

I. РЕШЕНИЯ НА НАКАЗАТЕЛНАТА КОЛЕГИЯ

1. Становището в процедура по чл. 341, ал. 2 вр.чл. 249, ал. 3 вр.чл. 248, ал. 1, т. 3 и ал. 5, т. 4, пр.посл. НПК на един съдебен състав, не може да задължи друг състав, разглеждащ делото по същество, извън конкретно визираните в акта постановки.

Чл. 341, ал. 2

Чл. 249, ал. 3

Чл. 248, ал. 1, т. 3 и ал. 5, т. 4, пр.посл. от НПК

Решение № 176 от 07.10.2019 г. по нак. дело № 757/2019 г., II н. о., докладчик съдия Теодора Стамболова

Върховният касационен съд, Второ наказателно отделение, като взе предвид протеста, допълнението към него и аргументите по тях, като съобрази становищата на страните в съдебно заседание и след като сам се запозна с материалите по делото в рамките на компетенциите си по чл. 347 и сл. НПК, намира за установено следното:

1/ Присъствието на касационните основания по чл. 348, ал. 1, т. 1 и 2 НПК е релевирано от страна на прокурора от ВнаП във връзка с оправдателната част на въззивната присъда за извършено от подсъдимия престъпление по чл. 255, ал. 3 вр. ал. 1, т. 1 вр.чл. 26, ал. 1 НК. Общо казано, оспорва се становището на ВнаС относно неустановяване на факта дали подсъдимият е годен субект по чл. 255 НК, доколкото към периода на

публичните продажби на имуществото на определени дружества е имал отношение като данъчно-задължено лице по чл. 131 ЗДДС. Изразява се несъгласие с посоченото в акта, че фактическият недостатък в обвинителния акт, приет от ВнаС за наличен, е непреодолим чрез инструментариума на допълнителни съдебно-следствени действия заради естеството на предпочетената процедура за решаване на делото, поради което е постановена оправдателна присъда.

Първото съществено обстоятелство, третирано от прокурора в допълнението към касационния протест, е свързано с произнасяне на въззивна съдебна инстанция по разглеждане на делото от ОС-Шумен в процедура по чл. 248, ал. 1 НПК. За да бъдат разяснени както доводът на държавното обвинение, така и становището на тази инстанция, е необходимо да се дадат определени пояснения.

Пред ШОС е образувано Н.Д. 202/18 г. по описа на този съд. В съдебно заседание на 27.07.18 г. на основание чл. 249, ал. 1 и 2 вр.чл. 248, ал. 5, т. 1 вр.ал. 1, т. 3 и 6 НПК е прекратено съдебното производство по делото и то е върнато на досъдебното производство за изпълнение на посочените в обстоятелствената част на постановеното определение указания. Що се касае до обсъдимото пред ВКС обвинение, аргументи относно него, макар и доста общо очертани, могат да се намерят на л. 129 гръб от съдебното производство- обвинителният акт не отговаря на условията за изготвянето му на л. 27, 28 и 29 от същия.

Срещу определението на ШОС е постъпил частен протест от представител на ШОП. С определение № 331/26.09.18 г., постановено от ВнаС по В.Н.Ч.Д. 368/18 г., съдебният акт на ШОС за прекратяване на съдебното производство е отменен и делото е върнато за продължаване на разглеждането му. Видно от мотивите на акта на второстепенния съд, няма съображение, което да е ясно формулирано, относно несъгласие с констатиран недъг по обсъжданото обвинение по чл. 255, ал. 3 вр.ал. 1, т. 1

НК. Това няма как и да бъде другояче, предвид мотивировката на ШОС и в тази връзка, на атакуващия прокурор. Общо е преценено в крайна сметка, че обвинителният инструмент отговаря на минималните условия по закон за изготвяне на такъв. По неясните въпроси е прието, че няма пречка да получат своето разрешение в хода на съдебното дирене.

Оттук насетне първостепенният съд е разгледал делото, като пред него същото е протекло по реда на чл. 371, т. 2 и сл. НПК- съкратено съдебно следствие /без каквото и да е съдебно дирене/, при което деецът е признал фактическите положения, залегнали в обстоятелствената част на обвинителния инструмент, и се е съгласил за тях да не бъдат събирани доказателства.

Предвид цитираното вече обстоятелство, че в присъдата на въззивния съд, атакувана пред върховната съдебна инстанция по наказателни дела, е преценена негодност на обвинителния акт относно обсъжданото престъпление по чл. 255 НК, неможеща да бъде отстранена с оглед процедурата, в рамките на която е гледано делото пред ШОС, представителят на ВнАП твърди, че тази теза противоречи на възприетото от ВнАС становище, прогласено по В.Н.Ч.Д. 368/18 г.

От една страна, казаното може да се приеме за вярно, доколкото би се счело, че има налично обсъждане в коментирания аспект от страна на състава на ВнАС, постановил тълкуваното от държавното обвинение определение. Липсва обаче позоваване на указанието, че неясните обстоятелства следва да се отстранят в хода на съдебно дирене, каквото няма. А именно в тази връзка ВнАС е възприел своята оспорвана процедурна теза, влияеща върху приложението на материалното право.

От друга страна - дори и да се приеме за действително съществуваща като положение претенцията на прокуратурата, то категорично трябва да се уточни, че становището в процедура по чл. 341, ал. 2 вр.чл. 249, ал. 3 вр.чл.

248, ал. 1, т. 3 и ал. 5, т. 4, пр.посл. НПК на един съдебен състав, не може да задължи друг състав, разглеждащ делото по същество, извън конкретно визираните в акта постановки. Оценимите обстоятелства в тези случаи са различни /не е предмет на това производство те да се изясняват/. Ето защо в контекста на отправеното възражение проекцията на казаното от държавния обвинител би отвела да това решаващият по виновността съд да се съобразява с обстоятелства, които не се отнасят към неговата сфера на процесуална дейност и правомощия.

Вторият довод, възведен в касационния протест, касае разискване по същество на обстоятелството доколко Т. е бил длъжен да действа по силата на чл. 131 ЗДДС. И ако ВНАС не бил наясно с това, спазвайки принципа на разкриване на обективната истина /чл. 13 НПК/, се изисквало той да вземе мерки за осигуряване на същата. Поради това би следвало да се извърши проверка в публичния регистър на НАП за налична съществуваща регистрация на длъжниците по трите изпълнителни дела към периода на публичните продажби.

Несъстоятелността на този довод има две измерения. На първо място напълно се пренебрегва обстоятелството, че иде реч за съкратено съдебно следствие по силата на чл. 371, т. 2 НПК. Поради казаното прокуратурата, която ръководи държавната машина по наказателно преследване на досъдебното производство, не може да иска от съда събиране на доказателства, относими към съставомерността на съответното деяние, в извършването на което именно тя е обвинила съответния подсъдим с изготвения от нея обвинителен акт и визираните в него фактологически обстоятелства.

На второ място, предполага се, че данни като претендираните фигурират в томовете от ДП, отнасящи се за конкретните три дружества, свързани с обсъжданото престъпно деяние на подсъдимия. И именно затова ШОС е преценил, че процедурното самопризнание на Т. се потвърждава от

доказателствата по делото. Простият преглед на томове от ДП, представени от държавното обвинение, дават възможност за такъв извод. Несъмнено прокурорът би следвало да има познание в тази връзка, което би преосмислило и преценката му относно дължимите съдебни действия.

