**РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ**

**ВИСШ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ**

ул. „Цар Калоян” № 1-а, 1000 София, тел. 986-28-61, 987-55-13,

факс 987-65-14, e-mail: arch@vas.bg

Изх. №...............................

Дата: ......................2016 г.

**ДО**

**ОБЩОТО СЪБРАНИЕ НА**

**ГРАЖДАНСКАТА КОЛЕГИЯ**

**НА ВЪРХОВНИЯ КАСАЦИОНЕН СЪД**

**С Т А Н О В И Щ Е**

**НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ**

**по тълкувателно дело № 4 / 2016 г.**

 **УВАЖАЕМИ ВЪРХОВНИ СЪДИИ,**

Производството по тълкувателно дело № 4/2016 г. на ОСГК на ВКС е образувано с Разпореждане от 12.10.2016 г. по предложение на състав на ВКС, направено с Определение по чл. 292 ГПК, постановено по конкретно дело – Определение № 399/07.08.2016 г. по гр.д. № 2932/2016 г. на ІV г.о., с което е предложено на Общото събрание на гражданска колегия на ВКС да постанови тълкувателно решение по следния въпрос:

 **Съставлява ли абсолютна процесуална пречка за съществуването и надлежното упражняване правото на иск за отнемане на незаконно придобито имущество в полза на държавата прекратяването на наказателното производство за престъпление, посочено в разпоредбата на чл. 22, ал. 1 ЗОПДНПИ, извън случаите по чл. 22, ал. 2 ЗОПДНПИ?**

 На основание чл. 129, ал. 4 от Закона за съдебната власт (ЗСВ) излагам на вниманието Ви становище по поставения за тълкуване въпрос:

 **І. Поставен въпрос:**

СРазпореждане от 12.10.2016 г. на Председателя на ВКС, по предложение на състав на ВКС, направено с Определение по чл. 292 ГПК, постановено по конкретно дело – Определение № 399/07.08.2016 г. по гр.д. № 2932/2016 г. на ІV г.о., с което е предложено на Общото събрание на гражданска колегия на ВКС да постанови тълкувателно решение по следния въпрос:

 *Съставлява ли абсолютна процесуална пречка за съществуването и надлежното упражняване правото на иск за отнемане на незаконно придобито имущество в полза на държавата прекратяването на наказателното производство за престъпление, посочено в разпоредбата на чл. 22, ал. 1 ЗОПДНПИ, извън случаите по чл. 22, ал. 2 ЗОПДНПИ?*

 **ІI. Отговор по поставения въпрос:**

 **Според Висшият адвокатски съвет отговорът на поставения за тълкуване въпрос е, че** ***както прекратяването на производството, така и постановяването на оправдателна присъда по обвиненията за престъпления, индивидуализирани в чл.22, ал.1, представляват абсолютна процесуална пречка за провеждане на исковото производство за отнемане на имущество, образувано на по реда на чл.25 от ЗОПДНПИ*.**

 Мотивите за това становище са следните :

 **1. Не може да се сподели становището на определение 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. ВКС, според което основанията по чл.22, ал.1 от ЗОПДНПИ са „предпоставка за сезиране на Комисията за образуване на производство и за извършване на проверка“.**

**1.1. Формалноюридически несъответствия.**

а) Законът е прецизен[[1]](#footnote-1), когато урежда процедурата по сезирането на КОНПИ и актовете, чрез които това се прави. Това са уведомленията по чл.24, ал.1 и чл.25, ал.1 от ЗОПДНПИ, чието съставяне, съдържание, авторство и процедура по издаване са предмет на изрична регламентация и процедура, включваща – в случаите на чл.24, ал.1 от ЗОПДНПИ и правораздавателна компетентност на административнонаказващия орган, който трябва да прецени: а) възможността чрез административното нарушение да е бъде придобита облага, б) размерът на тази облага да бъде надхвърлящ сумата 150 000 лв. и в) тази облага да не може да бъде отнета по друг законен ред. Изчерпателна е уредбата на чл.25 от ЗОПДНПИ, регламентираща сезирането – автор, форма и съдържание, за всички останали случаи на лица, които са извършили или са обвинени за престъпления по списъка на чл.22, ал.1 от ЗОПДНПИ. Изчерпателният характер на процедурата по сезиране следва от нормата на чл.26 от ЗОПДНПИ, изключваща всяка друга форма на сезиране на КОНПИ, установявайки недопустимост на образуване на производство по проверка по анонимен сигнал. В цитираното определение съдът неглижира въпроса за единното административно правоотношение и административния характер на производството, което КОНПИ образува и провежда преди съдебната фаза. Той разглежда проверката по чл.21 - чл.36 от ЗОПДНПИ като някаква извънпроцесуална, лишена от административен характер, несъщинска административна дейност[[2]](#footnote-2) , а квалифицира като производство по отнемане в полза на държавата само съдебната част на производството – обезпечителни мерки и исково производство. Вероятно подведен от лошата редакция на чл.11, ал.1, т.1 от от ЗОПДНПИ, съдът не е съобразил, че: аа)административното производство започва още в момента на получаване на уведомлението, бб) образуването на проверката е акт на обвързана компетентност и вв) цялата проверка, разбирана, от една страна като специфично доказателствено средство[[3]](#footnote-3), а от друга, като административна процедура, осъществявана в кръга на компетентността на държавен административен орган, е част от цялостното административно правоотношение.

