

М. АВГУСТ-СЕПТЕМВРИ 2009 Г.

АДВОКАТСКИ ПРЕГЛЕД

8-9

ИЗДАНИЕ НА ВИШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

СЪДЪРЖАНИЕ

Достъп до касация — исторически и съвременни паралели — Валентин Брайков	3
I. Встъпителни думи	4
II. Цел на изследването	5
III. Чужди сравними институти	7
IV. Ограничеността на съдебните ресурси и нейните отражения	9
V. Конституционособразност на ограничения достъп до върховна юрисдикция	13
VI. Българският конституционен спор	18
VII. Въпроси след решение № 4/2009 г. на Конституционния съд	26
VIII. „Факултативна“ касация и право на иск	29
IX. Предпоставки на касацията и предпоставки на иска	35
X. Обем и граници на предпоставките за достъп до касация	41
XI. „От значение за точното прилагане на закона, както и за развитие на правото“	45
XII. Абсолютни основания и прескачаща ревизия	48
XIII. Правна сила на мотивите при сравняване на решения	50
XIV. Селекция и на въззивни жалби	59
XV. Обобщение на констатациите	64
XVI. Какво следва да се направи?	65
XVII. Какво да правим дотогава?	66

ДОСТЪП ДО КАСАЦИЯ — ИСТОРИЧЕСКИ И СЪВРЕМЕННИ ПАРАЛЕЛИ

адв. Валентин Брайков

*В правото напредва бързо онзи,
който върви на колене, а не на кокили.*

I. ВСТЪПИТЕЛНИ ДУМИ

Всеки магистрат носи в душата си адвокатски жезъл. Защото актовете им възпламват стремежа да убедят обикновения гражданин в правотата и справедливостта на конкретното им решение и на прилагания закон. Те са адвокати на властта пред съвестта на човека от улицата, а ние сме неговите адвокати пред тях. В този кръговрат на борбата за доверието му присъдата на обикновения човек за правосъдието е откровението, което признава или отрича наличието на държава. Той е истинската върховна инстанция, същинската касация. Може чрез нас да се моли на съда, но в края на краищата и съдът, и ние се молим за неговото одобрение.

Поривът за написване на следващите редове е простото ми убеждение, че болна държава ражда болно право, а болно право не ражда правосъдие. И защото исках да напиша обвинителен акт срещу посредствеността — вече няма накъде да се отстъпва!

В професионален смисъл настоящото изследване е несръчен опит да благодаря на адвокатурата за онова, което е изградила в душата и сърцето ми и още помага да го браня.

Не мога да премълча благодарността си към колегите Вернер Хилер от Виена, Ричард Аскю от Лондон и Скот Фолк от Ню Йорк, които ме снабдиха с безценна литература от XIX и XX век по темата. Както и към приятеля ми Стоян Сталев, който позволи да ползвам библиотеката на покойния му баща — незабравимия проф. Живко Сталев.

Най-много дължа на колегите си от адвокатското бюро, които с дискретна душевна щедрост ми подариха времето за написване на тези страници.

Разчитам на колегиално снизхождение и прошка за неизбежните волни и неволни грешки, допуснати в следващото изложение.

1.09.2009 г.
София

В. Б.

II. ЦЕЛ НА ИЗСЛЕДВАНЕТО

Първото условие за успеха на един граждански процесуален кодекс е наличието на граждани. Става въпрос не за конституционния етикет на дадено държавно население, а за свободни личности с осъзнато достойнство и доверие към държавата, в която живеят. Само такива личности имат упование в правовия ред и куража да бранят субективните си граждански права пред съд по правилата на този ред. Честното процесуално състезание се отплаща за това доверие с увеличеното гражданско самочувствие дори на загубилия делото, ако той е получил от съда изчерпателен, убедителен и уважителен отговор на тезата си. От друга страна, имуществено смачканият, социално подигран и душевно унижен индивид не вярва в реалността на правата си, поради което избягва да влиза в дълг и скъп спор за тях. Той не се нуждае от ГПК, защото за него безплатието е природна даденост, а правната му сигурност, по думите на Йеринг, е „сигурността на неоткрития от ловеца дивеч“¹. Най-много може да се надява на случайни дажби правосъдие. В същия смисъл Фридрих Шилер коментирал желанието на германските си сънародници да имат конституция, подобна на френската: „Преди да създадете конституция за гражданите, създайте граждани за конституцията“.

Докато целта на Наказателно-процесуалния кодекс е органите на наказателно-производство да разкрият всички известни престъпления, гражданските съдилища са обвързани да разгледат и решат само споровете, с които са конкретно сезирани — дори много повече спорове да са им известни. Замисълът на гражданското правосъдие не е да разреши всички съществуващи спорове, а само онези, които титулярът на засегнатото субективно право реши да предостави на съда. ГПК няма аналог на чл. 205 НПК, възлагащ всеобщо задължение за незабавно уведомяване на държавните органи за всяко престъпление от общ характер, т.е. съдилищата не се интересуват от неотнесените до тях гражданскоправни спорове — колкото големи и остри да са последните. Свободният избор на оштетената страна дали да отнесе даден граждански спор до съд се определя не само от ефикасността, достъпността и справедливостта на очакваното правосъдие, но и от неговите алтернативи: примирение с беззаконието, шансове за самоуправство или за коруптивно уреждане на конфликта. В този смисъл примирението, самоуправството и корупцията са постоянните невидими конкуренти на процесуалния закон в съзнанието на гражданина. Най-опасно е примирението, защото често маскира отложеното отмъщение на индивида чрез различни форми на антисоциално поведение, като избирателна пасивност, укриване на данъци, безразличие към извършени престъпления и др. Липсата на висящи граждански дела не означава непременно липса на спорове и правен мир в обществената реалност. Това показва, че един ГПК не е в монополна безтегловност, а в непрекъснатото състезание с посочените конкуренти, изискващо безкрайни усилия за неговото усъвършенстване и превъзходство.

¹ Von Jhering, R. Der Zweck im Recht. Leipzig 1893, Erster Band, S. 355.

Отношението към гражданския процесуален закон се определя от оценката за неговия краен продукт — окончателните актове на съдилищата, постановени съобразно неговите норми. Това не е само проява на максимата *Finis coronat opus*. Както силата на пресъдено нещо (СПН) е определящият резултат на целия исков процес, така в инстанционната йерархия съдът с последната си дума за нейното формиране има най-голяма правораздавателна тежест и отговорност. Върхът на съдебната пирамида носи в себе си шифъра и посланието на всеки неин камък. Или, както казва Силви Чернев, „характерът на третата инстанция представлява системноопределящ фактор по отношение на инстанционността“¹. Вниманието върху касационното обжалване по действащия ГПК-2007 позволява да се дешифрират концепцията и целите на неговите законодателни архитекти. В този смисъл най-важна е първата алинея на чл. 280, която според мен е кръвната проба на целия процесуален организъм:

Глава двадесет и втора

КАСАЦИОННО ОБЖАЛВАНЕ

Приложно поле

чл. 280 (1) На касационно обжалване пред Върховния касационен съд подлежат въззивните решения, в които съдът се е произнесъл по (съществен...) материалноправен или процесуалноправен въпрос, който е:

- 1. решен в противоречие с практиката на Върховния касационен съд;*
- 2. решаван противоречиво от съдилищата;*
- 3. от значение за точното прилагане на закона, както и за развитието на правото.*

Усилията ми са насочени към изследване именно на тази новела, чието започнало приложение предизвиква стрес у немалко касационни жалбоподатели. Целта ми е да разберем дали се касае за нормативна рецепция, кой е нейният източник, пълна и последователна ли е тази рецепция, ако има такава, какви фактори са породили такъв модел на обжалване и дали тези фактори са валидни и у нас, какви въпроси поражда и как те са разрешени в държавите, на които подражаваме. Наистина един самоцелен сравнителноправен анализ едва ли би имал някаква практическа полза, но той става целесъобразен предвид това, че „именно възприемането наготово на уредба... от чужди страни, без да се държи сметка за съществуващите условия и за фактическата действителност, сред която се очаква проявлението на определен търсен ефект, е една от основните причини за неуспеха на опитите за правна реформа не само в областта на гражданското процесуално право, но и изобщо“².

¹ Чернев, С. Инстанционността в гражданското съдопроизводство на Република България. С.: Софи-Р, 2006, с. 248.

² Чернев, С. Цит. съч., с. 25, 283.

III. ЧУЖДИ СРАВНИМИ ИНСТИТУТИ

За мен представляват най-голям интерес симетричните разрешения и концепции в гражданското процесуално право на Австрия, Германия, Великобритания и САЩ. Разбира се, с не по-малка европейска тежест са съответните норми, доктрина и съдебна практика на Франция, Италия и Испания, но те съзнателно остават извън моето внимание — първо, защото сами по себе си представляват цели юридически вселени и е неуважително и неадекватно само да се маркират, за да се симулира универсална правна култура, и второ, има български юристи, които могат да ги съпоставят далеч по-талантливо и компетентно — моля ги да го направят.

Аналозите на нашия чл. 280 ГПК в австрийския и германския процесуален закон са следните:

*Австрийски закон от 1 август 1895 г.
за съдебната процедура по граждански спорове
в редакцията му от 1 август 2008 г.¹*

§ 500 (2) Апелативният съд трябва в своето решение да се произнесе:

...

т. 3.: дали редовната ревизия според § 502 (1) е допустима или не.

§ 502 (1) Срецу решение на апелативния съд се допуска ревизия само ако решението зависи от разрешаването на правен въпрос на материалното право или на процесуалното право, който се явява от съществено значение за запазване единството на правото, за правната сигурност или за развитието на правото, например защото апелативният съд се отклонява от практиката на върховния съд или такава практика липсва или не е единна.

§ 508a (1) При проверка допустимостта на ревизията ревизионният съд не е обвързан с произнасянето на апелативния съд по § 500 (2) т. 3.

*Германски Граждански процесуален закон
от 30 януари 1877 г.
в редакцията, публикувана на 5 декември 2005 г.²*

§ 543 Ревизия на допускането.

(1) Ревизията се състои само ако е допусната:

2. от Апелативния съд в решението или

3. от Ревизионния съд по жалба срещу недопускането ѝ.

(2) Ревизията се допуска, ако:

¹ Zivilprozessrecht. Paragraph. Juridica. Manz, Wien.

² Zivilprozessordnung, 44. Auflage. Beck-Texte im dtv. München, 2008.

1. спорът има принципно значение или
 2. усъвършенстването на правото или осигуряването на единно правосъдие
- изисква решение на ревизионния съд.

Ревизионният съд е обвързан с допускането чрез апелативния съд.

§ 552a *Определение за прекратяване.*

Ревизионният съд прекратява допуснатата от апелативния съд ревизия чрез единодушно определение, когато е убеден, че предпоставките за допускане на ревизията не са налице и че ревизията няма изгледи за успех.

Преди какъвто и да било анализ и коментар на цитираните австрийски и германски норми се набиват в очи рождените дати на двата закона. Германският процесуален закон е създаден на 30 януари 1877 г., а австрийският — на 1 август 1895 г., т.е. действат съответно 132 и 114 години. Те са повлияни от Баварския съдебен кодекс от 1753 г. (*Codex Iuris Bavarici Iudicarii*), Пруския процесуален закон 1781 г. (*Corpus Iuris Fridericianum*), както и от френския граждански процес чрез рецепцията му в Хановер през 1850 г. В Австрия предшественици на действащия ZPO са *Allgemeine Gerichtsordnung (AGO)* от 1781 г. и *Civil-Jurisdiktionsnorm (CJN)* от 1852 г. Приемането на австрийския ZPO 18 години след германския е позволило да се избегнат някои грешки на последния¹. И австрийският, и германският процесуален закон са преживели монархия, разгром в Първата световна война, следвоенни републики, националсоциализъм (след аншлуса към Третия райх австрийският закон дори запазва действието си в австрийските области), разгром във Втората световна война, демократично възраждане, икономически разцвет, присъединяване към Европейския съюз и активно европейско битие до днес. Забележително е, че те са надживели и конституции. Въпреки историческите крайности и многобройните си изменения тези два процесуални закона продължават успешно да изпълняват своите функции и не се очаква заместването им с нови. Защото гражданският процесуален закон въплъщава най-близкото до гражданина правосъдие, а приемствеността в правосъдието е всъщност приемственост в държавността и свидетелства за определено ниво на държавническа култура у дадена нация. Времето е приятел на мъдрия закон, а не негов враг. Доверието към стария закон е като към вода от стар извор. Запазването на вековна нормативна конструкция позволява да се опреш на съдебни прозрения по приложението ѝ отпреди 100 и повече години. Така съдиите — автори на блестящи решения от 1891 г., 1924 г., 1955 г. и т.н., стават наши съвременници и помощници на днешното правосъдие. Страхът от такава приемственост на мъдростта и властовият инстинкт към произвол мотивират обратното поведение.

След Освобождението в България са действали: Временни правила на руската администрация за устройство на съдебната власт от 1878 г., Закон за гражданското

¹ **Rechberger, W., D.-A. Simotta.** Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. 7. Auflage. Manz, Wien, 2009, S. 2.

съдопроизводство от 1891 г., Закон за гражданското съдопроизводство от 1931 г., Граждански процесуален кодекс от 1952 г. и настоящият ГПК от 2007 г. Все още не е съвсем ясно кои са истинските „бащи“ на новия ГПК-2007 и дали тяхната анонимност е плод на скромност, или на осъзната липса на гордост. Очертават се обаче твърде любопитни исторически съвпадения: Според П. Абрашев¹ ЗГС-1891 е почти буквален превод на руския Устав за гражданското съдопроизводство от 1864 г. Според Ж. Сталев² ЗГС-1931 е възприел разрешения на австрийското и германското законодателство и пак според него ГПК-1952 е силно повлиян от ГПК на Руската съветска федеративна социалистическа република. Ако се окаже, че ГПК-2007 е усвоил на невралгични места съвременни австрийски и германски концепции, ще е очевидно как през последните 130 години българското гражданско процесуално право се колебае последователно между два магнитни полюса на влияние и два източника на рецепция: руски и австро-германски.

IV. ОГРАНИЧЕНОСТТА НА СЪДЕБНИТЕ РЕСУРСИ И НЕЙНИТЕ ОТРАЖЕНИЯ

Правосъдието не е физиологична предпоставка за съществуването на човека, но съкровеният стремеж към него е проява на заложената в индивида потребност от истина и справедливост, т.е. от душевен мир. Когато в детската градина едно дете се оплаква от друго на учителката, те всъщност проявяват инстинкта си към правосъдие и усещането си за честно и нечестно, без да знаят какво е държава и право. Обикновено се оплаква по-слабият, търсейки съюзник срещу по-силния, който му е отнел играчката. Винаги впечатлява духовната връзка между старите хора и техните внуци и как те най-добре се разбират кое е добро и лошо, справедливо и несправедливо, правилно и неправилно — тази ценностна близост, любов и доверие между най-ранната невинна възраст и възрастта пред вечността.

Правосъдието по граждански спорове не е безграничен природен ресурс, даден на човека по рождение, както въздухът и водата. И то, като всяка друга човешка дейност, си има своите реални предели. Дори в най-развитата държава е физически невъзможно на всички спорове да бъде отделено еднакво време и внимание и то от най-висшия съд. Още в Стария завет, Втора книга Мойсеева, глава 18 — Йотор, тъстът на Мойсей го упреква, че сам правораздава между народа си за всичко, че това не е работа за сам човек и че така измъчва и себе си, и народа. По негов съвет Мойсей избира мъже способни, богоязливи, правдолюбиви, мразещи корист и ги поставя хилядници, стотници, петдесетници и десетници да съдят народа по всяко време за всички малки работи, а за всички важни — да обаждат на Мойсея.

Съвременният свят постепенно се разделя с епохата на всеобхватно правосъдие през всички съществуващи инстанции. Очертават се и се осъзнават непреодоли-

¹ Абрашев, П. Съкратен курс по гражданско съдопроизводство. С., 1920, с. 20.

² Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. Българско гражданско процесуално право. С.: Сиела, 2006, с. 62 — за краткост по-нататък цитирано с инициали БГПП.

ми практически ограничения като време, средства, брой на съдии, административен персонал, съдебни сгради и т.н. Това не са безгранични величини, но „съдебните такси не могат да се налагат с цел въздържане от правосъдие“. От друга страна, „ангажиментът на парламента да осигури безкраен бюджет на съдилищата не е по-голям от ангажимента му да предостави неограничени средства на болници или на всяка друга обществена услуга“¹. И без това гражданският оборот и особено търговският отдавна страдат от кризисното противоречие между бързото сключване на сделките и бавното правосъдие по тях, което се превръща в социално-икономически абсурд и отрицание на двете. Изкачването на всички спорове по съдебната пирамида води до болезнената им концентрация на нейния връх².

В Англия дискусиата започва още през 1970 г., когато лорд Девлин в една своя публична лекция заявява: „Всяка система съдържа процент на грешка и ако чрез лекото увеличаване на процента на грешка можем да намалим съществено процента на разходи, само идеалистът ще се разбунтува“³. Приемането на последния британски Граждански процесуален закон през 1998 г. (*Civil Procedure Rules*) е предшествано от задълбочен доклад на лорд Уулф от 1996 г. до лорд-канцлера относно „Достъп до правосъдие: Системата на гражданско правосъдие в Англия и Уелс“. В този доклад лорд Уулф намира за главен дефект на съществуващата тогава система възможността на спорещите страни да ползват съдебните ресурси по свое усмотрение и свободата им да предизвикват множество безполезни сателитни процедури с непредвидими разноски. Лорд Уулф се връща на тази тема в своето решение по *Jones v University of Warwick-2003*: „...от съдиите се изисква да осигурят дадено дело да използва само подходящите нему ресурси на съда. Активното управление на гражданската процедура, което е сърцевината на процесуалния закон, обхваща не само конкретния спор пред съда, а и гражданското правосъдие въобще“. Друго негово решение (*Biguzzi v Rank Leisure-1999*) е още по-ясно: „В преценката си дали резултатът е справедлив съдилищата не са ограничени до съответните позиции на страните. Те трябва да съобразят ефекта на случилото се върху упражняването на правосъдие въобще. Това включва преценката за ефекта върху способността на съда да разгледа и други дела, ако се позволи появата на такива злоупотреби“⁴.

Очевидно е, че в предпоставките за достъп до гражданско правосъдие навлизат критерии от публичен интерес, които са **извън** рамките на конкретния спор. Тежестта на този публичен интерес е най-слаба в първата инстанция, но се засилва при обжалване и става определяща при ревизия/касация^{5,6}. В тази връзка се очертава

¹ Zuckerman, A. Civil Procedure. Lexis Nexis UK, 2003, 7—9.

² Lüke, W. Zivilprozessrecht. 9. Auflage. München: C. H. Beck, 2006, S. 270.

³ Zuckerman, A. Op. cit., p. 8.

⁴ Zuckerman, A. Op. cit., 9—10.

⁵ Lüke, W. Op. cit., 370—371.

⁶ За общото и различното между ревизия и касация вж. интересните съпоставки на Анелия Мингова в „Касационно обжалване“. С.: Софи-Р, 2003, 21—23. Важни за мен са мястото и на двете на върха на съответна съдебна пирамида и селективният достъп на дела до тях.

едно мълчаливо или изрично преосмисляне на императива на гражданския процес. Според чл. 1.1.1. на английския процесуален закон това е „нов процесуален кодекс с господстващата цел да даде възможност на съда да разглежда делата справедливо“ („a new procedural code with the overriding objective of enabling the court to deal with cases justly“). За сравнение — българският ГПК-2007 нито веднъж не употребява думата „справедливост“ или нейни производни¹. Британската доктрина определя този императив като основен тълкувателен инструмент на процеса в три измерения: принцип за установяване на истината, принцип за пропорционалност на използваните ресурси и принцип за своевременно решаване на споровете. Балансът между тях е въпрос на вечен компромис², чрез който правосъдието се проявява и като изкуство³. Неизбежният резултат от релевирането на горепосочения публичен интерес при решаване на граждански спорове е някаква формула за селекция на достъпа до висшите съдебни инстанции, която започва отгоре надолу и в различните съдебни системи се ограничава до върховната инстанция или стига дори до въззивната. Става въпрос за своеобразен разрешителен режим на касационно или дори въззивно обжалване, чиито критерии са общо формулирани в закона, но конкретното им приложение е предоставено на съда. Проблемът става още по-ясен при крайната хипотеза, когато съдът може да откаже достъп до касация/ревизия на очевидно порочно въззивно решение, което обаче е извън пределите на императивния публичен интерес за такъв достъп. С други думи — да се жертват конкретни субективни граждански права заради правосъдието въобще. Пита се дали такъв резултат съответства на конституцията, или не? Нещата се изострят от обстоятелството, че всеки разрешителен режим нарушава рефлексната връзка между хипотезис и диспозиция на правната норма, между ясния фактически състав и следващото се разрешено поведение. Тази рефлексна връзка съставлява свободата на личността в правото, защото свободният избор от индивида на нормираното фактическо поведение му гарантира предвидената правна последица. Тоест изборът на поведение е избор и на неговата последица. Това е вътрешният суверенитет на законодателната дейност, нейната отделеност. Тази свобода изчезва, щом друг (в конкретния случай — длъжникът/съдът) е монополно овластен да реши дали е налице релевантният фактически състав, пораждащ вашето право на жалба и негово задължение да я разгледа. Когато диспозицията на една правна норма се подчини на преценката на административен орган, налице е интервенция на изпълнителната власт в законодателната. Неслучайно корумпирани правителства проявяват почти дрогирана привързаност към разрешителни и лицензионни режими поради инстинктивната си нетърпимост към разделението на власти-

¹ Неприемливото отсъствие на справедливостта като правосъден критерий в ГПК-2007 е посочено от Силви Чернев в студията „Допустимост на касационното обжалване по новия ГПК“. — Във: Сборник в памет на проф. Живко Сталев. С.: Сиела, 2009, с. 51.

² Zuckerman, A. Op. cit., p. 15.

³ За йерархията и връзката между ценностните начала в българския граждански процес вж. **Брайков, Ст.** Основни въпроси на ефективността на гражданското процесуално право. С.: Наука и изкуство, 1987, 86—87, 125, 131.

те. Когато обаче същата преценка за действието на диспозицията на правната норма по обективна необходимост е предоставена на съдебен орган, неизбежно се кръстосват законодателни и съдебни функции. В последния случай съдът върши нещо повече от чисто и просто установяване на факти и връзката им с норми. Според Ханс Келзен чрез решението си съдът индивидуализира дадената норма към конкретен казус и това решение се явява продължение, довършване на нормосъздаващия процес, а съдията — конкретизиращият законодател по казуса¹. Това най-силно личи при норми, даващи широка дискреция на съда, какъвто е случаят със селективния достъп до върховно обжалване. В такава ситуация величието на съдебното изпитание изисква съдът да се държи като справедлива, независима и прозрачна съдебна власт, без да се превръща в инструмент на друга власт.

