СК, други могат да бъдат извлечени по тълкувателен път⁸. Основното задължение на лицето или съпрузите от приемното семейство е да полагат грижи за отглеждането и възпитанието на детето. Грижите са действия, посредством които се обезпечава нормалното съществуване на детето, неговият живот и здраве. Те обхващат физическото, умственото, нравственото и социалното развитие на ненавършилия пълнолетие и заместват родителските. Осъществяват се чрез фактически действия, които се отнасят до хигиената, храната, облеклото и т.н., зависят от възрастта на детето, особеностите на неговото физическо и психическо развитие, здравословно състояние. Законодателят определя какъв стандарт на живот следва да се осигури на дете, настанено в приемно семейство с Наредбата за критериите и стандартите за социални услуги за деца. Приемният родител дължи и съдействие при осъществяване на контактите между родителите и детето (чл. 33, ал. 1 ЗЗакрД). Извършва и правни действия в мащаб, определен от чл. 137 СК.

Водещото задължение на другата страна по договора е да осигури финансиране.

Виновното неизпълнение на което и да е от тези задължения, освен че може да има много изразни форми, представлява предпоставка за разваляне на договора. Поради изключителната практическа важност на тези прояви те ще бъдат изброени, макар и примерно. Към тях могат да се отнесат – приемният родител не полага дължимите грижи за детето – за физическото му развитие, не му осигурява храна, дрехи, дом; не се грижи за възпитанието, не оказва съдействие в образованието му, с активни действия създава пречки да посещава училище; не живее с детето, изоставил го е – дезинтересирал се е към него, и други.

Договорът може да се развали при създаването на вредни навици у детето – използването му за просия или за реализиране на престъпна дейност – извършване на кражби, разпространение на наркотици и други.

Неизпълнението на задълженията може да се изрази в упражняване на физическо насилие над детето – нанасяне на побой, причиняване на телесна повреда, опит за убийство и др.; осъществяване на психическо насилие и други.

⁷ **Марков**, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство. Съвременно право, 2004, № 2, с. 9.

⁸ Тяжното обстойно разглеждане може да стане в рамките на нарочно самостоятелно изследване.

При упражняване на физическо или на психическо насилие, приложения могат да намерят и мерките по Закона за защита от домашното насилие (ЗЗДН). Защита по този закон може да потърси дете, пострадало от домашно насилие, извършено от приемен родител (чл. 3, т. 8, предложение последно ЗЗДН). Независимо от реализирането на мерки по цитирания закон, макар дори да не е нужно да се изчаква тяхното приложение, или сезиране на компетентните органи по Закона за защита от домашното насилие, договорът с приемното семейство ще бъде развален. Ако са сезирани органите на Министерство на вътрешните работи (чл. 4, ал. 2 ЗЗДН), те следва да информират незабавно Дирекция „Социално подпомагане“ – арг. от чл. 7, ал. 2 ЗЗакрД, която трябва да направи проверка и временно да прекрати настаняването. Уведомление може да извърши всяко лице, на което стане известно, че върху детето се упражнява насилие от приемния родител или той не осъществява други свои задълженията в това си качество (чл. 7, ал. 1 и 2 ЗЗакрД).

Релевантни са всички форми на неизпълнение – пълно или неточно (частично, забавено, лошо). Неточното изпълнение не трябва да е незначително с оглед интереса на детето – арг. от чл. 87, ал. 4 Закона за задълженията и договорите (ЗЗД). Най-често дори еднократното неизпълнение на задълженията на приемното семейство ще даде повод за разваляне на договора, защото сериозно засяга интереса на детето, а оттам и обществения интерес – например нанасяне на побой, изпъждане и др. Подобни прояви не е нужно да бъдат извършвани системно, за да се развали договорът. Следователно критерий трябва да бъде видът на неизпълненото задължение, ако се засяга животът, здравето, възпитанието, образованието, физическото или психическото развитие на детето. В редки хипотези неизпълнението би било незначително по смисъла на чл. 87, ал. 4 ЗЗД – например приемното семейство веднъж не е изпълнило задължението си за съдействие при осъществяване на контакти между детето и неговите родители или за даване на сведения за детето.

4.2. Законът за закрила на детето не съдържа нарочно правило, което да определя по какъв ред се извършва развалянето, няма и текст, който да предвижда, че за неуредените в този закон въпроси се прилагат разпоредбите на гражданското законодателство. И това е разбираемо, тъй като обсъжданият закон урежда специфичната материя по закрила на децата, която касае изключително неимуществени отношения. Въпреки това обаче не може да има съмнение, че по въпросите, отнасящи се до развалянето на договора с приемното семейство, са приложими съответно правилата на чл. 87 ЗЗД⁹. Следователно, редът на разваляне е този, който предвижда чл. 87 ЗЗД, като се съобрази спецификата на регулираните отношения. Това означава, че кредиторът следва

⁹ Така **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 15.

да отпрати до неизпълнилия длъжник едностранно изявление. Договорът с приемното семейство се сключва в обикновена писмена форма¹⁰, следователно и изявлението трябва да бъде в тази форма – арг. от чл. 87, ал. 1, изречение последно ЗЗД. Ако се извърши устно, последицата ще бъде нищожност, разваляне няма да има, тъй като формата е за валидност¹¹.

Дали кредиторът трябва да даде подходящ срок за изпълнение? Отговорът безспорно е положителен само когато приемното семейство е изправната страна – изпълнява задълженията си, но не получава финансиране. Тогава е оправдано съпрузите или отделното лице да дадат подходящ срок за изпълнение на паричното задължение, след безрезултатното изтичане на който договорът ще се развали.

Когато членовете на приемното семейство не изпълняват задълженията си, ми се струва, че естеството на разглеждания договор е такова, че не е необходимо винаги Дирекция „Социално подпомагане“, съответно лицензираният доставчик на социални услуги или общината, да дава подходящ срок за изпълнение. Критерий трябва да бъде видът на неизпълненото задължение. Ако например това е задължението за даване на сведения за детето или за оказване на съдействие за осъществяване на контактите между детето и родителите му, или за осигуряване на достъп на доставчика на социалната услуга по чл. 4, ал. 1 от Наредба за условията и реда за кандидатстване, подбор и утвърждаване на приемни семейства и настаняване на деца в тях (НКПУПСНДТ) за наблюдаване на приемната грижа (чл. 21 и сл. НКПУПСНДТ), такъв срок следва да бъде определен. В останалите случаи обаче фактът на виновно неизпълнение и необходимостта от своевременно осигуряване на надлежни грижи позволява разваляне на договора, без едностранното изявление да съдържа даден от кредитора срок за изпълнение. Изчакването на определен период от време, поверяването на детето на лице, което виновно не изпълнява задълженията си, може само да увреди интересите на ненавършилия пълнолетие. Поканата към приемния родител да изпълни задълженията си би била в пълен разрез с принципа за закрила на детето в ситуация на изпъждане, насилие, неосигуряване на храна, подслон и т.н., която е дала основание за разваляне. На основание чл. 87, ал. 2, предложение второ ЗЗД, кредиторът може да развали договора, без да дава подходящ срок за изпълнение, ако поради забава на длъжника изпълнението е станало безполезно за кредитора. В така описаните хипотези, щом Дирекция „Социално подпомагане“ установи, че за детето не се полагат грижи, ще прибегне до друго настаняване извън семейството, като

¹⁰ Така **Марков**, Методи. Семейно и наследствено право. Помагало. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014, с. 171. **Матеева**, Екатерина. Семейно право на Република България. София: ВСУ „Черноризец Храбър“, 2010, с. 469.

¹¹ Виж в този смисъл **Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. София: Сиби, 2001, с. 320.

временно ще преустанови действието на съществуващото, и в този смисъл по-късното изпълнение е станало безполезно.

По посочените съображения развалянето на договора не може да бъде частично – само за задълженията, които приемното семейство не изпълнява, а за останалите да е в сила, защото сериозно ще се накърнят интересите на детето и общественият интерес.

Договорът се разваля винаги извънсъдебно, макар за прекратяване на настаняването да е необходимо съдебно решение.

Особеност на развалянето на обсъждания договор е, че то произвежда действие само за в бъдеще, предвид трайния характер на неговото изпълнение. Това следва от правилото на чл. 88, ал. 1, изречение първо ЗЗД, според което развалянето на договори с продължително изпълнение има действие само за в бъдеще, която разпоредба се прилага към настоящия договор. И двете страни имат задължения, които са с продължително или периодично изпълнение. Задължението да се осигури финансиране е с периодично изпълнение. По-голямата част от задълженията на лицето или съпрузите от приемното семейство са с продължително изпълнение – например за съвместно живеене, а други – с периодично – съдействие за осъществяване на контакти с родителите по произход.

4.3. Най-голямо практическо значение имат хипотезите, в които приемното семейство не полага грижи за детето. При констатиране на неизпълнение, както споменах, по силата на чл. 30, ал. 2 ЗЗакрД Дирекция „Социално подпомагане“ временно ще прекрати настаняването до произнасяне на съда и ще вземе решение относно бъдещото отглеждане и възпитание на детето или ще приеме друга временна мярка за закрила, ако по този начин се осигурява най-добрият интерес на детето.

Въпросът, който се поставя тук е – на какво основание Дирекция „Социално подпомагане“ ще прекрати настаняването? Отговорът не може да бъде еднозначен, зависи от това кой е сключил договора с приемното семейство и как са се развили отношенията във всеки отделен случай.

Договорът се сключва от доставчика на услугата “приемна грижа“, а това може да бъде Дирекция „Социално подпомагане“, общината или лицензиран доставчик на социални услуги – арг. от чл. 4, ал. 1 НКПУПСНДТ и чл. 27, ал. 5 ЗЗакрД, от една страна, и приемното семейство – от друга.

Договор, сключен от Дирекция „Социално подпомагане“, ще бъде развален от нея, тя ще преустанови действието на настоящата мярка по силата на чл. 29, т. 1 ЗЗакрД. Когато страна е общината или лицензираният доставчик на социални услуги, е възможно договорът да не е развален към момента на прекратяване на настаняването по административен ред. Дирекция „Социално подпомагане“ трябва да направи уведомление до тях за констатираното не-

изпълнение. Може да преустанови действието на настаняването въз основа на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото е възникнала необходимост от прилагане на нова мярка за закрила, а все още няма разваляне. До произнасянето на съда договорът ще бъде развален от общината/лицензиращия доставчик на социални услуги. В друга хипотеза е мислимо те да подадат сигнал по чл. 9 ППЗЗакрД и да развалят договора. Тогава Дирекция „Социално подпомагане“ ще приложи чл. 29, т. 1 ЗЗакрД. Основанието, на което съдът ще прекрати настаняването, ще бъде със същата правна квалификация.

4.4. Промяната на обстоятелствата се изразява във виновно неизпълнение, довело до разваляне на договора. Затова в приложното поле на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД не се включват случаите на виновно неизпълнение на задълженията на приемното семейство, защото тогава договорът се разваля и на тази база съдът прекратява настаняването. Следователно, основанието по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД се изключва от това по чл. 29, т. 1 ЗЗакрД, което се очертава като специално, регламентира по-тясна хипотеза в сравнение с първото. Прекратяване на настаняването в приемно семейство по силата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД може да се извърши, ако договорът не е развален.

Правната последица от прилагането на чл. 29, т. 1 ЗЗакрД е, че съгласно чл. 32, т. 5 ЗЗакрД не могат да кандидатстват за приемно семейство, приемни семейства отстранени от тази дейност поради виновно неизпълнени задължения.

5. Взаимно съгласие на страните по договора (чл. 29, т. 3 ЗЗакрД)

Договорът с приемното семейство може да се прекрати по взаимно съгласие¹² на страните по него – отделното лице, съответно един от съпрузите – арг. от чл. 57а, ал. 3 ППЗЗакрД, от една страна, а от друга – действието ще бъде извършено от Дирекция „Социално подпомагане“ или общината, или лицензиращия доставчик на социални услуги. Това по своята същност представлява преустановяване действието на договора преди изтичане на неговия срок и не касае случаите на отпаднала необходимост от настаняване, защото тогава основанието би било друго – например осиновяване (чл. 29, т. 4 ЗЗакрД), навършване на пълнолетие (чл. 29, т. 5 ЗЗакрД) и други.

5.1. Договорът може да бъде прекратен по взаимно съгласие във всеки един момент от съществуването му. Разглежданият способ позволява на страните по свое усмотрение, когато искат, да сложат край на договорните си отношения. Показва и нежелание на приемния родител да продължи да полага

¹² Взаимното съгласие, макар и да прекратява договора, не води до автоматично прекратяване на настаняването – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

грижи за детето в бъдеще. Извънсъдебното съглашение прекратява договора и служи за основание за прекратяване на настаняването. Необходимо е отделното лице или съпрузите от приемното семейство да са дееспособни, да не са поставени под запрещение. Ако са запретени, настаняването ще се прекрати, защото е необходима промяна в мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД). Впрочем, това ще бъде извършено в един предхождащ поставянето под запрещение момент – този, в който Дирекция „Социално подпомагане“ установи, че за ненавършилия пълнолетие не се полагат адекватни грижи. Основанието е това по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД.

Както беше изложено, договорът с приемното семейство се сключва в обикновена писмена форма, следователно и взаимното съгласие за прекратяване трябва да бъде облечено в тази форма. Ако е постигнато само устно, няма да има действие. Прекратяването не може да се извърши мълчаливо – като приемното семейство изостави детето или го предаде на Дирекция „Социално подпомагане“. Изоставянето на детето е основание за разваляне на договора (чл. 29, т. 1 ЗЗакрД).

Преустановяване действието на договора по взаимно съгласие само от един от членовете на приемното семейство, което да поражда действие и за двамата, не е възможно. За да се постигне този ефект, е необходимо да има изразена воля и от двамата съпрузи, може единият да е упълномощен от другия.

Възможно е обаче преустановяване на настаняването само при един от съпрузите. В този смисъл прекратителното действие да обхване само него, а другият да продължи да изпълнява задълженията си. Такъв би бил случаят например, ако един от съпрузите заминава в чужбина за продължителен период от време.

Мотивите за прекратяване на обсъжданото основание могат да бъдат много – заболяване, служебна ангажираност, отсъствие от страната, появата на нов член на семейството и др. Страните не са длъжни да се мотивират. В така описаните хипотези, ако договорът не бъде прекратен по взаимно съгласие, неговото действие може да бъде преустановено на базата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото е възникнала необходимост от промяна на мярката. Дали ще се използва едната или другата възможност, зависи от избора на страните. Ако не постигнат взаимно съгласие, тогава съпрузите могат да сезират съда – арг. от чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД, но в този случай основанието ще бъде друго – промяна на мярката (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД).

Законът за закрила на детето не урежда възможност за прекратяване на договора с едностранно предизвестие. Приемният родител има две възможности, ако не иска да се грижи вече за детето. Първата е да докаже пред съда наличието на някое от изброените в чл. 29 ЗЗакрД основания, разбира се, извън тези, които имат автоматично действие. Нежеланието да се изпълняват функциите на приемно семейство, може да бъде причина за прекратяване на

настаняването по силата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, тъй като детето трябва отново да бъде настанено извън семейството.

Втората е прекратяване с едностранно предизвестие, ако изрично е предвидено в договора. В този случай страните са регламентирали хипотезите, в които прекратяване може да се извърши с подобно предизвестие.

5.2. Видно от изложеното, чл. 29, т. 3 ЗЗакрД има по-тесен обхват в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД както по отношение на правопораждащия факт – взаимно съгласие, така и спрямо приложената мярка – тя може да бъде само тази по чл. 4, ал. 1, т. 4 ЗЗакрД. В хипотезите на чл. 29, т. 3 ЗЗакрД нуждата детето отново да се настани извън семейството, налага прекратяване на съществуващото настаняване, което съдът ще постанови въз основа на чл. 29, т. 3 ЗЗакрД и ще приложи някоя от мерките в последователността, указана от чл. 26, ал. 1 ЗЗакрД. С други думи, ще има промяна в мярката за закрила, макар чл. 29, т. 8 ЗЗакрД да не се прилага, защото съдържащата се в него норма се явява обща спрямо тази по чл. 29, т. 3 ЗЗакрД и се изключва от нея.

6. Смърт на съпрузите или на лицето от приемното семейство (чл. 29, т. 7 ЗЗакрД), съответно лицето/лицата от семейството на роднини или близки (чл. 29, т. 10 ЗЗакрД)

При сключване на договор с приемното семейство¹³, а така също и при настаняване в семейство на роднини или близки, водещи са личните качества на лицето или съпрузите от това семейство. Затова, когато физическото лице почине, настаняването престава да действа. Тази е последицата и за договора, сключен с приемното семейство¹⁴. Фактът на смъртта се установява с акт за смърт. Той се издава по реда на Закона за гражданската регистрация. Обявената с решение на съда смърт има същите правни последици, както и действителната (чл. 17, ал. 1 ЗЛС)¹⁵. Тя обаче не е релевантна за приложението на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД. Това е така, защото е необходимо съгласно чл. 14 ЗЛС да изтекат пет години от деня, за който се отнася последното известие за отсъстващия, за да може съдът по искане на прокурора или на всеки заинтересуван да обяви неговата смърт. Законът предвижда и по-кратък срок. Той

¹³ Виж за тази характеристика на договора с приемното семейство като договор с оглед личността у **Марков**, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство., с. 10, 11.

¹⁴ Така **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 15 и **Матеева**, Екатерина. Цит. съч., с. 470.

¹⁵ Процесуалните правила се уреждат от чл. 549–552ГПК. Обявяването на отсъствието не е задължително условие за обявяване на смъртта (чл. 14, ал. 2 ЗЛС). Денят на смъртта на лицето, обявено за починало, се определя от съда, съобразно доказателствата по делото. Когато се съберат данни за момента на смъртта, датата се определя съгласно тях. Ако обаче такива няма, за момент на смъртта се приема денят, в който се отнася последното известие за лицето (чл. 16, ал. 2 ЗЛС).

касае военни действия или друго събитие (самолетна катастрофа, потъване на кораб и др.), което дава основание да се предполага, че лицето е загинало. Срокът е фиксиран на две години и тече от прекратяването на военните действия или на събитието. Независимо дали става дума за две или за пет години, това е твърде дълъг период от време, изчакването на който само би увредило интересите на детето. Ако лицето е в безвестно отсъствие, настаняването ще се прекрати, тъй като се е породила необходимост от промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД) – виж по-нататък в изложението т. 9.