б) тълкуването, според което предпоставките по чл.22, ал.1 от ЗОПДНПИ са свързани само с процедурата по сезиране на КОНПИ, не държи сметка за установения в чл.4 и доразвит в чл.23 от АПК[[4]](#footnote-4) принцип на законност, който детерминира материалната компетентност на КОНПИ като административен орган. Административното производство може да бъде валидно образувано само ако има юридически факт, признат от закона като източник на материалната компетентност на административния орган. Както образуването на производството, така и извършването на проверката от страна на КОНПИ представляват административно производство, което е подчинено на правилата на административния процес по АПК, с установените в специалния закон отклонения. Принципът на законосъобразност на административния акт – в случая решението на КОНПИ за наличие на обосновано предположение, изисква към момента на постановяването му да са налице предпоставките, при които административното производство е било допустимо да се образува, т.е. при наличието на активна материална компетентност. Когато предпоставките за образуване на административното производство са отпаднали в хода на производството, материалната компетентност на административния орган е погасена и той няма право да постанови индивидуален административен акт, а ако го постанови, той би бил нищожен.

в) гражданското и административно право на Република България не познават процесуално понятие „предпоставки за сезиране“. Те разграничават много ясно субективното право на сезиране на административните и съдебни органи и процедурата по упражняването му от предпоставките за образуване на административно производство, неговото развитие и финал (погасяване чрез постановяване на индивидуален административен акт). Въведеното в определението на съда „предпоставка за сезиране“, за да съществува и да се прилага, би следвало да има специално установено от закона съдържание - и двете процедури се регулират с норми на публичното право (АПК и ГПК), а такова липсва или поне съдът не го е посочил в акта си.

г) неприложимост на понятието „законен повод“ в гражданското и административно право. Погрешното приравняване на законната предпоставка, предвидена в чл.22, ал.1 от ЗОПДНПИ, на законен повод по смисъла на чл. 207 - 209 от НПК, направено в РКС № 13/2012 г[[5]](#footnote-5)., не държи сметка за разликата между наказателни, административни и граждански процедури. Алогично е и невъзможността процедури от НПК да се прилагат пряко в производства по административни и граждански дела. Още повече при процедури, които обслужват конкретна специфика на наказателното производство, каквито са уредените в НПК конкретни хипотези на законен повод и достатъчно данни. Мотивите на РКС №13 / 2012 г. в тази им част, които вероятно са били съобразени от съда при постановяване на обсъжданото определение, не представляват задължително тълкуване и не обвързват ОСГК при разрешаване на поставения за тълкуване въпрос.

д) при квалифициране на изискванията на чл. 22 от ЗОПДНПИ единствено като „предпоставка за сезиране на Комисията“ ще остане необяснимо от юридическа гледна точка задължението на КОНПИ, установено в чл.77, ал.4, т.5 от ЗОПДНПИ, за доказване пред съда в производството по чл.74 и сл. от ЗОПДНПИ на предпоставките на чл.22, т.е. на наличието на обвинение за престъпление, което попада в обхвата на приложимост на закона.“ Предпоставките за сезиране“ при административното производство, ако не бяха и предпоставки за възникване и реализиране на субективното материално право на отнемане в полза на държавата, не биха били нито предмет на спор, нито на доказване в хода на исковото производство.

е) погрешно съдът разглежда като абсолютна процесуална предпоставка за провеждане на исковото производство единствено „наличие на обосновано предположение на комисията, че дадено имущество е незаконно придобито имущество“. Всъщност тази предпоставка е основание единствено за приемане на решение на КОНПИ за предявяване на иск, при това е предпоставка само за приемане на този индивидуален административен акт. Този индивидуален административен акт подлежи на косвен контрол от страна на съда в хода на исковото производство и при него съдът ще проверява наличието или отсъствието на тази предпоставка като основание за валидност и законосъобразност на ИАА.