Американският Върховен съд, който съществува от 1789 г. по силата на чл. 3 от Конституцията на САЩ, действа като последна инстанция за преразглеждане на всички дела от федералната съдебна система. Съставът му е председател и осем съдии. Достъпът до него обаче не е въпрос на право. Страната, която иска делото ѝ да бъде преразгледано от Върховния съд, е длъжна по закон да поиска разпореждане за допускането му (*writ of certiorari*), буквално — за по-голяма осведоменост на съда върху казуса. Този процедурен инструмент идва от англосаксонското право, когато Кралският съд разпореждал на по-нисшата инстанция да му изпрати за преглед всички материали по делото. В САЩ разпореждането за по-голяма осведоменост се е превърнало в главно *дискреционно средство за контролиране на достъпа до Върховния съд*². Ако четирима или повече съдии гласуват за уважаване на молбата, *the writ of certiorari* се издава и казусът постъпва за разглеждане от Върховния съд. Чрез това селективно допускане съдът *контролира и регулира натовареността на своя регистър и пести време за казуси, съответстващи на конституционната му функция*. За най-обща представа — през периода 1.10.2003—30.09.2004 г. са подадени 2703 нови молби за допускане на частни граждански дела до преглед от американския Върховен съд, а са уважени само 54, т.е. 2%³.

Във Великобритания решенията на апелативните съдилища се обжалват пред Камарата на лордовете. За такова обжалване трябва да бъде дадено изрично разрешение или от самия апелативен съд, или от Камарата на лордовете — според Закона за администриране на правосъдието по жалби от 1934 г. и Вътрешните правила на камарата за обжалване от 2001 г. Първата молба за разрешаване на обжалването трябва да бъде подадена до апелативния съд веднага след обявяване на неговото решение. Ако той откаже, втора такава молба може да бъде представена на Камарата на лордовете. Тя трябва да се подаде в едномесечен срок в Съдебната канцелария на камарата (*the Judicial Office*) заедно с отказа на апелативния съд. Молбата трябва да

¹ Kelsen, H. Die Reine Rechtslehre. Verlag Österreich, 2000, 244—245.

² Black's Law Dictionary. 8th edition. Thomson/West, 2004, 241—242.

³ Schubert, F. A. Introduction to Law and the Legal System. 9th edition. Houghton Mifflin, 2008, 184—185.

съдържа кратко изложение на фактите и на свързаните с тях правни въпроси, както и обобщение на причините, поради които трябва да се даде разрешение за обжалване. Комитетът по жалбите на камарата проучва преписката и би отказал такова разрешение, ако молбата не повдига *спорни правни въпроси от обща публична важност*. Ако разрешение бъде дадено, в тримесечен срок в Съдебната канцелария трябва да постъпи самата жалба по същество. Изисква се и внасяне на обезпечение за разносните по това производство пред камарата в размер на 25 000 лири¹. Английската юриспруденция препоръчва много обстойно и предпазливо обмисляне на всяка жалба, включително и пред върховната инстанция. Често цитиран е следният пасаж от едно становище на лорд Доналдсън: „С една дума, едно от най-важните задължения на професионалния юридически съветник е да спаси клиентите си от самите тях и винаги да помни, че докато започване или участие в процедура пред първа инстанция може да е напълно разумно, свършено нова и различна ситуация възниква, след като искът е напълно проучен от съда и решение е постановено“².

Тук следва да бъде отбелязано, че на 1.10.2009 г. се затваря една глава от хрониката на британското правосъдие, започнала през 1876 г. и 1888 г. със Законите за апелативната юрисдикция — Камарата на лордовете на британския парламент престана да действа като върховна юрисдикция на Обединеното кралство. Още на 12.06.2003 г. тогавашният министър-председател обяви правителственото намерение да премахне съдебните функции на Апелативния комитет на камарата и да ги прехвърли на нов Върховен съд. Това стана с част III на Закона за конституционна реформа от 2005 г. Главният аргумент за тази дълбока промяна е, че горната камара на британския парламент като законодателен орган не бива да има и правосъдни функции, защото това противоречи на принципа за разделение на властите. Законът влиза в сила на 1.10.2009 г., тъй като това е крайният срок за настаняване на новия Върховен съд в новата му сграда — *Middlesex Guildhall*, също на *Parliament Square*, но вече извън *Westminster Palace*. Съдът ще има 12 съдии, като първи влизат по право настоящите членове на Апелативния комитет на камарата под председателството на старшият член — в момента лорд Филипс. Подчертава се, че преместването на върховните съдебни функции в новата институция не означава тяхна промяна по същество, т.е. запазват се критериите за селективна допустимост на върховните жалби.

V. КОНСТИТУЦИОНОСЪОБРАЗНОСТ НА ОГРАНИЧЕНИЯ ДОСТЪП ДО ВЪРХОВНА ЮРИСДИКЦИЯ

В САЩ и Великобритания няма остри принципи спорове по конституционната компетентност на върховните им юрисдикции да контролират достъпа на жалби до тях съобразно предоставената законова дискреция.

В Австрия според *Rechberger/Simotta*³ не съществуват съмнения относно кон-

¹ Sime, S. A Practical Approach to Civil Procedure. 8th edition. Oxford, 2005, 522—523.

² Sime, S. Op. cit., p. 505.

³ Rechberger, W., D.-A. Simotta. Op. cit., S. 550.

ституционособразността на ограничения достъп до ревизионно производство. Член 92 (1) от Австрийската федерална конституция постановява, че „Върховна инстанция по граждански и наказателни дела е Върховният съд“. От това обаче не следва, че всички дела по конституция трябва да стигнат до тази върховна инстанция, защото според чл. 83 от същата конституция: „Устройството и компетентността на съдилищата се определя чрез федерален закон“ — както е гражданският процесуален закон. Тъкмо той диференцира достъпа до различните инстанции.

В Германия нещата са по-интересни. За разлика от българската, германската Конституция от 1949 г. разрешава директни жалби на отделни граждани до Конституционния съд. Според чл. 93 (1) т. 4а тези индивидуални жалби (*Verfassungsbeschwerde*) трябва да съдържат твърдения за нарушени основни права (изброените 19 в глава първа, започващи с човешкото достойнство), както и правото на съпротива срещу нарушения на демократичното устройство — чл. 20 (3), правото на достъп до публични услуги — чл. 33, изборителното право — чл. 38, достъпа до правосъдие (чл. 101) и правото на защита (чл. 103). Наистина много малка част (под 5%) от индивидуалните конституционни жалби на германски граждани се допуска до разглеждане по същество от съда в Карлсруе. Този нисък процент на допустимост бе важен аргумент на противниците на този институт в действащата българска Конституция. Това обаче е повърхностен довод за консумация от неосведомени. Който е чел постановление на германския Конституционен съд за недопускане до процедура по същество на дадена индивидуална жалба, има представа от обстояния и задълбочен анализ на конкретните оплаквания и от респекта към тях. Актовете, отказващи разглеждането по същество на индивидуална конституционна жалба поради липса на изгледи за успех (*ohne Aussicht auf Erfolg*), по своите подробни мотиви са близки до отхвърлителни решения и в никакъв случай не внушават въздържане от подобни жалби. Такъв е случаят с редица произнасяния на германския Конституционен съд по жалби срещу ограниченото допускане до ревизия по горесцитирания § 543 на германския Граждански процесуален закон (корелатът на нашия чл. 280 ГПК). Особено интересни са следните актове на съда в Карлсруе:

I. Постановлението за недопускане на индивидуална жалба срещу § 543 (2) ГПКЗ от 8.01.2004 г. по дело № 864/2003 г. на I камера — I сенат (съдии Папир, Хаас и Хофман-Рим).

През 2003 г. е подадена остра жалба срещу конституционособразността на § 543 (2) ГПКЗ. Според жалбоподателя критериите на атакуваната норма са практически неизпълними, тъй като предпоставките за допускане на ревизия са обстоятелства извън предмета на спора, ограничаващи или изключващи достъпа до ревизия. Това нарушавало забраната за произвол по чл. 3 (1) във връзка с чл. 20 (3) и гаранцията за правосъдие по чл. 19 (3) на германската Конституция. Стесненият и лишен от логика достъп до върховно обжалване перпетуирал правонарушенията в недопуснатите до обжалване решения. Още по-тежко е оплакването на жалбоподателя, че разграничаването на конкретния от общия интерес за правосъдие в § 543 (2) чрез

празни по съдържание признаци противоречи на конституционния принцип за обжалване на всяко порочно съдебно решение, независимо от тежестта, интензитета и явността на пороците.

Германският конституционен съд не приема тези оплаквания за основателни по следните съображения:

1. § 543 (2) не нарушава повелята за ефективна правна защита и достъпът до ревизия не противоречи на равенството пред закона.

1.1. Съдебните инстанции не са стриктно регламентирани в конституцията и законодателят е принципно свободен да определя инстанционните средства срещу правонарушения, както и да ограничава достъпа до тях.

1.2. В окончателно приетата редакция на § 543 (2) не е залегнало предложено-то от вносителя на законопроекта абсолютно основание за ревизия при очевидна неправилност на решението. Въпреки това конституцията гарантира еднократно обжалване на всяко съдебно решение. При ревизията, като следващо обжалване, законодателят е свободен да ограничи и обуслови достъпа с определени предпоставки — какъвто е случаят.

2. На законодателя не е забранено да използва непълно формулирани правни понятия. Повелята за определеност на правната норма би била нарушена, ако при съблюдаване на признатите тълкувателни методи не могат да бъдат изведени конкретни оценъчни мащаби. Задача на гражданските съдилища е да конкретизират използваните правни понятия. Конституционноправни съмнения биха възникнали само ако правосъдието не се окаже в състояние така да конкретизира тези понятия, че законовите предпоставки за допустимост на ревизията да са разпознаваеми за търсещия защита. За тази цел на правоприлагането трябва да се даде достатъчно време.

3. Допускането на ревизия за осигуряване на единно правосъдие не зависи само от различията на мнения в правната литература по даден проблем.

Същите мотиви са принципно застъпени в Постановление от 9.03.2004 г. по дело № 2262/03 г. и Постановление от 15.03.2004 г. по дело № 1591/03 г. за недопускане на индивидуални жалби срещу § 543 (2) на същия състав.

II. Постановление от 18.07.2006 г. по дело № 457/06 г. за недопускане на индивидуална жалба срещу отказана ревизия по § 543 (2) ГГПЗ, III камера на I сенат, съдии: Папир, Щайнер, Гайер.

Основното оплакване е за нарушаване правото на правосъдие по чл. 2 (2) във връзка с чл. 20 (3), както и на забраната за произвол по чл. 3 (1) на германската Конституция при прилагането на § 543 ГГПЗ.

Съдът определя оплакването като неоснователно, тъй като не констатира произволно приложение на процесуалната норма — т.е. няма неравенство пред закона по чл. 3 (1) — конституционното понятие за произвол. С други думи, ако ревизионният съд е конкретизирал в практиката си предпоставките за допустимост на ревизия по § 543 (2) и ги прилага последователно и еднакво спрямо всички, равенството пред закона (забраната за произвол) е спазено.

Освен това едно изолирано решение на висша съдебна инстанция не задължава ревизионния съд да приеме, че спорът непременно има принципно значение и предопределя допускането на ревизионната жалба, а и такава конкретна преценка не подлежи на конституционен контрол.

III. Постановление от 25.07.2005 г. по дело № 2420/2003 г. за допускане на индивидуална жалба по тълкуване на § 543 (2) ГГПЗ, I камера на I сенат, съдии: Папир, Хоман-Денхард, Хофман-Рим.

Тук е разгледан интересният, но рядък случай на отказана ревизия, когато между подаването на ревизионната жалба и решаването ѝ по същество се е появило решение на ревизионния съд по паралелен аналогичен случай, което е отнело принципната значимост на спора по другата, все още нерешена ревизионна жалба. Съдът застава на становището, че такава развитие противоправно е попречило на възможността за корекция на обжалваните решения и е нарушило конституционното изискване за действителен достъп до законово процесуално средство. Обаче самата преценка дали даден спор има принципно значение, обуславящо допустимост на ревизионна жалба, е въпрос на обикновеното право, предоставен само на редовните съдилища, т.е. не подлежи на конституционен контрол.

Две неща от горните актове на германския Конституционен съд силно впечатляват.

Първо, приема се за конституционносъобразно законодателят да борави с неконкретизирани от него понятия. Конкретизацията им се възлага на редовните съдилища чрез общоприетите тълкувателни методи. С други думи, правосъдието чрез своите актове дешифрира абстракцията на правната норма. Всъщност това е една тъжна раздяла със законодателната класика на XIX век, разчитаща на точно дефинирани по обем и съдържание термини. От една страна, тя „оневинява“ законодателното боравене с недефинирани термини, а от друга — възлага изясняването им на правосъдието. Сърцевината на правната норма се зачева от законодателя, но се ражда на бял свят в съдебния акт по приложението ѝ. Значи обикновеният човек — адресат на нормата и търсещ чрез нея правна защита, не може да се ориентира в нейното съдържание/хипотезис без априорни съдебни актове, които да му го изяснят. Той трябва да чака тези съдебни актове като необходимо допълнение на нормата, за да научи какъв е обемът на предлаганата му защита. Преди тях той няма как логически да се възползва от нормата и да се позове на нея, щом чака от правосъдието да му разясни нейното съдържание. Без конкретизация принос на съда такава норма с недефинирано понятие се явява своеобразен нормативен полуфабрикат. Това също представлява отклонение от класическата представа за яснотата на правната норма като условие за предотвратяване на правен спор. Защото тук правният спор и упражненото съответно право на иск са предпоставка за изясняване съдържанието на правната норма, а не обратното — ясната правна норма да определя рамките на спора. Няма как обикновеният гражданин да поиска от редовния съд само тълкуване на въпрос-

ната норма (като пред конституционен съд) без позоваване на правен интерес във връзка с висящ спор.

Второ, щом конкретизирането на законодателни понятия се делегира на съда, последният се превръща в абсолютен господар, в почти жрец-оракул на конкретизираната норма или на нейно понятие, защото само той меродавно разбира техния смисъл. Когато законодателят имплицитно заявява: „Съдът ще каже какво точно имам предвид“, това обезценява думите на правната норма като общодостъпна езикова комуникация и ги препраща за тълкуване към задължителен правосъден посредник. Последният става неизбежна и дори фатална част от тази комуникация, като в тази точка опасно се докосват, ако не и смесват, законодателни и съдебни функции. Този подход не е безспорен, но е все пак разбираем за силно развити, устойчиви и с богати традиции правни системи. Той обаче има и своята порочна привлекателност като алиби за ленив и примитивен законодателен манталитет, който замерва правоприлагането с несмилаеми нормативни суровини.

Тези характерни черти на германската конституционна практика безпроблемно се сглобяват с чистата теория на правото на Ханс Келзен досежно нормотворческата функция на съдебната практика. Те са неин красноречив триумф¹. Според Келзен законодателят създава общата/генерална норма, а съдът я индивидуализира към конкретния казус. Тази съдебна индивидуализация досъздава, доработва, превръща общата норма в приложимо право по конкретния спор — така съдът създава индивидуалната норма по казуса. В този смисъл всеки съдебен акт според Келзен има конститутивен характер, а не е само проста декларативна връзка на една законодателна норма с даден фактически състав. Така съдебното решение става продължение и дори венец (но не начало) на нормотворческия процес, при който съдът създава индивидуалната норма, но само в рамките на законодателната обща/генерална норма.

Според същия автор е възможно на последната съдебна инстанция да бъде възложено създаването и на генерални норми или на техни елементи чрез задължително тълкуване, обвързващо подчинените ѝ съдилища. По такъв начин решението — индивидуална норма по конкретен казус — се генерализира за всички подобни казуси с оглед осигуряване на единно правосъдие². Допустимо е на върховната инстанция да бъде възложено създаването на индивидуални норми, за които липсва ориентиращата рамка на генерална законодателна норма от позитивното право, т.е. да определя тяхното съдържание по своя преценка. Така се стига до логически последователно разширяване на нормалната нормотворческа функция на съда. Това разширяване като че ли конкурира дейността на конституционно установения законодателен орган, но тук всъщност става въпрос не за конкуренция, а за конституционно приемлива децентрализация на законодателни функции. Такава приемливост може да бъде установена и чрез актове на конституционния съд, какъвто е слу-

¹ Kelsen, H. Op. cit., 242—260.

² Kelsen, H. Op. cit., 255—256.

чаят с горещитираните. Подобна умерена децентрализация на нормотворчеството осигурява полезна гъвкавост на правната система, без да застрашава правната сигурност, твърди Ханс Келзен. От казаното става разбираемо до каква степен „бащата“ на действащата австрийска Конституция е повлиял с философията си върху ревизионната концепция на австрийския и германския процесуален закон и на онези, които са ги заимствали.

VI. БЪЛГАРСКИЯТ КОНСТИТУЦИОНЕН СПОР

И в България предпоставките за допустимост на касационното обжалване преминаха през „огъня“ на конституционен спор. На 23.04.2009 г. омбудсманът на републиката предяви искане за обявяване на противоконституционност на чл. 280, ал. 1 ГПК, чл. 284, ал. 3, т. 1 и чл. 288 ГПК поради твърдена несъвместимост с чл. 119 (три съдебни инстанции), чл. 124 (върховен съдебен надзор от Върховния касационен съд (ВКС) и чл. 56 на Конституцията (правото на защита).

Според омбудсмана чл. 280, ал. 1 ГПК смесва конкретната правосъдна с неправосъдната надзорна функция на ВКС, като касационното отстраняване на закононарушения по конкретно дело се поставя в зависимост от капацитета на спора да стане инструмент за уеднаквяване практиката на съдилищата. Освен това чрез атакувания текст по никакъв начин не може да бъде коригирана необоснованост, тъй като последната касае уникални за всеки казус фактически констатации, които не подлежат на принципно обобщаване. Вместо общо събрание или пленум, практиката ще се обобщава от тричленен състав на ВКС, чието определение за недопустимост е окончателно и следователно не подлежи на контрол. Непосилно е да се вменява в задължение на страната, която търси защита по конкретен спор, да издирва и посочва противоречива практика на съдилищата, тъй като това е задължение на лицата, посочени в чл. 125 от Закона за съдебната власт (председателите на върховните съдилища, главният прокурор, министърът на правосъдието, омбудсманът или председателят на Висшия адвокатски съвет). И най-важното: критериите на чл. 280, ал. 1 ГПК са крайно абстрактно дефинирани, тяхното тълкуване зависи от дискреционната и безконтролна преценка на тричлениния състав, което пък ще доведе до различна практика на отделни състави на ВКС по този текст. „Изводът, който се налага, е, че нормативно гарантирано право на касационно обжалване в Република България няма никой“ — завършва националният омбудсман.

Прави впечатление, че двете най-тежки принципни оплаквания в българската конституционна жалба — конкретното правосъдие, подчинено на обществения интерес от спора, и абстрактните критерии за допустимост на касацията, изключващи универсалния достъп до нея, съвпадат с оплакванията на жалбоподателя пред германския Конституционен съд по горещитираното дело № 864/2003 г. на I камера — I сенат. Това съвпадение позволява интересни паралели, защото напуска за общовални рефлексии срещу такава новела.

По образуваното конституционно дело № 4/2009 г. постъпват становища от Министерския съвет, министъра на правосъдието, Върховния касационен съд, Съюза на съдиите и Висшия адвокатски съвет.

Според Министерския съвет при касационното обжалване вече е водещ не конкретният правен интерес на касатора, а обществената значимост на поставения от него въпрос по точното прилагане на закона. Министерският съвет се позовава на мотивите на решение № 16/1998 на Конституционния съд, според които няма конституционен императив за триинстанционно производство по всички дела. Надзорната функция на ВКС се отнася за всички съдилища, а не за всички съдебни актове. Любопитно е, че становището завършва с цитат от конституционно решение № 16/1998 г., който се отнася за ограниченията на касационното производство по тогавашния НПК — чл. 349, ал. 3, и няма нищо общо с касацията в ГПК, особено с днешната ѝ допустимост. Защото чл. 349, ал. 3 НПК в редакцията му от 1998 г. разрешава съдебна дискреция при недопускане на касация, но не по съображения от обществен интерес извън предмета на делото. Да не говорим, че още през 1999 г. тази дискреционна ал. 3 на чл. 349 НПК е отменена. Без да коментира други аргументи от искането на омбудсмана, Министерският съвет го намира за неоснователно.

Според министъра на правосъдието касационната проверка по ГПК-2007 е регламентирана като факултативна. Министърът признава, че изброените в чл. 280, ал. 1, т. 1—3 понятия нямат легални определения и се отличават с висока степен на абстракция, но приема, че това е предизвикателство към върховната съдебна инстанция да ги конкретизира, позовавайки се на вече образувано тълкувателно дело във ВКС по чл. 280 ГПК. Посочва се също така Препоръка № R (95) 5 на Комитета на министрите на държавите-членки на ЕС, в чиято глава IV, чл. 7в е залегнала идеята за жалби пред трета съдебна инстанция по дела, които биха развили законодателството или биха допринесли за еднообразното тълкуване на закона, или засягат аспекти на закона от широк обществен интерес. И тук се подчертава, че при допускане на касация приоритетен е общественият интерес от касационното произнасяне. Така авторът на становището също стига до извода, че оплакванията на омбудсмана са неоснователни.

В известен смисъл изненадва становището на Върховния касационен съд, прието единодушно от 82-ма съдии. То преразказва искането на омбудсмана и закона и се позовава на конституционни решения за липса на конституционен императив за триинстанционен процес. Подробно се припомня горещитираната Препоръка № R (95) 5 на ЕС, обаче нито с ред не се отговаря на централното оплакване на омбудсмана, че понятията в чл. 280, ал. 1, т. 1—3 не са нормативно дефинирани и не се дава отговор дали този дефицит съответства на Конституцията. Принципно същият е подходът и в полемичния отговор на Съюза на съдиите, но със следното вътрешно противоречиво изключение: „Критериите за селекция (при допускане на касация — б. а.) са достатъчно ясни и конкретно посочени в закона, а доколкото е възможно отделните разпоредби да бъдат тълкувани по различен начин, предстояща задача на ВКС е да уеднакви различните възможни тълкувания“. Очевиден е общият стремеж

на съдиите да защитят правото си на свободна и необжалваема преценка, т.е. на реална власт при дефиниране, тълкуване и прилагане критериите за касационна допустимост. Макар също да се позовават на решение № 16/1998 г. на Конституционния съд, съдиите избягват коментар на въпроса, че досегашните одобрени ограничения на касационно обжалване са по-ясно законодателно формулирани *без* дискреционни норми, и то само по критерии вътре в рамките на делото, а не на правосъдието въобще. Философията на чл. 280 ГПК-2007 далеч надхвърля споменатите в решение № 16/1998 г. на Конституционния съд процесуална дисциплина, бързина и икономия, а ГПК-1952 не ги третираше като самоцелни ценности въобще, извън и над правосъдието по конкретния спор.