Макар и най-накрая в допълнението към касационния протест, е отразено, че не бива да се игнорира обстоятелството, че Т. е признал фактите по този пункт на обвинението и самопризнанието му се подкрепя от доказателствата по делото. Именно това е релевантното съображение за уважаване на сезирация настоящия съд документ в обсъжданата насока. Въззивната инстанция, чиято присъда се контролира понастоящем, е демонстрирала формалистичен и неверен прочит на обстоятелствената част на обвинителния акт.

Трябва да се заяви, че самите факти по дейността са относими към осъществяването на няколко престъпни деяния, за които на Т. е повдигнато обвинение. Поне що се касае до обсъдимите положения по оправдателната част на въззивната присъда, видно от условно отразените по обстоятелствената част на обвинителния акт пунктове 4, 5 и 11 - стр. 6, 7 и 9 от същия- очевидно е изписано, че по силата на чл. 131 ЗДДС Т. е следвало в петдневен срок да преведе на ТД на НАП съответни суми. Ерго, наред с прегледа на доказателствата от ДП в тази насока, потвърждаващи процесуалното самопризнание на дееца, явно се твърди, че съответните дружества са регистрирани по ЗДДС. Кое от своя страна ангажира съдебния изпълнител със задълженията му по чл. 131 ЗДДС в случаи на публична продажба по реда на ДОПК и т.н. Именно казаното стои в основата на ангажираната наказателна отговорност по обвинението по чл. 255, ал. 3 вр. ал. 1, т. 1 вр. чл. 26, ал. 1 НК, фактите по което съдът ограничително е разчел единствено на стр. 28 и 29 от ОА. Подсъдимият е признал достатъчно фактически положения, които да дават възможност да се обсъжда наличие

или не на негова виновност по същество, а не тя да се отхвърля на процедурно основание, както е сторил ВнаС.

След като с оглед последното казано, се намира действително присъствие на незаконосъобразна преценка на обсъдимата база за произнасяне по въпроса за отговорността, осъществена от контролираната инстанция и обособяваща нарушение по чл. 348, ал. 3, т. 1 вр.ал. 1, т. 2 НПК, атакуваната присъда подлежи на отмяна в коментиранията част, а делото-на връщане за ново разглеждане от друг състав на ВнаС. Поради характера на недопусцието не следва да се обсъжда възражението на прокурора за неправилно нарушение на материалния закон.

2/ Протестът е неоснователен в частта по оплакване за явна несправедливост на наложеното наказание за престъплението по чл. 202, ал. 2 НК, извършено от Т. Съображенията за това са следните:

Не отговаря на процесуалната действителност обстоятелството, аргументацията на ВнаС да навежда на извод, че наказанието лишаване от свобода е следвало да бъде отмерено при баланс на отегчаващи и смекчаващи обстоятелства-следователно да бъде седем години и шест месеца, а след редукицията да се финализира на пет години. Все пак преценката на тези фактори, подробно формулирана в атакувания съдебен акт, не може да бъде обмисляна като математическо съотнасяне. Изложени са няколко такива, като в ярък ракурс са огледани смекчаващите обстоятелства. Затова и при вярно приложение на нормата на чл. 54, ал. 2 НК е отмерено съответното наказание лишаване от свобода.

Не може да се сподели и второто възражение по обсъждания касационен повод - неотчитане от страна на ВнаС на обстоятелството, че Т. е извършил присвояването в битността му на частен съдебен изпълнител, лице, комуто държавата е възложила специфична публична функция - принудително изпълнение на чужди притезания; и неговата неправомерна

дейност била дълготрайна. Напротив, видно от мотивите към присъдата на ревизирия съд- стр. 112 и 113 от въззивното производство - цитираните факти са били предмет на нарочно обсъждане, с изводите по което този съд се солидаризира.

Положителна тежест ВНАС е придал на трудовата биография на Т., като в същото време е прието, че той е многократно дисциплинарно наказван. По този повод прокурорът отправя възражение, което е споделимо. Въззивната инстанция не е била достатъчно мотивно ангажирана с разграничаването на качествата на трудовата биография на подсъдимия, когато е разсъждавала за неговите професионални прояви в контекста на смекчаващите и отегчаващи обстоятелства. Въпреки това казаното не влияе върху общия извод за ненарушаване на разпоредбата на чл. 348, ал. 5, т. 1 вр.ал. 1, т. 3 НПК от страна на ВНАС по отношение на наложеното наказание лишаване от свобода, а оттам и лишаване от право. По мнение на този съд, при преценката за съотношението най-сериозно, доминиращо облекчаващо обстоятелство се явява тежкото здравословно състояние на подсъдимия, подробно обсъждано от съдилищата по фактите и неоспорвано от държавния обвинител.

Представителят на ВНАП остро възразява срещу приложението по отношение на дееца на института на условното осъждане., като наред с принципното си несъгласие, той залага на това, че „наложеното условно наказание ще се превърне в предпоставка за извършване на престъпни посегателства от други лица, доколкото за тях е налична реалната възможност за създаване на впечатление за ненаказуемост при извършване на подобен род деяния, защото ограничаването на основни права се свързва с ефективното изпълнение на наказанието лишаване от свобода“. Казано с прости думи, прокурорът извежда генералната превенция преди личната такава, независимо от разписанията на разпоредбата на чл. 36, ал. 1 НК /поредността там е различна/. Този съд ще остави настрана въпроса доколко в

едно професионално произнасяне се генерира теза не с оглед конкретиката на производството, а с представата за приложение на наказателното право на някакви лица, чието приемане единствено на ефективно прилагане на наказанието лишаване от свобода, при това без значение от вида на извършеното престъпление, говори за цивилизационна нагласа повече, отколкото за желание за проява на върховенството на правото. Законът е лесно разчетим в коментирания смисъл, дълготрайно прилаган и не подлежи на по-нататъшни разяснения.

ВнАС е изложил съображения защо по отношение на А. не се налага пенитенциарна изолация. Извън казаното по-горе, в допълнението към касационния протест и в самия него липсва надлежно противопоставяне на изтъкнатата позиция. Тя не се нуждае от корекция. Не е допуснато нарушение на нормата на чл. 348, ал. 5, т. 2, пр. 1 НПК, което да налага отмяна на присъдата в обсъжданата част.

2.В чл. 478, ал. 4 НПК е възпроизведен чл. 26 от Конвенцията за трансфер на производства по наказателни дела, който предвижда в доказателствен аспект равностойност на процесуалните действия, извършени от държавата, в която е започнало наказателното производство, в съответствие с националното ѝ законодателство, явяваща се „молеща” държава по трансфера, и тези, проведени в държавата, в която производството продължава, явяваща се „замолена” държава.

Чл. 478, ал .4 от НПК

Чл. 26 от Европейската конвенция за трансфер на производства по наказателни дела

Решение № 130 от 18.10.2019 г. по нак. дело № 425/2019 г., III н. о., докладчик съдия Блага Иванова

Върховният касационен съд, след като обсъди доводите на страните и в пределите на своята компетентност, намери следното:

Релевираното основание по чл. 348, ал. 1, т. 2 НПК не е допуснато.