Прекратителният ефект настъпва на датата, отразена в акта за смърт, на която лицето е починало. Необходимо е да се направи важно уточнение – ако е починал един от приемните родители или от лицата от семейството на роднини или близки, настаняването при другия ще продължи да действа. Преустановява се само настаняването спрямо починалия. Към този извод насочва граматическото тълкуване на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД, който изисква при настаняване при съпрузи или две лица и двамата да са починали. Ако смъртта на единия прекратяваше настаняването и спрямо преживелия, законодателят щеше да предвиди изрично правило в този смисъл. Следователно, настаняването спрямо двамата съпрузи от приемното семейство/лицата от семейството на роднини или близки се прекратява, когато и двамата починат. Тогава е необходимо детето отново да се настани извън семейството.

При проявлението на основанията по чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД трябва отново да се извърши настаняване извън семейството, т.е. да се промени мярката за закрила. Нормата на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е обща и спрямо тези по чл. 29, т. 7 и 10 от ЗЗакрД, те регулират изрично и изчерпателно уредени хипотези на прекратяване на настаняването и имат по-тесни граници на приложение, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, тъй като са относими само към мерките по чл. 4, ал. 1, т. 2 и 4 ЗЗакрД. Особеното е, че в случаите на чл. 29, т. 7 и 10 ЗЗакрД, настаняването престава да действа автоматично (чл. 30, ал. 1 *in fine* ЗЗакрД), докато прилагането на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД изисква преценка на компетентен орган – Дирекция „Социално подпомагане“, съда.

7. Изтичане на срока (чл. 29, т. 2 ЗЗакрД)

Настаняването извън семейството винаги е за определен период от време. За да престане неговото действие, дори при изтекъл срок, е необходимо съдебно решение. Правното основание за това е чл. 29, т. 2 ЗЗакрД¹⁶ във връзка с чл. 30, ал. 1 ЗЗакрД.

¹⁶ В този смисъл е и съдебната практика – виж например – Решение № 730 от 17.05.2018 г. по гр.д № 2657/2018 г. на Районен съд – Плевен, Решение № от 4.03.2008 по гр.д. № 21/2008 г. на Пирдопски Районен съд.

Допустима ли е клауза в договора с приемното семейство, според която настаняването се продължава автоматично за определен период от време, ако до изтичане на срока му никоя от страните по него не възрази срещу това продължаване? Въпреки че случаят не е уреден в Закона за закрила на детето, а Законът за задълженията и договорите не съдържа забрана за подобна клауза, но позволява на страните да определят свободно съдържанието на договора, без да нарушават императивни правни норми или добрите нрави (чл. 9 ЗЗД), отговорът трябва да бъде отрицателен. Обсъжданият договор е тясно свързан с материята по закрила на децата, където водещ е едноименният принцип. Съдът е преценил, че детето се нуждае от тази мярка за закрила за определен период. Настаняването за нов може да стане само със съдебно решение¹⁷, тъй като представлява крайна и изключителна мярка¹⁸, чието приложение изисква преценка на съда, и не може да стане по взаимно съгласие на страните.

По изложените съображения законодателят не е предвидил възможност за мълчаливо продължаване срока, ако членовете на приемното семейство/ семейството на роднини или близки, на персонала на социалната услуга за резидентна грижа не престават да полагат грижи за детето, след като е изчерпан, както и за удължаването му по взаимно съгласие.

Само ако детето не е навършило пълнолетие и е налице някоя от предпоставките по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, отново ще бъде настанено извън семейството, т.е. ще има промяна на мярката, но прекратяването на съществуващата няма да се извърши съобразно чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, а въз основа на чл. 29, т. 2 ЗЗакрД. Член 29, т. 2 ЗЗакрД регламентира специална хипотеза, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, на основание за прекратяване на мярката за закрила.

Често в съдебните решения се посочва, че настаняването е до достигане на пълнолетие от детето или до навършване на 20-годишна възраст, ако продължава средното си образование, или до настъпване на промяна в обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес. В първия и втория случай релевантното прекратително основание е това по чл. 29, т. 5 ЗЗакрД, а в третия – чл. 29, т. 9 ЗЗакрД. При навършване на пълнолетие, съответно 20-годишна възраст отпада необходимостта от прилагане на мярка за закрила. В хипотезите на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД обаче такава се налага – виж т. 8 по-нататък в изложението.

¹⁷ Отглеждането и възпитанието на децата се осъществяват от техните родители. Само по изключение детето може да бъде настанено извън семейството и грижите по отглеждане и възпитание да се поемат от друго лице. По тази причина законодателят е уредил компетентност на съда при прилагане на мярката за закрила – настаняване извън семейството.

¹⁸ **Ненова**, Лиляна. Семейно право на Република България: По новия Семейен кодекс от 2009 г. Нова редакция проф. д-р Методи Марков. 3. осн. прераб. и доп. изд. Кн. 2. София: Софи-Р, 2010, с. 462.

8. Промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес (чл. 29, т. 9 ЗЗакрД)

За приложението на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД са необходими две кумулативно дадени предпоставки – установено изменение в обстоятелствата, свързани с детето, и констатация, че промяната на мярката за закрила отговаря на интереса на детето.

Дирекция „Социално подпомагане“ трябва да извърши проверка и много детайлна преценка на интересите на ненавършилия пълнолетие, като вземе предвид, освен неговите чувства и желания и физическите, психическите и емоционалните му потребности, възрастта, здравословното състояние, опасността или вредата, която му е причинена или вероятността за причиняването ѝ, и други възможности за настаняване извън семейството – арг. от § 1, т. 5, б. „е“ от ДР на ЗЗакрД – „последниците, които ще настъпят за детето при промяна на обстоятелствата“. Иначе казано, да отчете и дали детето може да бъде настанено в семейство на роднини или близки, в приемно семейство, или да ползва друга социална или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа. Още повече че мярката по чл. 4, ал. 1, т. 5 ЗЗакрД се прилага само след изчерпване на възможностите за оставане на детето в домашна и семейна среда и възможностите за прилагане на мерки за закрила в семейна среда (чл. 35 ЗЗакрД)¹⁹.

Промяната на обстоятелствата, свързани с детето, може да има много проявления. Например:

– Изменения в неговото здравословно състояние, изискващи специализирани медицински грижи, които не могат да му бъдат осигурени без промяна на мярката за закрила, примерно необходимо е настаняване в професионално приемно семейство или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа;

– Ясно формирана воля на детето да бъде настанено в друго приемно семейство, декларирана от него емоционална връзка, както и по-добро отношение спрямо него в това приемно семейство, отколкото в предходното, което се подкрепя и от изготвения социален доклад – виж ситуацията, описана в Решение от 10.05.2017 г. по адм.д. № 27/2017 г. на Административен съд – Търговище;

– Опасно поведение на детето, свързано с психично заболяване, довело до инцидент, при което друго, настанено в семейството дете е пострадало – Решение от 20.02.2015 г. по гр.д. № 804/2014 г. на Районен съд – Попово;

¹⁹ На основание § 1, т. 7 от ДР на ЗЗакрД „Семейна среда“ е биологичното семейство на детето или семейството на осиновителите, бабата и дядото или близките на детето, или приемно семейство, при което то се настанява по реда на чл. 26 ЗЗакрД“.

– Влошаване на отношенията със семейството на роднини или близки или приемното семейство, в което детето е настанено, и нежеланието му да бъде отглеждано от тях;

– Контактите с криминално проявени лица и необходимостта от осигуряване квалифицирана социална и психолого-терапевтична помощ за корекционно въздействие, както и за опазване на физическото, психическото и нравствено развитие на детето, чрез извеждането му в среда, в която с него ще работят съответни специалисти – Решение № 33 от 11.01.2016 г. по гр.д. № 6243/2015 г. на Районен съд – Плевен;

– Кражби, бягства от учебни занятия от страна на детето, предвид необходимостта да бъде отделено от вредната за него асоциална среда с оглед по-нататъшното му развитие като личност, в негов интерес е то да ползва дългосрочна социална услуга за резидентна грижа – Решение № 194 от 11.12.2013 г. по гр.д. № 826/2013 г. на Районен съд – Свищов, и други.

На пръв поглед в разглежданите хипотези могат да се използват две основания за прекратяване на настаняването – по чл. 29, т. 8 и по чл. 29, т. 9 от ЗЗакрД. И двете нямат автоматичен ефект, а се прилагат след преценка на компетентен орган. Струва ми се, че основанието – промяна на обстоятелствата, свързани с детето, ако е в негов интерес²⁰ (чл. 29, т. 9 ЗЗакрД) – е специално спрямо това по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД – промяна на мярката за закрила. Необходимостта от променяне може да се дължи на много и различни факти, например такива, касаещи членовете на приемното семейство или на семейството на роднини или близки (виж т. 9 по-нататък в изложението). За изменение в обстоятелствата, свързани с детето, законодателят е предвидил нарочно основание, подчертавайки водещото значение на интереса на детето.

Част от съдебната практика приема, че при подобряване на социално-битовите условия на биологичното семейство, на отношенията с детето, установено желание и готовност на родителите да полагат грижи за детето си (Решение № 68 от 20.05.2015 г. по гр.д. № 123/2015 г. на Районен съд – Свищов, Решение № от 31.10.2014 г. по гр.д. № 488/2014 г. на Районен съд – Кнежа, Решение № 65 от 06.07.2016 г. по гр.д. № 223/2016 г. на Районен съд – Гълъбово и др.), настаняването трябва да се прекрати съгласно чл. 29, т. 9 от ЗЗакрД. Това е неправилна правна квалификация. Прекратяване ще се извърши, но по силата на чл. 29, т. 6 от ЗЗакрД, тъй като е отпаднала предпоставката по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД. Обратно, прилагането на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД не предполага липсваща вече причина за настаняване извън семейството, не касае връщане в семейството по произход, към което насочва тълкуването на разпоредбата

²⁰ От своя страна основанието по чл. 29, т. 9 ЗЗакрД пък е общо спрямо основанията за прекратяване – осиновяване на детето (чл. 29, т. 4 ЗЗакрД), навършване на пълнолетие от детето (чл. 29, т. 5 ЗЗакрД).

на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД. Приложението и на чл. 29, т. 6, и на чл. 29, т. 9 ЗЗакрД предполага изменение на обстоятелствата, но в хипотезата на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД те са свързани с родителите, става дума за радикална промяна в тяхното правно положение – вдигане на запрещението, възстановяване на родителските права²¹, и в поведението им спрямо детето – желание и готовност да полагат грижи за него, много често, реално вече полагани. Член 29, т. 6 ЗЗакрД се прилага, ако е отпаднала самата необходимост от приемане на мярка за закрила – настаняване извън семейството, а чл. 29, т. 9 ЗЗакрД – по правило когато тази нужда съществува. По действието на чл. 29, т. 6 ЗЗакрД има значителна по количество практика – виж например Решение от 27.04.2017 г. по гр.д. № 55/2017 г. на Районен съд – Ардино, Решение от 23.04.2015 г. по гр.д. № 121/2015 на Районен съд – Попово, Решение от 24.11.2016 г. по гр.д. № 2258/2016 на Районен съд – Видин и много други.

Правната уредба на закрила на детето е изключително гъвкава, тя позволява на обсъжданото основание да обхване много житейски ситуации, твърде различни по своята същност и последици. Така трябва да бъде и с встъпването в брак на навършил 16 години. По изключение в подобна ситуация ново настаняване няма да се извърши. Това е оправдано, защото лицето се еманципира, може да стане родител и ще упражнява родителски права спрямо своето дете, лишено е от смисъл самият той да е настанен извън семейството и друг да полага грижи за него. За такива случаи е изключено приложението на чл. 29, т. 5 ЗЗакрД, който се отнася до навършилия пълнолетие или 20-годишна възраст, ако продължава средното си образование. Изчерпателното изброяване на релевантните хипотези не позволява действието му да се разпростре и спрямо разглежданата. Това безспорно е пропуск на законодателя и може само да се препоръча допълването на чл. 29, т. 5 ЗЗакрД с текст – „или при встъпване в брак на навършил 16 години“. По този начин тя ще бъде обхваната систематично от основанието, което е най-близко до нея и касае отпаднала необходимост от настаняване извън семейството, което следва да се прекрати²².

9. Промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД)

Това основание има толкова широки предели, че е в състояние да погълне останалите анализирани основания. Както беше изложено, при тях също се налага промяна в мярката за закрила. Законодателят е уредил изрично и тях и съществува разлика в приложните им полета, която беше посочена – виж т. 4–8. Всяко от основанията по чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 9, 10 ЗЗакрД изключва из-

²¹ Виж за възстановяването на родителските права Станева, Анна. Ограничаване и лишаване от родителски права. София: Наука и изкуство, 1990, с. 80-90.

²² В правната теория има становище, че договорът с приемното семейство ще се прекрати в разглежданата ситуация. Виж Матеева, Екатерина. Цит съч. с. 470.

ползването и така стеснява обхвата на действие на най-общото – промяна на мярката за закрила (чл. 29, т. 8 ЗЗакрД). Последното се прилага, когато не е предвидено специално, нарочно основание за прекратяване настаняването извън семейството, при което се налага детето отново да бъде настанено извън семейството.

Законът не съдържа нито примерен, нито изчерпателен каталог на причините, при проявлението на които възниква нужда от промяна в мярката за закрила. Необходимо е да се отбележи, че предложеното по-нататък в изложението изброяване има примерен характер. Ще бъдат посочени някои от най-често срещаните причини за изменение на мярката. По приложението на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД се е натрупала богата практика.

В резултат на тълкуването на чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, както и във връзка с останалите точки на чл. 29 ЗЗакрД могат да бъдат посочени много причини, които са разнообразни по своята същност. Едни от тях указват на виновно поведение на лицето, при което е настанено детето, други имат обективен характер. Следва да се направи уговорката, че вина може да прояви лицето, лицата от семейството на роднини или близки, член на персонала на услугата за резидентна грижа. Както споменах, при виновно неизпълнение на задълженията на приемното семейство, договорът с него се разваля, а настаняването се прекратява съгласно чл. 29, т. 1 ЗЗакрД – въпросът беше разгледан, виж по-горе т. 4.

Определянето на естеството на причината не е лишено от правни последици, макар и с тесен обхват. Виновното неизпълнение на задълженията е основание за налагане на дисциплинарно наказание на член на персонала на услугата за резидентна грижа. Предходно прекратяване на настаняването в семейство на роднини или близки поради виновно поведение е част от преценката за годност по смисъла на чл. 27, ал. 3 ЗЗакрД на съответния близък или роднина, но такова значение имат и някои обективни причини, освен ако са отпаднали.

9.1. Виновните причини, които изискват промяна в мярката за закрила, се свързват с виновно неизпълнение на задълженията от страна на семейството на роднини или близки. Ако член на персонала на услугата за резидентна грижа не изпълнява задълженията си, както беше изложено, това е основание за налагане на дисциплинарно наказание. Функциите му ще бъдат поети от друго лице, но прекратяване на настаняването няма да се наложи. Такова е мислимо в изключителни случаи, при наличието на сериозно, системно неизпълнение на задълженията на персонала, установени противозаконни, погрешни практики, отстраняването на които би отнело много време, би налагало смяна на работещите в услугата за резидентна грижа и др.

Неизпълнението често се изразява в бездействие – неполагане на грижи – неосигуряване на храна, подслон, грижи за здравето, живота, възпитанието,

образованието, но може да приеме формата на активно поведение – въвличане на детето в престъпна дейност, създаване на пречки да посещава училище, упражняване на физическо или психическо насилие – виж мотивите на Решение № 220 от 16.03.2015 г. по гр.д. № 133/2015 г. на Районен съд – Пещера, склоняване на детето към просия, алкохолизъм, употреба на наркотици, престъпна дейност и др.

9.2. Към обективните причини, изискващи промяна на мярката за закрила, може да се отнесат:

– Влошаването на материално-битовите условия при приемното семейство/семејството на роднини или близки;

– Невъзможност на лицето, при което е извършено настаняване, да се грижи за детето поради продължително отсъствие от страната – виж случая, описан в мотивите на Решение № 240 от 06.10.2017 г. по гр.д. № 1073/2017 г. на Районен съд – Велинград, Решение № 893 от 10.06.2014 г. по гр.д. № 2263/2014 г. на Районен съд – Плевен²³;

– Служебна ангажираност, която пречатства полагането на постоянни грижи за детето;

– Безвестно отсъствие на лицето или лицата от семејството на роднини или близки или на лицето или съпрузите от приемното семейство²⁴;

– Появата на нов член на семејството на роднини или близки/приемното семейство;

– Напреднала възраст на лицето, при което е извършено настаняване, поради която то не може да отговори на нарасналите с възрастта нужди на ненавършилия пълнолетие – виж – Решение № 264 от 24.02.2016 г. по гр.д. № 514/2016 г. на Районен съд – Плевен²⁵;

²³ В мотивите на решението е описана следната ситуация: „... на 24.03.2014 г., в ОЗД при ДСП Плевен, е депозирано заявление с вх. № ЗД – 94СС / 0009/24.03.2014 г. от приемните родители С.С.Т. и И.М.М., с което е заявено желание от тяхна страна да бъде прекратено настаняването на малолетното дете Х.Л. в тяхното семейство, поради предстоящо пътуване извън страната и продължителното им отсъствие. Незабавно е проведена екипна среща между ОЗД при ДСП Плевен и социален работник от екип по приемна грижа при Община Плевен, на която е избрано друго свободно професионално приемно семейство – семейството на *** и М. ***, като подходящи за предоставяне на услугата приемна грижа на малолетния Х.Д.Л.. Процесът на опознаване и напасване между детето и новото приемно семейство е наблюдаван от социални работници при ЦОП Община Плевен“.

²⁴ Виж за тази причина по-подробно **Димитрова**, Галина. Настаняване на дете извън семейството поради безвестно отсъствие. IUS ROMANUM, II/2018, с. 291–294.

²⁵ В мотивите на решението се казва следното: „настаняването на децата в семейството на техния дядо по майчина линия, към момента се явява неподходящо, тъй като дядото не е в състояние по адекватен начин да отговори на нарастващите с възрастта нужди на децата, задоволявайки основни техни потребности, обуславящи нормалното им психо-

– Невъзможност на приемното семейство/семейството на роднини или близки да се справи с поведението на детето, което е против всякакви норми, предвид трудностите, пред които е било изправено, след полагане на всички усилия за изграждане на близка емоционална връзка – виж казуса, описан в Решение № 34 от 11.02.2014 г. по гр.д. № 796/2013 г. на Районен съд – Нова Загора;

– Нежелание на лицето, при което е извършено настаняване, да продължи да полага грижи поради поведенчески проблеми на детето – Решение № 134 от 26.04.2018 г. по гр.д. № 493/2018 г. на Районен съд – Козлодуй;

– Заболяване на съпрузите или лицето от приемното семейство/семейството на роднини или близки или на член на тяхното семейство, което им пречи да се грижат за детето – Решение № от 11.12.2015 г. по гр.д. № 645/2015 г. на Районен съд – Попово, Решение № от 19.11.2013 г. по гр.д. № 1060/2013 г. на Районен съд – Радомир и др. В случаите на психично заболяване не е необходимо да се изчаква поставянето под запрещение, с цел да се постигне своевременна закрила на детето.