Висшият адвокатски съвет подкрепя искането на омбудсмана по следните съображения: 1. Касацията е превърната във факултативна, но не от гледна точка на волята на гражданите, а според преценката на съдебната администрация; 2. Няма нормативно създадена информационна среда за публично и изчерпателно известяване на всички окончателни съдебни актове на всички съдилища; 3. Критериите за касационна допустимост са изведени вън от конкретния процес; 4. Достъпът на делата до касация води до практически неограничен субективизъм, защото понятията на чл. 280, ал. 1, т. 1—3 не са законово определени — което противоречи на равенството пред закона и на правото на защита.

Според мен най-добре аргументирани са становището на Висшия адвокатски съвет (подкрепящо омбудсмана за отмяна на чл. 280 ГПК) и това на министъра на правосъдието за конституционносъобразност на същата разпоредба. В известна степен изненадват стилът и самочувствието на онези, които цитират Препоръка R 95 (5) на ЕС, като че ли тя е синайски скрижал, след който следва мълчание¹. Да оставим настрана въпроса, че препоръка на комитет на министри не е обвързваща норма за страните-членки. Има далеч по-много и по-обвързващи европейски норми, на които не се обръщаше достатъчно внимание — например нетърпимост към корупция и конфликт на интереси. Наистина в препоръката пише, че „държавите... могат да обмислят въвеждането на такива системи, които целят ограничаване броя на делата, заслужаващи трето съдебно разглеждане“. Но къде пише, че това трябва да стане с неконкретизирани норми и аморфни термини, които доближават каноническото право с неговите религиозни понятия? Касационната жалба се подава до светски съд, а не до колегия жреци с ексклузивна връзка към висшия разум. Колкото и някои съдии да се радват на предоставената им с чл. 280 ГПК власт, тепърва предстои да осъзнаят непоносимо тежката отговорност като сянка на тази власт. Тук няма вече несвършен законодател, с когото да се извиняват. Това е власт-бумеранг.

С решение № 4/16.06.2009 г. Конституционният съд дава следните отговори на поставените въпроси:

¹ Цитирана и от **Влахов, К.** Актуални проблеми на новия Граждански процесуален кодекс. С.: Сибир, 2009, с. 187.

1. От чл. 119 на Конституцията не може да се направи извод, че производството по делата е задължително триинстанционно. Ето защо напълно уместно е ГПК да предвиди селекция на обжалваните дела пред ВКС, като се въведе факултативен достъп за обжалване.

2. Съществен правен въпрос по смисъла на чл. 280, ал. 1 ГПК не е само този, от чието разрешаване зависи изходът на конкретното дело. Той трябва да има принципно, основополагащо значение за правото въобще, а не само за конкретния спор.

3. Практиката на ВКС е казуална (тълкуване на отделните състави по даден спор или по редица аналогични спорове) и нормативна (тълкувателните решения като официално съдебно тълкуване на нормативния акт). Член 280, ал. 1, т. 1 ГПК има предвид тези две форми на тълкуване в понятието „практика на ВКС“.

4. Определянето на правния въпрос от обжалваното въззивно решение за „съществен“ ограничава противоконституционно достъпа до касационно обжалване — съществуват изолирани и уникални казуси или спорове по рядко приложими норми, чието разрешаване по тези причини не може да има принципно значение за правото.

С този извод не е съгласна съдия Снежана Начева. В особено мнение тя изрично заявява, че въпреки високата степен на абстрактност на чл. 280 ГПК трябва да бъде създадена, обобщена и осмислена практика на ВКС по този текст, *и то във физически разумно време*, каквото едва ли са изтеклите 14 месеца от влизането на кодекса в сила. Тази моделирана от ВКС разумна практика по чл. 280 ГПК трябва да отговори на въпроса кое е съществен правен въпрос, за което ВКС има свой конституционен механизъм. И заключава, че възможността за *евентуална*, допустима при определени условия касация сама по себе си не е противоконституционна. Иначе казано, според нея отмяната на определението „съществен“ изглежда преждевременна.

5. Мнозинството в Конституционния съд се обединява около тезата, че всеки правен въпрос, който е от значение за изхода по конкретното дело, независимо дали има принципно значение за правото, е основание за достъп до касационно обжалване при наличие на *някои (няма кумулативност)* от останалите критерии за неговото допускане. По тази причина съдът премахва определението „съществен“ в редакцията на чл. 280, ал. 1 ГПК, чието отпадане остава единствената му отменителна интервенция по това конституционно дело.

В особеното си мнение конституционният съдия Васил Гоцев приема, че концепцията на чл. 280 ГПК противоречи на Конституцията, тъй като очевидно нищожни или недопустими решения сами по себе си не биха били допуснати до касационна отмяна, ако не отговарят на критериите на т. 1—3. Както и ако е налице постоянна, но грешна практика на ВКС.

По други съображения съдията Благовест Пунев намира т. 2 на чл. 280 за противоконституционна. Според него текстът дублира т. 3, защото противоречива въззивна практика е релевантна само ако липсва практика на ВКС, като само последната би била меродавна за достъпа до касация. А противоречаща, погрешна или липсваща практика на ВКС се обхваща от т. 3 на чл. 280 — „от значение за точното прилагане на закона, както и за развитието на правото“. При положение че т. 2 е мотиви-

вирана от липсваща практика на ВКС, не е необходимо да се чака създаване на противоречиви разрешения от въззивните съдилища, за да се обжалва касационно, вместо да се използва пътят на защита по т. 3. А и се спори дали противоречивите въззивни решения трябва да са влезли в сила. Това излишно дублиране на т. 2 с т. 3 затруднява обжалването пред ВКС, което според Благовест Пунев е вече нарушение на чл. 122, ал. 1 от Конституцията — правото на защита във всички стадии на процеса.

Заслужава да се отбележи, че посоченото особено мнение съставлява развитие на възгледите му по този въпрос. В Коментара на ГПК-2007, с. 437—438¹, същият автор не поставя под въпрос конституционността на т. 2 на чл. 280 и нейното дублиране с т. 3. Там той посочва, че хипотезата на т. 2 би била предпоставена от рядка и временна липса на касационна практика по въпрос от ново законодателство, който още не е бил разглеждан от ВКС.

6. Конституционният съд признава, че в редакцията на чл. 280 ГПК има редица понятия и непрецизни изрази (напр. ал. 1, т. 3), чиято неяснота или противоречивост притесняват и налагат тяхното бъдещо изясняване чрез задължителна практика (*значи от ВКС*). Примерно се посочват проблемът коя ВКС практика да се има предвид (само по действащия или и по отменения ГПК) или мястото на необосноваността в хипотезата на чл. 280. Обаче липсата на законодателни дефиниции и отговори на тези понятия и въпроси като цяло не компрометира уредбата на ГПК за приложното поле на касацията.

Точно с това не е съгласен в особеното си мнение съдия Васил Гоцев, според когото „принципът на правовата държава изисква законът да определя точно, с обективни критерии, кои дела ще се разглеждат от ВКС... Чл. 280, ал. 1 поставя касационните основания на чл. 281 в зависимост от предпоставки, които нито могат да бъдат винаги обективно ясни, нито може да бъде винаги неоспоримо дали са налице, или не. Преценката за тяхната наличност е дадена на субективното виждане на състав от трима съдии“.

Почти същото приема в своето особено мнение конституционният съдия Пламен Киров. Според него главната задача на касационното обжалване е правосъдието по конкретен спор, а унификацията на правораздаването е само страничен резултат на тази дейност. Няма прилагане на закона извън конкретния казус, няма някакво абстрактно точно правоприлагане. Изключването на определени категории дела от касационно обжалване трябва да става чрез законодателно фиксирани формални критерии (напр. цена на иска или предмет на делото). Обаче изключването на въззивни решения от касационно обжалване по преценка на самия касационен съд дава възможност за произвол и не спазва формулировката на решение № 16/1998 г. на Конституционния съд триинстанционното производство да бъде принципно и преобладаващо разрешение. И завършва с впечатляваща яснота и категоричност: „Мъглявите формулировки на чл. 280, ал. 1 ГПК не създават условия за правна си-

¹ Иванова, Р., Б. Пунев, С. Чернев. Коментар на новия ГПК. С.: ИК „Труд и право“, 2007.

гурност, а за съдебен произвол и отказ от правосъдие. Възлагайки на съда да преценива кои въпроси са от значение за развитие на правото, оспорваният текст предоставя на правораздавателен орган функция, която му е дълбоко неприсеща в българската конституционна система“.

7. Според Конституционния съд преценката на съответния тричленен състав на ВКС за допускане на касационна жалба по чл. 280 е само едно определение, което не решава делото по същество и не е тълкувателна дейност по смисъла на Закона за съдебната власт. Но то се вписва в практиката на съда за определенията по чл. 280 с тази си ограничена тежест.

Съдиите Димитър Токушев, Георги Петканов, Евгени Танчев и Красен Стойчев в съвместно особено мнение застават на становището, че това окончателно определение следва да се постановява след открито заседание с призоваване на страните. Според тях няма по-висша ценност от гарантиране правото на защита, а откритото заседание по допустимостта на касационното обжалване ще преодолее представата, че на тази допустимост се гледа единствено като на средство за осигуряване функционирането на цялата правораздавателна система въобще или за развитието на правото, но не и за защита на конкретен интерес и за осъществяване на правораздаване по конкретен спор. Затова те считат разпоредбата на чл. 288 ГПК за противоконституционна.

8. И накрая, съдът намира, че липсата на надеждна, автентична и достъпна информационна система с база данни за съществуващата практика (евентуално противоречива по т. 2 на чл. 280) на въззивните съдилища е упрек към гласувалите закона, но не може да бъде основание за противоконституционност, тъй като споменатата база данни може да се изгради. В допълнение се отбелязва, че отмяната на т. 2 ще прегради макар и *ефимерната*! (т.е. нереална, въображаема)¹ възможност за касационно обжалване на това основание към сегашно време и заключава, че е по-добре жалба с трудни предпоставки, отколкото липса на възможност за жалба. Мотивите на съда обаче не изясняват как една трудна предпоставка води до ефимерна възможност, т.е. дали самата предпоставка не е също ефимерна и дали не се касае за невъзможно условие, водещо до настоящо фактическо бездействие на нормата. Вероятната логика е, че изходът от несъвършеното статукво минава през организационни мерки на съдебната администрация, а не през отмяна на уместна законодателна идея. Според мен нейната уместност се състои и в това, че противоречивата въззивна практика става мишена на всички потенциални касационни жалбоподатели, т.е. излага се на максимално възможния публичен контрол, а не само на служебния йерархичен поглед на ВКС, и така порокът „противоречивост“ става максимално уязвим. Обаче остротата на липсващата надеждна и цялостна информация за решенията на гражданските съдилища личи и от споменаването ѝ в Приложението към Доклада за България на Европейската комисия от 22.07.2009 г. до Европейския парламент и

¹ Милев, Ал., Б. Николов, Й. Братков, Е. Пернишка. Речник на чуждите думи в българския език. С.: Наука и изкуство, 2007, с. 277.

Съвета. Там на с. 7 изрично е казано следното: „България трябва спешно да осигури електронната публикация на всички решения при спазване на правилата за защита на лични данни. Поради това, че публикацията на съдебни решения остава частична и непоследователна, още е трудно да се идентифицира противоречива юриспруденция с оглед подаване на касационни жалби по гражданското право. Така ценността на касацията като средство за стимулиране на последователна юриспруденция при конфликтни решения остава ограничена“.

Направеният преглед на решение № 4/2009 г. на Конституционния съд позволява следните обобщения и паралели.

Първо, както вече беше споменато, налице са интересни съвпадения между мотивите на посочените по-горе индивидуални жалби до германския Конституционен съд срещу § 543 ГППЗ и аргументите към искането на българския омбудсман за отмяна на чл. 280 ГПК от нашия Конституционен съд. Става въпрос за еднородна болезнена реакция срещу общия принцип на двете разпоредби, доказващи сходната нормативна тъкан на тези две държави — членки на ЕС, а не за някакво заимствано поведение. Твърдят се неясни и практически неизпълними предпоставки за достъп до ревизия/касация, водещи до възможност за неравно третиране на жалбоподатели, а оттам — и за произвол без гаранция за правосъдие, тъй като се разграничават и дори противопоставят общият на конкретния интерес от правосъдие.

Второ, и в двете страни конституционните съдилища приемат, че общите и неясни понятия от хипотезиса на правната норма следва да се изяснят и индивидуализират от практиката на съответната върховна инстанция, т.е. че в този случай неясната норма е съвместима с конституцията. Правосъдието трябва да разполага с достатъчно време, за да изпълни тази своя функция по дешифриране съдържанието на нормата и превръщането ѝ в по-достъпно и разбираемо послание.

Трето, конституцията не гарантира задължителен достъп до трета/върховна съдебна инстанция. Следователно законодателят е свободен да ограничи достъпа до нея. Гарантирано е само едно обжалване на съдебно решение по даден спор.

Четвърто, няма как ограниченият достъп до ревизия/касация да не се нормира чрез общи и високоабстрактни понятия, защото само те предлагат нужната степен на свобода и гъвкавост спрямо конкретно непредвидимото. Щом правосъдието като обществена човешка дейност е безкомпромисно ограничено от ресурси и време, неизбежният резултат ще бъде компромис между принципите и възможното. Абсолютизирането на конституционни принципи не превръща невъзможното във възможно. Пренебрегването на тази реалност в името на идеала води до поведение на безтегловност, което свършва с неконтролиран крах на цялото, вместо с разумно жертване на малка негова част. Това е истинското предизвикателство, а не измисленият фронт между възвишени юридически идеалисти и груби процесуални прагматици.

Пето, в българската действителност Конституционният съд намира за нормално върховната съдебна инстанция да „ремонтира“ дефектни норми, съдържащи неprecизни, противоречиви формулировки и дори невъзможни условия — липса на единна база данни с апелативна практика относно противоречивите решения, квали-

фикацията на необосноваността, що е „развитие на правото“ и т.н. С други думи, тук не става въпрос за дешифриране на неизбежна и единствено възможна нормативна абстракция, а за коригиране на банална законодателна небрежност без пряка ампутация на дефектната норма. Това личи от текста на решение № 4/2009 г. на Конституционния съд, според който несполучливата редакция на чл. 280 ГПК като цяло не компрометира регламентацията за приложно поле на касацията. Същото още по-категорично заявява конституционният съдия Благовест Пунев на с. 439 от вече цитирания Коментар на новия ГПК: „Дефектите на нормативния акт ще се преодоляват чрез извличане (от съда — б. а.) на ясна норма от неясната разпоредба, на непротиворечива норма от противоречивите разпоредби и ще се попълни непълнотата с норма, извлечена по аналогия на закона или на правото. В последната хипотеза съдебната практика има съществен нормотворчески принос... който следва да се оцени като развитие, а не само като прилагане на правото по смисъла на чл. 280, ал. 1, т. 3“. Ако разбираме правилно автора, нормотворческият принос на съда е само в хипотезата на една от двете аналогии, но не и при извличане на ясна или непротиворечива норма от неясни или противоречиви разпоредби.

Интересно е, че превръщането на най-висшата съдебна инстанция от редовна в извънредна инстанция за селективен контрол чрез собствена преценка е препоръчано като концепция през 2005 г. от Силви Чернев, разбира се, без да твърдя, че настоящата редакция на чл. 280 ГПК е негова отговорност¹. От друга страна, в глава XXI, § 110 — „Възникване, развитие и *съвременни тенденции* на касационното обжалване“ от осмото издание на Българско гражданско процесуално право — 2006 г., няма и намек за такова предстоящо развитие на българското касационно производство² — което подсказва, че или авторите не са били осведомени за тази непосредствена и вече обсъждана вероятност от следващата година, или са я отричали с мълчанието си.

Решение № 4/2009 г. на Конституционния съд, с което от редакцията на чл. 280, ал. 1 ГПК бе премахнато прилагателното „съществен“ към съществителното „въпрос“, бе публикувано в ДВ, бр. 47/23.06.2009 г. — т.е. след тази дата не се изисква съответният въпрос да е „съществен“, а само да отговаря на критериите на ал. 2. За съжаление и след 23.06.2009 г. редица състави на ВКС продължават да постановяват определения по чл. 280, позовавайки се на критерия „съществен“ въпрос — все едно, че нищо не се е случило в Конституционния съд и в „Държавен вестник“. Ще посоча само осем такива определения, но всъщност те са повече:

1. Опр. № 694/29.06.2009 г., III г. о. „Касаторът не е формулирал съществен... въпрос“

2. Опр. № 711/30.06.2009 г., III г. о. съдържа четири пъти определението „съществен“ към материални и процесуални въпроси.

3. Опр. № 754/3.07.2009 г., III г. о. „Не е формулиран съществен въпрос“.

¹ Чернев, С. Инстанционността..., с. 331, 337.

² Сталев, Ж., А. Мингова, В. Попова, Р. Иванова. БГПП, 523—528.

4. Опр. № 673/3.07.2009 г., IV г. о. „Съществен въпрос не може да бъде извлечен...“.

5. Опр. № 683/6.07.2009 г., IV г. о. „По сега действащия ГПК... касационното обжалване се допуска, когато съдът се е произнесъл по съществен материален или процесуален въпрос...“.

6. Опр. № 686/6.07.2009 г., IV г. о. „По сега действащия ГПК... касационното обжалване се допуска, когато съдът се е произнесъл по съществен материален или процесуален въпрос...“.

Съвпадащите цитати по т. 5 и 6 не са грешка, макар от две различни определения. Copy & Paste?

7. Опр. № 865/15.07.2009 г.: три позовавания на „съществен“ въпрос.

8. Опр. № 749/21.07.2009 г.: „Съществен по делото е въпросът за...“.

Непредотвратим е въпросът: законосъобразни ли са тези определения, постановени по критерий „съществен“ въпрос, който към постановяването им вече е вече бил отменен от КС с публикувано решение? Със сигурност всички касационни жалби по горните определения са били подадени преди отмяната на понятието „съществен“, но пък самите определения са постановени след отмяната му, т.е. при изменена норма. Според мен няма съмнение, че е следвало ВКС да прилага нормата, действаща в момента на постановяване на определенията, т.е. без понятието „съществен“. Друго би било, ако те бяха постановени преди публикацията на решението на Конституционния съд в „Държавен вестник“, но те са издадени след нея — последното определение е от близо месец по-късно. Или ако бяха два конкуриращи се, но валидни закона.

VII. ВЪПРОСИ СЛЕД РЕШЕНИЕ № 4/2009 Г. НА КОНСТИТУЦИОННИЯ СЪД

Движението по единствено възможния път на ограничен достъп до касация изисква особени усилия за опазване на правораздавателното равновесие. Това се дължи на немалкото рискове по тази непозната посока. Най-видимият от тях според мен е свързан с въпроса: в кой момент завършва раждането на нормата, допускаща касация? Кога тя става жизнеспособна, т.е. достъпно ясна и разбираема не само за прилагания съд, но и за обикновения гражданин, който преценява шансовете си за евентуална касационна жалба?

Проблемът придобива своите очертания на фона на оформящото се убеждение, че централните понятия на дадена норма следва да се дефинират и изяснят от върховната съдебна инстанция, и то в разумен срок. В особеното мнение на съдия Снежана Начева по решение № 4/2009 г. на Конституционния съд за тази цел се изисква „физически разумно време, каквото едва ли са изтеклите 14 месеца от влизането на кодекса в сила“. Абсолютно същото приема в мотивите си и германският Конституционен съд в горещитираното Постановление за недопускане на индивидуална жалба срещу § 543 (2) ГППЗ от 8.01.2004 г. по дело № 864/2003 г.: „За тази

цел на правоприлагането трябва да се даде достатъчно време“ — при изминали тогава над три години от създаване на новелата на § 543 (2). Очевидният извод е, че повече от година след публикацията на нормата за касационна допустимост тя не може да функционира, защото нейните сърцевинни понятия все още не са дефинирани от върховната съдебна инстанция. Значи тя все още не е завършена като правило за поведение, ясно и разбираемо за своите адресати, или с други думи — тя все още не съществува в своята функционална зрялост и предназначение. Най-близката рефлексна метафора е за самолет с видимо готов корпус, но без двигател. Раждането на такава норма завършва след преодоляване на терминологичния ѝ дефицит от върховната съдебна практика. Това поставя логичния въпрос: какво влиза в сила три дни след публикацията на норма, която безспорно е негодна за приложение поради неясното си съдържание? Вероятно става „изискуемо“ само задължението на върховната съдебна инстанция да изясни това съдържание във „физически разумен и достатъчен срок“. Ако съпоставим момента на окончателно изясняване от ВКС на дадена разпореда чрез нормативното ѝ тълкуване спрямо предхождащия момент на нейната публикация в „Държавен вестник“, е възможно да се констатира един дълъг и болезнен период на „израждане“ на нормата вместо обичайната ѝ „годност за експлоатация“ със самото обнародване. Периодът е болезнен, защото през него съдът експериментира върху човешки съдби като хирург на живи пациенти и защото това е време на мълчаливо калкулиран и предварително приемлив брак от приложението на закона, докато се налучкат ясните понятия на мъглявите формулировки.

И един друг твърде любопитен аспект: основната логическа патерица, с която Конституционният съд спасява чл. 280 ГПК, е възложеният на ВКС ангажимент в разумен срок да дефинира и прецизира неговите неясноти. Проблемът на тази своеобразна условна присъда е елементарният въпрос: какво ще се случи, ако ВКС не изпълни този ангажимент и не успее да дешифрира и конкретизира понятията на неясната норма? Ще се опровергават условията, надеждата и обещанието, които предотвратиха конституционната ѝ отмяна. Ще отпадне логическата предпоставка за нейното спасение. Тогава Конституционният съд ще се намеси ли отново, за да я отмени? Защото тя би била доказано мъртва норма? Такъв провал подлежи ли на контрол и от кого?

Отказът на Конституционния съд да обяви за противоконституционен даден закон не е непременно сертификат за високото качество на този закон. Такъв отказ удостоверява някаква, макар и минимална конституционна търпимост към неясния закон и някаква негова годност за основен тълкувателен ремонт. Но той си остава, меко казано, несъвършен закон. Лошият закон не е паднал от небето метеорит — той има свой поименно известен колективен автор — законодател, който носи политическата и моралната отговорност за нормативното си творение. Така стигаме до смущаващо простия въпрос: защо трябва върховната съдебна инстанция с месеци и години да се напъва да отгатне волята на законодателя при дадена неясна норма, вместо самият този законодател да разкрие непосредствено и авторитетно какво точно е имал предвид? Нали законодателят не е мистично невидимо божество, а избра-

ни от нас граждани като нас. Възможността за автентично тълкуване е посочена в чл. 51, ал. 1 от Закона за нормативните актове (ЗНА): „Задължително тълкуване на нормативен акт дава органът, който е издал акта“. Наистина в чл. 84 на Конституцията няма изрично споменато правомощие на Народното събрание да тълкува закони, а само да ги приема, изменя, допълва и отменя. Но по аргумент за по-силното основание, щом на Народното събрание е възложено нормотворчество, няма логика да му се отрича по-малкото — тълкуване на същите норми. Член 51, ал. 1 ЗНА не изключва парламента от нормосъздаващите органи, които задължително тълкуват издадените от тях самите норми, а и би било абсурдно на върховния нормотворец да се отрича правомощие, каквото той възлага на всички останали органи, издаващи нормативни актове. Защо разрешение на загадката на чл. 280 ГПК не се търси в тази посока?

