

КРИТИЧЕН ПРЕГЛЕД НА СЪДЕБНАТА ПРАКТИКА

НЯМА НЕЗАВИСИМА ПАЛУБА НА ПОТВЪЩ КОРАБ

*Валентин Брайков**

1. Няма правосъдие въобще, както няма истина въобще. И двете изискват конкретно слово и факти. Правосъдието не може да бъде и анонимно – авторите на съдебните актове са известни лица. Когато например пред британски съд се коментират прецедентни решения, позоваването не е по №, година и отделение на висшата юрисдикция, а „Решение на лорд Денинг“, „Решение на лорд Филипс“, „Решение на лорд Диплок“ и т.н. Понятието „върховен съд“ не е табела за анонимна воля и солидарна отговорност на всички негови членове, защото няма солидарна съвест. Един върховен съдебен акт не е статия в списание „Икономист“, където зад всяка публикация стои цялата редакция, а не конкретно име.

От друга страна, ако ние не започнем да сочим поименно авторите на коментирани решения, няма как да диференцираме отношението си между съдиите, чийто поглед търсим за поздрав, и онези, чийто поглед отбягваме в коридорите на палатата. Децата ни очакват от нас тази минимална добродетел. На тях не бива да завещаваме усещането за някакви съдебни космонавти, чиято институция е своеобразна орбитална станция, осигуряваща им социална безтегловност и поглед към нас от небето. Уважението към съда не включва малодушие и страх да се казва истината. Българските върховни съдии имат право да изискват точно толкова уважение и почит към себе си, колкото уважение самите те с действията си демонстрират към решенията на международните съдилища в Страсбург, Люксембург и Хага.

2. Повод за настоящите редове е Решението на Първо отделение на Европейския съд по правата на човека в Страсбург от 12 януари 2006 г. по делото *Кехая и др. срещу България*, постановено от състав: К. Л. Розакис (председател) и член-съдии: Н. Важич, С. Ботушарова, А. Ковлер, Е. Стайнер, Д. Спилман и С. Е. Йебенс, както и отказът то да бъде съобразено в определение по касационно допускане № 692/2011 на ВКС-РБ I г.о. в състав: Жанин Силдарева (председател) и член-съдии Диана Ценева и Бонка Дечева.

* Адвокат от София.

Въпреки широката известност на решението *Кехая с/у България*, ще си позволя негово кратко резюме за незапознатите с него. Отчитам и обстоятелството, че това решение е задушавано от медийна тишина поради изключителната си непривлекателност за управляващия елит и съдебната аристокрация. Публичното му позоваване е предимно от адвокати. Става въпрос за приключила през 1995 г. с окончателно съдебно решение реституция на земеделска земя в производство срещу съответната поземлена комисия. През 1977 г. собствениците влизат във владение и получават нотариален акт. През 1998 г. местното лесничейство започва ревандикационен иск на основание неучастието си в предишния процес и окончателно спечелва делото пред Върховния касационен съд през 2000 г. – спорната земя се връща на държавата.

Съдът в Страсбург категорично и недвусмислено заклеява този български фокус, наречен „косвен контрол“, и го обявява за нарушение на чл. 6, § 1 (правото на справедлив процес) от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи и чл. 1 от Протокол № 1 към Конвенцията (защитата на правото на собственост). Според Съда никой не дава право на българската държава и нейното правосъдие да преразглежда влязла в законна сила реституция. И поземлената комисия, и лесничейството са държавни органи, което означава, че влязлото в сила решение срещу първата обвързва и второто, защото те са крайници на едно и също тяло – държавата. Т.е. за съда в Страсбург няма никакво съмнение, че земята е собственост на частните лица, спечелили реституционното дело през 1995 г., и че опитът за ревизия на реституцията чрез последваща ревандикация от друг държавен орган е бил безсмислено упражнение.