В правната теория се твърди, че при невиновна невъзможност за изпълнение на съпрузите или лицето от приемното семейство, настаняването се прекратява *ex lege*²⁶. Становището не може да получи подкрепа. При наличието на такава невъзможност задължението се прекратява по право – чл. 89, ал. 1 ЗЗД, т. е. престава да действа договорът с приемното семейство, а настаняването продължава да съществува. То следва да се прекрати на основание чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, защото няма разпоредба, която да предвижда автоматичен прекратителен ефект за настаняването при прекратяване на договора с приемното семейство;

– Прилагане на по-благоприятна за детето мярка за закрила – от социална услуга за резидентна грижа към настаняване в приемно семейство или в семейство на роднини или близки, от приемно семейство – в семейство на роднини или близки – виж например – Решение № 447 от 4.09.2015 г. по гр.д. № 1940/2015 г. на Районен съд – Казанлък²⁷; Решение № 638 от 18.01.2017 г.

физическо, нравствено, социално и интелектуално развитие. Поради това, съдът счита, че са настъпили нови обстоятелства след предприемане на мярката за закрила спрямо децата Н. и Т. – настаняване в семейството на техния дядо по майчина линия, което предпоставя прекратяване на това настаняване. Тъй като двете деца продължават да бъдат деца в риск", спрямо тях следва да бъде предприета друга мярка, осигуряваща адекватно и пълно закрилата им. Съдът намира, че следва да се постанови настаняването на децата Н. и Т. в социалната услуга резидентен тип – ***. Установи се от събраните доказателства, че от момента на настаняването им по административен ред до разглеждане на делото, децата са се адаптирали, чувстват се добре и са показали сериозен напредък в учебния процес“.

²⁶ Виж за това становище **Марков**, Методи. Цит. съч., с. 16.

²⁷ С това решение се прекратява настаняването в специализирана институция и детето се настанява в приемно семейство.

по адм.д. № 12206/2016 г. VI отд. на ВАС²⁸; Решение от 30.01.2014 г. по гр.д. № 373/2013 г. на Районен съд – Белоградчик²⁹, Решение № 57 от 27.08.2013 г. по гр.д. № 96/2013 г. на Районен съд – Ардино³⁰, Решение от 19.10.2017 г. по гр.д. № 2538/2017 г. на Районен съд – Видин³¹, Решение № 218 от 28.11.2018 г. по гр.д. № 1784/2018 г. на Районен съд – Нова Загора³², Решение от 30.04.2013 г. по гр.д. № 85/2013 г. на Районен съд – Попово³³, Решение от 26.06.2019 г. по гр.д. № 924/2019 г. на Районен съд – Горна Оряховица³⁴, Решение № 9443 от 4.12.2015 г. по гр.д. № 2176/2015 г. на Районен съд – Благоевград; Решение № 55 от 4.03.2014 г. по гр.д. № 84/2014 г. на Районен съд – Нова Загора; Решение № 224 от 22.12.2014 г. по гр.д. № 822/2014 г. на Районен съд – Несебър³⁵ и много други.

Преминаването от настаняване в социална или интегрирана здравно-социална услуга за резидентна грижа или от приемно семейство към настаняване в семейство на роднини или близки има изключително важно практическо значение в две насоки. На първо място, така детето остава в кръга на семейството, т.е. при познати хора, с които има емоционална връзка, които най-добре познават неговите потребности и много често биха ги поставили пре-

²⁸ Домът за медико-социални грижи е закрит и детето е настанено в професионално приемно семейство.

²⁹ Казусът, по който се е произнесъл съдът е следният: непълнолетната Ж. е настанена в ДДЛРГ „Надежда“ – гр. Б. за срок до настъпване на основания за промяна или прекратяване на мярката за закрила. Въз основа на събраните по делото доказателства, съдът е установил, че спрямо детето временно по административен ред е взета друга мярка за закрила, а именно настаняването му в „Преходно жилище“ – гр. Б. Предоставената му социална услуга от резидентен тип е по-благоприятна за детето, затова и съдът го настанява в преходно жилище.

³⁰ В мотивите на решението е описана следната ситуация: „След успешно проведени опознавателни срещи между малолетното дете и членове на утвърдено приемно семейство, между тях се е създадала силна емоционална връзка, и е налице възможност за много по-добро отглеждане и възпитание на детето в сравнение със ДМСГ – Кърджали, специализираната институция, където то е било настанено до навършване на 3-годишната си възраст“.

³¹ С решението се прекратява настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в приемно семейство.

³² Прекратява се настаняването в специализирана институция и се преминава към настаняване в социална услуга за резидентна грижа.

³³ Преминава се от настаняване в приемно семейство към настаняване в семейство на роднини или близки.

³⁴ Прекратява настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в приемно семейство.

³⁵ Прекратява се настаняването в Дом за медико-социални грижи и детето се настанява в професионално приемно семейство.

ди своите, като по този начин необходимостта от приспособяване към нова обстановка е сведена до минимум.

Второ, в 6-месечен срок от прилагане по административен ред на мерките по чл. 4, ал. 1, т. 4 и 5 ЗЗакрД родителят трябва да поиска настаняване в семейство на роднини или близки. Ако без уважителна причина не го направи, детето може да бъде осиновено без негово съгласие (чл. 93, ал. 2 и 3 СК). Искането за прилагане на мярката по чл. 4, ал. 1, т. 2 ЗЗакрД препятства осиновяване без негово съгласие, няма значение дали детето реално е настанено в семейство на роднини или близки. Фактът, че родителят проявява такава инициатива, не позволява детето да бъде осиновено без негово съгласие³⁶.

Прекратяването на настаняването и промяната на мярката за закрила имат важно теоретично и практическо значение и широко приложение. При прилагането на основанията за прекратяване на настаняването по чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 8, 9, 10 ЗЗакрД се налага извършване на ново настаняване, тъй като все още е налице някоя от хипотезите по чл. 25, ал. 1 ЗЗакрД, а когато са релевантни тези по чл. 29, т. 4, 5, 6, 11 ЗЗакрД, вече няма нужда от настаняване извън семейството.

Извършеният анализ позволява да се направи извод, че основанийето по чл. 29, т. 8 ЗЗакрД е общо спрямо уредените в чл. 29, т. 1, 2, 3, 7, 9, 10 ЗЗакрД. Последните регламентират специални хипотези, в сравнение с чл. 29, т. 8 ЗЗакрД, на необходимост от промяна в мярката за закрила. Българският законодател е създал ефективен механизъм, посредством който своевременно се защитава интересът на дете при прекратяване настаняването му извън семейството, когато причината за настаняване продължава да съществува. Този резултат се постига чрез промяна в мярката за закрила и прилагането на нова, която може да бъде същата или различна по вид от досегашната.

ЛИТЕРАТУРА

- Димитрова**, Галина. Настаняване на дете извън семейството поради безвестно отсъствие. IUS ROMANUM, 2, 2018.
- Димитрова**, Галина. Прекратяване на осиновяването по българското семейно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014.
- Калайджиев**, Ангел. Облигационно право. Обща част. София: Сиби, 2001.
- Марков**, Методи. Договорът за настаняване на дете в приемно семейство. – *Съвременно право*, 2004, № 2.
- Марков**, Методи. Семейно и наследствено право. [Помагало]. 6. прераб. и доп. изд. София: Сиби, 2014.

³⁶ Виж по-подробно **Димитрова**, Галина. Прекратяване на осиновяването по българското семейно право. София: Унив. изд. Св. Климент Охридски, 2014, с. 92–96.

- Матеева**, Екатерина. Семейно право на Република България. Варна: ВСУ „Черноризец Храбър”, 2010.
- Ненова**, Лиляна. Семейно право на Република България: [По новия Семейен кодекс от 2009 г.] Нова редакция проф. д-р Методи Марков. 3. осн. прераб. и доп. изд. Кн. 2. София: Софи-Р, 2010.
- Станева**, Анна. Ограничаване и лишаване от родителски права. София: Наука и изкуство, 1990.

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.

Рецензенти – проф. д-р Екатерина Матеева

– доц. д-р Анна Станева

ГОДИШНИК НА СОФИЙСКИЯ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ“
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ

Том 87

ANNUAL OF SOFIA UNIVERSITY “ST. KLIMENT OHRIDSKI”
FACULTY OF LAW

Volume 87

КОМАНДИТНИТЕ ДРУЖЕСТВА ПО БЪЛГАРСКОТО ПРАВО КАТО ВЪЗМОЖНА ФОРМА ЗА СТРУКТУРИРАНЕ НА АЛТЕРНАТИВЕН ИНВЕСТИЦИОНЕН ФОНД

ВИКТОР ТОКУШЕВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: настоящото изследване си поставя за цел да изясни няколко групи въпроси, които са разгледани в своята взаимовръзка: 1) какво представляват алтернативните инвестиционни фондове и какви са изискванията към тях както в правото на ЕС, така и в българското право; 2) какви са причините, обосноваващи интереса към тези относително „екзотични“ инструменти за инвестиране; и 3) доколко командитните дружества, така както са уредени в действащия Търговски закон, са годна правноорганизационна форма за структуриране на алтернативен инвестиционен фонд. На база на анализ на релевантните норми от европейски порядък и действащото българско право се достига до основните изводи, че може да бъде обособена обща категория командитни дружества и че при структура, която включва дружество – фонд мениджър като неограничено отговорен съдружник, и инвеститори – като ограничено отговорни съдружници, командитните дружества могат да бъдат използвани за реализиране на АИФ за дялово инвестиране. Подобна форма на структуриране на АИФ би могла да послужи за изпълнение на целите, заложили пред „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ ЕАД в качеството му на институция, която обединява в национален план управлението на средства за финансови инструменти от Оперативните програми на ЕС.

* Главен асистент по гражданско и семейно (търговско) право в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски“, доктор по право, vtokushev@uni-sofia.bg

* Chief Assist. Prof. in Company Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D, vtokushev@uni-sofia.bg.

Ключови думи: алтернативен инвестиционен фонд, командитно дружество, командитно дружество с акции, КД, КДА, дялово инвестиране, фонд на фондовете, алтернативни инвестиции.

**LIMITED PARTNERSHIPS IN BULGARIAN LAW
AS AN OPTION FOR STRUCTURING
OF AN ALTERNATIVE INVESTMENT FUND**

VIKTOR TOKUSHEV*
Civil Law Sciences Chair

Abstract: This study aims to clarify several groups of issues that are addressed in their relationship: 1) what are alternative investment funds and what are the requirements for them in both EU law and Bulgarian law; 2) what are the reasons justifying the interest in these relatively "exotic" investment vehicles; and 3) to what extent the limited partnerships, as regulated in the current Commercial act, are a suitable legal organizational form for structuring an alternative investment fund. Based on an analysis of the relevant norms of European legislation and the current Bulgarian law, the main conclusions are reached, namely that a general category of limited partnerships can be distinguished and that in a structure that includes a company – fund manager as a General partner (unlimited liability partner), and investors – as a limited liability partners, Limited partnerships can be used to implement AIF for Private equity investments. Such a form of structuring the AIF could serve to meet the objectives set before the Fund Manager of Financial Instruments in Bulgaria EAD in its capacity as an institution that combines on national level the management of funds for financial instruments from the EU Operational Programs.

Keywords: alternative investment fund, limited partnership, partnership limited by shares, private equity, Fund of Funds, alternative investments

I. Увод

Настоящото изследване си поставя за цел да изясни няколко групи въпроси, които са разгледани в своята взаимовръзка: 1) какво представляват алтернативните инвестиционни фондове и какви са изискванията към тях както в европейските правни актове, така и в българското законодателство; 2) какви са причините, обосноваващи повишения интерес към тези относително „екзотични“ инструменти за инвестиране и 3) доколко командитните дружества, така както са уредени в действащия Търговски закон, са годна правноорганизационна форма за структуриране на алтернативен инвестиционен фонд. С изключение на правния режим на командитните дружества никой от останалите въпроси не е бил предмет на изследване в нашата правна литература, а командитните дружества са разгледани в светлината на приложимостта им

за създаване на алтернативни инвестиционни фондове, което също не е било предмет на анализ до този момент.

Интересът към поставените проблеми не е само теоретичен, той има своето основание във възникналата необходимост от създаване на алтернативни инвестиционни фондове с цел реализиране на програми по европейските структурни и инвестиционни фондове. На следващо място, необходимостта от изследването е свързана и с относително лаконичната уредба на командитното дружество и командитното дружество с акции в Търговския закон и силно ограничената съдебна практика във връзка с тези дружествени форми.

II. Изложение на въпроса

1. Правен режим на алтернативните инвестиционни фондове

1.1. Уредба в рамките на ЕС

Режимът на алтернативните инвестиции е установен с Директива 2011/61/ЕС на Европейския парламент и на Съвета от 8 юни 2011 г. относно лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове и за изменение на директиви 2003/41/ЕО и 2009/65/ЕО и на регламенти (ЕО) № 1060/2009 и (ЕС) № 1095/2010 (Директива 2011/61).

В т. 10 от Преамбюла на Директива 2011/61 е посочено, че тя „няма за предмет регулирането на АИФ. Поради това регулирането на АИФ и надзорът върху тях следва да може да продължи да се осъществява на национално равнище“ и респективно регулацията на тази материя на равнището на ЕС би било непропорционално, а и би било трудно да се осигури толкова мащабна хармонизация поради изключителното разнообразие от алтернативни инвестиционно фондове (АИФ) в отделните държави членки.

С оглед на това, целта на Директива 2011/61 е тя да се прилага към т. нар. лица, управляващи АИФ („фонд мениджъри“ или ЛУАИФ), като в т. 3 от Преамбюла на Директива 2011/61 се акцентира върху това, че управляваните АИФ представляват „всички видове фондове, които не попадат в приложното поле на Директива 2009/65/ЕО¹“.

По правило, предлагането на АИФ може да бъде осъществявано само спрямо професионални инвеститори и по изключение спрямо инвеститори на дребно, а съгласно т. 71 от Преамбюла на Директива 2011/61 всяка държава трябва да извърши оценка на видовете АИФ с оглед на това дали са подходящи за предлагане на такива инвеститори на нейна територия.

¹ Директива 2009/65/ЕО на Европейския парламент и на Съвета от 13 юли 2009 г. за координиране на законовите, подзаконовите и административните разпоредби относно предприятията за колективно инвестиране в прехвърлими ценни книжа (ПКИПЦК).

Директива 2011/61 определя правна рамка за упълномощаването, наблюдението и надзора на лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове (ЛУАИФ). Предметът на директивата е тясно свързан с трансграничната дейност при АИФ и лицата, които ги управляват. По-специално се уреждат основни въпроси като „паспорт на ЛУАИФ“ в рамките на ЕС, след като се получи разрешение от компетентния орган в своята държава по произход от ЕС; изискване за минимален капитал под формата на ликвидни или краткосрочни активи; назначаване на независим депозитар (например банка или инвестиционен посредник); управление на риска и пруденциален² надзор върху ЛУАИФ; защита на инвеститорите в АИФ и др.

Изрично се предвижда, че държавите членки в ЕС могат да решат да не прилагат Директива 2011/61 за по-малки ЛУАИФ, т.е. при управлявани фондове с активи на стойност под 100 милиона евро, ако те използват ливъридж, и за активи под 500 милиона евро, ако не използват, и правото на обратно изкупуване не може да се упражнява през период от пет години след датата на първоначалните инвестиции във всеки АИФ. По-малките ЛУАИФ обаче са обект на минимални изисквания за регистрация и докладване.

С цел да се осигури съгласувана рамка за всички участници на пазара режимът, установен с Директивата е доразвит в няколко делегирани регламента с пряко действие, основният от които е Делегиран регламент (ЕС) № 231/2013 на Комисията от 19 декември 2012 година за допълване на Директива 2011/61/ЕС на Европейския парламент и на Съвета по отношение на освобождаванията, общите условия във връзка с дейността, депозитарите, ливъриджа, прозрачността и надзора (Делегиран регламент 231/2013).

1.2. Национална уредба

В България режимът на АИФ и ЛУАИФ съгласно Директива 2011/61 е транспониран в Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране (ЗДКИСДПКИ)³ – част Трета „Други предприятия за колективно инвестиране“, дял Втори „Управление на алтернативни инвестиционни фондове“, чл. 194 – 263 от закона. Материята за АИФ и регулирането на режима на Фонд мениджърите (ЛУАИФ), е включена в закона през 2013 г. със Закона за изменение и допълнение на Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране⁴.

² Според Европейската централна банка пруденциалност е синоним на предпазливост, съчетана с предвидливост, а пруденциалните политики се отнасят до действия, които насърчават разумните практики и ограничават поемането на риск – <https://www.ecb.europa.eu/explainers/tell-me-more/html/macprudentialpolicies.bg.html>.

³ Обн., ДВ, бр. 77 от 2011 г., последно изм. с ДВ бр. 28 от 2020 г.

⁴ Обн., ДВ, бр. 102 от 2019 г.

Режимът на правната регулация отново е насочен към лицата, които управляват АИФ, а определение на АИФ е дадено в чл. 194, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ, което надгражда дефиницията, посочена в чл. 4, пар. 1, б. „а“ от Директива 2011/61. Съгласно тази разпоредба, *„Алтернативен инвестиционен фонд е предприятие за колективно инвестиране, включително негови инвестиционни подфондове, което е различно от колективна инвестиционна схема, което инвестира средства, които се набират от повече от едно лице, в съответствие с определена инвестиционна политика и в полза на тези лица, като набраните средства се инвестират и доходността се реализира на принципа на разпределение на риска и доходността между инвеститорите единствено според дела на извършените от тях инвестиции, без формиране на инвестиционни портфейли на отделните инвеститори“*.

На база на това законово определение могат да се изведат следните специфики на АИФ:

1) АИФ е предприятие за колективно инвестиране (ПКИ), което набира средствата от повече от едно лице.