Един от възможните елементарни отговори е контравъпросът: а знае ли самият законодател какво конкретно съдържание е вложил в понятията от редакцията на чл. 280 ГПК? Какво би показала една въображаема поименна анкета между депутатите, гласували посочения текст? Колко от тях биха се сетили за какво става въпрос и какво би било качеството на техните обяснения? Такава анкета е само въображаема поради страха от аналогията с баснята за новите дрехи на царя. Тя би подкопала култовата митология за всезнаещ законодател, чиято премъдрост е винаги налице, но невинаги е по силите на простосмъртните ѝ адресати да я разберат, осъзнаят и приложат на практика. Защото, ако предположим концепция, при която законодателят умишлено приема някаква неясна норма с прякото намерение тя да бъде „доработена“ чрез нормативно тълкуване на правосъдието, тогава картината придобива нови очертания. Това би означавало модел на нормотворчество, при който изключението става правило — оформя се втора следпарламентарна фаза на довършителни работи върху нормата от правосъдието, преди тя да получи „разрешение за ползване“, своя „Акт 16“. В решение № 4/2009 г. Конституционният съд посочва, че такъв подход не е абсурден. Честотата на подобен компромис постепенно го превръща в обичай и нетърпяща възражение практика. А тя премахва задръжките у законодателя да издава несвършени норми поради комфортното съзнание и упование, че е работа на друг (на правосъдието) да ги прецизира. Такъв нормотворчески модел, освен светлата прагматична полза да бъде спасен даден закон с цената на тежък тълкувателен ремонт, има и своята тъмна страна: той предоставя на законодателя удобното успокоение за изпълнена мисия, а на върховната съдебна инстанция — приятното усещане за допълнителна власт. Тази двустранна привлекателност води до превръщането на модела от средство в цел, ако не бъде намерена разумната му ограничителна рамка.

Проблемът има и друг неочакван аспект. Ако в изработването на проектозакон са участвали като експерти върховни съдии и техните препоръки са възпроизведени в окончателния законов текст, как тези същите съдии биха участвали в тълкувателния ремонт на същия закон от ВКС? Как те ще отстраняват и преодоляват нор-

мативни непълноти, неясноти и противоречия, за които преди това сами са допринесли?

Когато върховната съдебна инстанция предприема нормативно тълкуване на недефинираните понятия в чл. 280 ГПК, тя неизбежно навлиза във вековната дилема на законодателна воля и нейното изявление. При ясна и определена законодателна воля е относително лесно по тълкувателен път да се подобри словесното ѝ изразяване. Когато обаче дефицитът не е в изразяването на волята, а в нейната липса (като недефинирани основни термини), очевидно задължителното съдебно тълкуване формира самостоятелна нормативна воля, за да запълни празнотата в законодателната воля. Това е свобода на волеобразуване, ограничена в клетката на оставената от законодателната воля празнота. Фактът, че се избягва автентично тълкуване на чл. 280 ГПК, говори, че става въпрос за дефицит на воля у нейния автор и за мълчалив отказ от такава, а не за поправим порок на нейното изразяване. Така нейното формиране мълчаливо се делегира на върховната съдебна инстанция.

На един от многото семинари по ГПК-2007 чух върховен съдия да коментира несъвършенствата на чл. 280 с максимата: „Лош закон, но закон“. Ще си позволя следното любезно колегиално уточнение. Вероятно се има предвид *Dura lex sed lex*, обаче тук *durus* означава строг, суров, а не лош (*malus*). Под „строг закон“ римляните не са имали предвид „тъп“ закон в смисъл на технически болен, с неясно съдържание и негоден за приложение — последният в никакъв случай не може да бъде строг просто защото е аморфен, безкрайно гъвкав. Суровият закон е ясен, просто формулиран и лесен за изпълнение, но може да е зъл, жесток и несправедлив. Ако са позволени евангелски илюстрации, заповедта закон на Ирод да бъдат избити във Витлеем всички младенци до две години е ужасяващ закон, но е ясен и за съжаление — приложим. Същото е и със закона, приложен от Пилат спрямо Исус — предаването му на разпятие и съобразяването с избора на тъпата да спаси Варава вместо Христос — жесток и несправедлив, но ясен и изпълним закон. За разлика от тях нашият чл. 280 ГПК не е нито лош, нито строг — той просто още не е завършен закон, докато ВКС не дефинира сърцевинните му понятия, за да е възможно неговото прилагане.

VIII. „ФАКУЛТАТИВНА“ КАСАЦИЯ И ПРАВО НА ИСК

В коментарната лексика относно достъпа на граждански дела до върховната инстанция бързо навлиза и се установява терминът „факултативна касация“. Този термин се споменава още в решение № 16/1998 г. на Конституционния съд: „Става дума за т.нар. факултативна касация, която се привежда в действие само по преценка на Върховния касационен съд“. Повтаря го решение № 4/2009 г. на Конституционния съд — „факултативен достъп за обжалване“. Според Благовест Пунев (с. 434 от цитирания Коментар на новия ГПК) „касационното обжалване от задължително се превръща във факултативно“. Подобно е мнението на съдия Светла Димитрова в „Условия за допускане на касационно обжалване“⁴¹ — тя приема, че ка-

сационният контрол има „факултативен“, но и „условен“ характер. Още в т. 7 на самите мотиви към Проекта за ГПК (602—01—38/11.05.2006 г.) се сочи, че „касационната проверка би била факултативна, ако е уредена като възможност, или задължителна, ако страната може да сезира касационния съд, т.е. има право да наложи касационната проверка. При факултативните производства се поставя проблемът за предварителната селекция на делата“. Редица определения на ВКС по чл. 280 ГПК също наричат процедурата „факултативна“ — примерно опр. № 431/22.12.2008 г., V г. о.; опр. № 10/19.01.2009 г., III г. о., и много други.

Очевидно етикетът „факултативна“ касация се радва на собствена инерция, няма конкуренти и се възприема с готовност — като че ли носи в себе си претенцията за дешифриране на тайнство от посветени познавачи в една лексика „на високи точета“. Той обаче се нуждае от сериозна критична проверка, защото въпросът далеч не е само в прилагателното. Преди всичко законът — ГПК не го използва, а терминът принадлежи само на юриспруденцията².

Определението „факултативен“ идва от латинското съществително *facultas* (възможност, удобен случай) според Михаил Войнов и Александър Милев (Латинско-български речник. С.: Планета 3, 1999, с. 241, а *Pocket Oxford Latin Dictionary 2005* на James Morwood прибавя и „способност“ — *capability*). Използвано е в комбинации като *facultas alternativa*, *facultas docendi* и *facultas legendi*. На немски производното прилагателно *fakultativ* означава *предоставен на свободен избор* — според Benke/Meissel³. Пак те превеждат *Actus/Iura merea facultatis* като *действия/права на чист произвол*⁴. В цитирания Речник на чуждите думи в българския език, с. 787, *факултативен* е също обяснен като „предоставен на свободен избор“. Точно в този лингвистичен нюанс на безусловен свободен избор и чист произвол е неуместността на определението „факултативна“ към касацията. Нали усилията са точно в обратната посока — че достъпът до касация не е произвол, не е безконтролна и необоснована свобода на избор, не е своеобразна „шведска маса“ с касационни жалби, от която съдът си „бодва“ по свой вкус и усмотрение. Извън този луфт в обема на понятията, етикетът „факултативна“ е относим само за съда, защото нему е предоставена свободата на избор. Касацията не може да бъде факултативна от гледна точка на касатора, защото той няма свободата и способността на избор на съда, а може само да опита да я поиска, без да знае какво ще получи. За него това е свобода на късмета, жребий на щастieto, щом решаващите фактори за допускане са извън спорния предмет (напр. други противоречащи решения или развитие на правото). Ако се касае за свобода на касатора да подаде касационна жалба и свобода на съда да я уважи или не, тогава определението „факултативна“ почти нищо не каз-

¹ Собственост и право, 2009, № 6, с. 5.

² Чл. 680 от Търговския закон е със заглавие „Факултативност“ досежно възможността („може“) събранието на кредиторите да избере техен комитет.

³ Benke, Meissel. Juristenlatein. 2. Auflage. Stampfli-Manz: C. H. Beck, 2002, S. 131.

⁴ Ibid, S. 17, 174.

ва, защото такава свобода е присъща и на автора на исковата молба, и на съответната редовна инстанция — т.е. „факултативна“ престава да бъде „марка“ на касацията, защото избледнява отличителната ѝ способност и функция. И все пак тази терминологична спорност е в нюанса на понятието и е далеч над масовия примитивизъм на медии и политици, които в друг контекст наричат получателя по европейски фондове „бенефициент“ вместо бенефициар.

Макар прилагателното „факултативна“ да е неудачно за случая и да търпи възражение, мотивиращият го инстинкт за контрастиране с редовните първа и втора инстанции отразява една истина. Нещата тръгват от концепцията за правото на иск и неговата инстанционна метаморфоза. Няма съмнение, че правото на иск е право на правосъдие по конкретен граждански спор. В английската доктрина най-близкият по смисъл термин до правото на иск е „правото на достъп до правосъдие“ — *the right of access to justice*, с корени в чл. 40 от Магна Харта, 1215 г. Там то се изразява в правото да се започне производство по гражданскоправен спор пред надлежен съд и възможността да се продължи това производство до неговото приключване. Според Европейския съд по правата на човека в Страсбург по делото *Голдър срещу Обединеното кралство* правото на достъп до правосъдие в споменатия смисъл се включва в правото за справедлив процес по чл. 6 от Европейската конвенция за правата на човека¹. На континента правото на иск е публично потестативно процесуално субективно право, защото чрез иска ищецът задължава съда да разреши конкретен граждански спор със сила на пресъдено нещо, т.е. това е власт да се наложи на съда образуване на производство. По думите на Конрад Хелвиг то е право, насочено само срещу държавата, и статутът на ответника е последица от подчинеността му на същата държавна власт, а не е резултат от негово пряко процесуално задължение към ищеца². Тъкмо затова чл. 2 на ГПК-1952 и ГПК-2007 задължава държавния съд да разгледа и разреши всяка подадена до него молба за защита на субективни права. И, разбира се, правото на иск е едно динамично право, „право в развитие“ за разрешаване на спора съобразно процесуалните правила и данните по делото³. Според сполучливата метафора на Оскар Бюлов от 1868 г. „процесът е последователно крачещо напред, стъпка по стъпка развиващо се правоотношение“⁴. В същия смисъл Живко Сталев определя исковото производство като „последователно осъществяващ се верижен фактически състав“, при който „всяко процесуално действие е правопогасяващо спрямо предхождащото го процесуално право и задължение и е правопограждащо спрямо следващите го, на които е източник“⁵. Според Стефан Брайков преобладаващото мнение, че правото на иск е потестативно процесуално право, е приемливо без уговорки само що се отнася до състоянието на правото на иск *преди*

¹ Zuckerman, A. Op. cit., p. 61.

² Hellwig, K. Anspruch und Klagrecht. Leipzig, 1910, S. 149.

³ Сталев, Ж. БГПП. 3. изд. С., 1970, 148—149.

⁴ Bülow, O. Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozess- Voraussetzungen. Giessen. 1868, S. 2.

⁵ Сталев, Ж. Производството като динамичен фактически състав. — Годишник на Софийския университет, Юридически факултет, 1965, 118—120.

процеса, когато още липсва конкретно насрещно задължение на съда. След предявяването на иска вече съществува конкретно задължение за държавата в лицето на нейния правораздавателен орган да развие производството до разрешаване на спора. Корелат на това задължение е именно правото на иск, което продължава да съществува и след предявяване на иска и се погасява чак когато бъде постановено решение и то влезе в сила. „Щом в течение на процеса корелат на правото на иск е едно задължение, това означава, че през този период правото на иск е държавноправно притезание, а не държавноправно потестативно право, тъй като по дефиниция на потестативното право не съответства задължение, а обвързаност, подчиненост да се понесе предизвиканата едностранно правна промяна. Следователно правото на иск променя не само своето съдържание, но и своя вид: от преобразуващо право то се превръща в притезание“¹.

Горното се нуждае от едно развиващо уточнение. Наистина след подаване на исковата молба правото на иск от публично субективно преобразуващо право срещу държавата (едностранно ѝ се налага да образува производство) се превръща в държавноправно притезание с дължимо поведение от държавата (да развие това производство до неговото приключване). Тази метаморфоза на правото на иск от преобразуващо право в притезание може да се приеме безрезервно в рамките на първата инстанция. Когато обаче първоинстанционното решение бъде постановено и тече срок за обжалване, пред страните възниква отново изборът/свободата дали с едностранното изявление — жалба, да наложат на втората инстанция да образува въззивно производство. С други думи, те пак, както преди подаването на исковата молба, се оказват въоръжени с потенциално потестативно правомощие да сезират по-горния съд. Ето как притезанието от първа инстанция след постановяване на решението пак се превръща в преобразуващо право спрямо втората инстанция и ако, и когато редовна жалба бъде подадена, втората инстанция като първата бива обвързана с притезание спрямо страните да развие дължимото производство. Изглежда сме изправени пред една инстанционна диалектика на правото на иск, една спираловидна метаморфоза, която минава през същия цикъл, но на по-високо ниво. Това обяснява защо правото на иск се погасява чак с влизане на решението в сила. Може би по тази причина е езиковият инстинкт искът да се предявява (чл. 124 ГПК), а жалбата да се подава (чл. 258—259 ГПК), но не предявява — защото последната е еманация на вече предявеното и още непогасено право на иск². И предявяването на иска, и обжалването са предоставени на свободния избор и усмотрение на страните, те са една потенциална възможност, която за страните (не за държавата/съда) е истински факултативна. Неслучайно Живко Сталев изрично посочва, че обжалването е „възможен, а

¹ **Брайков, Ст.** Преобразуващи иски и преобразуващи решения. С.: Наука и изкуство, 1974, 56—57.

² Макар самата искова молба да може и да се подава — щом нейният автор се нарича „подател“ в чл. 127, ал. 3 ГПК.

не задължителен стадий на исковия процес“, каквато е възможността, но не и задължението материалното право да се защити чрез предявяване на иск¹.

Съвсем логично според чл. 125 ГПК искът се счита предявен с постъпването на исковата молба в съда — не само защото терминът „подаване“ внушава физическо действие, а и защото в редица държави тя може да постъпи и електронно — например в Австрия, според § 89а на австрийския Закон за организация на съдилищата. Смисълът от постъпването на исковата молба в съда като начален момент на предявяване на иска е в удостоверяване точно кога адресатът на преобразуващото право на иск (държавата/съдът) получава едностранното изявление (искова молба) на титуляра на това право. Иначе казано, в кой момент съдът бива обвързан от тази едностранна власт на ищеца за преминаване/промяна от правно състояние на липсващ спор в правно състояние на висящ спор и следващото превръщане на съда в длъжник по притежанието да развие производство и реши спора със сила на пресъдено нещо². Безусловната редакция на чл. 125 ГПК търпи резервата на чл. 62, ал. 2 ГПК за спазен срок от датата на изпращане на исковата молба по пощата. Такава изпратена по пощата искова молба в последния ден на преклузивен или давностен срок обикновено постъпва в съда ден-два след тяхното изтичане, т.е. чак тогава искът е предявен според чл. 125 ГПК. Очевидно общата фикция на чл. 125 ГПК „се счита...“ е отменена от специалната фикция на чл. 62, ал. 2 ГПК „не се смята...“, но само с оглед спазване срока за предявяване на иска от гледна точка на ищеца, а не и спрямо съответното задължение на съда да образува производство — това задължение няма как да възникне от датата на пощенското клеймо, преди писмото с исковата молба да е постъпило в съда. Обаче абсолютен процесуален уникат представлява чл. 422, ал. 1 ГПК, където искът за съществуване на вземане по заповедно производство се смята предявен от датата на заявлението за издаване на такава заповед, т.е. преди написването на самата искова молба.

С оглед преобразувания механизъм на правото на иск въззивното и касационното обжалване в днешния им вид функционират по съвсем различен начин. При въззивната жалба потестативният сезиращ ефект действа безусловно — редовната въззивна жалба едностранно причинява правно състояние на висящност на спора пред въззивния съд и го превръща в длъжник да развие производство съобразно валидните за него процедурни правила. За разлика от нея, редовната касационна жалба, изпълнила изискванията на чл. 284 ГПК, не предизвиква същата автоматична висящност на спора пред касационния съд и не превръща последния в длъжник да се произнесе по съществото на нейните оплаквания. Тя само задължава ВКС чрез определение по чл. 288 ГПК да прецени нейната допустимост в рамките на чл. 280 ГПК. Това вече не е съдът длъжник от първата и втората инстанция, безусловно обвързан от редовна искова молба или въззивна жалба да ги разгледа и реши. ВКС сам решава

¹ Сталев, Ж. БГПЗ. С., 1970, с. 373.

² Фразата „едностранно причиняване на ново правно състояние“ е на акад. Любен Василев от Гражданско право — Обща част. С., 2000, с. 96.

дали е длъжник по потестативното изявление — касационна жалба, т.е. адресатът на преобразуващото право преценява доколко е длъжник по него. Няма го автоматичното едностранно причиняване на ново правно състояние, обвързващо адресата на изявлението независимо от и дори против неговата воля. Тук господстваща е не волята на титуляра на преобразуващото правомощие (жалбоподателя), а волята на евентуалния му длъжник (ВКС). Ако това е вярно, равностетката сочи, че касационната жалба е лишена от потестативния признак на въззивната жалба или на исковата молба, защото т.нар. касатор няма властта да наложи висящност на пълноценно касационно производство. Касационната жалба не е юридически факт в правоотношение на власт и подчиненост от гледна точка на жалбоподателя спрямо съда, т.е. тя не е изявление за упражняване на потестативно право, защото в този висш стадий на процеса то вече не е потестативно — законът е отнел определящата му черта, изразяваща се в едностранната променяща власт на неговия титуляр. Този същностен контраст на касационното обжалване спрямо предхождащите процедурни фази внушава верния инстинкт да се търси контраст и в наименованието, довел до спорния термин „факултативна“.

Възможна е и друга теоретична конструкция на механизма за касационно сезиране, която е съвместима с концепцията за преобразуващо право. Според нея условията на чл. 280, ал. 1 ГПК разширяват хипотезиса на публичното субективно преобразуващо право на иск в касационната фаза. Те се явяват негова допълнително обособена група абсолютни процесуални предпоставки, изброени алтернативно. Проверката на тяхната наличност чрез определение по чл. 288 ГПК съставлява специално произнасяне за допустимостта на конкретното право на иск по смисъла на чл. 130 ГПК, но за касационната фаза. Това е един своеобразен мини „процес относно процеса“, по израза на Живко Сталев¹ за служебната проверка на абсолютните алтернативни процесуални предпоставки на чл. 280 ГПК. Констатира ли наличността на една от тях в определението си по чл. 288 ГПК, съставът на ВКС всъщност установява преобразуващото право на иск в неговия специфичен касационен обем. Най-близката асоциация е с установителната функция на решение по преобразуващ иск, при което съдът установява наличието на преобразуващо право, от което следва правна промяна². Понеже в конкретния случай се установява само преобразуващо право на иск, а не потестативно материално право спрямо обикновен ответник, това установяване се постига чрез определение, а не чрез конститутивно съдебно решение. Абсурдно е съдът да постанови срещу себе си акт със сила на пресъдено нещо. Споменатата правна промяна в конкретната хипотеза е предизвикване състояние на висящност по същество на касационната жалба. Оттам възниква задължение за пълноценно касационно производство. Чрез определението по чл. 288 ГПК съдът сам си възлага това задължение — „той се произнася по претендирано спрямо него право“³.

¹ Сталев, Ж. БГПП. С., 1970, 188—189.

² Брайков, Ст. Преобразуващи искове..., 86—87.

³ Сталев, Ж. БГПП. С., 1970, с. 188.

Затова той действа уж факултативно — свободно, по свой избор, но тази свобода не е абсолютна, тя не е случайно усмотрение, хрумване или настроение, а напротив — определението по този въпрос следва да бъде стриктно и подробно мотивирано в рамките на чл. 280 ГПК. Рискът от произвол, т.е. от истинска факултативност, е в обстоятелството, че определението по чл. 288 във вр. с чл. 280 ГПК е безконтролно, необжалваемо и оперира с недефинирани понятия. На този абсолютен връх на гражданското съдопроизводство по необходимост ВКС си е сам еднократен и окончателен съдник на своите задължения. Една страшна отговорност пред цялата нация и пред собствената си съвест.

Коя от горните две конструкции е по-приемлива и дали няма по-подходяща трета, е въпрос на открита дискусия между повече разнообразни умове.

IX. ПРЕДПОСТАВКИ НА КАСАЦИЯТА И ПРЕДПОСТАВКИ НА ИСКА

Производството по допускане на касационно обжалване по глава XXII ГПК разкрива интересни особености в сравнение с проверката за допустимост на искова молба или въззивна жалба.

Не е ясно защо специалните условия за допускане на касация чрез заглавието на чл. 280 ГПК са наречени „Приложно поле“. Подобни законово фиксирани условия са всъщност хипотезис на норма или на съвкупност от норми по ограничената допустимост на касацията. Хипотезисът на всяка правна норма е нейното приложно поле, поради което то не представлява нейно отличително, идентифициращо име. „Приложно поле“ може да се сложи в началото на почти всички глави на ГПК. От друга страна, впечатлява терминологичната непоследователност в редакцията на глава XXII. Веднъж чл. 280 е „*приложно поле*“, след това в чл. 284, ал. 3, т. 1 става „*основания* за допускане на касационно обжалване по чл. 280, ал. 1“ и стига в чл. 295 ГПК като „*предпоставките* по чл. 280, ал. 1“. Кое от трите е вярно? Конституционният съд в решение № 4/2009 г. на Конституционния съд дори ги нарича „*критерии* за неговото допускане“. За сравнение — в германския и австрийския процесуален закон аналогичните разпоредби не са озаглавени „Приложно поле“, а използват „Произнасяне по допустимост на ревизия“ — австрийският, или „Ревизия на допускането“ — германският. В коментара си на германския процесуален закон Klaus Reichold изрично ги нарича „предпоставки на допускането“¹, както и Wolfgang Luke — „предпоставки за допускане на ревизия“². Няма съмнение, че това са процесуални предпоставки, специфични за касационното обжалване, която специфичност ги групира в отделен текст — както в германския и австрийския, така и в българския закон. Това са особените условия за допустимост на касация.

¹ Thomas, Putzo, Reichold, Husstege. ZPO-Kommentar. 28. Auflage. München: C. H. Beck, 2007, S. 723.