 **1.2. Относно аргумента за „разширеното понятие за подлежащо на отнемане имущество“**

В определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ВКС, ІV г.о. като основание за изключване на престъплението като абсолютна процесуална предпоставка за производството по ЗОПДНПИ служи мотива, че за разлика от ЗОПДИППД, по този закон на отнемане подлежи не само придобитото от престъпна дейност, но и всяко имущество, за придобиването на което не е установен законен източник. Този аргумент подменя предмета на спора. Въпросът не е за това какво подлежи на отнемане, в който случай аргументът би бил състоятелен. Спорът за предпоставките за възникване и реализиране на правото на отнемане на държавата е кому може да се отнеме имуществото. И в съответствие с този въпрос законодателят е формулирал извънредно ясен отговор – може да се отнема от тези, които генерират незаконно имущество защото са престъпници и административни нарушители. Какво и колко ще отнемеш на тези лица има значение за обекта на субективното право на отнемане, но не и на предпоставките му за възникване. Този отговор напълно съответства на мотивите на законодателя, според които законът е средство за борба с организираната и трансгранична престъпност и е приет в изпълнение на изисквания на правото на ЕС, регулиращо отношенията по замразяването и отнемането на имущество, придобито от престъпна дейност.[[6]](#footnote-6)

 **1.3. За понятието „незаконно имущество“.**

Съдържанието на понятието „незаконно имущество“ има значение за спора по настоящото тълкувателно дело, защото е въведено като аргумент за различен предмет на правно регулиране в сравнение със ЗОПДИППД, а от там и за невъзможността престъплението да бъде процесуална предпоставка за отнемане на имуществени права. Това съдържание има съществено значение, защото предопределя границите на правния спор, съответно част от предмета на доказване. Обратно на извода на съда по цитираното определение № 335/ 06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ВКС, ІV г.о., престъпленията по чл.22 от ЗОПДНПИ са квалифициращ признак на подлежащото на отнемане незаконно имущество. Липсва ли той, липсва право на образуване на административното производство, вкл. неговата първа част – проверката за наличие на значително несъответствие, липсва и процесуална предпоставка за образуване на исково производство.

Поради концентриране на усилията върху провежданата пропагандна кампания за възхваляване на ЗОПДНПИ като средство за възстановяване на чувството за справедливост, законодателят е пропуснал да дефинира понятието „незаконно имущество“ по начин, който изключва двусмисленост и неопределеност. За разлика от подхода на неговия първообраз[[7]](#footnote-7) - Закона за конфискуване на придобитите чрез спекула и по незаконен начин имоти (ДВ бр.78/1946 г.- отм.) (Закон за конфискуване), ЗОПДНПИ не предвижда определение на това кое е „придобито по незаконен начин имущество“[[8]](#footnote-8). Чл.1, ал.2 от ЗОПДНПИ приравнява „незаконното имущество“ (чл.1, ал.1) на „имущество, за придобиването на което не е установен законен източник“ (чл.1, ал.2), но законодателят си служи и с други изрази - „незаконно придобито имущество“ (чл.62), създавайки допълнително тълкувателно усложнение, защото създава презумпция върху презумпция – чл.21, ал.2 във вр. с ал.1 във вр. с чл.1 ал.2 и §1, т.7 от ДР на ЗОПДНПИ.

Принципният въпрос тук е кое имущество може да дефинираме като „незаконно имущество“, „незаконно придобито имущество“ или „имущество за придобиването на което не е установен законен източник“ и относими ли са тези категории към придобиваното имущество от всички граждани и юридически лица на територията на Република България, а и на всички субекти, спрямо които този закон се прилага, независимо от териториалното действие? Тълкуването на понятието „незаконно имущество“ не може да се изведе чрез сравнителноправно изследване[[9]](#footnote-9), защото няма друга правна система, вън от англосаксонските, която да го използва с това съдържание и изразни средства[[10]](#footnote-10). Не може да се постигне и чрез историческо тълкуване, защото са различни по съдържание понятията на ЗСГ (отм.) за „нетрудови доходи“, „придобити по незаконен начин имоти“ по Закона за конфискация или „незаконно обогатили се чиновници“ по Закон за преследване на незаконно обогатили се чиновници (1895) /отм./ и „незаконно придобити имоти“ по смисъла на Закона за отнемане в полза на държавата на на незаконно придобити имоти (1919) /отм./.

Според преобладаващото мнение за съдържанието на понятието всички използвани изразни средства би трябвало да се разбират като „имущество, за придобиването на което не е установен законен източник“[[11]](#footnote-11). Подобен извод веднага и изцяло компрометира цялата текуща теория и практика на КОНПИ (в административна и съдебна фази), защото поставя акцент върху: а) установяване на индивидуализирани имуществени права, б) отделени от масата на всички имуществени права по своя титуляр и неговото присъствие в списък на повдигнати обвинения за конкретни престъпления, в)изследване на способите за придобиване на тези права, г) изследване на източника (вероятно на средства) за придобиване на тези права и г) законността на този източник. Законът установява задължение на КОНПИ да доказва съществуването и всички тези обстоятелства в административната, и съдебната фаза на производството – чл.11, ал.1, т.12 ичл.77, ал.4,т.2 и т.5 от ЗОПДНПИ. В дейността и актовете си КОНПИ прави опит да разреши практическите си проблеми при тълкуване и прилагане на закона и неопределеността на законовата дефиниция, от една страна чрез превратно тълкуване на установените от закона оборими и необорими доказателствени презумпции – чл.1, ал.2, чл.21, ал.2, чл.63, ал.2, чл.68 от ЗОПДНПИ и т.н. в опит да упражни натиск върху съда за узаконяване на тази практика с решения по чл.290 ГПК, а от друга страна, чрез законодателни усилия за промяна в закона[[12]](#footnote-12), която да предефинира доказателствената тежест, прехвърляйки я върху ответниците, дори в случаите, когато те са различни от проверяваното лице.