В т. 69 от мотивите на това решение се казва дословно следното:

„Подходът на Върховния касационен съд в решението му от 10.10.2000 г. освен това е имал действието да осигури на държавата „втори шанс“ за преразглеждане на спор, който вече е решен с окончателно решение в производство за решаване на спор, в който друг държавен орган, специализиран административен орган, отговорен за реституцията – поземлената комисия, – вече е бил страна и е разполагал с всички процедурни средства да защити държавните интереси. Такова преразглеждане очевидно е било възможно без ограничение във времето и е можело единствено да се предотврати след изтичане на релевантния срок за придобивна давност. Този подход е бил небалансиран и е създавал правна несигурност“.

Т. 76: „...Настоящото дело засяга непризнаването на действието на *res judicata* от окончателното решение, произнесено в производство за решаване на спор. Не може да се счита, че обществен интерес, натежаващ над основния принцип за правна сигурност и правата на жалбоподателите, оправдава преразглеждане на спора и в резултат на това – лишаване от собственост без компенсация.

В резултат на горното диспозитивът на това единодушно решение е:

1. *Установява* нарушение на чл. 6 от Конвенцията (право на справедлив съдебен процес) спрямо гражданското производство, приключило на 10.10.2000 г.

2. Установява нарушение на чл. 1 от Протокол № 1 към Конвенцията в частта, че жалбоподателите са били лишени от собствената им земя.

Съгласно чл. 32 от Конвенцията Съдът в Страсбург решава всички въпроси по тълкуването и прилагането ѝ, а според чл. 46 решенията му имат задължителна сила. Т.е. всяко решение на ЕСПЧ чрез тълкувателния си ефект става част от Конвенцията, нейна конкретизирана норма. А щом Конвенцията е задължителна за България, актовете по нейното тълкуване са не по-малко задължителни за българския съд.

3. Точно същият сценарий се повтаря през 2003–2011 г. при реституция на земя в Правец. През 2003 г. влиза в сила окончателно реституционно решение на Ботевградския районен съд в полза на частните лица срещу Общинска служба „Земеделие“. Лицата са въведени във владение и получават нотариален акт. През 2007 г. Държавната агенция за метрологичен и технически надзор започва ревандикационен иск срещу частните собственици на земята на основание неучастието си в предишното реституционно производство. Ревандикацията е отхвърлена от Ботевградския районен съд и от Софийския окръжен съд. На 10.11.2011 г. горепосоченият състав на Върховния касационен съд, I г.о., постановява определение № 1043 по гр. д. № 692/2011 г. за допускане на касация срещу отхвърлянето на ревандикацията – докладвано от уважаваната Жанин Силдарева. И делото ускорено е насрочено за 7.02.2012 г. за разглеждане на жалбата по същество пред същия състав. Дали за авторката на това определение решението *Кехая с/у България* въобще съществува?

Абсурд е чрез ревандикация да се иска отмяна на съдебно решение, влязло в сила преди повече от седем години, с всякакви изтекли срокове за неговата отмяна и с пълна и своевременна осведоменост на жалбоподателя за неговото съществуване преди изтичане на срока по чл. 233, ал. 2 ГПК – отг.

ГПК от 1952 г. не съдържа аналог на чл. 17 ГПК от 2007 г. за косвен контрол.

При действието на ГПК – 1952 г. този косвен контрол се извеждаше от ТР № 1/1997 г. на ОСГК и т. 4 на ТР № 6/2006 г. на ОСГК. Всъщност само ТР № 1/1997 г. на ОСГК споменава ЗСПЗЗ, докато т. 4 на ТР № 6/2006 г. на ОСГК го пропуска в списъка на засегнатите закони.

Цялата схема на т.нар. косвен контрол при реституцията е изградена върху неучастието на трето лице в реституционния спор, което трето лице в следващ исков процес релевира собствени възражения за незаконосъобразност на реституцията.

Абсолютната логическа предпоставка на концепцията за неучастващото трето лице е то да е различен/друг субект от участвалите в предишния реституционен спор субекти. В конкретния случай реституционното производство е проведено между претендиращите реституция физически лица и **избрания от законодателя държавен орган да представлява държавата в тази дейност** по ЗСПЗЗ – Общинската служба по земеделие и гори (ОСЗГ). **Тя е именно държавата в нейната съвкупност** по тези въпроси. Съдебното решение за реституция срещу ОСЗГ по

ЗСПЗЗ ангажира цялата държава и всички нейни органи, институции и учреждения, защото чрез ОСЗГ в реституционното производство участва ЦЯЛАТА държава. Има и много други подобни дела.