На първо място, специфично за настоящото наказателно производство е това, че то е образувано и водено в резултат на трансфер, иницииран от компетентните органи на Република Австрия, при условията на чл. 478, ал. 1, т. 1 НПК. Същото първоначално е образувано от Прокуратурата на гр. Виена, под № 705 St13/15h ОН 8, срещу П. П. Ч., за участие в престъплението „трафик на хора”, съгласно австрийския Закон за чужденците. Прокуратурата на гр. Виена е изпратила до компетентните органи в Република България молба за трансфер на воденото срещу П. П. Ч. наказателно производство, която е уважена. С постановление от 9.11.2015 г прокурор при Специализираната прокуратура е постановил разглеждане на делото срещу същото лице на територията на страната, като е приобщил доказателствените материали, по н. д. № 705 St13/15h ОН 8 по описа на Прокуратурата на гр. Виена, Република Австрия. Основанието за приобщаване на получените доказателствени материали е Европейската конвенция за трансфер на производства по наказателни дела, ратифицирана със закон, приет от Народното събрание на 28.01.2004 г., обнародван в ДВ, бр. 104 от 26.11.2004 г, в сила за Република България от 1.07.2004 г. По силата на чл. 5, ал. 4 от Конституцията, цитираната Конвенция е част от вътрешното право, тоест, е пряко приложима на територията на страната. В чл. 478, ал. 4 НПК е възпроизведен чл. 26 от Конвенцията за трансфер на производства по наказателни дела, който предвижда в доказателствен аспект равностойност

на процесуалните действия, извършени от държавата, в която е започнало наказателното производство, в съответствие с националното ѝ законодателство, явяваща се „молеща” държава по трансфера, и тези, проведени в държавата, в която производството продължава, явяваща се „замолена” държава. Поначало идеята на тази форма на сътрудничество между държавите по наказателни дела е да бъдат запазени резултатите от първоначалните следствени действия, а доказателствените материали, събрани от „молещата” държава, да бъдат инкорпорирани към доказателствената съвкупност на наказателното производство след неговия трансфер. Отделен е въпросът, кои от приобщените доказателствени средства биха могли да послужат при решаване на делото по същество, който въпрос се решава в съответствие с особеностите на вътрешното право на „замолената” държава.

След приключване на досъдебната фаза жалбоподателят Ч. е предаден на съд. Проведено е съдебно следствие, изслушани са свидетелите, посочени от прокуратурата, и тези, поискани от защитата. Писмените доказателства са прочетени, на основание чл. 283 НПК. В протокола от съдебното заседание на първата инстанция от 25.01.2018 г е записано, че, на основание чл. 478 НПК, „са приети и приобщени” доказателствените материали, изпратени от Прокуратурата на гр. Виена. В тази насока е допусната неточност, тъй като тези доказателствени материали са надлежно приобщени още при трансфера на наказателното производство /с постановлението на прокурора от Специализираната прокуратура от 9.11.2015 г./. В случая, съдът ненужно е раздели писмените доказателства на две: първо е огласил събраните в хода на воденото на територията на страната наказателно производство, а след това, тези, изпратени от Прокуратурата на гр. Виена, с което фактически е приложил чл. 283 НПК и за тях. При тази хипотеза, независимо от неточното формулиране на процесуалното основание като такова по чл. 478 НПК /вместо по чл. 283 НПК/, от значение е, че процесуалният ефект от извършеното действие остава един и същи, а именно: преди приключване на

съдебното следствие са огласени всички приложени по делото писмени доказателства, включително изпратените от Прокуратурата на гр. Виена. Ето защо, в случая, липсва процесуално нарушение от категорията на съществените такива, а възражението на защитата в тази насока не може да бъде уважено.

Неоснователно се твърди, че първата инстанция е ползвала и свидетелските показания от материалите на Прокуратурата в гр. Виена, тъй като в мотивите към присъдата изрично е записано, че са ползвани само писмените доказателства.

Същият процесуален подход при оценката на доказателствените източници е възприет и от въззивната инстанция. В обжалваното решение е направен обстоен правен анализ на спецификата на наказателното производство, започнало в Република Австрия, последиците от трансфера и доказателственото значение на отделните доказателствени източници. В хода на въззивното производство е изискана и приложена осъдителната присъда на Окръжния съд по наказателни дела, гр. Виена, Република Австрия, с която св. М. Д. Р. и св. С. М. В. са признати за виновни и осъдени като извършители на престъплението, предмет на настоящото наказателно производство. В обжалваното решение се съдържа обстойно становище по правните последици на тази присъда за изхода на делото, водено срещу подсъдимия, което е вярно и се споделя от настоящата инстанция. То е в смисъл, че австрийската присъда има обвързващ характер само относно престъпното поведение на извършителите М. Д. Р. и С. М. В., но не и по отношение на подсъдимия Ч., чиято престъпна роля като помагач подлежи на изясняване по реда и със средствата на НПК.

Въззивният съд е счел за допустимо да ползва само писмените доказателства от материалите, изпратени от Прокуратурата на гр. Виена. Това становище е подчинено на стриктното тълкуване на НПК, в който са залегнали като основополагащи правни принципи тези за непосредственост и

устност при събиране и проверка на доказателствените средства, закрепени в чл. 18 и 19 НПК. В съдебната практика съществува и друго становище, а именно: че в производството по трансфер могат да бъдат ползвани и свидетелски показания, ако същите са приобщени чрез прочитането им по реда, предвиден в НПК. Независимо от това, кой процесуален подход ще бъде възприет, за подсъдимия и защитата му винаги е налице процесуална възможност да поискат изслушване на свидетелите или на някои от тях, разпитани от компетентните органи на „молещата” държава, с което биха се изпълнили основните начала на процеса по чл. 18 и чл. 19 НПК. Доколкото по настоящето дело е възприето стеснителното тълкуване на процесуалния закон, практическо значение за изхода на делото имат само писмените доказателства, получени от Прокуратурата на гр. Виена, огласени преди приключване на съдебното следствие.

II. РЕШЕНИЯ НА ГРАЖДАНСКАТА КОЛЕГИЯ

3. Правилното конституиране на страните в процеса, съобразено, че тяхното процесуално качество се определя от материалното право, на което са носители, следва да се следи служебно от въззивният съд, който е постановил решение спрямо лица, които нямат качеството на надлежна страна. Постановен е недопустим акт и не може да обвърже с последиците си лицето, което би имало качеството на надлежна страна, но не е било конституирано по делото. Това лице следва да се конституира и процесът срещу него следва да започне отначало пред първата инстанция. Това налага обезсилване и на въззивното, и на първоинстанционното решение и връщане на делото на първата инстанция.

Решение № 5 от 12.02.2019 г. по гр. дело № 1405/2018 г., III г. о., докладчик съдия Илияна Папазова

Чл. 47, ал. 2 ЗЗД

Чл. 290 ГПК

Производството е с правно основание чл. 290 ГПК.

С определение № 555 от 4.07.2018 е допуснато касационно обжалване по подадената касационна жалба от В. М. К. от гр. С. З., чрез процесуалния представител адвокат А., против въззивно решение № 446 от 26.10.2017 г. по в.гр.д. № 549 по описа за 2017 г. На ОС Русе, с което е потвърдено решение № 601 от 18.05.2017 г. по гр.д. № 5925/2016г. на РРС, като са отхвърлени предявените от нея искове против П. П. С., в качеството му на кмет на Община Р. и Д. Г. Г., определено въз основа на заповед длъжностно лице за орган по настойничество при Община Р., за солидарното им осъждане да заплатят на В. М. К. сумите от 521.50 лв., обезщетение за имуществени вреди, разходи за лечение и от 10 000 лв., обезщетение за претърпени от нея неимуществени вреди, изразяващи се в болки и страдания, причинени от поставеният под пълно запрещение М. С. Д., поради проявено бездействие от кмета на Община Р. и определеното от него длъжностно лице по повод неизпълнение на задължението му като орган по настойничество по чл. 154 СК и са присъдени разноски. Решението е постановено при участието като трети лица помагачи на страната на ответниците на Б. Т. М. и С. Д. Т., родители на М. Д.