**1.4. Съдържателно несъответствие в условията на reductio ad absurdum.**

Не може да се сподели становището, според което основанията, предвидени в чл. 22-24 от закона са „предпоставка за сезиране на К за образуване на производство“.

Да се възприеме застъпваното в определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. ВКС, становище за висящото наказателно производство като своеобразен „ключ“ за достъп до производството по проверка на КОНПИ, би означавало да се твърди и приеме, че законодателят а)не разграничава обектите на правото на отнемане според титулярите на правото на собственост - персонално и като източници на доходи или б) свързва възникване на конститутивното право на отнемане единствено с наличие на съобщение от компетентен орган, независимо от предпоставките за упражняване на дискреционната му власт. Подобно твърдение обаче не държи сметка за спецификата на преобразуващите субективни права – техния вторичен характер, обусловен от функцията им на елемент от състава на друго, основно и, за да възникнат гражданскоправни последици[[13]](#footnote-13), гражданско правоотношение[[14]](#footnote-14). Да се откъсне възникването и валидността на правото на отнемане от предпоставките за възникване на основното гражданско правоотношение[[15]](#footnote-15), от неговото съществуване и валидност, съответно от условията, при които от това правоотношение може да възникне, като резултат на правонарушението, материалното субективно право на отнемане за държавата, означава да се приеме, че едно преобразуващо право може да възникне без законът да е уредил неговото съществуване. Точно това е станало в цитираното определение. Съдът е приел, че независимо дали съществува или не правонарушението[[16]](#footnote-16), което би следвало да е източник на материалното право на държавата за отнемане, производството може да бъде проведено и имуществото отнето. По този начин е допуснал смешение между главно и производно правоотношение и е изключил от уравнението главното, съответно занимал се е с „техниката“ на установяване, а не с предпоставките за възникване на правото на установяване, явяващо се предпоставка за възникване и упражняване на държавното насилие върху личността и имуществото на лицата, които са обект на проверка или на производство за отнемане. В този смисъл съдът не е различил необходимостта от установяване и наличие на предпоставките за правонарушението – в случая установените от закона престъпления[[17]](#footnote-17) и административни нарушения, като условие за възникване на правото на отнемане и провеждане на процедурата по неговото реализиране. Така се е стигнало до смесване на предпоставки за образуване на административно производство с предпоставки за възникване на субективно материално право и предпоставки за предявяване на преобразуващ иск[[18]](#footnote-18). От тук, чрез тълкувателния инструмент на правото, познат като reductio ad absurdum, стигаме до абсурдния извод, че административно производство по чл.25 от ЗОПДН може да бъде образувано без да са налице предпоставките, при които органът може да извърши проверка, съответно че може да предяви преобразуващ иск за потестативно право на отнемане, въпреки отсъствието на признаците, които правят незаконно, т.е. отнимаемо, имуществото. Подобно решение е абсурдно по отношение на проверяваните лица, разбирани от закона като престъпници и правонарушители, генерирали имуществото си чрез правонарушенията, но е дваж по – абсурдно за третите лица, чието имущество се отнема без да са нарушили закона. От друга страна, още по – абсурдно би било поддържането на тезата за обвинението като предпоставка за сезиране, защото би означавала законодателят да е поставил в абсолютно неравноправно положение поданиците си, като отказва да отнема незаконното имущество на онези, които не могат да бъдат обект на проверка, защото спрямо тях не са налице предпоставките за сезиране по чл.22 - чл.24 от ЗОПДНПИ. Опитът да се направи формално разграничение на обекта на право на отнемане според индивидуализацията на кръга лица, които могат да бъдат проверявани, означава начално разделение на подлежащо на отнемане незаконно имущество по персонален признак и съзнателен отказ на законодателя от отнемане на незаконното имущество на лица, които не подлежат на проверка – престъпници и правонарушители, вън от кръга на допустимите за проверка лица. Подобно разграничение бе противоречало пряко на прокламираните в чл.3 и чл.4 законност и пропорционалност на мерките за ограничаване на собствеността.