През 2013 г. Европейският орган за ценни книжа и пазари (ЕОЦКП или ESMA) публикува свои Насоки⁵, чиято цел е да се гарантира общо, еднакво и последователно прилагане на концепциите, които съставляват определението за „АИФ“ с оглед приложното поле на Директива 2011/61/ЕС. В т. 12 от Насоките са посочени 3 характеристики, едновременното наличие на които дефинират предприятието за колективно инвестиране като такова съгласно Директива 2011/61/ЕС. Първото изискване е предприятието да няма обща търговска или индустриална цел. На следващо място, то трябва да обединява капитал, събран от своите инвеститори, с цел инвестирането му, за да се генерира съвкупна възвръщаемост за тези инвеститори. На трето място, Насоките посочват, че инвеститорите в предприятието като колективна група не трябва да имат свобода на действие или контрол върху ежедневните дейности.

От посочените характеристики може да се изведе принципът за т.нар. *pooled investments* (обединени инвестиции), при които се набират средства от множество инвеститори с цел тяхното управление по сходен начин, така че да се постигне доходност. Съгласно т. 18 от Насоките на ESMA относно понятието за „множество инвеститори“, може да се обобщи, че съответните национални законодателства на държавите членки в ЕС могат да предвиждат съществуването на АИФ и само с един инвеститор при определени предпоставки.

В българското законодателство се приема изрично, че за целите на закона средствата се считат за набрани от повече от едно лице дори когато има само един инвеститор в АИФ, ако няма поставени ограничения за това потенциално да се включат и други лица. Съгласно чл. 194, ал. 2, т. 1 от ЗДКИСДПКИ, в

⁵ Насоки относно ключови концепции на директивата относно лицата, управляващи алтернативни инвестиционни фондове, 13.08.2013 | ESMA/2013/611

случая АИФ не трябва да е ограничено от националното си законодателство, учредителните си актове и други нормативно или договорно установени изисквания да набира средства от повече от едно лице.

На следващо място, дори да има подобни ограничения, то отново е възможно съгласно чл. 194, ал. 2, т. 2 от ЗДКИСДПКИ да има структура само с 1 инвеститор, ако той от своя страна инвестира средства, които са набрани от повече от едно лице с цел инвестирането им в полза на тези лица.

Следва да се обърне внимание, че законовите изисквания за публично предлагане на ценни книжа⁶ не са задължителна характеристика от дефиницията на АИФ (извън случаите на Национален инвестиционен фонд по чл. 171 и сл. във вр. с чл. 194, ал. 6 от ЗДКИСДПКИ) и набирането на средства чрез публично предлагане на ценни книжа е само възможна опция, но не и изискване при структуриране и набиране на капитал на АИФ (и изключение на АИФ от категорията на НИФ).

2) АИФ е ПКИ, което се различава от Колективна инвестиционна схема (КИС).

Поставеният в закона акцент за различаване между АИФ и КИС е основополагаща концепция при уредбата на АИФ. Подобно разграничение се използва и е възприето в европейската регулация, доколкото КИС са най-популярните и съответно регулирани инструменти за колективни инвестиции от страна на гражданите и бизнеса (обхващащи около 75% от всички колективни инвестиции от непрофесионални инвеститори в Европа⁷).

Колективните инвестиционни схеми са уредени в актуалното българското законодателство на база Директива 2009/65/ЕО (четвъртата версия на законодателството относно ПКИПЦК, която заменя Директива 85/611/ЕИО). Разликите между КИС и АИФ ясно могат да се посочат при съпоставка между чл. 194, ал. 1 от закона, дефиниращ АИФ, и чл. 4, ал. 1 от закона, дефиниращ КИС, основно в три насоки.

На първо място, при КИС се набират парични средства⁸ от инвеститорите чрез публично предлагане. На следващо място, при КИС набраните средства се инвестират в прехвърляеми ценни книжа или други ликвидни финансови активи по смисъла на закона. На трето място, КИС по дефиниция са *opened* (отворени ПКИ) като извършват обратно изкупуване на издадените в

⁶ Съгласно чл. 4, ал. 1 от ЗППЦК това е предоставянето на информация за предлагане на ценни книжа, адресирана до 150 и повече лица или до неопределен кръг лица в каквато и да е форма и чрез каквито и да е средства, съдържаща достатъчно данни за условията на предлагането и предлаганите ценни книжа, така че да могат инвеститорите да вземат решение за записване или закупуване на тези ценни книжа.

⁷ https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/investment-funds_en

⁸ Като изключение от изискването да се инвестират парични средства законът предвижда инвестиране на финансови инструменти при пасивно управляваните борсово търгувани фондове по чл. 21, ал. 8 от ЗДКИСДПКИ.

полза на инвеститорите дялове на база нетната стойност на активите на КИС при отправено искане от страна на инвеститора.

За разлика от КИС, АИФ най-общо може да се посочи, че извършва инвестициите си във всичко това, в което КИС или не може да инвестира въобще (напр. КИС не могат да инвестират в благородни метали съгласно чл. 38, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ), или има съществено ограничение за обема на инвестицията на КИС в дадена категория актив (напр. извършване на дялови инвестиции в акции от дружества, които не се търгуват на регулиран пазар⁹ – темата за дяловите инвестиции в непублични компании (Private equity investments) е разгледана по-подробно в т. 2 по-долу).

3) АИФ инвестира в съответствие с определена инвестиционна политика в полза на своите инвеститори.

В чл. 194, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ изчерпателно са посочени изискванията, при изпълнение на които следва да се приеме, че АИФ има определена инвестиционна политика, като следва да е изпълнен поне един от четирите критерия. На първо място, такава е налице, ако инвестиционната политика е определена преди инвестицията в предприятието за колективно инвестиране да е неоттегляема. На второ място, определена инвестиционна политика има, ако тя е част от учредителните актове на ПКИ или е посочена в друг документ, към който негов учредителен акт препраща. На следващо място, инвестиционната политика се приема като определена такава, ако тя е задължителна за ЛУАИФ и инвеститорите имат възможност да изискват от Фонд мениджъра спазване на политиката, включително по принудителен ред. На четвърто място, АИФ има определена инвестиционна политика, ако политиката установява правила за инвестиране, включващи някой от законовите критерии за разпределяне на инвестициите по категории активи, стратегии за инвестиране, географски региони, ограничения на използвания ливъридж, задължителен период за задържане на инвестицията, поставяне на други ограничения с цел разпределение на риска.

4) АИФ инвестира на принципа на разпределение на риска.

Подобно изискване е характерно за КИС и е свързано с диверсификацията на инвестицията в рамките на даден портфейл в различни активи. При КИС това изискване следва да се спазва изключително стриктно и е включено в самата дефиниция за колективната схема в чл. 4, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ, която препраща към инвестиционните ограничения по чл. 38, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ. Максималните прагове за инвестиции допълнително са стеснени чрез забраните за концентрация на инвестициите на КИС в едно и също лице (чл. 45 и чл. 48 от ЗДКИСДПКИ).

⁹ КИС могат да инвестират до 10% от активите си в тях съгласно чл. 38, ал. 2 от ЗДКИСДПКИ.

Характерно за АИФ е, че на законово ниво подобни ограничения не са предвидени и на практика как ще се осъществява този принцип следва да е посочено в коментарианата по-горе инвестиционна политика.

5) АИФ разпределя печалба между инвеститорите единствено според дела на извършените от тях инвестиции.

Последното изискване е ясно само по себе си и не се нуждае от тълкуване. То е типично за инвестициите и е свързано с това как се разпределят ползите между инвеститорите във всяка една инвестиционна структура.

Извън посочената и анализирана по-горе дефиниция за АИФ остава обаче един от най-съществените отличителни белези на АИФ, а именно липсата на императивно изискване към правната форма, в рамките на която се структурира съответният АИФ. В чл. 194, ал. 5 ясно е посочено, че за да се определи едно предприятие като АИФ няма значение дали е от отворен или от затворен тип. На следващо място, за АИФ няма значение дали е организиран като договорен фонд, като тръст, като инвестиционно дружество или в друга правна форма, както и дали е регистрирано, лицензирано или има седалище в държава членка или в трета държава.

Въведените в закона изисквания отразяват текстовете на чл. 2, пар. 2 от Директива 2011/61/ЕС. Доколкото са спазени принципните характеристики от дефиницията по чл. 194, ал. 1 от ЗДКИСДПКИ, АИФ потенциално би могъл да приеме всяка една форма на сдружаване и коопериране по националното право, без значение дали е в рамките на персонално или капиталово търговско дружество, договорно обединение чрез гражданско дружество по чл. 357 от Закона за задълженията и договорите¹⁰, тръст и т.н.

На следващо място, определени категории в ЗДКИСДПКИ изрично са прогласени за АИФ – така съгласно изричната законова разпоредба на чл. 194, ал. 6 от ЗДКИСДПКИ, националните инвестиционни фондове, които са обект на по-строги формални изисквания подобно на КИС, също се приемат за АИФ.

За пълнота следва да се отбележи и неприложимостта на ЗДКИСДПКИ по отношение на някои категории, изрично посочени в чл. 196 от закона, в това число холдинговите дружества и дружествата със специална инвестиционна цел, чиято единствена цел е извършването на секюритизация, последните от които подробно вече съм разгледал¹¹.

1.3. Обобщение

На база анализа по-горе може да се направи извод, че основната идея на регулацията и на европейско, и на национално ниво е, че се регламентира дейността на ЛУАИФ, а не на АИФ и че алтернативният фонд може да приема

¹⁰ Обн., ДВ, бр. 275 от 1950 г., посл. изм. с ДВ бр. 42 от 2018 г.

¹¹ **Токушев**, Виктор. Дружества със специална инвестиционна цел. София: Сиби, 2012, стр. 77 и сл.

всякаква правна форма без ограничения – капиталово или персонално търговско дружество или гражданско дружество.

От своя страна, пълната свобода, която Директива 2011/61/ЕС и ЗДКИСДПКИ дават, когато се създава АИФ, поставя въпроса как да се структурира подобна инвестиция, която ще се управлява от съответния Фонд мениджър. Лице, което възнамерява да извършва дейност по управление на алтернативни инвестиционни фондове следва да получи предварително регистрация (облекчен режим, ако не се надхвърлят праговете от 100 млн. евро при използване на ливъридж/500 млн. евро, ако не се използва ливъридж и е спазено условието за времево ограничаване на обратното изкупуване) или лиценз от Комисията за финансов надзор (лиценз по желание, ако управляваните активи са под праговете, или като задължителна предпоставка, ако се надхвърлят посочените прагове). С оглед на това, може да се приеме, че е налице облекчен режим за регистриране на ЛУАИФ, когато не се касае до задължително лицензионно производство (при управление на активи над посочените прагове) или до доброволно лицензионно производство.

С промени в закона от края на 2019 г.¹², в производството по регистрация на ЛУАИФ съгласно чл. 214, ал. 2, т. 4 от ЗДКИСДПКИ следва да се представят пред надзорния орган проекти на устав, правила и други учредителни актове на всеки алтернативен инвестиционен фонд, който ЛУАИФ възнамерява да управлява. Това е аргумент още веднъж да се постави като предварителен въпросът като какво и как може да се структурира АИФ по българското право.

2. Структуриране на дялови инвестиции чрез АИФ

2.1. Възприемане на структурата на АИФ в България

В периода 2013–2018 г. интерес към реализиране на алтернативни инвестиции чрез регистрация или лицензиране на ЛУАИФ на практика липсва, доколкото са регистрирани едва три лица, две от които са управляващи дружества, които са разширили своя лиценз по облекчен ред съгласно чл. 201, ал. 3 от ЗДКИСДПКИ, и едно национално инвестиционно дружество от затворен тип.

Едва в края на 2018 г. е налице първата регистрация на ЛУАИФ по облекчения режим на чл. 214 и сл. от ЗДКИСДПКИ, който не е съществуващо управляващо дружество или национален инвестиционен фонд, а през 2019 г. са извършени нови 7 регистрации, от които само 1 е на управляващо дружество, което е разширило своя лиценз по облекчения ред.

¹² Закон за изменение и допълнение на Закона за дейността на колективните инвестиционни схеми и на други предприятия за колективно инвестиране, обн., ДВ, бр. 102 от 2019 г.

1) *Фонд на фондовете.*

Промяната в засилването на интереса към тези структури може да се открие на база няколко фактора. Като **първи фактор** може да се посочи създаването в България на „Фонд мениджър на финансови инструменти в България“ АД (ФМФИБ) през 2015 г. и същинското започване на инвестиционната му дейност през 2017 г.¹³ ФМФИБ е учредено като еднолично акционерно дружество с държавно участие в капитала по силата на разпореждане на Министерски съвет от 2015 г.¹⁴ с цел да управлява като Фонд на фондовете (ФнФ)¹⁵ средства от европейските структурни и инвестиционни фондове.

Създаването му цели да отговори на разширяването на обхвата и значителното увеличение на размера на средствата за финансови инструменти¹⁶ за програмен период 2014–2020 г., което се очаква да продължи като тенденция и през следващия програмен период 2021–2027 г. С оглед промяната във фокуса на европейските инициативи за подпомагане на гражданите и бизнеса, финансовите инструменти се явяват алтернатива на безвъзмездната помощ и придобиват все по-важна роля в бюджета на Европейския съюз. ФМФИБ цели постигане на взаимодействие и взаимно допълване между финансовите инструменти, финансирани със средства от европейските структурни и инвестиционни фондове (ЕСИФ), други инструменти на ЕС (финансови инструменти и безвъзмездни средства), програми с публични средства на национално равнище и безвъзмездни средства от структурните фондове.

Регламент (ЕС) № 1303/2013¹⁷ в своя член 38, параграф 4 посочва възможностите за структуриране на финансови инструменти, които се създават на

¹³ С решение от 13.09.2017 г. на ФМФИБ е открита първата процедура по избор на финансови посредници, които да структурират АИФ.

¹⁴ Разпореждане № 3 на Министерски съвет на Република България от 22 юли 2015 г., изменено с Разпореждане № 5 на Министерския съвет на Република България от 23 септември 2015 г.

¹⁵ По смисъла на член 2, параграф 27 от Регламент (ЕС) № 1303/2013 на Европейския парламент и на Съвета от 17 декември 2013 година за определяне на общоприетите разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета

¹⁶ Под финансови инструменти в контекста на европейските програми следва да се разбират финансовата подкрепа за проекти, които потенциално биха могли да започнат да се самоиздържат, под формата на заеми, гаранции или дялово участие (непряко чрез АИФ), което е различно от финансовите инструменти по чл. 4 от Закона за пазарите на финансови инструменти.

¹⁷ на Европейския парламент и на Съвета от 17.12.2013 г. за определяне на общоприложими разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд, Европейския земеделски фонд за развитие на селските райони

национално ниво от държавите членки. Фондът на фондовете може да повери структурирането и изпълнението на финансовите инструменти на избран финансов посредник¹⁸, който на свой ред да извърши инвестициите в крайните получатели в съответствие със заложените цели. Този механизъм се реализира като Фондът на фондовете и фонд мениджърът създават нова структура под формата на отделен Алтернативен инвестиционен фонд за извършване на инвестиции, съответстващи на целите на регламента и приоритетите на съответните европейски програми.

Предвидените в европейското законодателство механизми се провеждат на национално ниво в текстовете на чл. 5, ал. 1 и ал. 2 от Закона за управление на средствата от Европейските структурни и инвестиционни фондове¹⁹ (ЗУСЕСИФ). В рамките на процедура съгласно Закона за обществените поръчки²⁰, ФМФИБ възлага на избран финансов посредник учредяването на алтернативен инвестиционен фонд (АИФ) за дялови инвестиции по смисъла на Директивата 2011/61, чрез който ЛУАИФ да разходва средствата съгласно заложените цели на съответната процедура.

На следващо място, на ФМФИБ е възложено²¹ преодоляване на установено с предварителна оценка неефективно функциониране на пазара в секторите на иновациите и конкурентоспособността на малките и средни предприятия чрез улесняване достъпа им до финансиране чрез един или няколко финансови инструмента в сътрудничество с избраните финансови посредници.

Към момента активните програми на ФМФИБ, включващи структурирането на АИФ, не са много на брой, но чрез тях се управляват значителни по своя обем публични средства (над 100 млн. евро) и всички те се изпълняват в съответствие с целите на Оперативна програма „Иновации и конкурентоспособност 2014–2020 г. (ОПИК). На този етап са регистрирани 2 фонда за ускоряване и начално финансиране (ФУНФ) и още 1 фонд е в процес на регистрация. Инициативите по ФУНФ са насочени към подкрепа и развитие на устойчиви бизнес модели и подобряване на предприемаческата екосистема

и Европейския фонд за морско дело и рибарство и за определяне на общи разпоредби за Европейския фонд за регионално развитие, Европейския социален фонд, Кохезионния фонд и Европейския фонд за морско дело и рибарство, и за отмяна на Регламент (ЕО) № 1083/2006 на Съвета.

¹⁸ В контекста на разглежданата материя и в отношенията с ФМФИБ, използваните термини Финансов посредник, Фонд мениджър и ЛУАИФ имат един и същи смисъл.

¹⁹ Обн., ДВ, бр. 101 от 2015 г., с всички последващи изменения и допълнения.

²⁰ Обн., ДВ, бр. 13 от 2016 г., посл. изм. с ДВ, бр. 23 от 2020 г.

²¹ По силата на Финансово споразумение, сключено на 1 август 2016 г. между Министерството на икономиката като Управляващ орган (Управляващият орган) за ОПИК и ФМФИБ.

в България²². На следващо място, регистриран е и Фонд за рисков капитал²³, чиято цел е да се подкрепят малки и средни предприятия (МСП) през първите пет години след учредяването им, тъй като в този рисков период те срещат затруднения да продължат дейността си поради липса на финансови ресурси и ефективна структура на управление.

Съгласно публично достъпната информация, през 2020 г. предстои структурирането и на още два фонда за дялови инвестиции в рамките на европейските инициативи. След създаването на Фонд Мецанин/Растеж²⁴ ще се предоставя подкрепа за развитието на конкурентоспособността на българските МСП в зрял етап на развитие, които имат потенциал за растеж и с планове за разширяване и подобряване на дейността, навлизане на нови пазари, както и разработването на нови продукти и услуги. На следващо място, в рамките на един или няколко Фонда за технологичен трансфер²⁵ ще бъде осигурено финансиране за МСП-та в секторите Информационни и комуникационни технологии (ИКТ), фармация и биотехнологии, мехатроника, нано и чисти технологии, креативни и рекреативни индустрии.

Всяка от посочените по-горе инициативи за подкрепа на бизнеса чрез дялови инвестиции е предвидено да се осъществяват от избран чрез обществена поръчка финансов посредник (ЛУАИФ), който следва да организира дейността на съответен АИФ.