² Lüke, W. Op. cit., S. 402.

Според бащата на учението за процесуалните предпоставки Оскар Бюлов във вече цитирания му едноименен труд от 1868 г.: „процесуалните предпоставки са изискванията за възникване на процесуалното правоотношение, те са неговите конститутивни елементи... Като части на едно цяло процесуалните предпоставки добиват пълна сила и валидност чрез своето обединение... С други думи, те са фактическият състав на процесуалното правоотношение... Съществената разлика е, че процесуалното правоотношение възниква *не* като частноправното *извън* съда, а *пред* съда и с неговото съществено съдействие: сякаш процесуалното правоотношение надзирава собственото си раждане...“. Той още твърди, че исторически абсолютните предпоставки са пренесени от диспозитивните възражения на страните към служебния контрол на съда, тъй като не може, няма как съдът да наблюдава и възприема безучастно факторите за нищожност на собствените си действия¹.

Rechberger/Simotta, изхождайки от конструкцията на Бюлов, възразяват срещу универсалността на понятието „процесуални предпоставки“ като не съвсем точно. Според тях „липсата на една процесуална предпоставка не изключва буквално процеса — който вече е започнал с предявяването на иска, а го ограничава върху разглеждането и установяването на процесуалните предпоставки. Поради това те са процесуални предпоставки за разглеждане на самото дело. Би било по-добре да се говори за *предпоставки за разглеждане по същество* или *предпоставки за решаване по същество*“². Такива са всъщност и условията на чл. 280, ал. 1 за разглеждане и решаване по същество на касационната жалба. Наистина процесът относно процеса си е съдебно производство, а не процедурно нищо.

Обаче, изследвайки механизма на процесуалните предпоставки в римското право, Бюлов стига до заключения, които подсказват интересни паралели с предмета на настоящото изследване. След острата полемика срещу теорията за процесуалния характер на възраженията (*exceptiones*), считайки ги за материалноправни, Бюлов подробно изследва двуфазния характер на ранната легисакционна и класическата формуларна процедура — стadiите *in jure* (пред магистрат) и *apud iudicem* (пред заклет съдия). Според него този качествен дуализъм никак не е случаен и съвсем логично е подчинен на необходимостта в първата фаза пред магистрата да бъдат проверени процесуалните предпоставки и да се установи процесуалното правоотношение, а във втората — да се пристъпи към съществуващото на спора. Самият термин *litis contestatio* е най-близък до „удостоверяване на съдебен спор“ — при легис акцията в присъствието на свидетели (*litem conTESTari*), които при формуларната процедура отпаднали. Резултатът от това удостоверяване на процесуалните предпоставки бил разпореждане на магистрата *iudicium dabo* — „давам съд“, т.е. допускане до втората фаза за решаване на спора по същество от заклет съдия и издаване на формула/програма за това решаване. Ако необходимите предпоставки не били установени, следвало магистратско разпореждане за отричане/отклоняване на иска *denegatio actionis*

¹ Bülow, O. Op. cit., 5—7, 301—304, 308.

² Rechberger, W., D. -A. Simotta. Op. cit., S. 255.

или *absolutio ab instantia*, т.е. без произнасяне на решение¹. Самата преценка на магистрата, че предпоставките за „фаза по същество“ са налице, не могла да бъде преразгледана и променена от съдията — за него този въпрос бил предварително и окончателно разрешен и оставал извън обема на предоставената му формула².

Историческите аналогии в правото са сладка и отровна съблазън. Този осъзнат риск обаче не бива да препятства констатирането на любопитни съвпадения между скицираната римска процедура (без претенции за изчерпателност!) и съвременния български достъп до касация. Тези съвпадения са: *I.* Две фази на производството — първа фаза: проверка на процесуалните предпоставки — тогава *in iure*, а днес — по чл. 280 ГПК, и втора фаза: решаване по същество — тогава от друг посочен съдия, а днес — от друг съдебен състав за самите касационни основания по чл. 281 ГПК. *II.* Произнасянето по процесуалните предпоставки е с нарочен акт — тогава *iudicium dabo* или *denegatio actionis*, а днес — с определение по чл. 288 ГПК. *III.* Това произнасяне е обвързващо за съда, решаващ спорния предмет — нито заклетият съдия е могъл да ревизира преценката на магистрата за предпоставките, нито съставът на ВКС по чл. 290 ГПК днес има право да преразгледа и отрече постановеното допускане до касация по чл. 280 ГПК. Разбира се, констатацията на тези съвпадения не съставлява косвено твърдение, че глава XXII на българския ГПК-2007 има римски корени. Тя само подсказва, че в тази област е налице общ хилядолетен логически инстинкт.

Наличието на всички процесуални предпоставки на касационната жалба се проверява по чл. 285 ГПК от въззивния съд — той контролира нейната редовност съобразно чл. 284 ГПК. А че тези изисквания за редовност са процесуална предпоставка, няма никакво съмнение, щом тяхното неспазване води чрез чл. 286 ГПК до връщане на жалбата или, с други думи, констатира се неосъществен фактически състав за възникване на пълноценно процесуално правоотношение между жалбоподателя и касационния съд. Последното е валидно за абсолютно всички процесуални предпоставки на касационната жалба, с изключение на най-важната — тази по чл. 280, ал. 1 ГПК. Спрямо нея въззивният съд контролира само дали има приложено твърдение за такава предпоставка, но няма право да се произнесе по нейната действителна наличност. Член 286, ал. 1, т. 3 споменава връщане досежно чл. 280, ал. 2 (обжалваем интерес под 1000 лв.), но не и за ал. 1, където е основната драма.

Проверката на процесуалните предпоставки за касация по чл. 280, ал. 1 ГПК е монопол на Върховния касационен съд в рамките на чл. 288 ГПК — само той се произнася дали те наистина са налице. Разбира се, ВКС проверява и всички останали предпоставки за допускане, но по тях веднъж вече се е произнесъл въззивният съд (макар и необвързващо за ВКС), констатирайки цялостната редовност на касационната жалба. Спрямо чл. 280, ал. 1 ГПК определението за допускане на касацията на

¹ Bülow, O. Op. cit., s. 274, 289—292.

² Св. Kaser, M. Römische Privatrecht. 16. Auflage. München: C. H. Beck, 1992, S. 362, 365—367, както и Kaser, M., K. Hackl. Das Römische Zivilprozessrecht. München: C. H. Beck, 1996, S. 242, 286.

ВКС по чл. 288 ГПК е първи, единствен и окончателен съдебен акт за тези предпоставки. Другите изисквания за редовност на касационната жалба по чл. 284 ГПК могат да получат от въззивния съд едноседмичен шанс за корекция по чл. 285, ал. 1 или дори самото връщане от въззивния съд на нередовна касационна жалба може да се обжалва по чл. 286, ал. 2. За разлика от тях процесуалните предпоставки по чл. 280, ал. 1 имат един-единствен шанс — определението на ВКС по чл. 288 ГПК. Тук няма нито указания за отстраняване на дефекти, нито обжалване на връщане. Защо? Защото предпоставките по чл. 280, ал. 1 са обстоятелства *извън предмета на делото и волята на касатора*. Ако ВКС е констатирал обратното, касаторът няма как да превърне недопуснатото до касация решение в противоречащо на практиката на ВКС или то да стане едно от несъвместими въззивни решения, или да е от значение за развитие на правото. Тук решаващ е не самият обжалван казус, а неговото *съотношение* с практиката на ВКС, с тази на въззивните съдилища, с точното прилагане на закона и развитието на правото. Касаторът няма власт върху другия край на това съотношение, за да отстрани дефицита му в някакъв срок. Другите изисквания за редовност на касационната жалба по чл. 284 ГПК, обуславящи нейната допустимост, са дължимо поведение на касатора — съдържание и реквизити на жалбата и нейните приложения, които той може сам да коригира. Особеното на процесуалните предпоставки по чл. 280, ал. 1 ГПК е, че те са *съотношения* между обжалваното решение и външни за него фактори, независими от волята и поведението на касатора. Това са *съотношения* в обществен правосъден интерес извън обективните и субективните предели на въззивното решение, където касаторът може да няма нужния за целта и предполагаан за ВКС оценъчен капацитет. Вярно е, че, от една страна, това е сурово ограничаване на достъпа до касация. Но от друга страна, допуснатият до касация казус получава тежест и значение, далеч по-широки от собствените му рамки.

Друга интересна черта на чл. 280, ал. 1 е, че той може да функционира като процесуална предпоставка и само чрез материалноправни критерии: произнасяне по материалноправен въпрос от значение за точното прилагане на закона и за развитието на правото. Така правосъдната воля по чисто материалноправен въпрос се превръща в мащаб, в мерна единица, в юридически факт на чисто процесуално (касационно) правоотношение. Една не съвсем честа илюстрация как материалното право обслужва процеса, а не само процесът — материалното право.

Едва ли има съмнение, че предпоставките в чл. 280, ал. 1 са алтернативни, а не кумулативни, макар да не са изброени с изрично „или“, както в германския процесуален закон — § 543, ал. 2, и в австрийския — § 502, ал. 1. Всяка една сама по себе си е достатъчна да обоснове допускане на касация. Спрямо тях самият Конституционен съд в решение № 4/2009 г. използва фразата „достъп до касационно обжалване при наличието на някои от... критериите за неговото допускане“. В същия смисъл е и опр. № 62/28.01.2009 г., III г. о., ВКС, в което те се наричат „алтернативно посочени предпоставки“.

По друг начин австрийският и германският процесуален закон уреждат произнасянето по предпоставките за ревизия/касация.

В Германия въззивният съд с решението си по въззивната жалба се произнася и за допустимостта на ревизия/касация. Ревизионният съд е обвързан от това допускане според § 543, ал. 2 на германския процесуален закон. Известен коректив на това обвързване е § 552а на същия закон, където допускането на ревизия от въззивния съд може да бъде отменено от състав на ревизионния съд чрез *единодушно* определение без открито заседание, ако предпоставките за допускане не са налице и ревизията няма изгледи за успех. Това напомня неприетата т. 7.3. от мотивите на законопроекта за българския ГПК-2007, която предлагаше касация да се допуска чрез положително произнасяне дори на един член от състава — т.е. да се отказва допустимост само с единодушие, както в германския закон. Обаче няма такова обвързване на германския ревизионен съд от въззивния, ако последният с решението си отказва да допусне ревизия. Тогава заинтересованата страна има едномесечен срок да обжалва въззивното недопускане на ревизия пред ревизионния съд. Жалбата трябва да бъде написана от адвокат, препятства влизане на решението в сила, разглежда се в закрито заседание и се решава с определение. Ако жалбата срещу недопускане на ревизия бъде отхвърлена, решението на въззивния съд влиза в сила.

В Австрия разрешението на проблема е принципно същото, с едно съществено отличие от германското. И там въззивният съд в решението си задължително се произнася по допустимостта на ревизия с оглед предпоставките на § 502, ал. 1 от австрийския процесуален закон — корелатът на нашия чл. 280, ал. 1 ГПК — но не констатира само тяхно твърдение в приложение към касационна жалба като при нас, а сам се произнася по тяхната наличност. Освен това със задължително произнасяне *ex officio* и австрийският въззивен съд, като германския, дава някаква ориентация на потенциалния касатор, уверява го, дава му определена сигурност за наличието на специфичните за касация и независещи от него процесуални предпоставки. На жалбоподателя остава само да обмисли касационните основания по същество. Това е коренно различен подход от българския, където касационният жалбоподател има право само на един шанс в „лотарията“ по чл. 280, ал. 1 ГПК, и то без каквото и да било съвет и предварителна констатация на въззивния съд дали тези предпоставки са налице. За сравнение — българският законопроект на ГПК-2007 в споменатата т. 7.3. предлагаше въззивният съд да може да препоръчва разглеждането на касационната жалба, без това да задължава касационния съд — предложение, което не беше законодателно прието. Предимството на австрийския и германския подход е, че той позволява една предварителна конкретизация от въззивния съд на общата норма за касационна допустимост във всеки конкретен казус, а тя не се решава само чрез тълкувателни абстракции на върховния съд. Това е една подадена ръка в тъмнината, от която българският касационен жалбоподател засега е лишен. Възможно е българското разрешение да е мотивирано от притеснението, че въззивните съдилища нямат никакъв опит в такова касационно допускане и едва ли бързо ще се справят с трудностите, които самият ВКС в момента изпитва. Няма обаче пречка с развитието и стабилизирането на практиката по чл. 280, ал. 1 ГПК това разрешение да бъде презгледано и да се отиде към касационно допускане чрез въззивното решение. Това

би спестило много излишни усилия, време и разноски за недопустими жалби и би окуражило допустимите и необходимите за целите на закона касационни жалби. И още нещо — служебното произнасяне на въззивния съд в решението си за допустимостта на касационната жалба спестява на евентуалния касационен/ревизионен жалбоподател необходимостта сам да мотивира основанията за допустимост. Докато при нас от него се очаква титаничен интелектуален капацитет, за да мотивира и докаже противоречива практика или развитие на правото с оглед допускане на жалбата. Обяснението е, че в Германия и в по-малка степен — в Австрия, се преценява касационната тежест на целия казус, а не само на поставените в жалбата въпроси.

Същественото отличие между австрийското и германското допускане на ревизия е, че *австрийският* върховен/ревизионен съд *не е обвързан* от въззивното допускане на ревизия. Той може свободно да го отмени, ако намери, че предпоставките за допускане не са налице — § 508а на австрийския процесуален закон. Докато *германският* ревизионен съд *е обвързан* от въззивното допускане на ревизия според цитираните по-горе § 543, ал. 2 и коректива на § 552а от германския процесуален закон.

Очевидно българското разрешение е твърде далеч от германското и по-близо до австрийското, но от страната на ненужната крайност. При нас само и единствено касационният съд се произнася по допустимостта на касацията по чл. 280 ГПК без предхождащо произнасяне на въззивен съд.

Прекратяването на производството и връщането на искова молба поради дефицит на процесуални предпоставки не изключва следващо нейно предявяване без тези недостатъци. Когато ВКС откаже с определение по чл. 288 ГПК допускане на касация поради липса на твърдяна предпоставка по чл. 280, ал. 1 ГПК, може ли същата жалба да се предяви отново с твърдение за друга предпоставка от същата норма? И в двата случая няма произнасяне по същество със сила на пресъдено нещо, което да прегражда следващо предявяване, а само произнасяне по предпоставките. Въпросът е само теоретичен, защото в едномесечния срок за обжалване по чл. 283 е изключено допустимостта на жалбата да бъде решена от ВКС, а и ответникът има друг едномесечен срок за отговор. Това ще рече, че за нова жалба на същия касатор няма време, защото ще е изтекъл еднократният едномесечен срок. Обаче за целите на изследването нека фантазираме следната невероятна хипотеза — на първия ден от срока — жалба, на втория ден — отговор, на първата седмица — отрицателно определение на ВКС. Остават още две седмици или десет дни — през тях мислима ли е жалба с други основания за допустимост по чл. 280? Отговорът зависи от това дали ВКС е обвързан от изрично посоченото основание за допустимост на жалбата, или с отрицателното си определение преклудира всички основания по чл. 280, ал. 1 ГПК, независимо дали са изрично посочени. Или още по-просто: има ли ВКС служебното задължение да изследва всички хипотези на чл. 280, ал. 1, без значение дали са конкретно инвокирани? Примерно твърди се значение за точното прилагане на закона, а се оказва противоречива въззивна практика или шанс за развитие на правото. Тези хипотези не са взаимно изключващи се, тъй като отстраняването на проти-

воречива практика е винаги от значение за точното прилагане на закона, но така или иначе ГПК ги разграничава и изрежда като алтернативи. Според мен отговорът е отрицателен — ВКС няма задължение в рамките на чл. 280, ал. 1 ГПК да се произнесе по непретендирана предпоставка. Аргументът е чл. 290, ал. 2 ГПК — шом при произнасянето по същество на жалбата ВКС е обвързан само от посочените в нея основания, няма как подходът да е различен спрямо претендираните предпоставки за допустимост на същата жалба. Освен това, що се отнася до противоречие с касационна практика или до противоречива въззивна практика — за такива противоречия ВКС изисква от касатора документираното им индивидуализиране, т.е. те не могат да са инцидентно споменати и обсъждани между другото. Обаче „точното прилагане на закона“ и „развитието на правото“ допускат абстрактни и стандартни формулировки, които могат да формират изкушение за повсеместното им шаблонно включване в касационни жалби, за да се гарантира сезиране на съда с тези алтернативни предпоставки.

Формулирането на въпроса по ал. 1 на чл. 280 спрямо трите алтернативи е задължение на касатора според редица състави на ВКС и те се считат обвързани с него като с касационно основание по същество — опр. № 688/06.07.2009 г., IV г. о.; „Поставени въпроси в този аспект липсват, а извличането им от текста на жалбата е недопустимо предвид принципа на диспозитивност“; опр. № 822/13.07.2009 г., III г. о.; опр. № 867/15.07.2009, III г. о.; опр. № 914/24.08.2009 г., I г. о.. Има и два положителни примера в обратния смисъл, където съставите на ВКС чрез тълкуване на жалбата стигат до релевантен за чл. 280 ГПК въпрос — опр. № 806/10.07.2009, III г. о., и до известна степен опр. № 34/23.01.2009 г., II т. о. Според мен аналитичната активност на съда да изведе от жалбата релевантен за чл. 280 ГПК въпрос е за предпочитане пред пасивност, дължаща се само на редакционни несъвършенства на жалбата.

X. ОБЕМ И ГРАНИЦИ НА ПРЕДПОСТАВКИТЕ ЗА ДОСТЪП ДО КАСАЦИЯ

Тук следва да бъде обобщена текущата дискусия за обема и границите на трите алтернативни предпоставки по ал. 1 на чл. 280.

Противоречивите въззивни решения по т. 2 са релевантни само при липса на практика на ВКС. Защото въззивно решение, противоречащо на съществуваща практика на ВКС, влиза в касация на основание т. 1. Ако пък самата практика на ВКС е погрешна или противоречива, нейното коригиране ще е по т. 3 — „от значение за точното прилагане на закона и за развитие на правото“. По тези съображения, според вече цитираното становище на Благовест Пунев, т. 2 е излишна като смислова тавтология.

Самата концепция за противоречие с практиката на ВКС по т. 1 или противоречиви въззивни решения по т. 2 поставя въпроса за смисъла на понятието „съдебна практика“ в този аспект. Безсмислено е да се обосновава противоречие на дадено решение с монолитна и вътрешнопротиворечива практика както на ВКС, така и в

рамките на отделните въззивни съдилища. Най-правилен изглежда изводът, че под „практика на ВКС“ се разбира само формално задължителната практика — постановления и тълкувателни решения. Аргумент в тази насока е чл. 292, предписващ процедура по издаване на тълкувателно решение, ако касационният състав констатира противоречива практика — с ясния замисъл, че този касационен състав не може да играе ролята на арбитър по отношение на други равнопоставени състави на ВКС. Разбира се, винаги има риск тълкувателно решение да не се приеме поради невъзможност да се формира необходимото мнозинство. Що се отнася до противоречивата въззивна практика, тя трябва да се съдържа в поне няколко на брой влезли в сила решения¹. Че тези противоречиви решения трябва да са влезли в сила, се разбира от само себе си, защото обратното би означавало група висящи дела с постановени въззивни решения в срок за обжалване да бъдат изети от ВКС под претекст за противоречива въззивна практика. Те може още да не са касационно обжалвани и биха били само оценъчни сравнителни инструменти на ВКС за допускане на другата висяща касационна жалба. Ако тя бъде допусната по чл. 280, в произнасянето по същество ще се наложат съпоставки и изявления на съда кои от тази група решения са правилни и кои — не, по схемата на чл. 291 ГПК. Ако тези решения не са влезли в сила, подобно, макар и инцидентно становище на съда представлява произнасяне по спор, с който ВКС не е надлежно сезиран чрез конкретна отнасяща се до него жалба. Ето защо намирам за убедително становището на Силви Чернев за противоречивост само на влезли в сила въззивни решения. Макар че намирам за твърде интересни и достойни за уважение мотивите на обратното становище, застъпено в опр. № 697/16.07.2009 г., I г. о., ВКС — че невлезли в сила въззивни решения не са пречка за установяване на противоречива практика. Според този състав на ВКС „граматическото тълкуване на текста и конкретно употребата на „решаван“ сочи на незавършен процес (за разлика от „решен“ в т. 1.), т.е. текстът въвежда като основание за допускане правният въпрос, формулиран от касатора, да е решаван противоречиво от съдилищата, а не да е вече разрешен с влезли в сила решения“. И допълва, че уеднаквяването на съдебната практика не може да зависи от формалното завършване на спор, който очевидно е тръгнал в грешна посока чрез вече постановеното, но още невлязло в сила инстанционно решение. Интересно е становището на друг състав на ВКС, допуснал касация на въззивно решение поради противоречието му с две влезли в сила решения на *районен* съд — опр. № 35/22.01.2009 г., IV г. о. То косвено се подкрепя от мотивите на опр. № 3/06.01.2009 г., I г. о., което третира противоречие в практиката на съдилищата, произнесли се с необжалваеми (влезли в сила) съдебни актове — каквито са и необжалваните влезли в сила решения на *районен* съд.

Интересно е да осъзнаем, че когато ВКС се произнася по чл. 291 ГПК относно противоречивите въззивни решения, той е напълно безпомощен спрямо неправилните. Съдът може само да каже коя е правилната практика или да я създаде, като реши конкретната висяща пред него касационна жалба, и така да сътвори задължителен в

¹ Вж. Чернев, С. — Във: Сборник в памет на проф. Живко Сталев. Цит. съч., 39—47.

бъдеще образец. Той обаче не може да докосне констатираните от него неправилни решения в тази преценявана група не само защото не е надлежно сезиран с тези спорове и техните страни ги няма. Понеже този сравнителен материал съставлява влезли в сила решения, при тях нито може да се мисли за жалба, нито за извънредна отмяна, тъй като липсва връзка между основанията на чл. 303 ГПК и хипотезите на чл. 291, а и всякакви срокове може да са изтекли и да липсва интерес у засегнатите страни. Тези окончателно заровени и неправилно решени спорове се оказват казуситрупове, на които ще се прави сравнителна аутопсия в час по касационна анатомия, за да бъде излекуван друг жив казус и да бъдат спасени бъдещи подобни.