Касационното обжалване е допуснато по подадената касационна жалба досежно постановения въззивен акт относно претенцията за обезщетение за

причинени неимуществени вреди поради вероятна недопустимост на въззивният акт като постановен срещу ненадлежна страна.

В съдебно заседание страните не се явяват, но се представляват. Изразеното от процесуалния представител на касатора становище е за неправилност на постановения въззивен акт, който счита, че следва да бъде отменен, а въпросът решен по същество с уважаване на предявения иск. Ако съдът прецени, че следва да върне делото за ново разглеждане, желае да бъдат дадени задължителни указания.

Ответната страна счита обжалвания акт за правилен и желае да бъде потвърден. Претендира разноски съобразно представен списък.

Върховен касационен съд, състав на Трето гражданско отделение, след като обсъди направеното искане и доказателствата по делото, намира за установени следните факти:

Искът е бил предявен на 19.05.2015 г. пред РС Русе., който е прекратил производството и е изпратил делото по подсъдност на Административен съд Русе, за разглеждането му по реда на чл. 1 ЗОДОВ.

След повдигнат спор за подсъдност от АС Русе. между него и Административен съд Стара Загора, делото е изпратено на втория.

Последвала е нова препирня за подсъдност между Административен съд Стара Загора и Районен съд Русе, която е разрешена от петчленен състав на ВКС и ВАС с постановено от него определение № 65 от 24.10.2016 г. по адм.д. № 42/2016г. Със същото е прието, че предявената претенция е за вреди от бездействие - неизпълнение на задължение на орган по настойничество и попечителство да определи настойник на поставено под пълно запрещение лице и спорът следва да се разгледа от РС Русе.

В исковата молба е описан механизмът на причиняване на увреждането на ищцата, на 27.02.2014 г., в резултат на нанесен ѝ удар в областта на устата

от М. С. Д. Причинена ѝ е средна телесна повреда от лице, за което е установено, че е поставено под пълно запрещение с решение № 18 от 10.02.2009 г. по гр.д. № 119/2008 г. на ОС Русе. Искът е предявен срещу Община Р, с оглед разпоредбата на чл. 154 СК, съгласно която орган по настойничество и по попечителство е кметът на общината или определено от него длъжностно лице и чл. 47, ал. 2 ЗЗД, съгласно който за вредите, причинени от недееспособни, отговаря лицето, което е задължено да упражнява надзор над него, освен ако то не е било в състояние да предотврати настъпването им. Съгласно ТР № 88 от 12.09.1962 г. на ОСГК, в посочената хипотеза отговорността е за неполагане на грижи за предотвратяване на вредоносния резултат.

В исковата молба изложените доводи за наличие на противоправно бездействие, което се изразява в липса на предприети действия от 2009 г. до деня на увреждането през 02.2014 г. за определяне на настойник на поставения под пълно запрещение М. Д., което е в причинна връзка с увреждането.

След изпращане на делото на РС Русе страната е уточнила /в молба от 21.11.2016 г./, че ответници в производството, към които е насочена исковата претенция, са кметът на общината и длъжностното лице, което е определено по надлежния ред да изпълнява функциите на орган по настойничество. Посочено е, че е без правно значение кое лице точно е избрано за кмет и кой е определен за изпълняващ функциите на орган по настойничество. Отговорността е на Общината, която впоследствие има възможност да претентира вредите си по реда на регресната отговорност.

Независимо от това, районният съд е постановил акта си срещу физическите лица П. П. С., в качеството му на кмет и Д. Г. Г., като длъжностно лице, определено за орган по настойничество, а въззивният съд е потвърдил постановения акт, без да изпълни задължението си служебно да

следи за процесуалната легитимация, като една от абсолютните положителни процесуални предпоставки за съществуване на правото на иск.

Настоящият съдебен състав намира, че в случая, като не е изпълнил задължението си да следи за правилното конституиране на страните в процеса, съобразявайки, че тяхното процесуално качество се определя от материалното право, на което са носители, въззивният съд е постановил решение спрямо лица, които нямат качеството на надлежна страна. Постановен е недопустим акт, който съгласно т. 5 от ТР по т.д. №1/2013 г.на ОСГТК на ВКС, не може да обвърже с последиците си лицето, което би имало качеството на надлежна страна, но не е било конституирано по делото, в случая – община Р. Това лице следва да се конституира и процесът срещу него следва да започне отначало пред първата инстанция. Това налага обезсилване и на въззивното, и първоинстанционното решение и връщане на делото на първата инстанция. При новото разглеждане на делото следва да бъде съобразено, че съобразно заявеното в исковата молба вредите се претендират като последица от неправомерно поведение, изразяващо се в бездействие - неизпълнение на възложено в обществен интерес задължение да бъдат предприети действия - чрез определяне на настойник на поставено под пълно запрещение лице. Следва да се има пред вид, че – видно от мотивите на решението на ОС Р. по гр.д. № 119/2008 г., които служебно са изпратени на Община Р. още през 2009 г., органът по чл. 154 СК е бил уведомен, че се касае за лице, „което изпада често в агресивни състояния, предизвиквал е пожари, нападал е хора по улиците”, както и че „той няма никакви близки, които да се интересуват от него и да полагат някакви грижи”, „нито дом, където да се приюти”, „заболяването, от което страда, е необратимо и много тежко”.

4. Половата идентификация на българския гражданин към пол, различен от биологичния, причините за нея (транссексуалност,

трансгендъризъм, хомосексуализъм, травестизъм и всяка друга) или последиците от нея (хормонално и/ или оперативно модифициране на тялото към пол, различен от биологичния, сексуално или социално поведение, присъщи на другия пол и всяка подобна) не са основания (материално-правни предпоставки) за извършване на промяна в данните за гражданското състояние по административен или по съдебен ред. При съставен акт за гражданско състояние на български гражданин законът допуска извършване на промяна относно пола само когато в охранително производство по чл. 38, ал. 4 ЗГР съдът е констатирал невярно вписване на биологичния пол. Единствено такава грешка е материално-правното основание (условие) по съдебен ред да се допусне и съответна промяна в имената и единния граждански номер на българския гражданин в актовете за гражданско състояние.

Чл. 290 -293 ГПК, а се разглежда по реда до влизане в сила на ЗИДГПК, обн. ДВ бр. 86/ 27.10.2017 г. – арг. от § 74 ПЗР

Чл. 32 и чл. 52 от Конституцията на Република България

Чл. 8 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи, ратифицирана със закон, приет от НС на 31.07.1992 г, обн. ДВ, бл. 66 от 1992 г., в сила за Република България от 07.09.1992 г. (ЕКПЧ)

Решение № 119 от 14.02.2019 г. по гр. дело № 4104 /2017 г., IV г. о., докладчик съдия Даниела Стоянова

Производството е по чл. 290 – 293 ГПК, а се разглежда по реда до ЗИДГПК (обн. в ДВ бр. 86/27.10.2017 г.) – аргумент от § 74 ПЗР на ГПК.