2) Промени в данъчното законодателство, свързани с АИФ.

Като втори фактор за повишаването на интереса към структуриране на АИФ се явяват промените в данъчното законодателство от края на 2017 г.²⁶ и предвиждането в чл. 46, ал. 1, т. 6 от Закона за данък върху добавената стойност (ЗДДС)²⁷ като освободена от данък добавена стойност (ДДС) доставката на услуги по изпълнение на финансови инструменти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ (финансови споразумения по смисъла на чл. 38, параграф 7 от Регламент (ЕС) № 1303/2013).

На следващо място, съгласно промените от края на 2018 г.²⁸ в чл. 174 от Закона за корпоративното подоходно облагане²⁹, алтернативните инвестиционни фондове, създадени за изпълнението на финансови инструмен-

²² <https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/10-seedacceleration-and-startup-fund>

²³ <https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/13-venture-capital-fund>

²⁴ <https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/11-mezzaninegrowth-fund>

²⁵ <https://www.fmfib.bg/bg/fi/21-equity-and-quasiequity-investments/9-technology-transfer-fund>

²⁶ Закон за изменение и допълнение на Закона за данък върху добавената стойност, обн., ДВ бр. 97 от 2017 г.

²⁷ Обн., ДВ, бр. 63 от 2006 г., посл. изм. с ДВ, бр. 18 от 2020 г.

²⁸ Пар. 19 от Преходните и заключителни разпоредби на Закона за държавния бюджет на Република България за 2019 г., обн., ДВ, бр. 103 от 2018 г.

²⁹ Обн., ДВ, бр. 105 от 2006 г., посл. изм. с ДВ, бр. 38 от 2020 г.

ти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ (финансови споразумения по смисъла на чл. 38, параграф 7 от Регламент (ЕС) № 1303/2013), са освободени от корпоративен данък.

От посочените промени в данъчната политика се виждат ясно усилията на държавата да подкрепи дейността на ФМФИБ като създава стимули за структурирането на АИФ при изпълнение на финансови инструменти в рамките на европейските програми. Това ясно показва какви на практика са предизвикателствата от данъчна гледна точка пред развитието на дяловите инвестиции и начинът за тяхното преодоляване – неначисляване на ДДС върху таксите за управление на АИФ; предвиждане на данъчно прозрачни структури, при които приход или капиталови печалби по правило не са облагаеми данъчно на ниво фонд в страната, в която той е учреден.

От друга страна, въпреки, че фискалните стимули са добър сигнал за инвестиционната общност като цяло, то не може да бъде подминат неравноправният режим между напълно частните дялови инвестиции и тези, при които има съчетаване с преобладаващо публични средства. На база нарочен финансов анализ при бъдещи законодателни промени в данъчния режим, биха могли да се преценят ползите от въвеждането на фискални стимули и за изцяло частните дялови инвестиции без публични средства.

В обобщение на горното, може да се направи връзка между разгръщането на дейността си през 2017 г. на ФМФИБ, който провежда държавната политика по управление на финансови инструменти, последващите промени в данъчната политика през 2017 и 2018 г., и ръста след 2018 г. в регистрираните ЛУАИФ, които управляват АИФ, създадени за изпълнение на финансови инструменти въз основа на Оперативните споразумения, сключвани с ФМФИБ. Създаването на добра нормативна среда за АИФ дава резултат и през 2020 г. по публично достъпна информация е предвидено регистрирането на нови Фонд мениджъри, които да създадат АИФ. Независимо че част от ЛУАИФ са регистрирани в резултат именно на започналата дейност на ФМФИБ, интересът към алтернативното инвестиране като цяло се развива като са регистрирани и няколко ЛУАИФ, поели управление на АИФ, без инвестиране на публични средства³⁰.

2.2. Развитие на концепцията за частно дялово инвестиране

Следва да се отбележи, че въпреки комбинацията от публични средства и частен капитал в описаните в предходната точка инициативи на ФМФИБ, то това не е нова концепция, доколкото все пак се извършват дялови инвестиции. Терминът, който се е наложил в тази сфера е Private equity (PE) и за целите на това изследване ще бъде обозначаван на български език като Дялова инвестиция чрез фондове за Рисков Капитал (Venture Capital). Може да се приеме, че

³⁰ Вж. бележка 42 по-долу.

PE е обобщаващо понятие и обхваща в себе си четири различни модела³¹, чрез които се извършват частни инвестиции в непублични дружества.

В исторически план развитието на дяловите инвестиции се свързва със САЩ и техният подем започва с технологичната революция през 70-те и 80-те години на 20 в. По това време технологични компании (включително Apple и Intel) получават средства за разширяване на бизнеса си от нововъзникващата екосистема за дялови инвестиции в Силиконовата долина. Краят на този период се свързва с т. нар. дот-ком балон (dot-com bubble) и неговото спукване през 2001 г., когато много от финансираните компании фалират и това води до траен спад на нивата на инвестициите. Американските фондове за дялови инвестиции се приспособяват към промените в пазарните условия и се възстановяват много по-бързо (по-специално тези, които работят в близост до центрове на дейност, като Силиконовата долина), отколкото тези в Европа³².

Въпреки че са възможни и други правни форми, организациите за дялови инвестиции в САЩ обикновено се регистрират като командитни дружества (Limited partnership или LP)³³ и тази форма се определя от някои автори като „доминиращата форма за дялови инвестиции“³⁴. По изчисления, през 1984 г. 72% от общия обем от дялови инвестиции (16,3 милиарда долара) е съсредоточен преобладаващо в командитни дружества³⁵. Фонд мениджърът има качеството на неограничено отговорен съдружник, а отговорността на инвеститорите е ограничена и те най-често са институционални инвеститори и пенсионни фондове, застрахователни компании, фондации³⁶.

Спукването на дот-ком балона е в основата на съревнованието между Европейския съюз и САЩ в областта на инвестициите в технологичната и биотехнологичната индустрии, както и подкрепата за малките и средни предприятия. В периода 1998–2018 г. без да се ограничават само до това, в рамките

³¹ **Fabozzi**, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002, стр. 671, където се разглеждат следните:

Venture capital financing (VC) – за извършване на рискови инвестиции в стартиращи компании; Leveraged buyouts (LBOs) – за изкупуване на публични дружества и тяхното отписване от борсата; Mezzanine financing (MF) – комбинация от дългово и дялово финансиране; Distressed debt financing (DDF) – инвестиции в съществуващи подценени компании.

³² Expert Group, Report. Removing tax obstacles to cross-border Venture Capital Investments. European Commission, 2007. P. 5.

³³ **Sahlman**, William A. The Structure and Governance of Venture-capital Organizations, 27 J. FIN. ECON. 473, 487 (1990); Bernard S. **Black** & Ronald J. **Gilson**. Venture Capital and the Structure of Capital Markets Banks versus Stock Markets, 47 J. FIN. ECON. 243, 252 (1998).

³⁴ **Fabozzi**, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002, p. 678.

³⁵ **Kenney**, Martin. How Venture Capital Became a Component of the U.S. National System of Innovation (May 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1847203> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1847203>

³⁶ Bernard S. **Black** & Ronald J. **Gilson**. Venture Capital and the Structure of Capital Markets Banks versus Stock Markets, 47 J. FIN. ECON. 243, 248 (1998).

на Европейския съюз инициативите в областта на дяловите инвестиции са задвижвани от политиките за насърчаване на предприемачеството и малките и средни предприятия. Към 2012 г. около 85% от дяловите инвестиции в Европа са в МСП като са подкрепени около 22 000 такива компании в ЕС³⁷.

По-голямата част от европейските фондове за дялови инвестиции (с над 925 членове) са обединени в рамките на Европейската асоциация за частен капитал и рисков капитал (EVCA). Тя е създадена през 1983 г. и е базирана в Брюксел. EVCA представлява европейския сектор на фондовете за дялови инвестиции. Ролята на асоциацията включва защита на интересите на сектора пред регулаторните органи, разработване на професионални стандарти³⁸, предоставяне на статистически данни и други дейности в подкрепа на своите членове. От 2015 г. асоциацията се ребрандира на Invest Europe.

На база изследванията на тази организация и въпреки многообразието от правни системи и регулации в ЕС, при структурирането на фондовете за дялови инвестиции може да се приеме, че общата и типична рамка представляват командитни дружества със срок от 10 години³⁹. Въпреки това, следва да се отбележи, че няма стандартно определение на „командитно дружество“ във всички държави членки, нито общо разбиране за неговите характеристики⁴⁰. С оглед на това, биха могли да се изведат следните по-важни белези, типични за повечето фондове за дялови инвестиции в ЕС⁴¹.

На първо място, създава се отделна структура за определен период от време между инвеститорите във Фонда и Фонд мениджъра, който извършва дяловите инвестиции на портфейлна база. Инвеститорите имат ограничена отговорност, а фонд мениджърът има неограничена отговорност.

На следващо място, подробностите относно политиката на управление на фонда и разпределянето на рисковете и печалбите следва да се опишат в писмено споразумение между инвеститорите (напр. дружествен договор).

На трето място, данъчният режим за частните дялови инвестиции следва да позволява създаването на прозрачни за данъчни цели структури, при които

³⁷ EVCA (2012). The little book of private equity. Available at: <https://www.scribd.com/document/129155484/EVCAs-Little-Book-of-Private-Equity>

³⁸ Следва да се отбележи едно от изискванията, които ФМФИБ поставя пред кандидатите за Фонд мениджър на АИФ съгласно документацията за участие в обществените поръчки, а именно да изпълняват своите функции в съответствие с най-добрите пазарни практики и при спазване на професионални стандарти, публикувани от Invest Europe или други еквивалентни организации в сектора.

³⁹ EVCA (2012). The little book of private equity. Available at: <https://www.scribd.com/document/129155484/EVCAs-Little-Book-of-Private-Equity>

⁴⁰ Expert group report on removing obstacles to cross-border investments by venture capital funds, Directorate-General for Enterprise and Industry European Commission, p. 15.

⁴¹ Expert group report on removing obstacles to cross-border investments by venture capital funds, Directorate-General for Enterprise and Industry European Commission, Annex I, p. 28.

не се начислява ДДС върху услугите за управление на фонда за дялови инвестиции, а приходите или капиталовите печалби не са облагаеми данъчно на ниво фонд в страната, в която той е учреден.

Засиленият интерес към дялови инвестиции в технологични и иновативни компании достига и до България. Частни организации се структурират по сходен на описания по-горе начин и в периода 2016–2018 г. има няколко командитни дружества с акции, които са вписани в Търговския регистър⁴². Съобразно имената им и публично достъпната информация за тях, може да се приеме, че това са частни фондове за дялови инвестиции, с определена инвестиционна стратегия, повечето от които са учредени за срок от 10 години. Тези фондове са регистрирани извън рамката на АИФ и ЛУАИФ и доколкото не реализират програмите на ФМФИБ, то същите не биха могли да се възползват от фискалните стимули.

С оглед на това, изглежда, че вече е дошъл моментът за по-организирано отношение към дяловото инвестиране от страна на бизнеса и държавата.

2.3. Характеристики на структурата, чрез която се извършва дялово инвестиране

Създаденият интерес към АИФ и изчерпателната уредба в закона на същностните белези на АИФ могат да поставят въпроса за това как следва да се структурира такъв фонд. Ако се възприеме концепцията, че АИФ е съвкупност от средства, които се управляват от Фонд мениджъра, то очевидно най-подходяща е структурата на договорния фонд (подобно на КИС), който се управлява от ЛУАИФ. Липсата на позитивноправна уредба в случая, извън тази за КИС и лицензираните управляващи дружества, води до необходимостта да се разгледа възможността за структуриране на фонд под формата на гражданско дружество по ЗЗД, което би следвало на общо основание да е допустима форма за АИФ.

Гражданското дружество (ГД) не е самостоятелен правен субект (юридическо лице), различен от този на участващите в него инвеститори, а е вид договор, уреден в Закона за задълженията и договорите (ЗЗД)⁴³. Въз основа на него физически и/или юридически лица се съгласяват да се обединят за постигане на обща стопанска цел. При ГД отговорността на инвеститорите не може да бъде ограничена, а инвестициите от своя страна ще се считат за такива на лицето, което ги извършва – фонд мениджърът, доколкото той ще ги прави от свое име. По този начин инвеститорите няма да имат контрол над средствата си.

⁴² „ЛХ Ко-инвест“ КДА (2016 г.); „ИмВенчър“ КДА (2017 г.); „Нео Венчърс“ КДА (2017 г.); „Илевън Инвестмънтс“ КДА (2018 г.).

⁴³ Обн., ДВ, бр. 275 от 22.11.1950 г., последно изменение ДВ бр. 42 от 22.05.2018 г.

Горното мотивира разглеждането на въпроса как се реализират на практика дяловите инвестиции в световната практика с оглед утвърдените бизнес модели за това като се изведат някои общи белези. Както установихме по-горе, в САЩ най-разпространената форма е тази на командитното дружество (LP). Някои автори посочват, че то е „единствената най-важна организационна иновация на съвременната система за рисков капитал“⁴⁴. С оглед на това, предмет на изследване ще бъде доколко в рамките на българската правна система този подход може да бъде реализиран на плоскостта на уредените в Търговския закон командитно дружество и командитно дружество с акции, които ще бъдат разгледани в т. 4, във връзка с възможностите за структуриране на алтернативен фонд за дялови инвестиции.

В допълнение на посоченото по-горе, при анализа на оперативните споразумения, сключвани от ФМФИБ и описани по-горе може да се установи, че има специфични изисквания към финансовия инструмент, който предстои да бъде структуриран и да изпълни програмата (АИФ). Някои от тези изисквания съответстват на вече разгледаните по-горе характеристики на фондовете за дялови инвестиции, а други отразяват спецификите при предоставяне на публични средства.

Във всяко едно от оперативните споразумения могат да се открият общи белези, които са свързани с корпоративното устройство на АИФ, повечето от които могат да се изведат като определящи. На първо място, АИФ следва да бъде учреден за срок от 10 (десет) години и за инвеститорите в АИФ е предвидена ограничена отговорност до размера на инвестицията. За всеки инвеститор е предвидено право на такъв брой гласове в събранието на инвеститорите, който е пропорционален на неговия дял от предоставените средства. Предвидено е приемането на решения с различно мнозинство, а ФМФИБ има блокиращо участие при гласуването. Предвиждат се и допълнителни органи, които не се откриват при законово уредените корпоративни юридически лица и се явяват факултативни: консултативен съвет (комитет) и инвестиционен комитет (съвет).

На следващо място, в зависимост от правноорганизационната форма на АИФ се изисква конституирането на орган на управление, който да представлява и действа от името и за сметка на АИФ като негов законен представител. Той се състои само от фонд мениджъра и/или от фонд мениджъра и лица, посочени от фонд мениджъра, което гарантира изключителното право на фонд мениджъра да взема самостоятелно инвестиционни решения.

⁴⁴ Martin Kenney & Richard Florida, Venture Capital in Silicon Valley: Fueling New Firm Formation, in UNDERSTANDING SILICON VALLEY: THE ANATOMY OF AN ENTREPRENEURIAL REGION 121 (2000).

Инвестиционната стратегия на АИФ е предварително дефинирана и детайлно разписана в дружествените документи, както и последиците от неспазването ѝ.

Уредено е предоставяне на средства от инвеститорите при поискване от фонд мениджъра, които са свързани единствено с реализиране на инвестиционната стратегия на АИФ (извършване на първоначални и последващи инвестиции, както и такса управление), за които изрично е посочено, че не подлежат на връщане, което по смисъла на българското право ги приравнява на вноски в капитала и изключва възможността да се третираат като заемни средства.

Отделно внимание следва да се обърне и на един от най-съществените характерни белези на фондовете за дялови инвестиции – специалният ред, по който се изплащат средства на инвеститорите. За да се стигне до това обаче, първо трябва да се наберат целеви средства от инвеститорите (за конкретна инвестиция) с очакване за увеличаване на стойността ѝ във времето. Ако се стигне до последваща препродажба на тази инвестиция, то може да се приеме, че фондът успешно е подпомогнал съответното дружество (т.нар. “Exit” – изход от инвестицията) и е генерирана печалба за инвеститорите. В този случай, фонд мениджърът обичайно разпределя натрупаните средства обратно към инвеститорите и характерното в случая е, че това разпределение включва в себе си не само разликата между инвестираните средства и получената сума от изхода, а и номиналният размер на предоставената от инвеститорите сума за конкретната инвестиция⁴⁵. Това лесно може да се обясни с логиката при структурирането на фондове за дялови инвестиции, които поначало са създадени обичайно за 10-годишен период.

За пълнота следва да се отбележи, че са познати и т.нар. „вечни фондове“ (Perpetual funds), при които още при учредяването им е посочено, че генерираните от успешните инвестиции средства, които съответстват на номинал-

⁴⁵ В сключваните с ФМФИБ Оперативни споразумения процедурата се описва последователно като „Каскада на разпределение“ и в обобщен вид съдържа 4 последователни стъпки или етапа, които се реализират като единно плащане в полза на съответното лице. От получената нетна стойност на Изхода, на инвеститорите се възстановява сума съразмерно на внесения от тях и усвоен от АИФ паричен ресурс (съответна номинална стойност от инвестицията). След това на инвеститорите се изплаща сума, съответстваща на уговорената минимална норма на възвращаемост. При третия етап се изплаща сума на Фонд мениджъра, съответстваща на уговореното допълнително възнаграждение за успех (доколкото са реализирани предходните два етапа). Като последна стъпка от Каскадата за разпределение и ако е налице остатък от успешно реализираната инвестиция, то той се разпределя в съотношение 20:80, съответно 20% към Фонд Мениджъра и 80% към Инвеститорите (съразмерно между тях на участието им в инвестицията).

С много условности би могло да се приеме, че успешното реализиране на Каскадата за разпределение представлява възможност за получаване на частичен (квази-) „ликвидационен“ дял от имуществото на Фонда, докато той все още съществува.

ната стойност на инвестицията, могат да се използват за последващи дялови инвестиции, а не да се възстановяват на инвеститорите. Такъв тип фондове максимално се доближават до чистата форма на КДА по българското право.

В допълнение, може да се разгледа като специфика на дяловите инвестиции водещата роля на фонд мениджъра по управлението на АИФ. Тя се проявява в две направления. На първо място, ЛУАИФ реализира с юридически средства дяловите инвестиции като законен представител на съответния фонд. Насочването на инвестициите чрез разходване на натрупания паричен ресурс в предварително селектирани компании, би могло да се приеме като основна функция, осъществявана заедно с функцията по администриране на фонда.