Създадената ситуация далеч надхвърля субективните измерения на конкретния казус и е относима към облика на цялото ни правосъдие, защото:

а) демонстрира провокативно пренебрежение към решение на Европейския Съд по правата на човека;

б) това пренебрежение е в наше, а не в тяхно лично име – „в името на народа“;

в) присъдените обезщетения за това пренебрежение ще се изплащат от общия ни джоб – държавния бюджет, а не от джоба на индивидуално отговорните за него лица. „Ако печеля Ако загубя – плаща цял народ“.

Това просто не може да продължава така. Наистина всеки може да греша, но повтаряща се грешка при наличие на корективно решение на международен съд е чист рецидив на умишлено увреждане на държавата, за която отговорните съдии трябва да плащат от джоба си. Само такава мярка ще пресече такъв рецидив. Германците имат един много любезен израз: „Zur Kasse, bitte!“ – „Към касата, моля!“.

4. В чисто психологически план това пренебрежение към чувствително за Страсбург решение озадачава твърде много поради лесната предвидимост на крайния резултат. Не мога да допусна, че това е резултат на безпрецедентно невежество или на нещо друго, за което не мога да се сетя. Вероятно част от обяснението е в обстоятелството, че на реституираната земя има остатъци от разрушен комунистически бункер, строен през периода 1971–1973 г. – апогея на комунизма. Нали Правец бе родното място на Тодор Живков и своеобразен Йерусалим за комунистическия елит. Всеки, който милее дълбоко в душата си за това време, би бил по-склонен да предпочете Правец пред Страсбург.

Това едва ли е цялото обяснение. Голяма негова част е вероятно в шизофреничната теория за държавата, която се шири в България през последните 20 години. Става въпрос за размножаване на юридическата личност на държавата в толкова лица, колкото са персонифицираните ѝ органи. Нещо като многоличностна държава хидра с безброй глави. Печелиш дело срещу едно министерство, но започва да те съди друго, защото то не е обвързано от силата на пресъдено нещо по предишното дело. Ако и него спечелиш, почва да те съди трета държавна агенция, защото и тя е отделно юридическо лице, неучаствало в предишните дела.

И така – до хоризонта. Симптом на същата шизофрения са тържествените договори за сътрудничество в борбата срещу престъпността между прокуратурата, митниците и МВР – като че не са конституционно и устройствено обвързани да го правят, а следователно не могат да имат обратната воля. В такава атмосфера е съвсем лесно да се възприеме, че реституцията спрямо законно определения държавен орган не обвързва останалите. Добрият войник Швейк би добавил нещо весело.

5. Налага се да направя една историческа ретроспекция.

Реституционните закони в Източна Европа след 1989 г. са без идентичен прецедент просто защото самата комунизация на лично имущество след Втората световна война в съветската окупационна зона на Европа беше също без прецедент. Наистина Френската революция по време на якобинската диктатура познава подобни ужаси, но те са несравнимо по-кратки и окончателно прекратени с приемането на Code Civil през 1804 г. Известна е мисълта на автора му Бонапарт, че частната собственост е индивидуалният суверенитет на гражданина и само съвкупността от такива индивидуални суверенитети може да даде сборния национален суверенитет.

Защо в България тази комунизация на частната собственост се оказва толкова успешна, трайна и резистентна към опитите за нейната обратимост? Отговорът е лесен, прост и болезнен – защото практикуваният тук комунизъм се оказва идеология на завистта, която в българската народопсихология намери своя готов удобен дом. Оттам е инстинктът за всяческа съпротива към реституцията на комунизирано имущество – макар да става въпрос само за имущество, тъй като реституция на опропадени съдби е невъзможна.