Любопитно е да напомня, че цялата полемика за противоречива съдебна практика като основание за достъп до касация тръгва от едно съществено редакционно отклонение на българския чл. 280 от горесцитираните австрийски и германски първообрази. Нито § 502, ал. 1 на австрийския, нито § 543, ал. 2 на германския процесуален закон използват термина „противоречие“ или негови производни. Българският чл. 280 използва този термин двукратно, като определящ признак на т. 1 и т. 2. Вместо това австрийският законодател използва формулировката „от съществено значение за запазване единството на правото, за правната сигурност или за развитието на правото“ и само като пример-илюстрация посочва отклонението на апелативния съд от практиката на върховния, или ако такава практика липсва, или не е единна. Причината за тази австрийска предпазливост е, че във философски план понятието „противоречие“ може да създаде повече проблеми, отколкото да разреши. Например дали се касае за пълно или частично противоречие, предполага ли то идентичност на фактите, дали всяко различаващо се решение е в член сблъсък с останалите, дали се има предвид разнопосочност (дивергенция) на практиката в смисъла на две решения на Германския федерален съд, NJW № 3029/2002 и NJW № 1719/2006¹. Ето защо са предпочетени поглъщащите термини като „единство на правото“ и „правна сигурност“, в които се побират евентуалните противоречия, несъвместимости и разнопосочности. Германският § 503 предпочита „осигуряване на единно правосъдие“.

За разлика от тях, но заимстван от тях, българският чл. 280 е пропуснал „правна сигурност“ и „единно правосъдие“, а е прибавил „противоречие/противоречиво“ като реминисценция от класовата борба. Някой трябва да обясни мотивите за тези „подобрения“ в българския текст — те не са без творец. Това едва ли е станало по внушение на австрийските консултанți за концепцията на кодекса. Подобно е положението и с отмененото от Конституционния съд прилагателно „съществен“ (въпрос) в ал. 1 на чл. 280. Такова нещо няма нито в австрийската, нито в германската норма. Как се е появило в нашата? Посочените чужди норми си служат със „съществено/принципно“ само спрямо значението, което би имала касационната интервенция, но без вътрешна дискриминация на въпросите, обуславящи допускането. И това е съвсем просто за разбиране: невинаги съществен въпрос причинява същест-

¹ Цитирани по Thomas, Putzo, Reichold, Husstege. Op. cit., 723—724.

вен отговор, а предполагаемият ефект на отговора (не на въпроса) обуславя допускането. Конструкцията си има свое равновесие и не търпи асиметрия, поради което Конституционният съд обосновава премахна прилагателното „съществен“. Ако отговорът на въпроса е от значение за точното прилагане на закона и за развитие на правото, няма защо да се търси допълнителна „същественост“ на въпроса. Следователно критериите на т. 3 правят прилагателното „съществен“ напълно излишно. Равносметката „противоречие — противоречиво — съществен“ в чл. 280 говори, че някой е оригиналничил върху австрийския първообраз. Следва да се помисли дали при рецепция на норми не трябва по аналогия да се прилагат правилата за лицензиране на марки — рецепираният закон да не отстъпва по качество на чуждестранния си образец.

Буди тревога информацията¹, че касатори, позоваващи се на противоречива практика, са задължавани от ВКС да търсят, намират и прилагат пълни заверени копия от съответните противоречиви решения в едномесечния срок на обжалване или в едноседмичния срок по чл. 285, ал. 1 за отстраняване недостатъци на жалбата. Такова задължение възлагат на касаторите опр. № 30/21.10.2008 г., III г. о.; опр. № 687/6.07.2009 г., IV г. о.; опр. № 688/15.07.2009 г., IV г. о., и др. Ако това са електронно достъпни решения на ВКС, няма ли този съд достъп до собствената си база данни? Ако става въпрос за апелативни решения от двата края на България, достатъчно би било позоваване на апелативните интернет сайтове. Ако касационната и апелативната практика все още не е лесно и изцяло публично достъпна в интернет, последиците от това неизпълнение на закона и указанията на Конституционния съд в решение № 4/2009 г. следва да се носят от съответните длъжностни лица в съдебната система, а не да се възлагат примитивни задължения на гражданите, в чието име те правораздават. Релевиране на съдебна практика при липсваща нейна интернет публикация превръща касационното обжалване в ефимерна, т.е. в нереална възможност, по думите на същото решение на Конституционния съд. От постановяването му измина достатъчно време (юни 2009 г.) за организационни мерки по преодоляване на този примитивизъм, изразяващ се и в софтуерна несъвместимост на различните използвани програми. Ще е допустимо ли удължаване на срока за обжалване или за корекция на жалба на основание продължителен срив в такава компютърна система, или и за този факт ще се искат удостоверения, издадени от виновния? Който е поръчал във върховния процесуалния храм да свири орган, следва да го осигури физически и функционално. Положителен, но изолиран пример съставляват опр. № 1136/19.08.2009 г., IV г. о.: „На състава на ВКС е служебно известно, че двата обсъждани въпроса са противоречиво решавани от съдилищата в страната, което е основание за допускане на касационно обжалване“; и опр. № 726/17.07.2009, I г. о.: „На съда е служебно известно, че... са постановени решения, включително от състава на ВКС, в които се застъпват противоречиви становища...“.

¹ Чернев, С. — Във: Сборник в памет на проф. Живко Сталев. Цит. съч., с. 55.

XI. „ОТ ЗНАЧЕНИЕ ЗА ТОЧНОТО ПРИЛАГАНЕ НА ЗАКОНА, КАКТО И ЗА РАЗВИТИЕ НА ПРАВОТО“

Завършвайки прегледа на т. 1 и 2 на чл. 280 ГПК, стигаме до неговия най-интересен пласт — т. 3: конкретният касационен въпрос да е „от значение за точното прилагане на закона, както и за развитие на правото“. Тук илюзията за плитка вода е коварна заблуда. Обърнете внимание на фините редакционни разлики по тази хипотеза между австрийския, германския и българския процесуален закон.

1. Австрийският закон релевира не всяко значение, а само „същественото“. Българският не го градира — всяко значение (малко, средно, голямо) е юридически факт. При нас „съществен“ беше само въпросът, но Конституционният съд премахна това прилагателно.

2. В германския закон не частичният касационен въпрос въобще, а спорът като цяло следва да има принципно значение. Това позволява на германския Върховен съд да не се ограничава от тежестта на сезиращия въпрос в касационната жалба, а да допуска касация/ревизия с оглед принципността на целия спор, дори поставеният в жалбата въпрос да не е най-важният възможен.

3. Докато австрийският закон употребява „значение... за развитие на правото“, германският предпочита термина „усъвършенстване на правото“ вместо неговото „развитие“, и това усъвършенстване е пряка самостоятелна предпоставка, без усложнената формула „значение за усъвършенстване“. Две определения на българския ВКС използват също термина „усъвършенстване на правоприлагането“, който почти напълно се покрива с германския термин и говори за сходни тълкувателни рефлексии — опр. № 394/6.10.2008, II г. о., и опр. № 5/13.01.2009, III г. о.

4. При нас „значението за точното прилагане на закона, както и за развитие на правото“ са в едно изречение като свързани, допълващи се елементи на една обща и комплексна предпоставка („както и“). Така Силви Чернев счита, че значението за точното прилагане на закона в бъдеще е значение и за развитие на правото¹. Подобно е разбирането и на Благовест Пунев: „В създаване на единна и правилна практика се изразява развитие на правото“². Любен Корнезов директно нарича т. 3 на чл. 280 „субективна абстракция“ и твърди, че на страните по конкретен спор не може да се възлага мисията на научен институт — да развият правото. И категорично заключава, че чл. 280 ГПК просто следва да се отмени³.

Австрийците са ги редактирали като разграничени, самостоятелни, алтернативни елементи: „съществено значение за ... правната сигурност ИЛИ за развитие на правото“.

¹ Пак там, с. 48.

² Пунев, Б. Съответствие с Конституцията на процесуалните разпоредби, уреждащи допускането на касационно обжалване. — Собственост и право, 2009, № 8, с. 1.

³ Корнезов, Л. Гражданско съдопроизводство. Т. I. Исков процес. С.: Софи-Р, 2009, 823—826.

Същият е подходът и на германците: „усъвършенстване на правото ИЛИ осигуряване на единно правосъдие“.

5. Забележете, че никой от чуждестранните образци не използва термина „точно прилагане на закона“, а вместо него прибегват до „правна сигурност“ или до нейния смислов еквивалент „осигуряване на единно правосъдие“. Тези нюанси не са случайни, защото правната сигурност и единното правосъдие включват не само точното, но и *коригиращото* тълкуване и прилагане на закона от съда, стига то да е еднакво за всички. Във вече цитирания пасаж Благовест Пунев говори за преодоляване на нормативни дефекти чрез съдебно тълкуване и правоприлагане¹.

С известно неудобство съм длъжен да посоча миграцията на словесен шаблон в редица определения на ВКС досежно дефиниране „точно прилагане на закона“ в чл. 280, ал. 1, т. 3, който гласи: „Под „точно прилагане на закона“ най-общо се разбира еднообразното тълкуване на закона или това основание е насочено към отстраняване на непоследователна и противоречива съдебна практика или към преодоляване на постоянна, но неправилна практика“. Този шаблон на copy & paste го открихме в осем определения на ВКС (а съм прегледал малка част), което означава, че авторите им са предпочели инерционно заимстван цитат вместо усилие да го развият — опр. № 30/21.10.2008 г., III г. о.; опр. № 5/13.01.2009 г., III г. о.; опр. № 743/3.07.2009, III г. о.; опр. № 759/6.07.2009 г., III г. о.; опр. № 768/7.07.2009 г., III г. о.; опр. № 868/15.07.2009 г., III г. о.; опр. № 870/23.07.2009 г., IV г. о.; опр. № 966/24.07.2009 г., III г. о.

6. При сравняване на логическата концепция на българския, австрийския и германския текст се натъкваме на друга интересна подробност. Докато австрийският и българският се задоволяват касационният въпрос да е от значение за развитие на правото, германската норма има друг редакционен подход: „усъвършенстването на правото изисква ревизионно решение“.

Формулата „от значение за...“ е удобно неопределена, защото тя не твърди автоматична каузална (причинно-следствена) връзка между касационното решение и развитието на правото. Тя не обещава непременно такъв резултат като пряка последица от конкретното касационно решение, а само предполага, загатва някакъв качествено и количествено неопределен негов принос към такова развитие. Никой не знае и не твърди колко и какви касационни решения биха предизвикали качествен скок в правното развитие. Така няма мащаб за измерване на обещания при допускането резултат от конкретното касационно решение. Така не е и възможна критика чрез равностойка, че при годишно 100 касационни решения за развитие на правото последното си остава недостатъчно развито.

Германската формула, че „усъвършенстването на правото изисква ревизионно решение“, и особено глаголът „изисква“ предполагат пряка и осезаема връзка между решението и усъвършенстването. Защото ако не се получи усъвършенстване на пра-

¹ Иванова, Р., Б. Пунев, С. Чернев. Коментар на новия ГПК. С.: ИК „Труд и право“, 2009, с. 439.

вото чрез ревизионното решение, ще се окаже, че самата ревизия/касация не е била нужна. Усъвършенстването е по-скромен по обем термин от развитието и следователно е по-лесно измерим, макар те да не са коренно различни и, разбира се, не са понятия от точна наука. „Усъвършенстването на правото изисква решение на ревизионния съд само тогава, когато конкретният казус дава повод за установяване на водещи правила за тълкуването на определения от материалното или процесуалното право или за попълване на празноти в закона“ — по мнението на Райхолд, който се позовава на решение на германския Върховен съд BGH NJW 3029/2002¹.

Оказва се, че крайно предпазливият подход и фините настройки на австрийската и германската редакция не са случайни с оглед запазване крехкото равновесие на цялата деликатна конструкция. Като че ли германският е по-стегнат и удачен, с по-ясни и разпознаваеми от жалбоподателя критерии, по думите на германския Конституционен съд. От текста на българския чл. 280 ГПК по нищо не личи, че при изработването му е проучвана и съобразявана съответната германска норма, наред с австрийската. Да не говорим за по-широк хоризонт.

Когато някой е решил трансплантация на австрийската формула „от значение за... развитието на правото“, е следвало да съобрази, че тази редакция си има свой национален философски корен, какъвто в България липсва: гореспоменатата теория на „бащата“ на австрийската конституция Ханс Келзен за съдията нормотворец, който с решението си създава индивидуализираната правна норма за конкретния казус въз основа на общата законодателна. Точно в този контекст съдебното решение развива, досъздава правната норма в пълния ѝ обхват спрямо конкретния казус. Иначе логичното от наша гледна точка би било съдебното решение да доразвива правоприлагането. А тук става въпрос не само за дедукция на абстракцията „правна норма“ към конкретни факти, но и за въздействие в обратна посока — от конкретизираното съдържание към подобряване/развиване на самата абстракция — правна норма. Право и правоприлагане въобще не са синоними, макар да са свързани и взаимно обусловени. Докато няколко определения на III г. о. (№ 788, № 863, № 955, № 977 — всички от 2009 г.) непонятно ги равнопоставят: „Въпросът е от значение за развитие на правото, доколкото съдебна практика по този въпрос липсва или не е достатъчна и следва да бъде развита“? Правоприлагането се развива чрез подобро тълкуване и субсумиране на факти под нормата, докато правната норма се развива чрез усъвършенстване на самата нея. Ако твърдим, че правоприлагането развива/усъвършенства норма, всъщност казваме, че съдебният акт е станал част от нормата — т.е. пак в квадрат първи при Келзен.

Още от редакцията на чл. 280, ал. 1, т. 3 тръгва сравнението на „точно прилагане на закона“ с „развитие на правото“, които са рязко разграничени хипотези в австрийския оригинал. В българския текст звучат като че ли едноно е предпоставка на другото и са почти „необходими другари“. Например опр. № 344/31.10.2008 г., II т. о., ВКС, открито твърди: „Точното прилагане на закона... е един от аспектите

¹ Thomas, Putzo, Reichhold, Husstege. Op. cit., s. 723.

на развитието на правото“. Как законът се развива, без да се променя? Или опр. № 47/28.01.2009 г., II т. о., ВКС: „Точното прилагане на закона е във връзка с развитието на правото“ — скачени съдове? Тъй като понятията не са дефинирани с ясни обемни граници, те се смесват, преливат едно в друго и губят собствената си физиономия на самостоятелни инструменти, като се превръщат в почти религиозни заклания. Според мен това е спешен случай за тълкувателното внимание на ОСГК.

От друга страна, напълно съм съгласен с редица определения на ВКС, в които развитието на правото се обуславя от непълнота на закона — защото касационното решение ще досъздава липсваща норма и това няма как да не развива правото като съвкупност от норми. Просто и ясно е казано в опр. № 49/28.10.2008 г., II г. о., ВКС: „Липсва легална дефиниция на понятието, поради което разглеждането на конкретния правен спор ще бъде от значение за развитие на правото“. Но не и отстраняване на неясноти и противоречия, а още по-малко — заместване на едно тълкуване с друго, защото те се вменят в „точното прилагане на закона“. В този смисъл са опр. № 344/31.10.2008 г. II т. о., ВКС; опр. № 39/26.01.2009 г., II т. о., ВКС; опр. № 1053/10.08.2009 г., III г. о., ВКС; опр. № 1061/11.08.2009 г., III г. о., ВКС. Как досега са отстранявани неясноти и противоречия в норми и се е сменяло тълкуването на закони чрез касационни решения извън изискването за развитие на правото? А може ли състав на касационния съд да развива правото, щом няма право на нормативно тълкуване?

И накрая: не може да се очаква от всеки автор на касационна жалба и от неговия адвокат да стигнат до пределите на правното познание и оттам да предлагат стъпка в отвъдното като крачка към развитие на правото. Такова предположение е психически уязвимо — подобни способности дори не са по силите на всеки върховен съдия — затова се произнасят трима, с пълен достъп до всякаква практика, срещу един адвокат на касатора без подобен професионален комфорт. Австрийският и германският закон не поставят такова изискване към съдържанието или приложението на касационната жалба, решавайки проблема чрез служебното въззивно произнасяне по касационната допустимост.

XII. АБСОЛЮТНИ ОСНОВАНИЯ И ПРЕСКАЧАЩА РЕВИЗИЯ

Наред със селективните, германският процесуален закон, § 547, съдържа и *абсолютни основания за ревизия*, каквито няма за касация в нашия кодекс. Абсолютни са, защото не подлежат на селекция, а водят до автоматично произнасяне по същество. Обединяващата им черта е, че за всички тях ZPO-D фиксира необоримо предположение за причинно-следствена връзка (каузалитет) между наличието на такъв тежък порок и незаконосъобразността на решението. Това от своя страна е сигурен мост към германската предпоставка *осигуряването на единно правосъдие изисква решение на ревизионния съд*, защото става въпрос за сърцевинни пороци на правосъдието, които надхвърлят относителната тежест на всякакъв казус и компрометират

организацията на правораздаване. Тези абсолютни основания за ревизия в § 547 ZPO-D са:

1. Решаващият по същество съд не е образуван съобразно правилата.

Тук става въпрос за липса на способност/пригодност за упражняване на конкретната правосъдна дейност. Освен общите правила за компетентен състав (решава един вместо състав от трима), тук влизат неправилното разпределение на делата, глухота, слепота при оглед, кратко отсъствие на член на състава от залата или заспиване — според решения на германския Върховен или Административен съд: BGH NJW 01/1357, BGH NJW 59/685, BAG NJW 58/924, BVerw. G NJW 66/467 — цитирани от Райхолд¹. Вниманието изисква квалификацията „решаващият по същество съд“.

2. При решаването е участвал съдия, който по силата на закона е бил изключен от упражняване на съдебни функции, доколкото позоваващ се на това основание отвод вече не е окончателно отхвърлен.

3. При решаването е участвал съдия, комуто поради съмнения за пристрастност е направен отвод и молбата за отвод е намерена за основателна.

4. Когато в процеса е участвала страна, която не е представлявана съобразно закона, доколкото изрично или мълчаливо тя не е одобрила хода на производството.

5. Когато решението е издадено на основание устно заседание, при което правилата за публичност на процеса са нарушени.

6. Когато решението няма мотиви в противоречие с разпоредбите на този закон.

Горното не бива да се смесва със специалната хипотеза на „прескачащата ревизия“, т.нар. Sprungrevision по § 566 на ZPO-D, когато окончателно първоинстанционно решение, без да е подложено на въззивно обжалване, прескача въззивната инстанция и отива директно пред Върховния ревизионен съд. Това става при две условия: първо — противната страна да се съгласи с прескачането на въззивната инстанция и второ — ревизионният съд да допусне такава „прескачаща ревизия“. Особено е, че молбата за допускане на прескачаща ревизия, както и съгласието на противната страна имат ефекта на отказ от въззивно обжалване.

В Англия действа подобен механизъм, наречен *leapfrog* — „жабешки скок“, за прескачане на редовния апелативен съд — от първоинстанционен директно към Висшия апелативен съд, когато първоинстанционното решение повдига важен принципен въпрос. Няма обаче прескачане направо към Апелативния комитет на Камарата на лордовете².

И един друг болезнен паралел. Касационните производства по Административнопроцесуалния и Наказателно-процесуалния кодекс представляват редовни инстанции, които дължат решение на всяка редовно подадена до тях касационна жалба, без каквато и да било дискреция. Те нямат еквивалент на чл. 280 ГПК. Как тези два клона на правото — административно и наказателно — преживяват, без да се

¹ Thomas, Putzo, Reichold, Husstege. Op. cit., S. 732.

² Zuckerman, A. Op. cit., p. 727.

развиват чрез подобрани касационни решения, как там преодоляват противоречивата практика, без да отказват правосъдие по елементарни дела? В опр. № 26/26.01.2009, II т. о., ВКС, изрично е посочено, че чл. 280 ГПК е неприложим към решения, постановени от Върховния административен съд или от Комисията за защита на конкуренцията, а опр. № 36/23.01.2009, II т. о., ВКС, допълва, че от приложното поле на чл. 280 ГПК са изключени и арбитражните решения. Вероятно защото ВКС няма директни правомощия да уеднаквява тяхна практика.

XIII. ПРАВНА СИЛА НА МОТИВИТЕ ПРИ СРАВНЯВАНЕ НА РЕШЕНИЯ

Състоянието на противоречие между въззивно решение и касационна практика или други въззивни решения е разположено върху един вулкан на процесуалната теория. За да се констатира такова противоречие, се налага подробна съпоставка на съответните решения. Сравнението на такива съдебни актове е сравнение между техните мотиви, защото там са установените факти, изводи, квалификации, становища по искания, доводи, възражения и т.н. Това не са противоречия само между диспозитиви, защото последните съставляват крайното заключение, но не и доказателственият и аналитичен път към него, а именно този механизъм на съдебни разсъждения дава диагнозата, показва къде е грешката или правилният подход и позволява трансплантация на положителното и избягване на отрицателното в бъдещите решения. Касационните решения (тълкувателни или на редовни състави) се опитват да въздействат на правото и практиката чрез начина на субсумиране на факти под определени правни норми, чрез разсъждения-модел за дешифриране на законови абстракции. Те няма как директно да препоръчват диспозитиви, а само принципно „да“ или „не“ и как то да се обоснове при типово идентични определящи факти. И понеже сравнимите решения трябва да са влезли в сила, за да са стабилни величини, възниква логичният въпрос: влезли ли са в сила техните мотиви? Защото предмет на сравнение са и мотивите като предпоставка/условие на резултата/диспозитив. Между мотивите и диспозитива на съдебното решение има желязна причинно-следствена връзка, един непробиваем каузалитет, защото диспозитивът не би бил този, ако мотивите не са такива. Точно поради това мишена на касационната интервенция е причината/мотивите, за да се предизвика промяна в следствието/диспозитив по същия тип бъдещи решения. Немският термин за съдебен мотив *der Grund* е с основно значение „причина“, както и английският *reason*. Ако мотивите на няколко решения са аморфно и нестабилно нищо, как те биха били сравними величини? Ако стабилността на мотивите няма значение, защо да не се съпоставят касационно и невлезли в сила решения (диспозитиви) — щом така или иначе при влязъл или невлязъл в сила диспозитив мотивите никога не получават сила на пресъдено нещо (СПН)?

Днешната българска доктрина стои твърдо на становището, че мотивите на съдебното решение не се ползват със СПН. Живко Сталев го заявява още в учебника

си от 1966 г.¹, както и в докторската си монография „Сила на пресъдено нещо в гражданския процес“ седем години по-рано². Основният аргумент е, че по преюдициални правоотношения се предявява инцидентен установителен иск и диспозитивът по него има СПН, следователно щом не е предявен такъв инцидентен иск, няма СПН за мотивите. Сталев също така посочва, че противоречието само между мотивите на две решения по чл. 231 ГПК-1952 не е основание за тяхната отмяна според р. № 13/1952 ОСГО. Същото принципно становище застъпва и сега действащото ТР № 1/2001 на ВКС в т. 18, макар с известно многословие. Но още тогава Живко Сталев признава, че мотивите на решението могат да бъдат инструментът за конкретизиране на предмета на решението³.