На следващо място, нефинансовата подкрепа се свързва с предоставянето на управленско ноу-хау и ежедневна мениджърска подкрепа за развитието на компанията, в която се инвестира. За стартиращите дружества привличането на фонд за дялови инвестиции генерира допълнителна стойност чрез репутацията, експертизата и мрежата от контакти на ключовите лица на фонд мениджъра. Може да се приеме, че точно тези нефинансови ресурси ще бъдат причина за осъществяване на бъдещ растеж на компанията⁴⁶, в която АИФ е инвестирал, и последващият успешен изход от сделката, който да генерира възвръщаемост за инвеститорите във фонда.

Разгледаните по-горе характерни белези на АИФ с оглед процедурите пред ФМФИБ, повечето от които са стандартни за частните дялови инвестиции в САЩ и ЕС, ще бъдат определящи за това кои характеристики на КД и КДА ще бъдат засегнати по-долу.

3. Осъществяване на структура на АИФ чрез КД и КДА

3.1. Обща характеристика

В българското право се съдържа уредба на два вида командитни дружества: командитно дружество (КД) чл. 99 – 112 от ТЗ и командитно дружество с акции (КДА) чл. 253 – 260 от ТЗ. Традиционно в теорията те се разглеждат самостоятелно като при КД се изтъква близостта му със събирателното дружество, чиято уредба се прилага субсидиарно (чл. 99, ал. 2 от ТЗ), а при КДА с акционерното дружество, което пък от своя страна има съответно приложение при КДА (чл. 253, ал. 2 от ТЗ). Това самостоятелно разглеждане несъмнено е свързано както със самостоятелната им уредба в закона, така и с изричното им разграничаване на КД като персонално търговско дружество, а на КДА като капиталово – чл. 64, ал. 3 от ТЗ. Този подход поради спецификите на съответ-

⁴⁶ Така **Димитров**, Николай. Взаимовръзка между съвременната дейност на фондовете за дялови инвестиции и пазара за сливания и придобивания в Централна и Източна Европа и България. Научни трудове на УНСС, Том 2/2013, Издателски комплекс УНСС, с. 82 и сл.

ните дружества ще бъде използван и в следващия анализ като тук обаче ще се опитам да акцентирам на общите характеристики на двата вида командитни дружества и да изведа едно общо понятие за командитно дружество. Когато по-нататък в изложението използвам понятието в множествено число „командитни дружества“ ще имам предвид само техни общи родови особености.

Командитните дружества не са широко разпространени в оборота – към края 2019 г. са регистрирани около 270 КД и около 20 КДА⁴⁷. Поради това или поради правните им особености командитните дружества не са били предмет и на задълбочен анализ в правната ни литература като в периода след 1989 г. няма публикувано монографично изследване, което да се занимава с тях. Командитните дружества са били предмет на разглеждане в някои коментарни⁴⁸ изследвания, както и в учебни курсове⁴⁹ или монографии посветени на по-широка по обхват проблематика⁵⁰. Отново поради не голямата им разпространеност в старата ни литература командитните дружества също не са били предмет на особено внимание и са разглеждани предимно в учебници⁵¹ и коментарни издания⁵².

Основаният аргумент за разбирането, че може да говорим общо за командитни дружества се базира на това, че КД и КДА споделят една обща характеристика, която според мен е от определящо значение за това изследване – при тях съществуват два вида съдружници: неограничено отговорни комплементарни и ограничено отговорни командитисти⁵³. Наличието на два

⁴⁷ Посоченият брой се базира на официалната статистика, водена от Агенцията по вписванията на годишна база от 2008 г., която обаче не включва заличени търговци по правноорганизационна форма, която е достъпна на <https://www.registryagency.bg/bg/registri/targovski-registar/statistika/>

⁴⁸ **Герджиков**, Огнян. Коментар на Търговския закон. Кн. 1., Чл. 1–112, 2. осн. прераб. изд., София: Софи-Р, 2007, с. 532 и сл.

⁴⁹ **Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 4. доп. и прераб. изд., София: Фенекс, 2009, с. 189 и сл. и 350 и сл. **Стефанов**, Георги. Търговско дружествено право. Велико Търново: Абагар, 2014, с. 285 и сл. и с. 606 и сл.

⁵⁰ **Таджер**, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., София: Труд и право, 2011, с. 226 и сл. – автор на частта за КДА е **Бузева**, Таня; **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества. Персонални дружества. Дружество с ограничена отговорност. София: Сиби, 2014, с. 194 и сл.

⁵¹ **Диков**, Любен. Търговско право. София: печ. Балкан, 1925, с. 163 и сл. и с. 298 и сл., **Кацаров**, Константин. Систематичен курс по българско търговско право. 2 изд., София: Придв. печ., 1939, с. 185 и сл. и с. 263 и сл.

⁵² **Джидров**, Петър. Коментар на търговския закон. Т. 2, София: Държ. печ., 1910, с. 545 и сл.

⁵³ Наименованията „комплементарни“ и „командитисти“ са възприети в нашата правна книжнина под въздействие на немскоезичната терминология и няма нормативна опора вж. **Герджиков**, Огнян. Коментар..., с. 535, поради което ще предпочитам използването на термините „неограничено отговорни съдружници“ и „ограничено отговорни съдружници“.

вида съдружници е законово изискване при учредяването и при двата типа дружества, затова те не могат да съществуват като еднолични.

Задължението за наличие на неограничено отговорен съдружник, а и класическото разбиране за този вид дружества, винаги ги е приближавало към събирателното дружество⁵⁴, но съвременната теория макар и да отбелязва, не анализира в пълното една съществена особеност на българското право, а именно че то не предвижда забрана неограничено отговорния съдружник да е капиталово търговско дружество, т.е. да бъде реално ограничен в отговорността си⁵⁵. Ако ограничено отговорният съдружник е дружество с ограничена отговорност, всички негови особености и прилики със съдружниците в СД се тушират и изследването ни се изправя пред серия от нови въпроси за смисъла на тази правна конструкция⁵⁶. По тази причина считам, че може да се откъснем от класическото разбиране за персоналните командитни дружества и да достигнем до едно по-модерно виждане за тях, а именно като корпоративни структури, в които е постигнато стабилизиране на управлението, доколкото неограничено отговорните съдружници имат предимство над ограничено отговорните и функцията на неограничено отговорния съдружник може да се изпълнява от ЛУАИФ. Тази тема ще бъде допълнително развита по-долу, при анализа на възможностите за управление на командитни дружества.

Ако горните разсъждения преобръщат донякъде установеното виждане за неограничено отговорните съдружници то смятам, че и по отношение на ограничено отговорните има какво да се добави, защото на практика разликата при тях между КД и КДА може да бъде сведена до това, дали тяхното участие в дружеството е материализирано в акции или не. Тази разлика макар и фундаментална в някои насоки и обоснована от това, че КД законово е определено като персонално дружество, а КДА като капиталово, не изключва възможността да се търси близост между тях в други и да се обоснове наличието на сходни права и правни възможности за ограничено отговорните съдружници, което ще бъде направено по-долу.

На последно място и с оглед на изяснения подход на изследване чрез съпоставка между КД и КДА следва да се отбележи, че съществена отлика

⁵⁴ Така според **Герджиков**, Огнян, цит. съч., с. 535 и цитираните от него чуждестранни автори. Това виждане е било до голям степен по-обосновано при действието на стария Търговски закон, в който изрично се посочено че ако КД има повече от един неограничено отговорни съдружници, то се счита и за събирателно (чл. 127, ал. 2 ТЗ отм. – за критика и тълкуване на тази разпоредба вж. **Джидров**, Петър, цит. съч., с. 547–548.

⁵⁵ Тази особеност в България е отбелязана от **Герджиков**, Огнян, цит. съч., с. 542. На темата е посветен и цял раздел от учебника на **Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 3. изд. София: Фенея, 2001 г., с. 175 и сл. под заглавие „Дружество с ограничена отговорност като комплементар в КД“, който обаче е отпаднал в по-новите издания на ученика ѝ.

⁵⁶ В България за разлика от Германия няма данъчни съображения, които да я обосновават.

на КД е предвиденият изрично в закона диспозитивен характер на уредбата на вътрешните отношения между съдружниците⁵⁷. Съгласно чл. 104 от ТЗ, наречен „Предимство на договора“, при уреждането на отношенията между съдружниците е предвидено предимство на посоченото в дружествения договор пред уреденото в Раздел II, Глава 12 от ТЗ. Напълно разбираемо и с уважение към договорната свобода, авторите анализират диспозитивната уредба на КД, такава каквато е уредена в закона, в това изследване обаче насоката ще бъде по-скоро към това, което може да бъде уредено в дружествения договор, а не към това което би се приложило ако уредба липсва.

3.2. Учредяване и изискване към учредителите

Темата за учредяването на съответното дружество е разгледана с оглед структурирането на АИФ и доколко процедурата е гъвкава, има ли специфики за това, включително дали са нужни последващи изменения в учредителните документи.

Командитно дружество

КД се учредява с договор, подписан от всички съдружници, в писмена форма с нотариална заверка на подписите. Няма ограничения в броя или вида на учредителите – физически и/или юридически лица, без значение дали са местни или чужди лица, като минималният състав на КД е две лица (физически и/или юридически), като задължително поне един от тях е неограничено отговорен, а другият е ограничено отговорен.

КД се вписва в Търговския регистър и възниква от този момент.

Всички изменения в състава на съдружниците или в който и да е друг елемент от задължителното съдържание на дружествения договор предполага подписване на нов дружествен договор в посочената по-горе форма.

Командитно дружество с акции

При учредяването на АИФ под формата на КДА е характерно наличието само на един неограничено отговорен съдружник (фонд мениджър), но законът допуска да има и повече от един комплементар. Той от своя страна изготвя Устава на дружеството, свиква учредителното събрание⁵⁸ и избира акционерите, които по закон трябва да са поне трима и за тях няма ограничение в максималния брой, дали са физически и/или юридически лица, дали са местни или чуждестранни лица.

⁵⁷ Герджиков, Огнян. Коментар..., с. 544

⁵⁸ КДА не може да бъде учредено чрез подписка с оглед препращащата разпоредба на чл. 253, ал. 2 от ТЗ към чл. 169 от ТЗ. Така Таджер, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 229.

При структурирането на АИФ, както беше посочено в т. 1.2 по-горе, специалната уредба по 194, ал. 2, т. 2 от ЗДКИСДПКИ допуска създаването на структура и само с 1 инвеститор (акционер). Тази практическа особеност ще представлява изключение от заложения принцип в чл. 194, ал. 5 от ЗДКИСДПКИ и чл. 2, пар. 2 от Директива 2011/61/ЕС, за ирелевантността на правната форма на АИФ. Ако за конкретен случай е необходимо или достатъчно да има 2 инвеститора с ограничена отговорност, респективно участието на някой от първоначалните инвеститори се прекрати и той не може да бъде заменен, то КДА на практика няма да може да се регистрира⁵⁹ или впоследствие ще се постави въпросът дали ще може да продължи да функционира с по-малко от 3 командитиста.

За пълнота следва да се отбележи и застъпеното в теорията виждане, че при повече от един неограничено отговорен съдружник (каквато конструкция при дяловите инвестиции не е типична) в допълнение към устава следва да бъде сключен и отделен учредителен договор между комплементарите⁶⁰. С оглед на това, за него би следвало да се прилагат съответно правилата за КД за нотариална заверка на подписите на неограничено отговорните съдружници (чл. 100 от ТЗ), а минималното му съдържание следва да отговаря на изискванията по чл. 102 от ТЗ.

3.3. Капитал и участие в имуществото на дружеството

С оглед на интереса ни към структуриране на АИФ, въпросът за участието в имуществото на дружеството има значение в две измерения – първо, колко лесно може да се предоставят средства от инвеститорите към структурата, тъй като обикновено средствата не се предоставят наведнъж, а при обосноваване на конкретна инвестиционна необходимост и второ, какво е положението на дела в имуществото и дали той е прехвърлим.

Командитно дружество

Понятието капитал в смисъла на постоянна величина, която се определя в устава към момента на учредяване на дружеството и подлежи на вписване

⁵⁹ Следва да се отбележи, че в процедурите по избор на Фонд мениджър от ФМФИБ е възможно спечелилият участник да избере реализирането на т.нар. Ко-инвестиционна схема, при което комбинирането на частен и публичен ресурс ще се реализира не на ниво Фонд (т.е. няма да се привлекат външни инвеститори като съдружници или акционери в АИФ), а на ниво отделна инвестиция от портфейла на ЛУАИФ (т.е. външните инвеститори ще бъдат съдружници или акционери с АИФ в рамките на съответната дялова инвестиция). Това означава, че в рамките на създадения АИФ в изпълнение на спечелената обществена поръчка, ограничено отговорни съдружници ще бъдат само ФМФИБ и Капиталов участник на избрания Фонд мениджър, което ще доведе до невъзможност да се учреди АИФ под формата на КДА.

⁶⁰ **Таджер**, В. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 229.

в търговския регистър⁶¹ не е относимо към КД, доколкото то не е капиталово търговско дружество. Това ще се има предвид и по-долу в текста когато се посочва, че КД няма капитал или няма регистриран капитал. Следва да се отчете разбира се, че като всяко търговско дружество и КД формира капитал от счетоводна гледна точка, който следва да бъде отразен в пасива по баланса. Имуществото на дружеството се формира от вноските на съдружниците, като не е предвидено разделение в тази насока между неограничено отговорните и ограничено отговорните съдружници⁶². Доколкото обаче неограничено отговорните съдружници по закон отговарят за задълженията на дружеството с цялото си имущество е допустимо да се предвиди, че те няма нужда да правят вноски в имуществото, съответни на тези на неограничено отговорните съдружници. От друга страна единственото законово закрепено задължение на ограничено отговорните съдружници е задължението им за вноска⁶³.

В член 102 от ТЗ, като част от задължителното съдържание на дружествения договор се изисква посочване на размера на вноските на съдружниците. Следва да се има предвид, че доколкото дружеството не е капиталово при неговото учредяване не е необходимо да бъдат извършени каквито и да е вноски, а посочването им е от значение, за да се лимитира и посочи пред третите лица размера на отговорността на ограничено отговорните съдружници. В този смисъл и при отчитане на правилото на чл. 111 от ТЗ става ясно, че записването в дружествения договор на вноската не е свързано с момента на нейното извършване, като е допустимо и частичното ѝ плащане. Вноските в имуществото могат да бъдат парични и непарични, като с оглед на разглеждането на КД като възможност за структуриране на АИФ обичайно би следвало да се предвиди в дружествения договор, че вноските на ограничено отговорните съдружници ще са само парични.

⁶¹ Капиталът при капиталовите търговски дружества е разбиран като постоянна величина, която се определя в устава към момента на учредяване на дружеството и подлежи на вписване в търговския регистър – така Бузева, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018, с. 22, и Калайджиев, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 37–38.

⁶² В теорията се изтъква, че с оглед на характера на дружеството, което комбинира неограничено и ограничено отговорни съдружници, при него може да се реализира т. нар. „партньорство работа-капитал“, вж. **Стефанов**, Георги, цит. съч., с. 289. Такъв би бил случая и при разглежданите тук структури, в които неограничено отговорния съдружник ще е професионалистът „фонд мениджър“, нает от ограничено отговорните съдружници, имащи качеството инвеститори. В този смисъл в старата ни литература се посочва, че участието на командитистите в дружеството е „сложено на чисто капиталистически начала“ вж. Диков Любен, с. 164 и сл.

⁶³ Така **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества..., с. 202, **Герджиков**, Огнян. Коментар ..., с. 552 и сл.

Липсата на регистриран капитал, респективно на необходимост за неговото увеличаване и липсата на изискване за извършване на имуществените вноски към момента на учредяването дават изключителна гъвкавост на КД и го правят много добро средство за реализиране на инвестиции като АИФ.

От значение за КД като персонално дружество е дали на база на имуществените вноски съдружниците придобиват нещо подобно на дружествен дял. В уредбата на КД, подобно на тази при СД не се говори за дружествен дял в смисъла на този по чл. 127 от ТЗ в материята на ООД. Доколкото обаче съдружниците правят имуществени вноски те без съмнение формират „дружествен дял“ в смисъл на дял от дружественото имущество⁶⁴. От тук следва и по-важният въпрос дали „дружественият дял“, материализиращ не само участие в имуществото, но и членствено правоотношение в КД може да бъде прехвърлян. Този въпрос отново няма отговор в Търговския закон. С оглед на общата характеристика на дружеството като персонално би следвало предимство да има отрицателният отговор. Доколкото обаче вече беше посочено, че участието на ограничено отговорните съдружници е само имуществено и може би тяхната личност не е от такова значение както при СД, то не може генерално да се изключва подобна възможност⁶⁵. При всички случаи следва да се има предвид, че за да може да се обсъжда подобно прехвърляне, то трябва да е уредено изрично в дружествения договор, който ще следва да предвиди и процедурата за него, най-вероятно свързана с единодушие между останалите съдружници. Също така каквото и да е предвидено в дружествения договор ако някой от старите съдружниците откаже да подпише нов дружествен договор с новия съдружник до придобиване няма да се стигне.

В обобщение на тези разсъждения може да се каже, че дори и да приемем, че в КД съществува дружествен дял, който материализира и членствено правоотношение, то неговата прехвърлимост е силно ограничена.

Командитно дружество с акции

Съгласно българската правна теория капиталът е статична величина⁶⁶, която се вписва в Търговския регистър и при учредяване на дружеството съответства на размера на имуществените вноски на съдружниците (акционери). От момента на учредяването капиталът не се влияе от промяна на стойността на имуществото на дружеството, а може да се промени само в резултат на

⁶⁴ Считаю, че аргументацията на Антонова, Анета. Събирателно дружество. София: Сиби, 2004, с. 64 –65 е напълно приложима и към КД, като с оглед на изяснената инвестиционна същност на тяхното участие размерът на дружествения им дял би следвало да е съответен на размера на вноската им в имуществото.

⁶⁵ Така Стефанов, Георги, цит. съч., с. 290.

⁶⁶ Бузева, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018, с. 28.; Калайджиев, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 37.

специални законово уредени процедури – увеличаване и намаляване, което е израз на принципа на постоянния капитал⁶⁷.

От посоченото законово положение следва да се разгледа спецификата при фондовете за дялови инвестиции, а именно че средствата се предоставят на АИФ целево (за конкретни инвестиции или покриване на такса по управлението) и при поискване (с посочване на съответния размер за дадения инвеститор). Нуждата от гъвкавост в тези процедури може да се окаже ключова при избора на правна форма и при КДА ще са приложими на практика всички механизми и изисквания на АД.