**1.5. За нормата на чл.2 от ЗОПДНПИ и отделните производства.**

Последният аргумент на определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. ВКС е свързан с тълкуването на правилото на чл.2 от ЗОПДНПИ, според което, производството по отнемане се провежда независимо от наказателното производство. Подобно тълкуване няма опора в закона, защото:

а) абстрактният характер на „гражданската конфискация“ е по – скоро умозрителна теоретична конструкция без връзка с действителността. Нищо абстрактно няма нито в установяване на придобиваните имуществени права, нито в приходите на проверяваното лице, нито в установяването на останалите релевантни факти, вкл. на източниците на финансиране и тяхната законност. В този смисъл абстрактният характер на производството по отнемане на незаконно имущество се отнася единствено до прекъсването на връзката между конкретно правонарушение и конкретното придобито имущество, поради което не може да се разглежда като абсолютен. При всяко отделно производство, във всяка всяка от фазите му, КОНПИ следва да доказва обстоятелствата по чл.11, ал.1, т.12 и по чл.77, ал.4, т.т. 2 и 5 от ЗОПДНПИ. Само по този начин може да се установи наличието на предпоставките за възникване на правото на отнемане в полза на държавата и неговите граници (вкл. обекти на отнемане, равностойност на отчуждените имуществени права и т.н.);

б) производството по отнемане се провежда при спазване правилата на ГПК, а чл.229, ал.1,т.4 от ГПК определя правилата за допустимост на исковото съдебно производство[[19]](#footnote-19), поради което спирането на производството до установяване на фактите, които имат правно значение и ще бъдат установени със задължителна сила от актовете на друг граждански, наказателен или административен съд, представлява изпълнение на законово задължение и за него съдът следва служебно да следи;

в) самата формулировка на чл.2 от закона е проява на много лоша законодателна техника и/или на сляпото подражаване на нормата на чл.21 от Закона за конфискуване (1946), която не е годна за следване, защото представлява регулиране на специална наказателна процедура към общо наказателно производство[[20]](#footnote-20). От една страна тя не държи сметка за съотношението обща норма – специална норма, а от друга, не прави разлика между производствата, в качеството им на уредени от закона процедури за осъществяване на наказателно, административно или гражданско правораздаване и актовете на съда, постановени в хода на производствата. Поради това в нормата не се съдържа правило, което да игнорира нормите на чл.17 и чл.302 от ГПК по отношение на актовете на административния съд, съответно на чл.300 от ГПК относно актовете на наказателния съд.

**2. Преюдициалните спорове и зависимостта на производството по „гражданска конфискация от тях.**

**2.1. Неотклонимо обуславящо (преюдициално) значение на наказателното производство за съдържанието на съдебния акт по исковете по ЗОПДНПИ.**

Всички искове по ЗОПДНПИ срещу проверяваното лице и останалите възможни ответници са свързани с имуществото, предмет на отнемане. Такива са и всички действия на КОНПИ в административната и съдебна фаза на производството. Установяването на наличността и елементите на имуществото на лицето, спрямо което са едновременно образувани и паралелно развиващи се наказателно и административно производство[[21]](#footnote-21), представлява едновременно задължение на органите на досъдебното производство и на КОНПИ. За прокуратурата и органите на досъдебното производство то следва от правилата на чл. 44-47, чл.53 от НК относно: 1) задължението за установяване на имуществото във връзка с предприемане на действия за обезпечаване на гражданския иск, 2) същите действия за обезпечаване на наказанията глоба и конфискация, 3) за осигуряване и обезпечаване на отнемането предмета и/или средство на престъплението, в случаите предвидени в специалната част на НК. В този смисъл са процесуалните разпоредби на чл.чл.72,73, 73а НПК и много други. За административното производство и неговата последваща съдебна фаза с имуществото на проверяваното лице се занимава КОНПИ по задължение от чл.28 от закона. Между правата на държавата в наказателното производство и тези в административното производство по отнемане съществува конкуренция - обективна, защото засягат едни и същи имуществени права (чрез техните вещни носители) и субективна, защото се засягат правната сфера на други правни субекти, претендиращи свои субективни права върху същите обекти на имуществени права. Тази конкуренция, според нас, е разрешена в полза на преимуществото на наказателното производство, доколкото чл.3 от ЗОПДНПИ специално предвижда предимство на правата на „засегнатите лица и пострадалите престъпленията“, имащи право на защита в рамките и по реда на НПК, пред правото на държавата да приложи ограниченията на собствеността, предвидени в закона[[22]](#footnote-22). Това се явява принципна предпоставка, от която зависи пропорционалността на прилаганите ограничения върху правото на собственост.

Преюдициални по дефиниция са въпросите, по които присъдата на наказателния съд има задължителна сила за производството пред граждански съд – чл.300 ГПК. Това са всички случаи, в които користната цел и/или вредите (вкл.размера им) са част от състава на престъплението. Такива са практически всички престъпления, описани в чл.22 от ЗОПДНПИ.

Преюдициални са във всички случаи въпросите за отнемане на правото на собственост по реда на чл.53 от НК на вещите, описани в хипотезиса на правната норма – вещите, които принадлежат на виновния и са били предназначени или са послужили за извършване на умишлено престъпление; вещите, които принадлежат на виновния и са били предмет на умишлено престъпление - в случаите, изрично предвидени в особената част на НК; вещите, предмет или средство на престъплението, притежаването на които е забранено, и придобитото чрез престъплението, ако не подлежи на връщане или възстановяване.