Това обаче не е единствената позиция на българската юриспруденция през последните 50 години. В горепосочената страница на учебника от 1966 г. Живко Сталев посочва, че „господстващото мнение в нашата съдебна практика и практиката на държавния арбитраж приема, че със СПН се ползват т.нар. решаващи, съществени, главни мотиви, съдържащи констатации относно правнорелевантните факти и преюдициални правоотношения“ — с посочване на множество такива решения на Върховния съд и Върховния държавен арбитраж, на първо място р. № 50/1953 г. на ВС, ОСГО, но също така р. № 1145/29.05.1956 г., ВС, IV г. о.: „В сила влизат не само диспозитивът на решението, но и главните му мотиви, които са обусловили постановяването му“, и р. № 2135/1969 на ВС, I г. о.: „В сила влизат само решаващите (главни) мотиви, на които е основано решението на съда“. Един от аргументите на тезата за СПН на решаващите мотиви бе чл. 221, ал. 1 ГПК-1952, сега чл. 298, ал. 1 ГПК: „Решението влиза в сила само между същите страни, за същото искане и на същото основание“.

Логиката е следната: ако основание на иска са твърдените факти, основание на решението са установените правопораждащи факти, а тези установени факти се съдържат в мотивите, значи и тази част на мотивите влиза в сила. Неслучайно Живко Сталев отбелязва, че при искове за установяване на факти въпрос за идентитет на основанието не се поставя, защото фактите нямат основание — те сами са си такова⁴. И друг интересен аргумент: ако оспорване на изпълнението чрез иск от длъжника е допустимо само по факти, настъпили СЛЕД приключване на съдебното дирене (сегашен чл. 439, ал. 1), това означава, че решението, по което е издаден изпълнителният лист, е преклудирало фактите ДО приключване на съдебното дирене. Иначе казано, имаме преклудирани факти, които не може да бъдат инвокирани втори път, тези факти са в мотивите, но последните нямат СПН. Как тогава фактите са преклудирани? Точно по тази причина Любен Корнезов съвсем основателно напомня, че в бъдеще съдебните решения ще трябва да имат заверка не само за датата

¹ Сталев, Ж. БГПП, С., 1966, с. 281.

² Сталев, Ж. Сила на пресъдено нещо в гражданския процес. С.: Наука и изкуство, 1959, с. 173.

³ Пак там.

⁴ Пак там, с. 217.

на окончателното решение, но и за датата и часа на приключване на съдебното дирене, без обаче да свързва този въпрос със СПН на мотивите. Той също твърди, че мотивите не се ползват със СПН, но подчертава, че има обратно становище и че този въпрос е спорен в теорията и съдебната практика и търпи развитие¹.

Без да се намесвам във вековния спор за законната сила на съдебните мотиви — въпрос, който проф. Борис Яновски наричаше „тайнственият сфинкс на процеса“, за мен е любопитно как тази концепция се е утвърдила в българската съдебна практика през почти целия комунистически период. В края на краищата това е германска теория от първата половина на XIX век. Едно от обясненията е, че СПН на мотивите улеснява точността при сравняване на два спорни предмета, иска или решения, тъй като ги включва в сравнителния материал при отвод за СПН или висящ процес. Друга вероятна причина е, че съветската доктрина по този въпрос е позволявала подобно разширено тълкуване. Например в „Советский гражданский процесс“ от 1985 г. на с. 277 изрично се казва: „Объективные пределы законной силы решения распространяются только на правоотношения и юридические факты, установленные судом в решении“ — няма уговорка кои точно и къде точно, значи всички факти и правоотношения, които естествено не може да са само в диспозитива².

Доктрината за СПН на мотивите на съдебното решение е създадена от великия немски юрист Фридрих Карл фон Савини и е изложена в том VI на осемтомния сборник негови лекции пред студенти на Берлинския университет между 1823 и 1838 година „Система на съвременното римско право“³. За българския читател, комуто това заглавие звучи странно, мога да припомня, че в Германия от Ранното средновековие до обединението ѝ през 1871 г. винаги е имало в различна степен директно субсидиарно приложение на различни аспекти и тълкувания на римското право при липса на актуален нормативен акт на съответните институции по същия въпрос.

Определението на Савини за СПН е гениално кратко и просто: „Фикция за истина, създадена от съд“⁴. Той подчертава, че институтът на СПН е исторически формиран като баланс и избор между две злини: безкраен спор или бързо, окончателно, но грешно разрешен спор. СПН е средство за предотвратяване на първото, а инстанционността — на второто. Савини припомня, че в най-старото римско право непререшимостта на спора се постигала чрез консумация на иска, когато е достигал *litis contestatio*. След нея той се считал за консумиран, „изяден“ от конкретния процес и нямало как да бъде предявен повторно. Инвокирането на обстоятелството, че искът е консумиран, постепенно започнало да става чрез възбращение *exceptio rei judicatae*, изразяващо се във формулата „веднъж решен иск не може да бъде втори

¹ Корнезов, Л. Цит. съч., с. 881, 895.

² Шакарян, М. С., А. Т. Боннер и др. Советский гражданский процесс. Москва: Юридическая литература, 1985, с. 277.

³ System des heutigen Römischen Rechts, Bei Veit und Comp. Berlin, 1847, Band VI, § 280—293.

⁴ Savigny, F. Op. cit. S. 261.

път предявен“. Римляните рано осъзнали, че всяко съдебно решение трябва да действа в неограниченото бъдеще и че на веднъж произнесено решение никакво следващо не може да противоречи. Когато в един висящ спор възникне въпрос, който е решен в предишно решение, съдията по новия спор трябва да възприеме предишното решение като истина. Това ставало не чрез специални закони или сенатусконсулти, а чрез практиката на преторите при редактиране на формули за предаване на заклет съдия. В това ранно развитие Савини посочва формулираните от Keller през 1827 г.¹ две лица на СПН: едновременно „отрицателна“ функция — забрана на следващо решение да противоречи на постановеното предишно, и „положителна“ функция — следващо решение да възприема разрешенията на предишното. И, разбира се, цитира известната мисъл на Ulpian (D. L. 25.1.5): „...quia res judicata pro veritate accipitur“ — „защото пресъденото нещо се приема за истина“, т.е. ето откъде идва идеята за фикция за истина: „се приема за...“ (нак там, с. 271). В онази епоха, когато искът се считал консумиран чрез предявяването си, такава констатация се постигала чрез сравняване на искиви формули. Обаче когато се стигнало до възражение за пресъдено нещо спрямо решения, трябвало да се сравнява тяхното съдържание или, с други думи, да се установи тяхното съотношение и дали има идентичност между две групи фактори: идентичност на правоотношенията (*обективен идентитет*) и идентичност на лицата (*субективен идентитет*) — термини, също за пръв път формулирани от Савини². Така се стига до опростената задача дали сравняваните решения разрешават *същия въпрос между същите страни*, по изрече на Юлиан от Дигестите: „...eadem quaestio inter easdem personas“ (D. L. 3. de exc. r. j. 44.2). Според Савини, за да се отговори дали въпросът е същият, следва да се сравняват мотивите на решенията, по повод на които се прави възражение за СПН. Защото пътят към съдебния диспозитив са разсъжденията на съдията, а източникът на тези разсъждения са мотивите на решението, а и защото там е подробно изложено онова, което съдията иска да стане негова воля. Там са елементите на спорното правоотношение, това е „самата душа на решението“ според Савини (с. 389). Поради това естествено възниква въпросът: влизат ли в сила мотивите наред с диспозитива? И отговорът: само обективните *решаващи мотиви*, *decisive Sätze* на решението влизат в сила, т.е. онези, които са пряка предпоставка на диспозитива. Термина *decisive Sätze* — „решаващи мотиви“ (по-точно — решаващи изречения)³ Савини заимства от практиката на Саксонския върховен апелативен съд — Дрезден³. Значи и при тях, както и при нас 130 години по-късно, двигател на този процес са съдилищата, изправени пред практическата задача да сравняват обективни предели на решения, за да прилагат СПН.

¹ Keller über Litiscontestation und Urtheil. Zürich 1827, s. 8, цитирани по Savigny, F. Op. cit., S. 280.

² Savigny, F. Op. cit., S. 285.

³ Savigny, F. Op. cit., S. 394.

Савини изброява и други актове на пруското правосъдие, признаващи изрично или имплицитно законна сила на съдебни мотиви:

1. Рескрипт (указание) от 18 ноември 1823 г. на правосъдния министър Кирхайзен: мотивите съставляват истинската част на решението и дават необходимата информация за него.

2. Рескрипт (указание) от 28 юли 1835 г. на правосъдния министър Мюлер: мотивите дават истинското познание за решението.

Едно решение, опиращо се на противозаконни мотиви, не може да бъде правилно.

3. Пленарно решение на Трибунала от 23 януари 1843 г. — споменава възможност за обжалване на мотиви.

4. Решение на Трибунала от 26 януари 1847 г. — обжалване на мотиви, съдържащи произнасяне по конкретно възражение.

Посочени са добросъвестно съдебни актове и научна литература от онова време, отричащи или само частично признаващи СПН на мотивите — по времето, когато той самият е бил пруски министър на правосъдието (Grosskanzler 1842—1848).

Горното правно-историческо отклонение цели да внуши респект към теорията на Савини и да предпази днешните ѝ коментатори от прибързано и самонадеяно игнориране. По думите на J. Ruckert „Савини винаги дразни занаятчийската юриспина“.

Наистина приетият през 1877 г. Граждански процесуален закон на Германия в тогавашния § 293 (сега § 322) придава СПН само на отговора на искането, заявено в първоначалния или насрещния иск, т.е. на диспозитива, но не и на мотивите, защото за преюдициални отношения е предоставен инцидентният установителен иск. Това дава повод през 1888 г. теорията на Савини за СПН на мотивите да бъде обявена за окончателно погребана¹. Същата, макар с различна редакция, е концепцията на § 411 на австрийския процесуален закон. Тези слухове за смъртта на теорията на Савини се оказали силно преувеличени, защото съдебната практика в германоезична Европа (а сигурно и не само там) се сблъскала с проблема за обективните предели на дадено решение при преценката дали неговата СПН е наистина абсолютна отрицателна процесуална предпоставка на следващ подобен процес. Извънредни трудности възниквали особено при *отхвърлителни* диспозитиви, в които няма почти никаква информация защо и на какво основание даден иск е отхвърлен. Това, естествено, наложило сравняване на определящите мотиви и имплицитно признаване на някаква тяхна релевантност. Разсъжденията в тази насока са обобщени интересно от Карл Шваб, според когото едно съдебно решение казва, че предявеното искане се уважава или не на основание установените факти и избраната в мотивите правна норма. Това произнасяне е една логическа връзка за групиране на факти под правна норма (субсумиране — *Subsumtionsschluss*), който се опира на Извод (*Obersatz*) — за избор на приложима норма въз основа на Предпоставката (*Untersatz*) — установените факти. Това групи-

¹ Schmidt, R. Die Klageänderung. Leipzig: Duncker/Humbolt, 1888, S. 207.

ране на факти под избрана правна норма е според него предметът на СПН¹. И продължава: когато обаче изолираният диспозитив не може да даде информация за установените обстоятелства и правна квалификация, се изправяме пред риска на една неопределена СПН, която точно поради своята неопределеност може да бъде пренебрегната, т.е. да се постигне обратна на замислената цел. Ето защо разпознаването на СПН трябва да слезе един етаж надолу при мотивите, за да се установят със сигурност елементите на горната логическа верига. Това обаче не им придава абсолютна, а *само относителна сила на пресъдено нещо на мотивите*².

По същата причина германският Върховен съд е приел в някои свои решения, че когато диспозитивът е недостатъчен, индивидуализация на обективните предели на съдебно решение може да стане посредством неговите мотиви³. Дори едно решение на същия съд отива по-далеко, стигайки и до становищата на страните, наред с констатациите и изводите в мотивите⁴.

Изводите на австрийската доктрина са в същата посока, базирани на същите трудности при индивидуализация на отхвърлителни решения. По повод на вече споменатия § 411 на австрийския процесуален закон Рехбергер/Симота признават възможността за тълкуване на решение чрез привличане на неговите *носещи мотиви (tragende Gründe)*. „Вътре в нейните обективни граници материалната СПН се разпростира дотолкова върху мотивите на решението, доколкото това обслужва индивидуализацията на диспозитива, защото само така може да се определи въобще обхватът на законната сила на решението. Кое то всъщност е *относителният СПН ефект на мотивите* на съдебното решение“⁵.

Ето как теорията на Савини от 1847 г. за законна сила на мотивите на решението с оглед неговата индивидуализация и прилагане на СПН възкръсва през втората половина на XX век.

В английското право представата за сила на пресъдено нещо е колкото сходна, толкова и различна. В отличиата си спрямо континента тя е цяла нова вселена. И там действа възражението за *res judicata* — нещо, което веднъж е решено от компетентен съд, не може втори път да бъде оспорвано пред съд. Но това е само първата част от трите доктрини, формиращи СПН на острова. Там се поставя акцент както върху публичния интерес да бъде поставен край на един спор (*interest rei publicae ut finis sit litium*), така и за еднократност и изчерпателност на решения спор, защото *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa* („никой не бива да бъде безпокоен два пъти по една и съща причина“). Според лорд Блякбърн в *Lockyer v Ferymann* (1877) „обектът на правилото *res judicata* винаги се опира на две основания — публично-държавния интерес, че всеки съдебен спор трябва да има край, и неудобството за конкретното ли-

¹ Rosenberg, Schwabb. Zivilprozessrecht. München: C. H. Beck, 1986, S. 979.

² Ibid, S. 989.

³ BGH JZ 1976—243 и NJW 1993, 3204, 3205 — цитирани от Lüke, W. Op. cit., p. 348.

⁴ BGH, NJW 94/409, цитирано от Райхолд в Reichhold, Thomas, Putzo. ZPO-Kommentar, S. 524.

⁵ Rechberger, W., D.-A. Simotta. Op. cit., S. 472.

це да бъде безпокоено два пъти на едно и също основание“. От тези принципни разсъждения са произлезли две ясно различни възражения, неделимо свързани с *res judicata*.

Първо, *възражение за основание на иска (cause of action estoppel)*. Според него в даден процес ищецът трябва да изчерпи абсолютно всички свои възможни претенции, опиращи се на дадено основание. Ако не направи това, ищецът губи правото на следващ иск спрямо възможните, но непредявени претенции в предишното дело. Например, ако на ищеца е присъдено обезщетение за некачествено строителство, той впоследствие не може да претендира обезщетение за дефекти, появили се след процеса, но по същата причина. *Забележете, че се преклудират НЕпредявени и НЕприсъдени искания*. Забраната е абсолютна и безусловна и е насочена да мотивира ищеца към неприбързано предявяване на иска, в който трябва да изчерпи всички възможни свои претенции. По думите на лорд Диплок самият правопораждащ факт се счита погълнат от предишното решение, *transit in rem judicatam*. Така се удовлетворява публичният интерес за еднократност и изчерпателност на процеса, което се счита за приоритетна ценност спрямо възможните неудобства за индивида. Принципът е категорично формулиран в чл. 49, ал. 2 на Закона за Върховния съд от 1981 г., където се посочва, че съдът трябва „така да упражнява своята юрисдикция, [...] че да осигури, доколкото е възможно, всички аспекти на спора между страните да бъдат напълно и изцяло разрешени, за да бъде избягната множественост на съдебните спорове по същите въпроси“. Този текст се опира на прецедентни мотиви по делото *Henderson v Henderson* (1843—1860), според които „съдът трябва да изисква от страните по делото да предявят целия спор и не ще приеме същите страни да започнат производство със същия предмет по претенции, които са могли да предявят в предишния, но са ги пропуснали поради небрежност, невнимание или просто случайно“. Това си е всъщност индиректно задължение за обективно групиране/съединяване на претенции, релевиращи от едно и също събитие.

Второ, *възражение за обсъден довод (issue estoppel)*. Пак по дефиницията на лорд Диплок „страна по гражданска процедура няма право на твърдение за факт или за правна последица от факт, чиято правилност е била съществен елемент от исково твърдение или защита в предишен процес и по която компетентната юрисдикция се е произнесла“. По този начин страните са обвързани от фактическите констатации и конкретни изводи на съда, които са съществени за крайното решение. По тези констатации и изводи на съда страните нямат право в следващ процес да навеждат аргументи, които им противоречат. Видно е, че тук става въпрос за *сила на пресъдено нещо не само на съдебните мотиви, но и на основните доводи в защитата на двете страни*¹.

От изложеното става ясно, че британските съдии нямат никакъв доктринален проблем и не робуват на никакви теоретични аксиоми, когато при съпоставката на

¹ Относно английската доктрина за СПН вж. **Zuckerman, A.** Op. cit., 803—826.

две решения сравняват техните мотиви и дори становищата на страните. Те не само могат, но са и длъжни да го правят.

В САЩ кройката на института СПН е принципно същата като английската поради общия корен в *common law*, но американците като че ли имат по-разнообразна казуистика вследствие на по-големите мащаби на оборота. И в САЩ, както и във Великобритания, командващите принципи на СПН са 1. никой не бива да бъде безпокоен два пъти от един и същ иск; 2. общественно-държавният интерес за бързо приключване на съдебни спорове и 3. процесуалната икономия чрез ефективно използване на съдебните ресурси. Там също ищецът е задължен да предяви в едно производство всички свои възможни искания, произтичащи от даден юридически факт/събитие. Това е така, защото ефектът на СПН се разпространява не само върху конкретния предмет на спора, а и върху онова, което е могло да бъде предявено в същото дело. Като „сила на *пропуснато* нещо“. Целта е да се избегне фрагментиране на исковите по един и същ случай, за да не бъде ответникът тормозен с разнските по множество спорове. Огледалният рефлекс на тези императивни последици е насърчаването на групиране/съединяване на искове, както и на предявяване на възможните насрещни искове.

Пред американските съдилища възражението за СПН следва да е изрично направено от заинтересуваната страна, а не е служебна инициатива на съда. Значи то е относителна, а не абсолютна процесуална предпоставка. Ако такова възражение не бъде направено своевременно, пропускът му се счита за мълчалив отказ от СПН. Възможен е дори изричен отказ на заинтересуваната страна от възражение за СПН. Тази странност е свършено логична, като се има предвид американският преклудиращ ефект на *res judicata* върху *непредявените възможни* искове. Такъв отказ от СПН всъщност отменя тяхното преклудирание и дава възможност за разглеждането им в следващ процес — това обаче не е диспозитивно пререшаване на предишен спор, защото там тези искове въобще не са били разглеждани. И защото това преклудирание е в интерес на ответника, от който той има право да се откаже.

По английския пример и САЩ имат *възражение за обсъден довод* — *collateral estoppel*, което забранява преразглеждането в следващ процес на даден въпрос, решен в мотивите на предишния (*issue preclusion*), т.е. това, което би било при нас СПН на мотивите. Това възражение е също диспозитивно и изрично, т.е. незааявяването му се счита за мълчалив отказ от него. При сравняване на две решения се съпоставят както контролиращите факти, така и приложимото към тях право, а не само крайният извод. Прави се разлика обаче между крайни (*ultimate*) факти и междинни (*mediate*) факти, като само първите имат преклудиращо действие. В решение по казуса *Evergreens v Nunan* съдията Лърнид Ханд дава следното картинно описание на категоризацията на фактите: „Представете си съдебния спор като логическа структура, подобна на пирамида. В нейната основа са фактите, опиращи се на доказателства. От тези факти са направени заключения, които, комбинирани с дедукции или доказателства, водят до т.нар. крайни факти, чрез които се установява право, задължение или статут. Крайните факти са върхът на тази пирамида, а всичко под тях, което ги

подкрепя, са междинни такива“. Интересна крайност представлява възможността исковете и дори страните по възражение за един и същ обсъден довод да са различни, стига да почиват на общо правопораждащо събитие — примерно един и същ индустриален инцидент. Дори в единия случай това може да е довод на ищеца, а в другия — довод на ответника. Или чрез средновековната представа въпросът стои така: може ли факти и доводи в първия процес да бъдат „щит“, а в следващия процес — „меч“? Тук важното е да се докаже, че обсъденият довод е бил необходим или съществен за крайното решение в първия спор¹.

Тези бегли и неизчерпателни шрихи на американската и британската процедура във връзка със СПН позволяват да се усети тяхната атмосфера и ценностен компас. Те дават представа за почти неограничения обем на сравнителен материал при съпоставка на две съдебни решения с оглед възражение за *res judicata* или преклудиране на вече обсъдени доводи. И в никакъв случай не се ограничават само до диспозитива, а включват мотивите и дори становищата на страните. Това може да бъде разбрано само през призмата на драстичната разлика между преклудирания ефект на СПН в континенталната и англосаксонската философия на този институт — докато на континента се преклудира стриктно и само предметът на състоялия се спор, във Великобритания и САЩ се преклудират и непредявените, но възможни претенции, свързани със същия правопораждащ факт или събитие, които са могли да бъдат групирани/съединени в първия процес. Това се дължи на разликата в императивните ценности на двете системи: при нас тя е индивидуалното правосъдие по конкретен казус, а при тях — процесуалната икономия и ефективност на съдебната система като обществено благо. Най-богатите държави считат, че не могат да си позволят лукса да прахосват време и ресурси за втори процес там, където е възможно да се mine с един-единствен. Те са на мнение, че такъв подход е в най-голяма степен от полза за индивидуалното правосъдие, защото „пререшаването на един спор означава отлагане на правосъдие по друг“.

На този фон болезнените реакции спрямо приложението на българския чл. 280 ГПК се дължат не само на безспорните му редакционни несъвършенства, но най-вече на изместването на ценностната ос на правосъдието от индивидуалния казус към общата му ефективност, по примера на най-развитите държави. Това си е направо мозъчна хирургия на съдебната ни система.

И днешната българска съдебна практика не е пощадена от загадката за силата на съдебните мотиви. Макар горещитираното тълкувателно решение № 1/2001 г. на ВКС в т. 18 да отрича СПН на мотивите, касационните състави, произнасящи се по чл. 280 ГПК, неизбежно са се насочили към сравняване на съдебни мотиви, за да констатираят противоречиво разрешени въпроси. Най-далеко отива опр. № 55/26.01.2009 г., I т. о., ВКС, където се казва: „Меродавно от гледище на базисното изискване на законодателя в чл. 280, ал. 1 ГПК е не дали обжалваното решение про-

¹ Всички гореизложени данни за СПН в САЩ са по **Friedenthal, Kane, Miller**. Civil Procedure. Thomson/West, 2005, chapter 14, 645—713.