Минимално изискуемият капитал на КДА е 50 000 лв.⁶⁸ При регистрацията на дружеството следва да са внесени поне 25% от него, а довносянето на капитала трябва да се извърши до 2 години.

Капиталът на КДА е разделен на акции, които представляват не само дялове от капитала, но са и ценни книги, които могат да бъдат свободно прехвърлими или не. Без значение от вида на акциите, при АИФ, който е структуриран като КДА, прехвърлянето на капиталово участие от един командитист на друг ще бъде по-лесно, отколкото прехвърлянето на дялове при КД и вписването на промяната на съдружниците в Търговския регистър.

От гледна точка на структурирането на АИФ следва да се обърне внимание, че при промяна на капитала на КДА, включително при довносяне на записан капитал, това неминуемо ще доведе и до промяна в устава съгласно чл. 253, ал. 2 във вр. с чл. 165, т. 3 от ТЗ. Уставът се приема и изменя със съгласието на неограничено отговорния съдружник, който на практика би могъл да блокира ефективното провеждане на промяната в капитала, ако не даде съгласие за изменението на устава. Разбира се, подобни хипотези са по-скоро екзотични, доколкото механизмът на структуриране и управление на АИФ не предполага противопоставяне от страна на Фонд мениджъра при увеличаване на средствата, които ще управлява.

На следващо място, внасянето на средства от инвеститорите в КДА се постига чрез формалните законово уредени процедури за АД по ефективно увеличаване на капитала. Правомощието за това е на общото събрание на акционерите и инвеститорите могат да го делегират като овластят Фонд мениджъра да увеличава по своя преценка капитала с посочване на конкретни параметри. Това се постига или чрез първоначално посочване в Устава при учредяването на КДА или впоследствие с изменение в Устава като и в двата случая срокът на овластяването трае не повече от 5 години от учредяването на КДА, респективно от промяната на Устава.

Ефективното увеличаване на капитала е строго формална законова процедура и при АИФ под формата на КДА основно се постига чрез: 1) издава-

⁶⁷ Така Бузева, Таня, Цит. съч., с. 28 и сл.

⁶⁸ Така Калайджиев, Ангел. Търговски..., с. 200

не на нови акции; 2) увеличаване номиналната стойност на вече издадените акции. Като законов принцип следва да се посочи правото на досегашните акционери с предимство да участват в увеличението на капитала. Това става пропорционално на техния дял в капитала преди увеличаването. Съгласно законовите изисквания, ако КДА има издадени акции от различни класове предимственото право да участват в увеличението важи за акционерите от съответния клас, а останалите акционери упражняват предимството си след акционерите от класа, в който се издават новите акции.

С решение на общото събрание предимственото право може да бъде ограничено или да отпадне изцяло, включително, когато увеличението на капитала се извършва от Съвета на директорите. За да се постигне този резултат, следва да се спази предвидената процедура в чл. 194, ал. 4 от ТЗ и отпадането на предимственото право да се обяви в Търговския регистър.

Предвидените в закона формални изисквания по отношение на капитала целят защита на интересите на акционерите и предвидимост в общественния оборот относно имуществото на капиталовите дружества. Тези принципни положения при КДА трябва да бъдат отчитани от Фонд мениджърите, когато структурират АИФ. Неограничено отговорният съдружник следва да е предвидил достатъчно гъвкавост в Устава си, така че да се изпълни стратегията им по набиране и разходване на средствата за инвестициите. В рамките на типичната „инвестиционна фаза“ при АИФ (през първите 5 години) поради различни причини е възможно да не се постигне усвояване на ангажирания ресурс от страна на инвеститорите и да се наложи промяна в Устава с решение на акционерите за извършването на следващ етап от привличането на средства и кореспондиращото увеличаване на капитала. Нещо повече, дори да се запише целият размер от предвидената инвестиция при учредяването на КДА и тя да се внася постепенно в рамките на 2 години, то всяка процедура по увеличението следва да бъде отразявана в Търговския регистър и в Устава на КДА, което е свързано с изпълнение на съответните формални изисквания.

3.4. Разпределяне на средства от дружеството към инвеститорите

Каскадата за разпределение на приходите от инвестиционната дейност е отличаваща черта и характеризира дяловите инвестиции. По-долу ще бъдат разгледани възможностите, които са на разположение на КД и КДА, за да постигнат заложената от инвеститорите рамка за разпределение на средствата от успешните инвестиции.

Командитно дружество

1) Изплащане по време на съществуване на дружеството

Въпросът за изплащане на средства на към съдружниците няма уредба на законово ниво. Той следва да е уреден в дружествения договор и е част от

задължителното му съдържание – чл. 102, т. 7 от ТЗ. Дружественият договор трябва да посочва начина за разпределение на печалбите и загубите между съдружниците, както и възможността за възстановяване на средства, внесени от съдружниците. Голямото предимство на КД, доколкото то няма вписан капитал, е че във всеки момент може да се върне част от вноската в полза на съответния съдружник, което дава пряка възможност за реализиране на посочената по-горе каскада за разпределение на приходите. Разбира се, съгласно изясненото в т. 3.3. връщането на част от вноската не води до намаляване на отговорността на ограничено отговорния съдружник.

Две са правилата на закона, които заслужават внимание в тази насока ако не бъдат изрично изключени от дружествения договор. Съгласно чл. 109, ал. 1 от ТЗ, ако съдружникът не е внесъл целия размер на вноската си полагащата му се част от печалбата следва да се прихване до размера на вноската. Нормата е очевидно диспозитивна и тя не би следвало да присъства в дружествен договор на КД, чрез което се реализира АИФ. Нещо повече тя няма особен смисъл и без да е изключена, защото невнасянето на вноската не застрашава интересите на кредиторите на дружеството, които са обезпечени от отговорността на ограничено отговорния съдружник и за невнесената част на вноската.⁶⁹

Другата разпоредба от значение е тази на чл. 110 от ТЗ, съгласно която ако в края на годината се установи че дружеството има загуби, които се отразяват на направените вноски, до възстановяването им в предвидения размер не се разпределя печалба. Според мен тази норма, влиза в категорично противоречие с персоналния характер на дружеството и наподобява на правилата за съхранение на капитала при АД. В този смисъл тя не би следвало да намери място в дружествения договор на КД, чрез което се реализира АИФ⁷⁰.

2) Ликвидация на КД

В рамките на процедурата по ликвидация ограничено отговорните съдружници ще получат дял от имуществото, съответен на вноските в него, като това е крайният момент, в който ще се уредят отношенията с тях без значение на предходни изплащания, били като изплащане на дивидент или връщане на част от предоставеното имущество.

⁶⁹ Така **Калайджиев**, Ангел. Търговски..., с. 200.

⁷⁰ В теорията се изказва становище, че разглежданата норма е в интерес на кредиторите и не може да бъде изменена в дружествения договор – **Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества..., с. 204. Това становище не може да бъде споделено, тъй като първо, систематичното място на нормата е в Раздел II, посветен на вътрешните отношения между съдружниците, всички норми от които могат да бъдат изместени от разпоредби на дружествения договор и второ, защото интересът на кредиторите е достатъчно защитен от неограничената отговорност на комплементарите и фиксираната отговорност на командитистите, без значение на техните вноски.

Основанията за доброволно прекратяване на КД са посочени изчерпателно в закона (на база на препращането към уредбата на СД) и са свързани основно с волята на съдружниците, които могат да: 1) предвидят краен срок, в рамките на който дружеството да съществува⁷¹; 2) предвидят специфични основания в дружествения договор, водещи до прекратяването (напр. постигане на определена цел, условие или друго обстоятелство); 3) приемат изрично решение за прекратяване с единодушно решение от съдружниците в дружеството.

Правилата и целите на ликвидацията при КД не се различават от тези на капиталовите търговски дружества. В синтезиран вид това е разпределянето на дружественото имущество, което е останало след удовлетворяване на кредиторите, и то може да бъде временно, окончателно и допълнително⁷².

Командитно дружество с акции

При капиталовите търговски дружества и по-конкретно при КДА стои въпросът за извършването на плащания към акционерите от страна на дружеството. В типичния случай, това се случва, когато след края на съответната финансова година⁷³ активите са повече от пасивите и положителната разлика, представляваща счетоводна печалба за съответната или някоя от предходните години, се разпределя по предвидените за това способности. Като цяло въпросът за разпределяне на средствата е свързан с балансовата стойност на активите на дружеството.

Без да се навлиза подробно в счетоводните и процедурни изисквания за постигане на целения резултат, следва да се отбележи един от основните принципи при дяловите инвестиции, който е разгледан в т. 2.3. Разпределянето на средства към инвеститорите се осъществява на ниво „изход“ от отделна инвестиция съгласно определена каскада за разпределение. При практическото структуриране на АИФ под формата на КДА изпълнението на подобно изискване би могло да представлява предизвикателство за Фонд мениджъра, който трябва да намери баланс между договореното с инвеститорите, възмож-

⁷¹ Съдружниците единодушно могат да приемат решение за продължаване на срока преди изтичането му. Когато дружеството е прекратено поради изтичане на срока или по решение на компетентните дружествени органи, Съдружниците единодушно могат да приемат решение да се продължи дейността му и ако не е започнало разпределение на имуществото.

⁷² Антонова, Анета. Ликвидация на търговски дружества. София: Сиела, 2009, с. 261.

⁷³ След промените в чл. 115в от ЗППЦК (въведени с ДВ бр. 62 от 2017 г.) при публичните дружества от 2018 г. е допустимо да се изплащат 6-месечни дивиденди, стига това да е предвидено в устава и при съответно прилагане на чл. 247а от Търговския закон. Това означава че в рамките на незавършила финансова година, на база счетоводния резултат към 30.06. на съответната година да се изплати дивидент на акционерите от постигнатата печалба.

ностите, които дава формата на КДА, и счетоводните изисквания към капиталовите дружества.

1) Изплащане на дивиденди

Основният способ, предвиден в действащото законодателство, за изплащане на средства към акционерите е чрез разпределяне на дивидент. Доколкото това е формална и уредена в закона процедура, като капиталово дружество КДА би могло да разпредели дивидент, ако дружеството е реализирало печалба и липсва непокрита загуба от предишни години⁷⁴. Законът предвижда възможност за издаване на отделен клас акции с привилегия за гарантиран или допълнителен дивидент.

В рамките на съответния клас акционерът с право на гарантиран дивидент има право да получи плащане преди дивидента по обикновените акции и в теорията се застъпва виждането⁷⁵, че дори да няма печалба, гарантираният дивидент следва да се изплаща. Това на практика прави акционерите с гарантиран дивидент кредитори на дружеството, подобно на неговите облигационери, които следва да получават гарантираните си плащания, без значение дали дружеството има печалба, или не.

При допълнителния дивидент акционерът ще придобие както общия дивидент, така и допълнителна парична сума (отново може да бъде точна или процент от стойността на акцията по номинал). Този вид дивидент се различава от първия, защото се предпоставя от наличието на печалба, макар наличието на задължение за изплащане на такъв дивидент да намалява печалбата, която трябва да се разпредели на акционерите с обикновени акции.

2) Намаляване на капитал

Интерес при структурирането на АИФ под формата на КДА може да представлява изплащането на средства от дружеството към инвеститорите в рамките на законовата процедура по намаляване на капитала му. По този начин акционерите могат да получат номиналната стойност на акциите, с която се намалява капиталът. Тук отново следва да се акцентира, че съответният фонд мениджър трябва да предвиди ясна стратегия за разпределяне на средства в рамките на постигнатите договорки с инвеститорите. Провеждането на съответните законови процедури при КДА не във всеки случай предпоставя

⁷⁴ Съгласно чл. 247а, ал. 1–3 от ТЗ, за да се изплати дивидент от КДА в проверения и приет финансов отчет за съответната година чистата стойност на имуществото, намалена с дивидентите и лихвите, подлежащи на изплащане, трябва да е не по-малка от сумата на капитала на дружеството, фонд „Резервен“ и другите фондове, които е длъжно да образува по закон или устав. Чистата стойност на имуществото представлява разликата между стойността на правата и задълженията на дружеството съгласно баланса му.

⁷⁵ **Калайджиев**, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019, с. 112.

гъвкавост и ефективното плащане към акционерите може да отнеме няколко месеца⁷⁶.

Намаляването на капитала на КДА започва с решение на общото събрание, което се представя в Търговския регистър и се обявява. Ако има няколко класа акции, за намаляването е необходимо решение на всеки клас акционери. Двата законови способа за намаляване на капитала представляват: 1) намаляване на номиналната стойност на акции; и 2) обезсилване на акции. За да бъдат обезсилени акциите, те трябва първо да бъдат придобити от дружеството (вж. по-долу *Обратно изкупуване на акции*).

Типичната процедура за намаляване на капитала отнема около 4–5 месеца, в рамките на които: 1) се свиква и провежда общо събрание на акционерите; 2) се обявява решението на акционерите в Търговския регистър; и 3) се осъществява самото намаление и се обявява измененият устав в Търговския регистър, ако до 3 месеца от обявяването кредиторите на дружеството не изразят писмено несъгласието си. За пълнота на изложението следва да се посочи, че са възможни и ускорени процедури за намаляване на капитала, които зависят от допълнителни обстоятелства.

3) Ускорени процедури за намаляване на капитала

При структурирането на дялови инвестиции от ключово значение може да се окаже срокът, който е необходим практически на Фонд мениджъра, за да разпредели средства от успешните инвестиции. В чл. 202, ал. 2 и 3 от ТЗ са предвидени три способа за намаляване на капитала, при които може да се избегне блокирането на плащанията към акционерите за 3 месеца след обявяването на решението за това в Търговския регистър. При **обезсилване на собствени акции**, предпоставка за ускореното намаляване на капитала се явява реализирането на процедура по обратно изкупуване на собствени акции (вж. по-долу), при която обаче акционерите са прехвърлили съответното количество акции **безвъзмездно**.

На следващо място, при **обезсилване на собствени акции**, предпоставка за ускореното намаляване на капитала отново се явява реализирането на процедурата по обратно изкупуване на собствени акции (вж. по-долу), но плащанията към акционерите за техните акции са свързани с реализиране на печалба от дружеството и липсата на непокрита загуба от предишни години. При този вариант: 1) продаващите акционери ще получат уговорената цена за техните акции; 2) капиталът на дружеството ще се намали без да се изчакват 3 месеца от обявяването на решението в Търговския регистър; и 3) образувани-

⁷⁶ Съгласно чл. 150–153 от ТЗ, които съответно се прилагат при АД и КДА, за да се даде защита на кредиторите на дружеството, дори и то на практика да няма такива, е налице забрана за изплащане на средства към акционерите, ако не са изминали 3 месеца от обявяването на решението за намаляване на капитала в Търговския регистър.

ят от дружеството резерв по чл. 187в, ал. 4 от ТЗ може да се разпределя между акционерите само при намаляване на капитала с изкупените акции, както и за увеличаване на капитала.

В **третия** случай на ускорено намаляване на капитала, следва да се извърши математически и счетоводно такова намаляване и последващо увеличаване на капитала, че новият размер да е поне колкото капитала на Дружеството преди изменението му. На практика акционерите биха могли да използват нови техни средства, които да покрият увеличението на капитала, или да се извърши увеличаване на капитала със собствени средства на дружеството при спазване на законовите изисквания за това (чл. 197 от ТЗ).

4) *Обратно изкупуване на акции*

Като следваща правна възможност за фонд мениджъра в КДА за разпределяне на средства представлява предвидената процедура по обратно изкупуване на акции по чл. 187б от ТЗ. Съответният АИФ би могъл да придобие собствени акции, в резултат на което акционерите могат да получат уговорената продажна цена. Законът допуска две процедури по обратно изкупуване на акции, които са свързани с момента, в който възниква това право. Възможно е още при издаването им акциите да имат привилегия за обратно изкупуване и това обстоятелство следва да е записано в Устава, където се посочват и допълнителните условия и ред за това. Дори при издаването да не е предвидена привилегия за обратното изкупуване на акциите, то КДА с последващо решение на Общото събрание би могло да осъществи такава процедура.

Законовата процедура по обратно изкупуване на собствени акции може да се осъществи само ако акциите са изплатени изцяло. Дружеството следва да формира сума, предназначена за разпределение съгласно чл. 247а, ал. 1, 2 и 3 от Търговския закон. Това означава, че плащанията към акционерите за техните акции са свързани с реализиране на печалба от дружеството и липсата на непокрита загуба от предишни години.

5) *Ликвидация*

Инвеститорите, които са притежатели на обикновени акции, имат право да получат ликвидационен дял, съразмерен с притежаваните от тях акции в КДА. Законът допуска издаването на привилегирани акции с право на допълнителен дял в дружественото имущество при ликвидацията.

Доброволната ликвидация е процедура, която се развива след приемането на решение от общото събрание на акционерите в дружеството за прекратяване на дейността. Основанията за доброволно прекратяване са посочени изчерпателно в закона и са свързани основно с волята на акционерите, които могат да: 1) предвидят краен срок, в рамките на който дружеството да същест-

вува⁷⁷; 2) предвидят специфични основания в устава, водещи до прекратяването (напр. постигане на определена цел, условие или друго обстоятелство); 3) приемат изрично решение за прекратяване с квалифицирано мнозинство от 2/3 от представения капитал или по-високо мнозинство, което трябва да е посочено в Устава.

Производството по ликвидация следва да се развие в рамките на поне 6-месечен срок от обявяването на покана до кредиторите в Търговския регистър или в по-дълъг срок, определен от общото събрание.

Крайната цел на производството по ликвидация е да се разпредели свободното имущество на дружеството между инвеститорите, но преди това задължително трябва да се довършат текущите сделки, да се съберат вземанията на дружеството, да се превърне останалото имущество в пари и да се удовлетворят кредиторите. Имуществото, което остава след плащанията към кредиторите, се разпределя между акционерите под формата на пари и по изключение под формата на разпределение на активи.

Процедурата по ликвидация е свързана с извършването на плащания в полза на акционерите (ако има налични средства за разпределение), но тези плащания се различават от посочените по-горе хипотези за разпределяне на средства към инвеститорите, защото ликвидацията е свързана с прекратяването на дружеството и може да се реализира само еднократно, а не многократно (както е например процедурата по разпределяне на дивидент).

В обобщение би могло да се посочи, че организирани като КДА алтернативни фондове, изпълняващи финансови инструменти на ФМФИБ, ще бъдат изправени пред предизвикателството при реализиран изход от инвестиция да спазват коректно изискванията на оперативното споразумение за разпределяне на средства съгласно Каскадата за разпределение и законовите процедури, описани по-горе. Постигането на гъвкавост би могло да се осъществи на плоскостта на комбиниране на методите обратно изкупуване на акции и последващо намаляване на капитала с обратно изкупените акции.