Безусловно преюдициален е въпросът с имуществото на подсъдимия, когато за престъплението, в което е обвинен, е предвидено наказание конфискация. Налагането на наказанието и неговия размер определят имуществените права, които могат да бъдат обект на отнемане по реда на ЗОПДНПИ. Конфискуването им като наказание за престъплението не може да се тълкува като акт на отчуждаване или състояние на липса на конкретните имуществени права и съответно не може да бъде приложено правилото на чл.72 от ЗОПДНПИ за отнемане на паричната им равностойност.

Преюдициални ще бъдат и споровете относно всички обезпечени по реда на чл.72 - чл.73а от НПК, респ. ГПК, вземания за конфискация, глоба, граждански искове в наказателния процес (деликтни) и такси и разноски по делата.

**2.2. Преюдициални въпроси, свързани с административните актове на КОНПИ в производството по отнемане.**

Административният орган по установяване и отнемане на незаконното имущество - КОНПИ, формира своята воля чрез постановяване на решения. Всички решения на КОНПИ, които се явяват предпоставки за а) възникване на преобразуващото материалното право на държавата за отнемане на незаконното имущество и б) за възникване на процесуалните предпоставки за съдебно упражняване на това материално право, представляват индивидуални административни актове. За всеки от тях се отнасят правилата на чл.17 и чл.302 от ГПК за косвения контрол върху валидността и законосъобразността на тези актове, съответно за обвързващото действие на съдебните решения на административните съдилища, които са разглеждали и са се произнесли по спорове със същия предмет.

Във всички случаи на т.2.1. и т.2.2. горе ще са налице предпоставките на чл.229, ал.1, т.4 от ГПК и съдът ще бъде принуден да спре производството.

**3.За правното значение на решение № 13/2012 г. на КС на РБ и обвързващата сила на неговите мотиви.**

На съдържанието на мотивите на това решение се позовава практиката, която следва разрешенията на определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. на ВКС.

То следва да бъде ценено и тълкувано с резерви, защото:

 а) прилага правила за образуване на наказателно производство по НПК към образуване на административно производство;

 б) погрешно определя фазите на производството по отнемане, пропускайки фазата от административното производство, в която се формират решенията за образуване на производството, за предявяване на искане за обезпечение и за предявяване на искове, съответно за прекратяване на административното производство;

 в) погрешно приема, че във фазата на предварителната проверка и формиране на изводите на КОНПИ за образуване на производството актовете на КОНПИ не мога да засегнат права и законни интереси на физическите и юридически лица;

 г) погрешно квалифицира „основателното предположение“ на КОНПИ като основание за възникване на правото на отнемане и единствена предпоставка за упражняване на това право по съдебен ред;

 д) приема допустимо съществуването на доказателствени презумпции, които облагодетелстват държавата (КОНПИ) в условията на отнемане на имущество без връзка с наказателно производство, провеждано срещу трети лица, които не са нарушили закона;

 е) позовава се на право на ЕС, което не е приложимо към законовата хипотеза за отнемане на незаконно имущество, а регулира отнемането на имущество, придобито от престъпление;

 д) квалифицира процедурата като гражданска само на основание, че към нея не се прилагат правилата на НПК и др. подобни.

Мотивите на съдебните решения, вкл. тези на КС на РБ, няма задължителна сила, поради което ОСГК не може да бъде обвързано от аргументите, които определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. на ВКС ползва в мотивите си за да обоснове приетото разрешение.

**4. Право на ЕС и отнемане на имущество.**

В правото на ЕС производство за отнемане на незаконно имущество, идентично по процедура и съдържание с това по ЗОПДНПИ няма.

Правото на ЕС не съдържа правни норми, които да регулират право на държавата да отнема незаконно имущество и не си служи с никое от понятията „отнемане на незаконно имущество“, „отнемане на имущество с незаконен произход“, или „отнемане на имущество, за придобиването на което не е установен законен източник”. Само в Република Франция, като национално, а не като право на ЕС, е уредена санкция за „притежаване на активи с незаконен произход“, което със сигурност няма нищо общо с дефиницията - фикция на чл. 1 ал.2 от ЗОПДНПИ, според която „за незаконно имущество се смята това, за което не е установен законен източник“.

Всички правни норми, които регулират отнемане на имущество, свързват процедурата и намират основание за ограничаване на правото на собственост само в случаите, когато процедурата е насочена към замразяване на активи с цел бъдещо отнемане, получени от престъпна дейност и за отнемане на имущество, което е придобито от престъпна дейност, при това престъпна дейност, която е изрично индивидуализирана, макар списъкът с престъпленията да се разширява.

В изключителни случаи, когато националните условия и традиции са специфични, съответно при особени проявни форми на заплаха за обществения ред като тероризъм в Ирландия и мафия в Италия, се допуска т.н.“разширена конфискация“, т.е. на имуществото, което не е пряко придобито от престъпна дейност.