До касационно обжалване е допуснато решение № 5496/ 24.07.2017 г. по гр.д. № 538/ 2017 г., с което СГС, потвърждавайки решение № 183/19.11.2014 г. по гр.д. № 62839/2014 г. на СРС, е отхвърлил молбата на Т. И. Б. съдът да допусне промяна на пола, имена и единен граждански номер (ЕГН) в съставения акт за раждане поради транссексуалност.

Касационното обжалване е допуснато при основанията по чл. 280, ал. 1, т. 1 ГПК по въпроса: *Може ли по съдебен ред да бъде променен съставен акт за гражданско състояние на български гражданин поради промяна на неговия пол и какви са обстоятелствата, при които е налице промяна на пола поради транссексуалност на лицето?* В определение № 199/23.03.2018 г. е констатирано противоречие на въззивното решение с решение № 16/30.05.2017 г. по гр.д. № 2316/2016 г. на ВКС, ГК, IV-то отд. и противоречива практика на съдилищата по тези въпроси. Касаторът се оплаква, че решението е неправилно поради нарушение на материалния закон (чл. 32 и чл. 52 от Конституцията на Република България (КРБ) и чл. 8 от Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи, ратифицирана със закон, приет от НС на 31.07.1992 г, обн. ДВ, бр. 66 от 1992 г., в сила за Република България от 07.09.1992 г. (ЕКПЧ).

От ответниците по касация СО – Р. Н. и О. П. не е постъпил отговор на жалбата.

Представителят на Върховна касационна прокуратура е на становище за нейната неоснователност.

На повдигнатия въпрос Върховният касационен съд дава следния отговор: *Половата идентификация на българския гражданин към пол, различен от биологичния, причините за нея (транссексуалност, трансджендъризъм, хомосексуализъм, травестизъм и всяка друга) или последиците от нея (хормонално и/или оперативно модифициране на тялото към пол, различен от биологичния, сексуално или социално поведение,*

присъщи на другия пол и всяка подобна) не са основания (материално-правни предпоставки) за извършване на промяна в данните за гражданското състояние по административен или по съдебен ред. При съставен акт за гражданско състояние на български гражданин законът допуска извършване на промяна относно пола само когато в охранително производство по чл. 38, ал. 4 ЗГР съдът е констатирал невярно вписване на биологичния пол. Единствено такава грешка е материално-правното основание (условие) по съдебен ред да се допусне и съответна промяна в имената и единния граждански номер на българския гражданин в актовете за гражданско състояние.

Мотиви към отговора:

Понятието „пол“ се използва в националния правен ред, но няма легално определение. Възможни са два подхода, които да го изпълнят с правно съдържание. Първият: полът е най-характерното за понятието, доколкото всякога се подразбира като включено в него. Вторият: полът включва не само най-характерното, но и онова, което в понятието добавят съвременното развитие на науката и обществото според готовността си да възприемат нетипичната сексуална ориентация на човешкия индивид и нейните юридически проекции.

Според общоупотребимия български език полът (още „биологичен пол“, „физиологичен пол“) е понятие от биологията, според което група индивиди от даден биологичен вид, имащ възможност за полово размножаване, се разграничават чрез съвкупност от белези, които делят индивидите на мъжки и женски. Характерни разграничаващи белези за „биологичния/физиологичния пол“ са външните полови органи и специализацията в производството на определен вид полови клетки. При хората, наред с биологичния пол, съществува и понятието „полова идентичност“. Това разбиране използват сексологията, психологията и социологията. Половата идентичност съответства на начина, по който

човекът разбира и чувства собствения си пол („психологически пол“). „Социалният пол“ е основан на биологичните социално конструирани характеристики и поведения на човешкия индивид, свързани с проявите на „мъжественост“ и „женственост“. В съвременния български език понятието „пол“ носи всички тези значения. Следователно то има по-широк обхват от биологичното (физиологичното) обяснение на пола, а тълкувателното изследване не може да спре до тук.

Конституцията е върховният закон за Република България (чл. 5, ал. 1 КРБ). Тя определя необходимия минимум за най-важните правни понятия, които са в основата на националната правна система. Във върховния закон следва да се дири изначално критерият за юридическата проекция на понятието „пол“.

В КРБ понятието „пол“ използва само чл. 6, ал. 2 КРБ като един от защитените признаци, по които са недопустими никакви ограничения на правата или използването на привилегии на българските граждани и чужденците, които пребивават на територията на Републиката (арг. и от чл. 26, ал. 2 КРБ). Чл. 6, ал. 2 КРБ е проекция на прогласените в предходната алинея свобода на хората по рождение и тяхното равенство по достойнство и права. Изводът, че конституционният законодател включва в понятието „пол“ само биологичния пол, следва от обсъжданията на чл. 6 в проекта за конституция „... за равноправието между мъжа и жената“ (Протоколи от заседанията на Комисията по изработване на проект за Конституция на Република България от 13.02.1991 г. и 10.06.1991 г.), а и от извършеното тълкуване на чл. 6 КРБ в решение № 14/10.11.1992 г. по конст.д. № 14/1992 г. на Конституционния съд на Република България. В решението критерият „пол“ е изключен от групата социални признаци, които се придобиват или изменят в процеса на социалната реализация на българските граждани в обществото. Чл. 46, ал. 1 КРБ определя брака като доброволен съюз между мъж и жена и въздига различния пол в императив към встъпващите в брак.

Разпоредбата визира само биологичните мъж и жена, а чрез предвиденото в нея основният закон възприема разбирането за бинарно съществуване на човешкия вид и разделението на хората по полов признак. Чл. 47, ал. 2 КРБ поставя жената майка под особена закрила на държавата. Използваната терминология в съдържанието на конституционната норма – „майка“, „раждане“, „акушерска помощ“ – доизяснява възприетото от конституцията биологично обяснение на понятието. Последният аргумент че това е така, е в решение № 13/27.07.2018 г. по конст.д. № 3/2018 г. на Конституционния съд. В това решение Конституционният съд прие, че Конвенцията на Съвета на Европа за превенция и борба с насилието на жени и домашното насилие, съставена на 11.05.2011 г. в гр. Истанбул, подписана от Република България на 21.04.2016 г., не съответства на Конституцията. Извода за противоречие Конституционният съд базира на възприетото във върховния закон разбиране за биологичната характеристика на пола и неговата детерминираност (неизменност) в процеса на социална реализация на гражданите в обществото и различните, изключващи това разбиране, постановки на Конвенцията. Следователно конституционният законодател възприема биологичното обяснение на понятието „пол“ като единственото включено в него. Така полът на българския гражданин се определя с раждането, а се изгубва със смъртта.

Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи (ЕКПЧ) е ратифицирана със закон, приет от Народното събрание на 31.07.1992 г. – ДВ, бр. 66/1992 г. и е в сила за Република България от 07.09.1992 г. Съгласно чл. 8, § 1 ЕКПЧ, всеки има право на зачитане на неговия личен ... живот ... Според чл. 8, § 2 ЕКПЧ, намесата на държавните власти в ползването на това право е недопустима, освен в случаите, предвидени в закона и необходими в едно демократично общество в интерес на националната и обществената сигурност или на икономическото благосъстояние на страната, за предотвратяване на безредици или престъпления, за защита на здравето и морала или на правата и свободите на другите. В своята практика Съдът по

правата на човека в Страсбург приема, че въпросът за нехарактерната полова идентификация (транссексуалността) попада в обхвата на защитата по чл. 8 ЕСПЧ.