При тези дадености единствените аналогови образци на реституционни закони за Източна Европа и за Европейския съд по правата на човека се оказаха следвоенните закони за отмяна отчуждаването на еврейско имущество по време на национал-социализма, приети първо в Австрия през 1946 г., и особено този от 6.02.1947 г., и по-късно в Германия през 50-те години (след Люксембургското споразумение от 1952 г.), които драстично и радикално обявяват нищожността на всички тези грабежи безусловно¹. За разлика от тях българският законодател през 90-те години възприе далеч по-смекчен подход и без да обявява абсолютната нищожност на имуществената комунизация, възложи на потенциалните правоимащи времево ограничени потестативни искания за възстановяване на собствеността чрез административни актове. Точно такива са случаят *Кехая с/у България*, разглежданият случай в Правец и редица други.

Помислете възможна ли е следната хипотеза в следвоенна Германия: еврейско имущество, отнето по нюрнбергските закони от 16.09.1935 г. в полза на Министерството на културата и пропагандата на Гьобелс, се възстановява с окончателно съдебно решение през 1955 г. на правоимащите евреи, наследници по съответния реституционен закон. Изведнъж обаче се оказва, че и Вермахтът го води за своя собственост и че там е започнал строеж на бункер. Вермахтът не е участвал в еврейската реституция срещу министерството на Гьобелс и значи има право на своя нова самостоятелна претенция (ревандикация) за същия имот като „косвен контрол“. Българският Върховен касационен съд ще угоди ли на Вермахта? Как би реагирал на това Европейският съд за правата на човека? Особено когато научи, че група ветерани от

¹ Вж. Dr. Julia Jungwirth, NS-Restitutionen und Zivilrecht. Manz, Wien, 2008, 3–4.

СС/ДС са харесали бункера, за да си пеят „Лили Марлен“ или „Варшавянка“? Бункерът на Хитлер в центъра на Берлин, на чието място сега е еврейският мемо-риал, би завиждал на развалините на правешкия си братовчед.

6. Самото определение за допускане на касация № 1043/10.11.2011 г. по гр. д. № 692/2011 г. на ВКС, I г.о., съдържа някои любопитни чисто процесуални белези, които дават допълнителна информация за практиката, манталитета и навиците по прилагане на чл. 280 ГПК и са поучителни за авторите на хиляди касационни жалби.

– Допуска се касационно обжалване на основание чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК, макар че касационната жалба НЕ твърди т. 1. В нея дословно е казано: „Чл. 280, ал. 1, т. 2 и чл. 280, ал. 1, т. 3. С други думи, съставът на уважаваната Жанин Силдарева допуска касация на непретендирано основание, което е триумф на служебното начало и е своеобразна касационна ласка към държавния касатор. Един дискретен етатизъм, който контрастира на десетки определения на ВКС, ограничаващи се само до посочените в жалбата основания на простосмъртни касатори.

– Обърнете внимание на следния фундаментален цитат: „Разрешаването на въпроса е дадено в противоречие с формираната практика по прилагане на нормата...“. Без да се посочи дори едно едничко решение от тази формирана практика! Ако аз подам касационна жалба само с голословно твърдение, че дадено решение е в противоречие с практиката въобще, ще получа подигравателно-поучителен отговор за тази голословност. Да не би в един и същ ГПК аз да ходя бос, а друг – на кокили?

Горното е възможно само защото един и същи съдебен състав допуска касацията и после разглежда жалбата по същество. Т.е. едни и същи лица контролират сами себе си, защото пишат до самите себе си. Този риск можеше да се смекчи чрез възлагане на произнасянето по същество на друг състав. Настоящата практика на идентични състави по допускане и произнасяне по същество не стимулира качеството на определенията по допускане, защото дефектите им потъват в касационното решение и съвсем се забравят при връщането на апелативно ниво. Това удобство си има своите ползватели. Корекцията на тази практика би била известен баланс спрямо абсолютната безконтролност на определенията, отказващи допускане на касация.