Във всички случаи производството е наказателно, отнемането без предварително постановена присъда на наказателен съд – изключение, при това стриктно регулирано и относимо само към подсъдимия и неговото имущество. Отнемането на имуществото от трети лица, което е установено като правило в българския закон, е неприложимо или, в случаите когато законът го допуска, това може да стане при крайно ограничителни условия и при много засилена защита на ответниците – трети лица, в хода на наказателното производство.

Законът пряко противоречи на Директива 2014/42/ЕС от 03.04.2014 г., която урежда процедурата по обезпечаване и отнемане на имущество, придобито от престъпна дейност като стриктно наказателно производство и която, въпреки задължението на Република България да транспонира съдържанието и до края на 2016 г., за съжаление не е транспонирана.

**5. Наказателна или гражданска процедура.**

Производството по отнемане на незаконно имущество, въпреки клетвите и квалификациите на авторите на закона, е типична наказателна процедура.

На първо място, тя е наказателна най - малко по резултата си по отношение на всички лица, които са различни от проверяваното лице, защото те биват санкционирани, чрез накърняване на патримониума им, въпреки отсъствието на тяхно противопровна поведение. По отношение на тях е въведена санкция за чуждо притивоправно поведение и процедурата по налагането на тази санкция изключва годни за пълноценна защита процесуални средства. Нещо повече, процедурата е изкуствено увреждаща техните права и законни интереси и облагодателстваща държавата, като поставя доказателствения процес в зависимост от каскада от условно оборими[[23]](#footnote-23) и необорими презумпции[[24]](#footnote-24), изключващи възможността за свободна преценка на съда. Нито една презумпция не е въведена за да облекчи или обезпечи защита на имуществено или процесуално право на тези трети, по отношение на проверяваното лице, лица.

На второ място, тя е наказателна по отношение на проверяваните лица, защото въвежда спрямо тях процедурни правила, които изключват пълноценна защита и способи за установяване на фактите по законността на източниците на доходи и тяхната законност за продължителен период от време назад. Според начина на тълкуване на определение № 335/06.07.2016 г. по ч.гр.д.№ 2462/2016 г. на ІVг.о. на ВКС, те могат да бъдат сполетени от отнемане на част или цялото имущество, без да са извършвали каквато и да е незаконно дейност, само защото не са успели да оборят – примерно поради недостиг на доказателства- презумпцията за престъпен характер на имуществото, което притежават.

На трето място, тя е наказателна по традиция, защото като такава е била уреждана от Закона за конфискуване (1946 г.), въпреки обратните уверения и министъра на правосъдието, вносител на законопроекта, който е твърдял, че действието на този закон е гражданско и на това основание може да има презумпция за спекулативен характер на всяко увеличено в даден период имущество. Съгласно Тълкувателно постановление № 1/1993 г. на Пленума на ВС на РБ, цялата процедура по Закона за конфискуване (1946) е обявена за наказателна и като такава е третирана в последващите актове на ВС на РБ.

 На последно място, в решение №13 на КС на РБ, гражданският характер на процедурата е изведен без обосновка с позоваване на обстоятелството, че процедурата по отнемане е различна от досъдебното и съдебно производство по НПК. Същевременно КС сам прилага правилата на НПК при разграничаване на предпоставките и фазите на производство, специално препращайки към непознати за административното производство предпоставки за образуването му, като законен повод и достатъчно данни.

 По изложените съображения би следвало да се подкрепи тълкуването по този въпрос, дадено в Определение № 165/13.06.2016 г. по ч.гр.д.№ 921/2016 г. на ВКС, І г.о.

 **УВАЖАЕМИ ДАМИ И ГОСПОДА ВЪРХОВНИ СЪДИИ,**

 **Изхождайки от изложените аргументи Висшият адвокатски съвет предлага на Общото събрание на съдиите от Гражданска колегия на Върховния касационен съд да приеме, че както прекратяването на производството, така и постановяването на оправдателна присъда по обвиненията за престъпления, индивидуализирани в чл.2 2, ал. 1, представляват абсолютна процесуална пречка за провеждане на исковото производство за отнемане на имущество, образувано на по реда на чл.25 от ЗОПДНПИ.**

ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВИСШИЯ

АДВОКАТСКИ СЪВЕТ:

 РАЛИЦА НЕГЕНЦОВА

1. Прецизността му е относителна и засяга само част от процедурните правила, едно от които е коментираното. [↑](#footnote-ref-1)
2. Николов, Н. Гражданската конфискация, Фенея, 2012, нарича предварителната проверка по чл.21-27 от ЗОПДНПИ „**предфаза“**, макар да признава, че действията на директора по образуване на проверката са действия на обвързана компетентност, т.е. действия в изпълнение на административно задължение като елемент на административно правоотношение. [↑](#footnote-ref-2)
3. В чл.21, ал.2 от ЗОПДНПИ, проверката е определена като доказателствено средство и единствен източник на информация за формиране на обосновано предположение. [↑](#footnote-ref-3)
4. Димитър Костов, Дончо Хрусанов, Административен процес на Република България, Сиби, 2011, второ издание, стр.114 и сл. [↑](#footnote-ref-4)
5. Несподелими са и други изводи от мотивите на това решение, между които тези за трите фази на производството по отнемане, за гражданския характер на процедурата, защото *„преценявано в своята цялост и единство, производството по оспорения закон е гражданско, защото е ясно разграничено по време, правила и съдържание от производството по* *Наказателно-процесуалния кодекс (НПК*)“ или за прокуратурата като *„независим орган на съдебната власт“.* [↑](#footnote-ref-5)
6. Многократно акцентирано в мотивите на НС като основание за създаване на ЗОПДИППД(отм.) и неговото „доразвитие“ от ЗОПДНПИ. [↑](#footnote-ref-6)
7. В Република България все по рядко се проявява законодателна творческа зрелост вън от копиране на предходни законодателни решения, главно за постигане на популистки политически, а не юридически цели. [↑](#footnote-ref-7)
8. Чл.3 от Закона за конфискуване гласи: „Придобити по незаконен начин имоти по смисъла на този закон са:

 а) имотите, които длъжностни лица(включително и народни представители) или частни лица ( физически и юридически са придобили във връзка : с извършено престъпно деяние или нарушение на служебни длъжности или чрез пряко или косвено облагодетелстване от властта и

 б)имущества придобити под каквато и да било форма за или във връзка с противонародна дейност.“ [↑](#footnote-ref-8)
9. Обратно на твърденията на КОНПИ и „Трансперънси интернешънъл“, никое законодателство в ЕС не ползва понятията „незаконно имущество“ и „имущество, придобито от престъпна дейност“ с едно и също съдържание. [↑](#footnote-ref-9)
10. Вместо всички за страните на общото право, основанията за претенции срещу вещи(in rem) в правните им системи и недопустимостта за сляпо копиране в държавите от континенталната правна система вж. Асен Дюлгеров, Правен свят, 18.01.2012 г. „За континенталната система гражданската конфискация е непримлива“. [↑](#footnote-ref-10)
11. Така и според решение на КС № 13/2012 г. [↑](#footnote-ref-11)
12. Включително при приемането на последния ЗИДЗОПДНПИ от 2016 г.(непоубликуван) [↑](#footnote-ref-12)
13. Каквато се твърди да е възникването на субективното материално право на държавата за отнемане на имуществото, осъществявано в съдебната му фаза по правилата на ГПК. [↑](#footnote-ref-13)
14. За производния характер на преобразуващите субективни права вж. по конкретно Ст.Брайков, Преобразуващи искове и преобразуващи решения, Сиби, 2014, стр.60 и сл. [↑](#footnote-ref-14)
15. Правото на отнемане на „незаконно имущество“ най-често се обосновава с твърдението, че съществува някаква обща забрана, подобно на генералния деликт, която би следвало да гласи „ не придобивай незаконно имущество“. От нарушаването на тази генерална забрана, представляваща общото гражданско правоотношение, възниква секундарното право на отнемане, установено като субективно, преобразуващо материално право от действащия закон. [↑](#footnote-ref-15)
16. Вместо всички Р.Ташев, Обща теория на правото, стр.238 и сл., т.т.159 и сл. относно неправомерните юридически действия и правонарушенията като вид към рода, съответно за фактичесикя състав на правонарушението. [↑](#footnote-ref-16)
17. В предварителната им фаза само на постановление на прокуратурата за квалифициране на обвинението. [↑](#footnote-ref-17)
18. Тази грешка е допусната и в цитираното в него решение на КС на РБ с № 13/2012 г. [↑](#footnote-ref-18)
19. В този смисъл ТР № 1/2001 г. на ОСГК на ВКС, ТР № 8/2013 и други, отразяващи общото разбиране за обективния характер на пречката и недопустимостта за развитие на производството при преюдициален спор. [↑](#footnote-ref-19)
20. Чл.21 от Закона за конфискуване(1946), постановява, че:“производството по този закон се извършва отделно от главното наказателно преследване“. [↑](#footnote-ref-20)
21. Административният характер на проверката и производството до внасяне на исковете от КОНПИ за отнемане на имуществото към настоящия момент е приеман като господстващо правно разбиране. [↑](#footnote-ref-21)
22. Новелата на чл.90а от ЗОПДНПИ не променя този извод, защото разглежда една от възможните законови хипотези, относима към случаите в които производствата по присъждане на обезщетенията на пострадалите от престъплението е провеждано след производството по отнемане, независимо от причините за това. [↑](#footnote-ref-22)
23. Условно оборими са за третите лица, защото изискват те да оборват презумпция за придобиване на имущество от проверяваното лице и да доказват законен произход на средствата за придобиване, които проверяваното лице (правонарушителят) е използвало при придобиване на конкретните имуществени права. [↑](#footnote-ref-23)
24. Примерно презумпцията на чл.63, ал.2 от ЗОПДНПИ, която установява, че имуществото на едно лице всъщност е имущество на друго. [↑](#footnote-ref-24)