3.5. Управление

Особеностите на управлението на КД се изразяват в предимственото положение на неограничено отговорния съдружник спрямо ограничените отговорните. Това предимствено положение е именно един от основните мотиви за

⁷⁷ Общото събрание може да вземе решение за продължаване на срока преди изтичането му. Когато дружеството е прекратено поради изтичане на срока или по решение на компетентните дружествени органи, Общото събрание на акционерите може да приеме решение да се продължи дейността му с мнозинство най-малко 3/4 от представения капитал, което да се одобри от неограничено отговорния съдружник, и ако не е започнало разпределение на имуществото.

фонд мениджърите да избират формите на командитните дружества за структуриране на АИФ.

Командитно дружество

Управлението на командитното дружество, съгласно разпоредбата на чл. 105 от ТЗ се извършва от неограничено отговорните съдружници. Тази разпоредба е част от Раздел II на Глава 12 от Търговския закон, което означава, че и тя има диспозитивен характер. В този смисъл основният въпрос, който трябва да изследваме е в какви посоки и до каква степен съдружниците могат се отклонят от нея.

Първо, общата постановка, че оперативното управление, а в случая на АИФ инвестиционната дейност се ръководи от неограничено отговорния съдружник, не подлежи на корекция с оглед на неговия интерес и с оглед на това, че на практика той създава дружеството и учредителните му документи. В тази насока на разсъждения неограничено отговорният съдружник, за който е предвидено да действа като оперативен управителен орган, не би могъл да влезе в противоречие със закона.

На следващо място, следва да се разгледа въпросът имат ли отношение ограничено отговорните съдружници и могат ли те да формират орган, подобен на общо събрание. Тази концепция поставя няколко принципни въпроса, които се нуждаят от отговор, доколкото става дума за персонално търговско дружество.

Идеята, че персоналните търговски дружества могат да формират органи се определя в теорията като „доста съмнителна“⁷⁸, с аргумент, че се основава на органите при капиталовите търговски дружества. Като нямам принципни възражения срещу виждането, че при търговските дружества принципът за *paterus clausus* важи не само по отношение на видовете дружества, които правните субекти могат да създават, но и по отношение на предвидените в тях органи със задължителна компетентност, считам че тази идея има приложение именно при капиталовите търговски дружества, където органната структура или нейните варианти са законово закрепени. При персоналните търговски дружества именно договорната свобода дава възможност да се създадат органи, които да направят управлението такова, каквото е желано от съдружниците. Тези органи не могат да засегнат представителството на дружеството, доколкото това са отношения с трети лица.

В този смисъл, считам, че няма пречка в КД да бъде създадено общо събрание на съдружниците/инвеститорите. Структурирането на подобни органи е въпрос на договорна свобода и при справка в Търговския регистър, в последните години се наблюдава регистриране на КД, при които се обособява

⁷⁸ Така **Русчев**, Иван. Проблемът за органовата структура при персоналните търговски дружества. Търговско и конкурентно право, 2011, №12, с. 7.

общо събрание и управителни органи, между които се разпределят стратегическото (общо събрание) и оперативното управление на дейността (неограничено отговорният съдружник, респ. неговите представляващи).

На следващо място, може да се постави въпросът, как ще се формира воля в този колективен орган и всички ли съдружници ще могат да участват в него. Ако се проведе до край разгледаната по-горе идея за неограничено отговорен съдружник, действащ като управителен орган, и общо събрание на съдружниците, действащо като съвещателен, в колективния орган не би следвало да участва и неограничено отговорният съдружник, като по този начин се раздели мениджмънтът от капитала⁷⁹. Разбира се, няма пречка и при съществуващите АИФ фонд мениджърът да има, пряко или непряко, капиталово участие, поради което да има право на това основание да участва и в общото събрание. В продължение на тези разсъждения може да се стигне и до въпроса как съдружниците вземат решения в този орган – и за мен, доколкото става дума за капиталово участие, единствената логична възможност е това да се реализира на база предоставената от всеки имуществена вноска (но всяка друга уговорка, предвидена в дружествения договор би била допустима).

Следва да се има предвид, че и от някои съдилища се застъпва становище за липсата на самостоятелно обособени органи при командитното дружество, чиято воля да се формира като сделка решение чрез гласуване и мнозинства (типични за капиталовите дружества, в които съдружниците не осъществяват търговията лично). Всички решения се вземат пряко със съгласие на всички съдружници, а не опосредено чрез решение на орган – Решение № 303 от 27.07.2018 г. на ОС – Бургас по т.д. № 370/2018 г.; в същия смисъл Решение № 659 от 3.7.2013 г. по т.д. № 908/2013 г. на I състав на Окръжен съд – Варна. Посочените решения представляват практика на първоинстанционен съд във връзка с откази на Търговския регистър и нямат отражение в практиката на ВКС. Обратна практика към момента не може да бъде посочена, доколкото ако Търговският регистър е уважил искането на заявителите, не е имало причина те да търсят съдебна намеса.

На последно място, КД се представлява от неограничено отговорните съдружници и ако има само един комплементар, той се посочва като представител на Дружеството в Търговския регистър и представителната му власт не може да бъде ограничавана пред третите лица.

⁷⁹ Подобна структура на гласовете се определя като нищожна поради противоречие с императивната норма на чл. 87 от ТЗ – вж. **Иванов**, Момчил. Модели на управление на командитно дружество. Търговско и конкурентно право, 2018, №9. Приложимостта на разпоредбата на чл. 87 от ТЗ само спрямо неограничено отговорните съдружници е обоснована от **Герджиков**, Огнян. Коментар..., с. 545.

Командитно дружество с акции

Естествено следствие от чисто капиталовия характер на командитното дружество с акции се явява нормативно установеното задължение⁸⁰ да формира дружествени органи, съответстващи на едностепенната система на управление, предвидена за АД – общо събрание на акционерите (състоящо се от командитистите) и съвет на директорите (с единствен член фонд мениджърът), който е законен представител на дружеството съгласно чл. 244 във вр. с чл. 253, ал. 2 от ТЗ.

В общото събрание право на глас имат само ограничено отговорните съдружници. Неограничено отговорните съдружници дори и когато притежават акции, участват само със съвещателен глас. Компетентността на общото събрание се определя в устава и по аналогия могат да се посочат правомощията на общото събрание в АД. Хибридната природа на КДА налага правомощията на общото събрание на акционерите да са с различно съдържание от тези при АД⁸¹.

Основната и същностна по своя характер разлика между АД и КДА, от една страна, и прилика между КД и КДА, от друга, се явява законово признатата стабилност на управлението на неограничено отговорния съдружник. По този начин, структурирането на АИФ посредством правните форми на КД и КДА се явява логически и правно обосновано от гледна точка на фонд мениджъра, а ограничено отговорните съдружници няма да имат възможност да влияят пряко на политиката по управлението на АИФ.

На следващо място, за да се осигури стабилност в управлението на комплементаря, законът поставя изискване определени въпроси да не могат да се решават от акционерите без неговото съгласие. С оглед на смесената природа на КДА, съгласно чл. 259, ал. 1 от ТЗ неограничено отговорният съдружник ще има възможност да блокира приети от Общото събрание на акционерите решения по най-важните за дружеството въпроси⁸², свързани с изменение на устава, изменение на капитала, преобразуване и прекратяване на дружеството.

3.6. Замяна на неограничено отговорен съдружник

Независимо от ключовата роля на фонд мениджъра за всеки АИФ, както и дали фондът за дялови инвестиции се реализира с публични средства или не, то не може да се изключи практическата необходимост да бъде заменен неограничено отговорният съдружник. Концентрирането на функции в комплементаря и създаването на стабилност за него, следва да бъде взето предвид и от гледна точка на процедурата за неговата замяна при КД и КДА.

⁸⁰ Така **Таджер**, Витали. Капиталови търговски дружества. Осн. прераб. и доп. изд., с. 230 – автор на частта за КДА е **Бузева**, Таня.

⁸¹ Така **Таджер**, Витали. Капиталови ..., 2011, с. 232.

⁸² Така **Таджер**, Витали, цит. съч., с. 232.

При тези правни форми не би могло да се стигне до ситуация, при която липсва неограничено отговорен съдружник и невъзможността за преодоляване на подобно събитие ще доведе до започване на процедура по прекратяване на съответния АИФ чрез ликвидация (разгледани по-горе). Следва да бъде отчетено, че макар и чл. 104 от ТЗ да допуска уреждането на вътрешните отношения в дружеството по договорен път, тази уредба следва да е съобразена с препращането към правилата на персоналното дружество, които изключват категорично прекратяването на членството на който и да е от съдружниците да може да се осъществи извънсъдебно. Чл. 95 от ТЗ изрично налага виновното поведение на съдружник да бъде преценено по съдебен ред.

На следващо място, и при двете разгледани правни форми може да се очаква, че замяната на фонд мениджъра (като неограничено отговорен съдружник) ще се реализира на база поетия ангажимент в дружествения договор или устава и предвидените договорни процедури за това. До момента на вписването на прекратяване на мандата му като неограничено отговорен съдружник в Търговския регистър фонд мениджърът би следвало да осъществява административното управление на АИФ, но да не извършва същинска инвестиционна дейност.

3.7. Обобщение на предимствата и недостатъците на КД и КДА по отношение на структуриране на АИФ

Командитно дружество

Едно от основните предимства на КД при структурирането на АИФ от гледна точка на изискването за предоставяне на средства на фонда съгласно оперативните споразумения е липсата на регистриран капитал и възможността за пълна гъвкавост при внасяне и възстановяване на инвестираните средства. В този смисъл смятам, че единствено при КД бързо и лесно може да се реализира заложената и обичайна при АИФ каскада за разпределяне на средства.

Доколкото законовата уредба на КД е лаконична, водещо при уреждане на отношенията между съдружниците е това, което е закрепено в дружествения договор, т. нар. предимство на договора. По този начин би могло да се постигне максимално точно отразяване на ангажиментите между страните съгласно оперативните споразумения за изпълнение на финансови инструменти от фонда на фондовете, в които е предвидено структурирането на АИФ.

Въпреки посочените преимущества, следва да бъдат отбелязани и недостатъците на правната форма на КД. Основното предимство на КД (предимството на уреденото в договора между съдружниците) може да се окаже и неговият най-голям недостатък. Реализирането на договорната свобода винаги ще подлежи на преценка от съда при евентуален спор между съдружниците.

Пример за подобна интерпретация от съда са цитираните решения, които изключват възможността за формиране на органи при персоналните дружества.

На второ място, липсата на капитал с формално обособени дялове от него създава затруднение пред излизането или влизането на нови инвеститори в КД. Това макар и да не е особен проблем за АИФ, създадени в изпълнение на Оперативните споразумения с ФМФИБ може да е принципна пречка, за фондовете, които ще разчитат на по-голям кръг частни инвеститори.

Командитно дружество с акции

Като предимство на КДА може да се посочи съществуването на две групи съдружници, като на неограничено отговорните от тях е възложено управлението на дружеството. Тази стабилност на управлението считам, че представлява съществен плюс за фонд мениджърите да осъществяват правомощията си съгласно оперативните споразумения за изпълнение на финансови инструменти от фонда на фондовете.

На следващо място, правната форма на КДА възпроизвежда в максимална степен уредбата на акционерното дружество, което от своя страна е най-детайлно уредено в Търговския закон. Уредбата на КДА позволява предвидимост за участващите в дружеството по отношение техните права и задължения, доколкото не съществуват неясноти относно функционирането и правомощията на Общото събрание на акционерите (събрание на инвеститорите), начините на гласуване и т.н. материализиране на членственото правоотношение в акция, позволява и относително най-лесно разпореждане с него.

Въпреки тези предимства, считам, че КДА на практика ще прояви повечето недостатъци, характерни за капиталовите търговски дружества, доколкото при КДА също е приложим законовият принцип на постоянния капитал, който не кореспондира с очакванията за гъвкаво усвояване на средства от инвеститорите съгласно процедурата за извършване на капиталови вноски и изискванията на оперативните споразумения. По-сериозното проявление на този принцип би било по отношение на разпределението на резултатите от инвестицията, при което системата на дивидентни плащания категорично не може да осигури прилагане на каскадата и ще е необходимо да се прибегва да бавно и сложно намаляване на капитала.

III. Заключение

Проведеното изследване дава възможност да се обоснове изводът, че понякога сблъсъкът на класически институти с модерни концепции може да не доведе до катастрофа, а да е начало за нов живот. Пример за това е установената възможност за реализация на АИФ чрез командитните дружества, съществуващи в българското право – КД и КДА. От съществено значение е

обстоятелството, че те могат да бъдат използвани във вида, в който съществуват в Търговския закон от 1991 г.

Това, разбира се, не значи, че тези институти не могат да бъдат развити и подобрили, но законови промени, сами по себе си, не са необходими, за да се постигнат чрез тях нужните на фонд мениджърите резултати. Достигайки до този извод, разбира се, не очаквам масовост в новите регистрации на КД и КДА и това не е необходимо. Съществено в случая е знанието, че те могат да бъдат подходящ инструмент в рамките на очертаните тук хипотези.

По отношение на бъдещи промени, според мен те са нужни основно при режима на КД и следва да са насочени към създаване на повече и по-ясни правила в отношенията между ограничено отговорните съдружници, така че съхранявайки персоналният характер на дружеството те да придобият положение, сходно на съдружниците в ООД. С оглед насърчаване на използването на АИФ и от частни инвеститори ще е полезно да бъде уеднаквено данъчното им третиране с това на АИФ, финансирани по европейски програми.

ЛИТЕРАТУРА

- Антонова**, Анета. Събирателно дружество. София: Сиби, 2004.
- Антонова**, Анета. Ликвидация на търговски дружества. София: Сиела, 2009.
- Бузева**, Таня. Увеличаване на капитала на акционерно дружество. София: Сиби, 2018.
- Герджиков**, Огнян, **Калайджиев** Ангел, **Касабова** Камелия, **Бузева** Таня, **Кацарски** Александър, Коментар на Търговския закон. Кн. 1, чл. 1–112, 2. осн. прераб. изд., София: Софи-Р, 2007.
- Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 3. изд., София: Фенея, 2001.
- Голева**, Поля. Търговско право. Кн. 1., 4. доп. и прераб. изд. София: Фенея, 2009.
- Диков**, Любен. Търговско право. София: Печатница Балкан, 1925.
- Димитров**, Николай. Взаимовръзка между съвременната дейност на фондовете за дялови инвестиции и пазара за сливания и придобивания в Централна и Източна Европа и България. Научни трудове на УНСС, Том 2/2013, Издателски комплекс УНСС.
- Джидров**, Петър. Коментар на търговския закон. Т. 2, София: Държ. печ., 1910.
- Иванов**, Момчил. Модели на управление на командитно дружество. Търговско и конкурентно право, 2018, №9.
- Калайджиев**, Ангел. Търговски дружества. Персонални дружества. Дружество с ограничена отговорност. София: Сиби, 2014.
- Калайджиев**, Ангел. Акционерно дружество. София: Сиби, 2019.
- Кацаров**, Константин. Систематичен курс по българско търговско право. 2. изд., София: Придв. печ., 1939.
- Русчев** Иван. Проблемът за органовата структура при персоналните търговски дружества. Търговско и конкурентно право, 2011, №12.
- Стефанов**, Георги. Търговско дружествено право. Велико Търново: Абагар, 2014.

Таджер, Витали, **Герджиков**, Огнян, **Стефанов**, Георги, **Касабова**, Камелия, **Бузева**, Тая. Капиталови търговски дружества, Осн. прераб. и доп. изд., София: ИК Труд и право, 2011.

Токушев, Виктор. Дружества със специална инвестиционна цел. София: Сиби, 2012.

EVCA (2012). The little book of private equity.

Expert Group, Report. Removing tax obstacles to cross-border Venture Capital Investments. European Commission, 2007.

Fabozzi, Frank J. The handbook of financial instruments, 2002.

Gilson, Ronald J. and Black, Bernard S. Venture Capital and the Structure of Capital Markets: Banks Versus Stock Markets (November 1997). Journal of Financial Economics, Vol. 47, pp. 243–277, 1998. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=46909> .

Kenney, Martin. Venture Capital in Silicon Valley: Fueling New Firm Formation (2000).

Kenney, Martin. How Venture Capital Became a Component of the U.S. National System of Innovation (May 2011). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1847203> .

Sahlman, William. The Structure and Governance of Venture-Capital Organizations (1990). Journal of Financial Economics, Vol. 27, Issue 2, p. 473–521 1990. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1505891> .

Дадена в Катедра „Гражданскоправни науки“ – май 2020 г.

Рецензенти – проф. д-р Ангел Калайджиев

доц. д-р Анета Антонова

ПРЕХВЪРЛЯНЕТО НА ВЗЕМАНИЯ И КЛАУЗИТЕ ЗА НЕПРЕХВЪРЛИМОСТ НА БЛАГА В РИМСКОТО ЧАСТНО ПРАВО

ДИМИТЪР СТОЯНОВ*

Катедра „Гражданскоправни науки“

Резюме: Настоящата статия критично обсъжда прехвърлимостта на вземания в римското частно право, за да установи дали то познава уговорката за непрехвърлимост на вземанията (*“pactum de non cedendo”*). Съмнението, че подобна клауза отсъства в римското право, произтича най-вече от началната непрехвърлимост на вземанията и отпоследващото развитие на редица правни способности, с които се търси отклонение от това положение. *“Novatio”* и *“procuratio in rem suam”* са институти на римското частно право, чрез които се постига икономически резултат, сходен с този на прехвърлянето на вземане. Статията също така разглежда и възприемането на *“denuntiatio”* като правен способ, предназначен да улесни и да защити новия кредитор. Както показва историческото развитие, римляните не уреждат самостоятелна клауза за непрехвърлимост на вземането. Подобен институт не е бил нужен, най-вече поради наличието на законодателни разрешения през 6-ти век сл. Хр., които предоставят значителна правна защита на интересите на длъжника. Независимо от това, римското право познава и прилага

* Главен асистент по гражданско и семейно право в ЮФ на СУ „Св Климент Охридски“. Доктор по право.

* Senior Assistant Professor in Civil and Family Law at the Faculty of Law, Sofia University „St. Kliment Ohridski“, Ph.D.

Настоящата публикация е подготвена с финансовата подкрепа на Националната програма „Млади учени и постдокторанти“ на Министерството на образованието и науката, за което авторът изразява своята признателност.