На онези, които четат намръщени тези редове, бих препоръчал да осмислят следващия цитат: „Сегашното разрешение е резултат на появили се едва в последната парламентарна фаза драстични изменения на проекта. Желаните цели на реформата се оказаха силно разводнени (*stark verwässert*) и е под въпрос дали Върховният касационен съд ще може да се справи в пълна степен със задачата да се превърне във върховна инстанция в горedefинирания смисъл“. Казва го не кой да е, а австрийските консултанти на проекта на ГПК от 2007 г. д-р Петер Бауер, д-р Петер Йохам и д-р Оскар Кулман на стр. 169 от „Das neue Zivilverfahrensgesetz Bulgariens“, NWV, Wien-Graz, 2008.

Винаги съм смятал, че отклоненията от австрийския проект на ГПК са умишлена преграда, издигната от някои български „майстори“, за да не се ползва австрийска съдебна практика. Имам усещането, че сме манипулирани от някакво тайно общество процесуални масони, дискретни зидари на българското съдопроизводство, някакви анонимни будители, един групов Зоро, който изскача изневиделица с маска и процедурна шпага. 13-вековна държава не заслужава такава учат.

7. Развитие на правото и развитието на съдията не са едно и също нещо. Това следва да помнят допускащите касация по чл. 280, ал. 1, т. 3 – за „развитие на правото“.

Не бива да се забравя, че д-р Менгеле е „развивал“ медицината в концентрационните лагери чрез изследвания върху жертви на нацизма.

Едва ли е уместно българското право да се развива чрез изследвания върху реституционни претенции на безпомощни жертви на комунизма. След 20-годишна борба да се късат още няколко години от живота им, „за да се формира съдебна практика“, е нещо, което предполага медицинско безразличие към обекта на експеримента. За какъв справедлив съдебен процес може да става дума по смисъла на чл. 6 от Конвенцията? С какво например през 2012 г. ще се развива за в бъдеще чл. 24, ал. 3 ЗСПЗЗ, след като 20 години е останал недоразвит и отгук нататък няма нова реституция? Има ли пълзяща съдебна контрареволуция чрез „косвен контрол“ срещу реституцията?

Не бива като в „Илиада“ духът на победения да обладава победителя.

На „косвените контролбори“ бих препоръчал екскурзия до Арлингтън – националният гробищен парк светиня на САЩ във Вашингтон, от другата страна на р. Потомак. Това е фамилиното имение на съпругата на главнокомандващия войските на Конфедерацията генерал Робърт Лий, г-жа Мери Анна Къстис Лий – правнучка на Марта Вашингтон. За това, че генерал Лий поема командването на Юга, правителството на Линкълн му отнема Арлингтън през 1864 г. **ОБАЧЕ през 1874 г. Върховният съд на САЩ връща/реституира имението Арлингтън на наследниците на Робърт Лий поради незаконност на отнемането!** После самите те го продават на правителството на символична цена, при условие че там се погребат общо костите на войници от двете армии, за да се помирят на небето. В разкошната вила на върха на хълма „косвените контролбори“ ще почувстват защо онази нация е велика и защо това са два свята, от които единият е излишен.

Това, което ме крепи душевно 35 години като адвокат, е бдителността да не се превърна в зрител на чуждия правен ужас, да не свикна с него – като стадно животно, което продължава да пасе, докато в съседство хищници разкъсват друг член на стадото. Имаше случай, когато съм целувал срочна книга на ВС, I г.о.

Поредичата умишлени пренебрежения към *Кехая с/у България* чрез фокуса „косвен контрол“ се следят внимателно и с тревога от Европейския съд по правата на

човека. Там вече обмислят пилотно решение срещу тези български съдебни рецидиви. Защо някой не ме опровергае? И тук става въпрос за държава, чието население е половин Ню Йорк, и където ред, законност и справедливост може да се въведе за един месец.

Горните редове са моята лепта конкретно възмущение.

Предпочитам да завърша с един цитат на пророк Исаия (10:1):

*Горко на ония, които създават несправедливи закони
и пишат жестоки решения,
за да отстранят сиромасите от правосъдие
и ограбят правата на слабите.*