Съгласно чл. 7 от Хартата на основните права на Европейски съюз, всеки има право на зачитане на неговия личен ... живот. В обхвата на чл. 7 попада и личната идентичност, а тя включва и половата идентификация на всеки гражданин на държава-член на Европейския съюз.

Изложеното налага Върховният касационен съд да отчете съотношението между наднационалния/международния и националния правен ред, като съобрази има ли противоречие между биологичното разбиране на понятието „пол“, възприето в Конституцията на Република България и по-широкия обхват на това понятие, следващо от наднационалния и международния правопорядък, включително последиците от възможното противоречие.

Съгласно чл. 5, ал. 4 КРБ, след ратифицирането, обнародването и влизането в сила за Република България на ЕКЧП, тя е част от вътрешното право и има предимство пред тези норми от вътрешното право, които ѝ противоречат.

Съгласно чл. 4, ал. 3 от Конституцията, Република България участва в изграждането и развитието на Европейския съюз (нова – ДВ бр. 18/2005 г.). След това изменение на върховния закон бе сключен Договорът за присъединяване на Република България и Република Румъния към Европейския съюз (обн. ДВ бр. 103/2006 г.). С присъединяването на Република България към Европейския съюз на 01.01.2007 г. правото на ЕС (първично и вторично) е пряк регулатор на обществените отношения на територията на Република България. Хартата на основните права на Европейски съюз е основен (първичен) акт на Европейския съюз. Предвиденото в Хартата е от значение за отговора на поставения въпрос,

доколкото той се отнася до задължението на Република България чрез своите национални органи да прилага и правото на Съюза при определяне на правния статут на българските граждани според техния граждански пол (чл. 51 от Хартата).

Съгласно чл. 3а, § 1 и 2 от Договора за функциониране на Европейски съюз (Договора от Лисабон), зачитането на конституционната идентичност на държавите-членки е сред основните принципи на Съюза (чл. 3а, § 1 и 2). Това се потвърждава и развива от практиката на Съда на Европейския съюз. Европейският съюз е създаден и се състои от суверенни държави, а Съюзът безусловно зачита националната конституционна идентичност на държавите-членки. Тази идентичност очертава ядрото от ценности, заложено в националните конституции. То не подлежи на ревизия от наднационалния правен ред. Конституционната идентичност е специфична идентичност на нацията, изразявана, определяна и очертавана чрез националната конституция. Ядрото от ценности, закрепени в националната конституция, се отстоява и се ползва със защита, а за Република България тя произтича от върховенството на Конституцията (чл. 5, ал. 1 КРБ).

Върховният касационен съд приема, че елемент от българската конституционна идентичност е юридическото съдържание на понятието „пол“, а то се възприема еднакво от всички конституции на Третата българска държава – Търновската конституция 1879 г., Конституциите от 1947 г. и 1971 г., а и сега действащата от 1991 г. Конституционният законодател неизменно го е свързвал и го свързва единствено с биологичния пол, който е генетично кодиран и не се променя от раждането до смъртта на индивида. Именно поради това националният закон не дефинира изрично понятието „пол“, нито „мъж“ или „жена“. Обяснението за този подход, включително на конституционния законодател, е и в християнството. Началото на процеса на възприемането на тази религия като официална за Българската държава датира от 864 година. Християнството е в основата на

източноправославното вероизповедание, а то е традиционната и официална религия за Република България (чл. 13, ал. 3 КРБ). Християнството свързва полът с мъжкото и женското начало, които са с божествен произход. Що се отнася до определянето на пола, останалите религиозни общности в България свързват по същия начин религиозната догма. Конституционното закрепване на биологичния пол като правна категория през целия 140-годишен период на съществуване на Третата българска държава следва да се определи като елемент от българската конституционна идентичност. На нея не може да се противопостави никой наднационален или международноправен акт.

Върховният касационен съд не съзира такова противопоставяне (противоречие) между биологичното разбиране на пола като основен елемент на българската конституционна идентичност и правото на лична идентичност, което съгласно чл. 7 от Хартата и чл. 8 ЕКПЧ включват и половата идентификация на българските граждани.

В своите решения Европейският съд в Страсбург подчертава, че основният предмет на чл. 8 ЕКПЧ е да защитава индивида от произволна намеса от страна на държавата – страна по Конвенцията. Поради това чл. 8 не само принуждава държавата да се въздържа от такава намеса (отрицателно задължение за държавата), но я задължава да включи предприемането на мерки, предназначени да гарантират личния живот и дори в областта на отношенията между отделните лица (положителни задължения за държавата). Понятието „зачитане“, залегнало в чл. 8 ЕКПЧ обаче, не е строго определено, особено когато става въпрос за позитивните задължения на държавата. Изискванията варират значително за отделните случаи в зависимост от следваната практика и ситуацията в съответната държава – страна по Конвенцията. При преценката дали такова задължение съществува, трябва да се държи сметка за баланса, който следва да се постигне между общия интерес и интереса на индивида (така решение от 25.03.119 г. по дело Б. срещу Франция (B.v.France)). Държавата има известна свобода на преценка

(същото решение, както и решенията по делото К. срещу Ирландия, делото Ш. и Х., делото М., а и делото В. К. срещу Германия).

Във връзка с балансирането на конкурентните интереси настоящият състав на Върховния касационен съд намира, че когато понятието „пол“ се свързва с биологичния пол на индивида на конституционно ниво и това изразява конституционната идентичност на Българската държава, от нея не следва да се очаква да зачете (да предпочете) личния интерес на българския гражданин, когато той проявява принадлежност към пол, различен от биологичния. Конкурентните интереси могат да бъдат решени в полза на българския гражданин, който се е осъзнал като принадлежност към другия пол, само след съответна промяна на Конституцията на Република България и следваща (само) след нея промяна в останалите национални закони. Докато такава промяна на Конституцията няма, не може да се твърди, че материално-правните предпоставки на правния режим за промяна на пола, включително поради транссексуалност на българския гражданин, са в чл. 7 от Хартата и/или в чл. 8 ЕКПЧ, а липсата на правен ред (изрична процедура в националния закон за тяхното установяване), не освобождава националния съд от задължението да удовлетвори искането за вписване на новопридобития пол в регистрите на гражданското състояние.

В чл. 32, ал. 1 КРБ е аргументът за липсата на конституционноправна възможност да се изисква от Българската държава на този етап да предпочете частния интерес на български гражданин, който се идентифицира към другия биологичен пол, пред обществения интерес и чуждите права. Върховният закон също прогласява личния живот на българския гражданин за неприкосновен, а предвижда право на защита срещу незаконна намеса в „личния ... му живот“. Всяко основно право осигурява определена закриляна област на свобода или равенство, но тя не е безгранична. Нейните граници очертават изискванията за обществен ред на територията на Република, а те зачитат и чуждите конституционни права. Основното конституционно право

на българския гражданин по чл. 32, ал. 1 КРБ „живее“ с неговите ограничения. Съдържанието на правото по чл. 32, ал. 1 КРБ не може да надхвърли биологичното обяснение на понятието „пол“, възприето от конституционния законодател. Невъзможна е колизия (несъвместимост) на норми от конституционен порядък. Намесата на държавата, която не допуска понятието „пол“ да се насити със съдържание, различно от неговото биологично обяснение, не е „незаконна“ по смисъла на чл. 32, ал. 1, изр. 2 КРБ, нито недопустима по смисъла на чл. 8, § 2 ЕКПЧ. Биологичното обяснение на това понятие съставлява ядрото на българската конституционна идентичност, а зачитането ѝ е основен принцип на правото на Европейския съюз.