тиворечи на други влезли в сила съдебни решения въобще, а дали конкретният решен с него съществен материалноправен въпрос бива разрешаван противоречиво от съдилищата“. Ако разбирам правилно авторите на това определение, тук се прави разлика между съдебно решение и решен с него правен въпрос. Щом този правен въпрос е различен от съдебното решение, значи е възможно той да е решен в мотивите? С което бих бил напълно съгласен. И без позоваване на Савини няколко касационни състава по чисто практически и верни съображения оперират с понятието „решаващи мотиви“, което предполага някаква тяхна законна сила, за да са стабилен сравнителен материал: опр. № 40/19.01.2009 г., I т. о.; опр. № 34/26.01.2009 г., II г. о., опр. № 50/27.01.2009 г., II г. о. Други три определения използват синонимния термин „решаващи изводи“ за индивидуализация на решенията чрез техните мотиви с оглед възможната им съпоставка: опр. № 48/27.01.2009 г., II г. о.; опр. № 50/22.01.2009, I т. о.; опр. № 47/28.01.2009 г., II т. о. Изрична и директна съпоставка на мотиви с оглед противоречива практика съдържат множество касационни определения по чл. 280 ГПК, като например: опр. № 765/7.07.2009 г., III г. о.; опр. № 716/8.07.2009 г., IV г. о.; опр. № 526/10.07.2009 г., I г. о., опр. № 743/21.07.2009 г., I г. о. При изследване идентичността на казуси дори се стига до сравняване на фактически констатации и доказателствени средства, което е напълно логично и с оглед горещираните американски примери: опр. № 16/10.01.2009 г., I т. о.; опр. № 142/25.11.2008 г., I т. о.; опр. № 699/16.07.2009 г., I г. о.

Струва ми се, че пак сме изправени пред хипотеза, когато отделни състави на върховната юрисдикция изпреварват съществуващата тълкувателна практика и подготвят почвата за нови тълкувателни обобщения, с които развиват правото извън конкретните въпроси на касационните жалби и дори докосват пандектната класика на XIX век — например с релевантността на съдебните мотиви.

XIV. СЕЛЕКЦИЯ И НА ВЪЗЗИВНИ ЖАЛБИ

Не е тайна, че действащият режим на селективно касационно допускане причини и продължава да причинява стрес у авторите на висящи и потенциални касационни жалби. Много от тях, както и немалко професионалисти, се надяват и дори непосредствено очакват отмяната на чл. 280 ГПК и връщането към редовна касационна инстанция. Налага се да ги разочаровам — дефектите на съответните български норми не могат да компрометират световната концепция за частичен и контролиран достъп до върховната съдебна инстанция по граждански дела. „Влакът“ отдавна е преминал тази „гара“ и бързо се отдалечава в споменатата посока. Редица държави с високоразвити правни системи не само поддържат ограничен достъп до касация, но *въвеждат същата селективна допустимост на жалби и при въззивното обжалване*. Нещо, което вероятно забавя дъха и на най-радикалните български процесуални реформатори.

Например след 1.01.2002 § 511 на германския процесуален закон допуска въззивно обжалване само ако обжалваемият интерес е над 600 евро или когато пър-

воинстанционният съд в решението си изрично го е допускал — т.е. няма го нашият безусловен и автоматичен достъп до такова обжалване. Вместо това германският законодател предвижда своеобразен „разрешителен режим“ на апелация, при който първоинстанционният съд допуска въззивно обжалване само когато: спорът има принципно значение *или* усъвършенстването на правото *или* осигуряването на единно правосъдие изисква решение на въззивния съд. Въззивният съд е обвързан от допуснатото обжалване чрез първоинстанционното решение (§ 511, ал. 2 ZPO-D) — едно почти пълно покритие с предпоставките за допускане на ревизия/касация и тяхното съдебно установяване. От своя страна според § 522 германският въззивен съд може с *единодушно* определение да прекрати въззивното производство и върне жалбата, ако констатира, че:

1. Жалбата няма изгледи за успех;
2. Спорът няма принципно значение;
3. Усъвършенстването на правото или осигуряването на единно правосъдие не изисква решение на въззивния съд.

Тук най-интересното е правомощието на германския въззивен съд да прекрати производството и да върне жалбата, ако последната няма изгледи за успех — т.е. съдът прави предварителен преглед на основателността на жалбата по същество и шансовете ѝ за успех са своеобразна процесуална предпоставка. Разбира се, това е възможно само при единодушно определение на въззивния състав, което всъщност преразглежда и отменя въззивното допускане от първа инстанция — само при горните т. 2 и 3. Защото по т. 1 (изгледите за успех) първата инстанция няма право да се произнесе — това е изключителен прерогатив само на втората. Достатъчно е обаче един член на състава да наложи „вето“ на такова определение за прекратяване на въззива, и съдът преминава към решаване на жалбата по същество — така както е допусната от първата инстанция. Единодушното определение за отмяна на допускането на въззивно обжалване и прекратяване на производството не подлежи на обжалване според ал. 2 на § 522.

В Англия новата система на обжалване по *Civil Procedure Rules* от 1998 г. се опира на шест общи принципа¹:

1. Обжалване не се допуска без изрично разрешение на съд — или от постановилия решението, или от апелативния съд.
2. Не се обжалва разрешението за обжалване.
3. Принципният критерий за разрешаване на обжалване са реалните изгледи за успех на жалбата, което не изключва и друга много важна причина.
4. Предмет на обжалването е преглед на решението на първоинстанционния съд.
5. Обжалването е еднократно — пред съответната втора инстанция. Само в изключителни случаи се допуска обжалване пред Висшия апелативен съд.

¹ Сложна система от пет варианта на обжалване съобразно първоинстанционния съд, описана стегнато от *Sime, S. Op. cit.*, p. 506.

6. Висшият апелативен съд не е просто инстанция, а авторитетен източник на ръководство в почти всички области на правото и практиката. Само той дава разрешение за обжалване пред Камарата на лордовете, която се произнася по съвсем малък брой случаи от голяма обществена важност¹.

Британското правосъдие тълкува новата система за обжалване като съвместима с правото на честен процес (*the right of fair trial*) по чл. 6 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. На основата на редица решения на Европейския съд за правата на човека се е стигнало до заключението, че посоченият чл. 6 не задължава договарящите страни да създадат касационни съдилища. (*Delcourt v Belgium* (1970), *Fayed v United Kingdom* (1994), *Tolstoy Miloslavsky v United Kingdom* (1995). Освен това разрешението за обжалване не съставлява ограничение на възможността за проверка на първоинстанционното решение, защото самото заседание за даване разрешение за обжалване дава възможност за такава проверка, по мнението на сър Андрю Морит в *Colley v Council for Licensed Conveyancers*. Европейският съд за правата на човека няколко пъти се е произнасял, че ако в първата инстанция е имало публично открито заседание, липса на такова заседание във втората или третата инстанция се оправдава от специалните признаци на конкретната процедура — (*KDB v Netherlands* (1998), *Ekbatani v Sweden* (1998))².

Друга интересна черта на английската процедура е, че молбата за разрешение за обжалване се прави устно в заседанието, когато съдът обявява решението, чието обжалване се иска. Ако този шанс бъде пропуснат, молбата за разрешение следва да се насочи към апелативния съд, който я разглежда в закрито заседание, макар по изключение да може да призове страните в открито. Самото разрешение може да се отнася както за цялото решение въобще, така и само частично за някои изрично избрани конкретни въпроси. За останалите трябва да има изричен отказ за разрешение за обжалване.

Сравнението между германската и британската схема на разрешителен режим при обжалване разкрива една прилика и три любопитни разлики:

1. И при двете схеми изгледите за успех на жалбата са критерий за разрешаване на обжалването или за последваща отмяна на това допускане.

2. Тези изгледи за успех при германската схема се преценяват от апелативния съд, докато на острова — от първоинстанционния. Но решението на английския първоинстанционен съд по този въпрос не подлежи на обжалване.

3. Германският закон съдържа конкретно формулирани предпоставки/критерии за допускане на въззивно обжалване, сходни с ревизионните — принципно значение, единство на правото или негово усъвършенстване. Английският закон съдържа само още една предпоставка в допълнение на изгледите за успех: „друга належаща причина“ — която в даден случай е била молба на безнадеждно болен за асистирано самоубийство. Макар първата инстанция и апелативният съд да са отхвърлили

¹ Zuckerman, A. Op. cit., p. 722.

² Всички цитирани решения са подробно описани от Zuckerman, A. Op. cit., p. 723.

молбата и да не са виждали шансове за успех, те са разрешили жалба до Камарата на лордовете с оглед огромния обществен интерес. Така „другата причина“ може и да обезсили първия императив — изгледите за успех¹.

4. И най-важната разлика: германският първоинстанционен съд се произнася служебно по допускането на въззивно обжалване в самото си решение. Британският първоинстанционен съд дава или отказва разрешение за въззивно обжалване след обявяване на решението си в открито заседание, и то само при устно заявление на една от страните и обсъждането му в същото заседание. И в двете държави постановлението за допускане/разрешаване на въззивно обжалване или отказът за такова не подлежи на обжалване².

В САЩ системата на обжалване по граждански дела е още по-интересна. Без претенция и възможност за изчерпателност ще споделя само няколко шрихи. Федералната конституция не предоставя изрично право на обжалване, но почти всички щати дават възможност за еднократно обжалване. Изключения са Вирджиния и Западна Вирджиния, изискващи разрешение от първоинстанционния съд за достъп до апелативния. Последният се произнася само по приложението на закона и в никакъв случай по фактически въпроси. Апелативният съд трябва да има „определено и твърдо убеждение, че е направена грешка“ в първоинстанционното решение, според мотивите в *Anderson v Bessemer City* (1985). Сроктът за обжалване е 30 дни, жалбата не спира изпълнението, но то може да бъде спряно по искане на жалбоподателя след представяне на гаранция³. Конгресът е разделил територията на САЩ на 11+2 окръга (*circuits*), с отделен апелативен съд за всеки. Пред тях страните обжалват приложението на закона от федералните регионални съдилища (*federal district courts*) и съдът е обвързан от основанията на жалбата, защото не прави своя независима проверка за грешки. Достъпът до тези апелативни съдилища е въпрос на право, а не на дискреция⁴. Дотук скелетът е горе-долу както при нас — автоматична втора инстанция.

Обаче предметът на апелативен преглед в САЩ има едно важно ограничение: можете да обжалвате само онова, за което сте възразили пред първа инстанция и това е отразено в нейния протокол. Грешки, срещу които не сте възразили в момента на допускането им от съда, или аргументи, които не сте заявили пред него, не могат да бъдат предмет на апелативна жалба. Тази рестрикция насърчава страните да представят на вниманието на съдията всичко, което те считат, че може да се коригира своевременно. Точно по някои от тези въпроси Апелативният кодекс на САЩ (чл. 1292-6) разрешава междинни апелативни жалби срещу заповеди, разпореждания и определения в хода на първа инстанция. Именно тези немалко междинни жалби са предмет на разрешителен режим, защото изискват съгласие за допускането им и от

¹ *R-Pretty v DPP* (2001) — цитирано по **Zuckerman**, A. Op. cit., p. 750.

² Райхолд във: **Reichold, Thomas, Putzo**. Op. cit., S. 676.

³ **Hay, P.** Law of the US. Munich: C. H. Beck, 2002, 85—86.

⁴ **Schubert, Fr.** Op. cit., 182—183.

първоинстанционния съдия, и от апелативния съд, ако: 1. са по контролиращ въпрос на закона; 2. има съществено основание за различия в мненията; 3. такова незабавно междинно обжалване може да допринесе за съкращаване на спора. Става дума за съгласувана дискреция на двете инстанции. Очертаващото се американско домино е следното: апелативното обжалване е само по приложението на закона, и то само по въпроси и аргументи, вече инвокирани пред първата инстанция — това тласка страстите към активна и своевременна изчерпателност на тези възражения пред първа инстанция — тази активност провокира спорове и междинни жалби — последните са предмет на съгласувана дискреция. Ето как под повърхността на американското автоматично апелативно обжалване се оказват механизми на разрешително междинно обжалване по преценка на двете инстанции. Така е възникнала цяла вселена от съдебна практика и юриспруденция, изследваща съотношението „междинен въпрос — окончателно решение“ в тяхната теория за Final Judgment Rule¹.

Горната справка за режима на апелативно обжалване в Германия, Великобритания и САЩ не е самоцелен сравнителноправен туризъм, нито цели да внуши модел за българско подражание. Тя обаче предлага някои важни поуки.

В гражданския процес на тези три велики държави е очевидна тенденцията за селективно допускане на апелативно обжалване чрез съдебна дискреция, и то по критерии, близки до предпоставките за допускане на върховно (касационно/ревизионно) обжалване — т.е. селективният модел на върховно обжалване слиза надолу в съдебната пирамида и се възприема и от предходната инстанция. Днес това може да изглежда немислима отдалеченост за България, но същите закономерности някога ще ни приближат до нея. Това са обективни световни координати на гражданското правосъдие и навременната адаптация към тях (първо като манталитет) е далеч по-прагматична от шумна и безсмислена конфронтация. Касационната селекция по чл. 280 не е мимолетен кошмар, а зародиш на бъдещето, комуто предстои растеж и усъвършенстване с необходимите корекции.

Не е толкова важно какви са конкретните разрешения в посочените три чужди правни системи, колкото обстоятелството, че те наистина са системи, живи организми на действащото право. Те възплащават ясна философия — откъде се тръгва, къде се отива и как да се стигне там. Прави впечатление, че избраната концепция за обжалване (апелативно или върховно) най-последователно е вградена в архитектурата на съответния институт без вътрешни противоречия.

Профилът на българското съдопроизводство по ГПК-2007 не възплащава същата хармонична процесуална архитектура. Диспропорциите са очевидни. Първата инстанция е доминирана от зловещо нареченото „концентрационно начало“, изразяващо се в убийствено ранна преклузия на някои от най-важните процесуални права на страните (примерно по чл. 133) и житейски абсурдна фикция за призоваване по чл. 47. Това е всъщност една компресия на процесуални права — по стадий на процеса и по срочен прозорец — чиято неизпълнимост съветва отказ от тези права, но

¹ Friedenthal, Kane, Miller. Op. cit., 619—644.

същевременно е повърхностно алиби за тяхната наличност. Шокиращ е контрастът между изискваната от страните бързина на състезателни хрътки пред първа инстанция и комфорта на свободното усмотрение при допускане на касационни жалби. Първоинстанционно „трето съсловие“ срещу „касационен Версай“ — в един „касационно“-процесуален кодекс?

Според мен се налага преработка на целия архитектурен проект на инстанциите, като се върнем към неконцентрационна първа инстанция с възможност за спокойно и обмислено упражняване на всички процесуални права (като при ГПК-1952), а втората инстанция вместо въззивна да стане строго контролно-отменителна или нещо подобно, но не „втора по ред първа“. И после естествено да идва касационната селекция. Така наистина ще се постигне строен и концептуално оправдан пирамидален профил на българската инстанционност. България има впечатляваща процесуална научна мисъл, която знае как и може да го постигне.

XV. ОБОБЩЕНИЕ НА КОНСТАТАЦИИТЕ

Направеният скромнен преглед на българските норми и съдебната практика за достъп до касация и съпоставката им с чуждестранните аналози позволява следните няколко констатации:

1. Българското правораздаване, както и световното, продължава да страда от кризисното противоречие между бърз и дори светкавичен граждански/търговски оборот и бавното правосъдие по неговите спорове. Неадекватността между двете внушава отказ от защита на права, т.е. подкопава правовата основа на оборота, води до произволи, чиято съвкупност причинява кризи.

2. Ограниченият достъп на дела до върховната юрисдикция е неизбежна глобална тенденция, която търси ефективен баланс между ускорено правосъдие и ограничени ресурси. В този смисъл българският избор на посока е съвършено правилен.

3. Изборът на австрийския закон за източник на рецепция досежно селективна касация е също удачен предвид историческата близост на двете национални правни системи, модерността на австрийската и умерените ѝ разрешения, които са по-лесно скачими с българските.

4. За съжаление трансплантацията на ограничен касационен достъп в българския процесуален организъм е извършена без видими доказателства за познаване организма на донора и върху оригинала са нанесени абсурдни и некомпетентни „подобрения“, предизвикващи отрицателни имунни реакции на приемащото тяло.

5. Самият чл. 280 ГПК в днешния си вид е един незавършен текст, една норма-полуфабрикат, която се нуждае от редица тълкувателни допълнения по преценка на Конституционния съд, за да функционира нормално. Направените местни изменения в австрийския първообраз не позволяват заимстване на готова австрийска практика.

6. Проблем на редакцията му е и самото ниво на използван български език, шом в рамките на една глава на закона едно и също нещо се нарича „приложно по-

ле“, „предпоставка“ и „основание“, практиката добавя и „критерий“, а в два последователни реда въпросът е „решен“ или „решаван“.

XVI. КАКВО СЛЕДВА ДА СЕ НАПРАВИ?

В своята статия по разглежданите въпроси¹ Благовест Пунев заявява следното: „Основният проблем на новия ГПК е, че концепцията му, която по принцип трябва да бъде оценена положително, не е намерила адекватния нормативен израз в най-съществените си елементи, отнасящи се до реформиране на гражданското съдопроизводство. За съжаление... като сполучлива може да се оцени онази част от процесуалния закон, която възпроизвежда проверените в многогодишната практика разпоредби на отменения ГПК, а като нуждаеща се от сериозно усъвършенстване поради противоречия и слабости, уредбата, която се свързва с новото в процеса“. И препоръчва „рационализиране на гражданското съдопроизводство чрез инициране на адекватни законодателни промени в ГПК“. Когато един конституционен съдия и бивш елитен касационен съдия с най-деликатен език прави тези обобщения и посочва възможния изход, значи реалността никак не е радостна и изисква спешна интервенция.

Когато един водещ авторитет по процесуално право и председател на Арбитражния съд при Българската търговско-промишлена палата, доцент Силви Чернев, твърди, че неефективността на гражданското съдопроизводство се дължи на забавена реформа, неправилен подход към избора на уредба, липса на стратегия, на предварителен анализ на практическите резултати, на системен подход, селектиране на (не)подходящи експерти с лобистки амбиции, липса на задълбочена и широка дискусия относно промените и т.н.², значи тревожната сирена вече звучи.

Проф. Любен Корнезов директно нарича ГПК-2007 „поредният законодателен волунтаризъм“³.

Налага се най-широка, спешна, но не и прибързана дискусия по необходимите законодателни промени, които в края на краищата ще зависят от политическа воля, формирана в резултат на брюкселски внушения. Здравият български разум рядко има пряк достъп до законодателството, поради което му се налага да търси чуждестранни посредници.

На ВКС предстои издаване на тълкувателно решение по въпросите на касационното обжалване. Неговата подготовка е вече в ход. Моят съвет към авторите на проекта за тълкувателен акт би бил „Бързайте бавно“. А на редовите върховни съдии, които ще го гласуват, искам да припомня последното изречение от становището на ВКС по конституционно дело № 4/2009 г., където с гордост се заявява, че всичките 82 съдии са го подкрепили единодушно. Не бива в такива решаващи моменти да гласувате единодушно, а в коридори и на частни разговори да критикувате

¹ Пунев, Б. Съответствие с конституцията..., с. 20.

² Чернев, С. Инстанционността..., 280—288.

³ В. „Труд“, 26.02.2008 г., с. 18.

всестранно уредбата. Обикновените хора очакват от вас не само правни фрази, но и примери за доблест, на каквито несъмнено сте способни.

Наред с указанията на Конституционния съд в предстоящото тълкувателно решение, ВКС неизбежно ще се докосне до „фината механика“ на процеса: определяне обема и границите на понятията в чл. 280 ГПК, както и относителната законна сила на съдебните мотиви.

През 1868 г. „бащата“ на процесуалните предпоставки Оскар Бюлов се обръща към Комисията на Северния съюз германски държави, подготвяща проекта за техния процесуален закон, с предупреждение „да се пазят от тичащите пера, зад които остава смешна празнота“.

При предстоящото оздравяване на българския граждански процес трябва да се пазим от поучители със самочувствието на ветеринарни лекари, които знаят по-добре от пациента какво му е, от правни астрономи, които не виждат земята под себе си, и от самоуверени акушери на правната цивилизация.

Аз бих прибавил, че катарзисът в българското гражданско правосъдие следва да започне с публично разследване как точно и от кого бе съставен и пробутан за гласуване действащият ГПК-2007. Който бива дописван вече с осем изменения за 18 месеца. Колко още? Кой са „бащите“? Защото отношението към закона в момента е като към изоставено дете за осиновяване.

И — българският език на закона. Балзак някъде беше казал, че бащите учели децата си на изящен френски език с цитати от Код Сивил. Ние на какво ги учим с българския език на ГПК?

XVII. КАКВО ДА ПРАВИМ ДОТОГАВА?

Единственото, което не можем да си позволим, е комфортно бездействие, чакайки съвършен закон и тълкувателен акт. Макар конкретното алиби за такова бездействие да е съвършено, защото отговорността е почти безадресна. Не знам колцина са забелязали, че в Новия завет Христос никъде не се обръща към майка си с „мамо“, „майко“. Само два пъти я нарича „жено“ — в Кана Галилейска и на кръста. Докато десетки пъти се позовава на „Моя Отец небесен“, „Аз и Отец едно сме“ и т.н. Тази привидна странност и непонятност на евангелското предание не е накарала нито един християнски свещеник да се усъмни в божията заповед „Почитай баща си и майка си“ и да отложи спазването ѝ до решаване на теологичния спор. Защото днес, а не утре от този свещеник жив човек иска утеха или благословия. Така и съдията не може да чака съвършения закон и неговото тълкуване, защото днес, и то веднага, от него искат истина и справедливост.

Това, което може да намали законовия дефицит, е личността на съдията, в която търсим нещо повече от дарба¹. Убеден съм, че всеки съдия носи в душата си някаква искра, която влага и в най-трудния съдебен акт — доказват го много от цитираните определения на ВКС, които далеч изпреварват качеството на закона. В то-

¹ Вж. Чернев, С. Инстанционността..., с. 29.

ва изпитание върховните съдии заслужават не само съчувствието на адвокатурата, а и нейната подадена ръка и съюзническо партньорство, защото успехът или провалът биха били общи.

Ще си позволя един личен, приятелски и непрофесионален съвет: преди тежко заседание, ако имате нужда от зареждане с равновесие и хармония, слушайте Касационните маршове на Моцарт (по каталога на Кохел № 62а, 63 и 63а). Писал ги е през 1769 г. за абсолвентски академични церемонии в Залцбург. Веднага връщат личното спокойствие и компас. Нали и музиката, и правото са изкуства!

Държавата наистина създава правото, но и правото гради държавата. Общите ни усилия за усъвършенстване на правосъдието могат поне малко да доближат България до идеала за държава на Рудолф фон Йеринг: онази, в която всеки неин гражданин може да заяви със самочувствие като Людовик XIV: „Държавата — това съм аз“.

Редакционна колегия

Даниела Доковска — главен редактор
Васил Начков, Ели Христова, Ина Лулчева

Редакцията приема материали в обем не по-голям
от 20 стандартни машинописни страници (30 реда по 60 знака всеки).
Ръкописи не се рецензират и не се връщат.

Изданието се разпространява **безплатно** чрез адвокатските съвети.
Хонорари на адвокати не се изплащат.

Адрес на редакцията

София 1000
ул. „Калоян“ 1А
Висш адвокатски съвет
тел. 9875513, 9862861; факс 9876514
e-mail: VASlib@bitex.com; www.vas.bg

Адрес на издателството

София 1000, пл. „Славейков“ 4
тел. 9870141, e-mail: sibi@sibi.bg
<http://www.sibi.bg>

Сибѝ издателство за правна литература