Преамбюлт на основния закон поставя за конституционна цел изграждането на Република България като правова държава. Разбирането за правова държава включва принципа на правната сигурност (формален елемент) и принципа на материалната справедливост (материален елемент). Правовата държава във формален смисъл изисква съдържанието на правните понятия да е ясно и недвусмислено. Върху биологичната характеристика на пола, възприета от Конституцията на Република България, е изградена цялата национална вътрешно-правна система, включително гражданското състояние на българските граждани и именната система. Биологичното обяснение на пола е в основата на гражданския пол – онзи, който е сред белезите, които индивидуализират българския гражданин като правен субект (възможен носител на права и задължения) и има значение за нормативното регулиране на отношенията, в които той участва (съпружество, роднинство, социални права, задължение да се въздържа от извършване на престъпления (например възможен субект на престъплението „изнасилване“ е само лице от мъжки пол). Възприетият конституционен модел, проява на българската конституционна идентичност, обяснява и липсата на национален закон, който да урежда материално-правните предпоставки на промяната на пола на българските граждани, включително поради транссексуалност и/ или

последниците от допускането на такава промяна. Балансът между общия интерес и интереса на индивида не допуска българската държава да зачете последниците от осъзнаването на българския гражданин като лице от пол, различен от определения с раждането. Конституционната уредба, възпроизведена в останалите национални закони, зачита обществения интерес и чуждите права, като не допуска сключването на брак с лице от същия биологичен пол, не предвижда основание за прекратяване на брака поради „промяна на пола“ на единия от съпрузите, не допуска роднински връзки по пряка или съребрена линия, различни от тези, които биологичният пол предопределя, основава социалните права на биологичния пол на българския гражданин и т.нат.

Тълкуването на Закона за гражданската регистрация, който урежда гражданското състояние на българските граждани, именната ни система и единният граждански номер като административен, уникален и еднозначен идентификатор на подлежащите на регистрация лица на територията на Република България, започва от изложеното. Полът е основен елемент от гражданската регистрация (чл. 8, ал. 1, т. 3 ЗГР). Той е част от съдържанието на актовете за гражданско състояние: акт за раждане (чл. 45, ал. 1, т. 8 ЗГР), акт за сключване на граждански брак (чл. 53, т. 5 ЗГР) и акт за смърт (чл. 60, ал. 1, т. 7 ЗГР). Имената на българските граждани (собствено, бащино и фамилно) се определят по ред, посочен в закона и по правило и зависят от неговия пол (глава II, раздел II). Съобразно пола се определя и ЕГН (чл. 11 и Наредбата по чл. 113, ал. 1 ЗГР). Съставянето на актовете за гражданско състояние е в компетентност на длъжностно лице по гражданското състояние в общината или кметството на територията, на която са станали събитията. Кметът на общината е длъжностното лице по гражданското състояние при законова възможност за делегиране на компетентността (чл. 35 ЗГР). Актът за раждане се съставя въз основа на писмено съобщение по образец, утвърден от министъра на регионалното развитие и благоустройството. Утвърденият образец включва съобщение и за пола. Той се определя при раждането по

външните полови белези (единствените или преобладаващите), които определят българския гражданин като лице от мъжки или от женски пол. ЗГР също придава правно значение на биологичния пол на българския гражданин.

В ЗГР няма уредба, която допуска промяна на пола на български гражданин поради обстоятелство, различно от допуснатата грешка от длъжностното лице при съставянето на акта за гражданско състояние. Грешката (невярното удостоверяване на биологичния пол) се установява по съдебен ред в охранително производство по молба на заинтересуваното лице (чл. 38, ал. 4 ЗГР). Позитивното съдебно решение е и основание за съответна промяна на имената и единния граждански номер на българския гражданин, чийто биологичен пол е бил погрешно удостоверен. Що се касае до пола на български гражданин, установената грешка изчерпва законовата възможност по чл. 73 ЗГР за „промяната в данните за гражданското състояние на лицата в съставените актове за гражданско състояние по съдебен ... ред“.

Различен извод не следва от чл. 76, ал. 5 ЗГР. Съгласно чл. 76, ал. 5 ЗГР, по административен ред не могат да се променят името на титуляра, с изключение на изрично предвидените в закона случаи, датата на раждане, брак или смърт и полът. Тълкуването на тази разпоредба по отношение на пола на българските граждани е във възможна връзка единствено с чл. 38, ал. 4 ЗГР. Длъжностното лице по гражданското състояние не притежава компетентност „по административен ред“ да констатира допуснатата грешка при съставянето на акта за гражданско състояние относно пола на българския гражданин. Тя следва да бъде установена по съдебен ред (така чл. 38, ал. 4 ЗГР), а промяната в съставения акт за гражданско състояние е последица от позитивното съдебно решение. За българският гражданин е определящ единствено биологичният пол. Придобива се с раждането и не се променя до смъртта. Той е и в основата на гражданския пол. Националната правна уредба не разкрива друга възможност за промяна в съставените актове за гражданско състояние на българските граждани.

Съгласно чл. 9 от Закона за българските лични документи, „при промяна на .. пола ... лицето е длъжно да подаде заявление за издаване на нови български лични документи в срок от 30 дни“. Не само българските граждани обаче, но и чужденците са адресати на този закон (арг. от чл. 4 ЗБЛД). За лицата по чл. 4 ЗБЛД може да се очаква да разполагат с решение на чужд съд, допуснал промяна на пола. На настоящия състав е известно, че много чужди държави, включително държави-членки на ЕС и/ или страни по ЕКПЧ, имат национално законодателство, което за разлика от българския правен ред урежда материално-правни предпоставки, ред и последици за промяна на пола. Решението на чуждия национален съд или решението на националния съд, който признава и допуска изпълнението на акт на чужда национална юрисдикция за промяна на пола, е „официален документ от съответния компетентен орган“ по смисъла на чл. 20, ал. 2, т. 4 от Правилника за издаване на българските документи за самоличност.

Чл. 4 от Закона за защита от дискриминация забранява всяка пряка или непряка дискриминация по признак „пол“ и е проекция на чл. 6, ал. 2 КРБ. Съгласно § 1 от ДР на ЗЗД, признакът „пол“ по смисъла на чл. 4, ал. 1 ЗЗД включва и случаите на промяна на пола. Съгласно чл. 3, ал. 1 ЗЗД, този закон защитава от дискриминация всички физически лица на територията на Република България. Следователно адресати на този закон са не само българските граждани, но и чужденците, които пребивават на територията на Републиката.

Националният правен ред не предвижда, а без съответната конституционна промяна - не може и да предвиди - материално-правни предпоставки (условия) за промяна на пола, ред и последици от промяна на пола на български гражданин. Поради това настоящият състав на Върховния касационен съд приема, че подложените на обсъждане разпоредби уреждат последиците от (вече) допуснатата промяна на пола с акт на чужда юрисдикция, който Българската държава е длъжна да зачете.

В решение № 205/05.01.2017 г. по гр.д. № 2180/2016 г. на ВКС, ГК, III-то отд. (подписано с особено мнение) и в решение № 16/30.05.2017 г. по гр.д. № 2316/2016 г. на ВКС, ГК, IV отд. е прието, че на транссексуалните лица, които са български граждани, не може да се вмени в задължение извършване на хирургическа операция за модификация на тялото против тяхната воля като предпоставка за промяна на вписания в акта за раждане пол, тъй като допустимостта на такава интервенция, без предварително полът да е променен по съдебен ред, е спорна поради престъплението от чл. 128 НК. Прието е, че българското право допуска възможност за „смяна на пола“ на лицето по съдебен ред, а такъв е смисълът на чл. 9 ЗБЛД и чл. 20, т. 6 и чл. 22, ал. 6, т. 5 ПИБЛД и § 1, т. 17 ДР на ЗЗД. Прието е, че материално-правните предпоставки за промяната са изводими от характера на правото по чл. 8 ЕКПЧ. Те са две: медицински критерий (състояние на транссексуалност) и юридически критерий (сериозно и непоколебимо решение за промяна на биологичния пол поради изпълняваната психична и социална полова роля). Първият се доказва чрез комплексна медицинска експертиза, а вторият – с помощта на всички доказателствени средства по ГПК.

Настоящият състав на Върховния касационен съд намира, че следва да изостави тази практика на ВКС. Да я сподели означава да приеме, че за българските граждани има две паралелни и несъвместими същности на едно и също понятие „пол“, едното от които следва от върховния закон, а другото – от наднационалния/международноправния правен ред. Изводът е нетърпим за всяка правна система. Нарушава баланса, който е длъжен да проведе всеки национален орган в осъществяването на своята компетентност и да зачита границата, която провеждат съображенията за обществен ред на територията на Република България (биологичното обяснение на понятието „пол“, проява на конституционната ни идентичност) в ограничаване обема (съдържанието) на правото на личен живот на всеки български гражданин по чл. 32, ал. 1 КРБ, чл. 8 ЕКПЧ и чл. 7 от Хартата.

По съществуващото на касационната жалба:

Обжалваното решение е постановено по реда на чл. 294 ГПК. В изпълнение на указанията в решение № 205/05.01.2017 г. по гр.д. № 2180/2016 г. на ВКС, ГК, III-то отд. въззивният съд се е счел задължен да изследва зададените от касационната инстанция материално-правни предпоставки за допускане на исканата промяна на пола в съставения акт за раждане на молителя Т. И. Б., която е български гражданин (чл. 294, ал. 1, изр. 2 ГПК). Установявайки първата – състояние на транссексуалност (т.нар. медицински критерий), въззивният съд е отрекъл втората (т.нар. „юридически критерий“). Приел е, че са обратими придобитите вторични полови белези вследствие на предизвикана хормонална терапия. С тези мотиви е потвърдено първоинстанционното решение, с което е отхвърлена молбата за допускане промяна на пола в съставения акт за раждане и на съответна промяна в имената и ЕГН.

Въззивният съд не е съобразил, че националната правна уредба за гражданското състояние на българските граждани не допуска по съдебен ред да бъде удовлетворено искането на молителя Т. И. Б. за промяна на вписания пол в съставения акт за раждане поради транссексуалност. Въззивният съд не е зачел границата (баланса), която произтича от съображенията за обществен ред, а те свеждат понятието „пол“ до биологичния пол на българските граждани и разкриват конституционната ни идентичност. Въззивният съд е добавил в правото на лична идентичност по чл. 32, ал. 1 КРБ, а и по чл. 8 ЕКПЧ и чл. 7 от Хартата, съдържание, каквото националният обществен ред не допуска и в частност, възможност по съдебен ред молителят сам да определи пола си. Въпреки изложеното, Върховният касационен съд е длъжен да остави в сила обжалваното решение. То е правилно като краен резултат, доколкото са неоснователни исканията в молбата.

При съставен акт за гражданско състояние на български гражданин законът допуска извършване на промяна относно пола, само когато в

охранително производство по чл. 38, ал. 4 ЗГР съдът е констатирал невярно вписване на биологичния пол. Единствено такава грешка е материално-правното основание (условие) по съдебен ред да се допусне и съответна промяна в имената и единния граждански номер на българския гражданин в актовете за гражданско състояние. Молбата за допускане по съдебен ред на промяна на пола на касатора, който е български гражданин, се базира на различни твърдения - за неговата транссексуалност. Половата идентификация (осъзнатата принадлежност към другия биологичен пол) е без значение за гражданската регистрация на българските граждани. Неоснователно е искането за промяна по съдебен ред на вписания пол и обусловените искания за промяна на името и ЕГН в акта за раждане на касатора.

Особено мнение на съдия Даниела Стоянова по гр.д. № 4104/2017 г.

В постановеното по делото решение в отговор на повдигнатия правен въпрос мнозинството от съдебния състав приема, че половата идентификация на българския гражданин към пол, различен от биологичния, причините за нея (транссексуалност, трансжендъризъм, хомосексуализъм, травестизъм и всяка друга) или последиците от нея (хормонално и/ или оперативно модифициране на тялото към пол, различен от биологичния, сексуално или социално поведение, присъщи на другия пол и всяка подобна) не са основания (материално-правни предпоставки) за извършване на промяна в данните за гражданското състояние по административен или по съдебен ред, както и, че единствено наличието на грешка, изразяваща се в невярно вписване на биологичния пол, е материално-правното основание (условие) по съдебен ред да се допусне и съответна промяна в имената и единния граждански номер на българския гражданин в актовете за гражданско състояние.

Подписвам решението с особено мнение, тъй като не съм съгласна с така дефинирания от мнозинството на състава отговор на въпроса. Споделям и в този смисъл намирам, че не следва да бъде изоставена вече формираната по въпроса съдебна практика на ВКС, обективирана в решение № 205/05.01.2017 г. по гр.д. № 2180/2016 г. на ВКС, ГК, III отд. (подписано с особено мнение) и в решение № 16/30.05.2017 г. по гр.д. № 2316/2016 г. на ВКС, ГК, IV-то отд. В тези съдебни актове се приема, че българското право допуска възможност за „смяна на пола“ на лицето по съдебен ред, а такъв е смисълът на чл. 9 ЗБЛД и чл. 20, т. 6 и чл. 22, ал. 6, т. 5 ПИБЛД и § 1, т. 17 ДР на ЗЗД. Материално-правните предпоставки за такава промяна следва да се изведат и от характера на правото по чл. 8 ЕКПЧ. Те са две: медицински критерий (състояние на транссексуалност) и юридически критерий (сериозно и непоколебимо решение за промяна на биологичния пол поради изпълняваната психична и социална полова роля). Първият се доказва чрез комплексна медицинска експертиза, а вторият – с помощта на всички доказателствени средства по ГПК. Прието е също, че на транссексуалните лица, които са български граждани, не може да се вмени в задължение извършване на хирургическа операция за модификация на тялото против тяхната воля като предпоставка за промяна на вписания в акта за раждане пол, тъй като допустимостта на такава интервенция, без предварително полът да е променен по съдебен ред е спорна поради престъплението от чл. 128 НК.

И в двата съдебни акта са изложени множество убедителни аргументи, подкрепени с правни разрешения, дадени от Съда на ЕС и от Европейския съд по правата на човека, които споделям изцяло и не намирам за необходимо да преповтарям. Те вече са изложени в цитираните съдебни актове на ВКС, в това число и в конкретно посочените в последните актове на европейските съдилища, и са общодостъпни. В допълнение намирам за нужно да посоча следното:

Мнението на мнозинството от състава почива на консервативния подход към понятието пол, който към днешна дата считам, че следва да бъде изоставен. Това се налага както от развитието на науката като цяло, конкретно на медицината и психологията, на новите съвременни възгледи за полово разделение, така и на бързо развиващите се процеси на интернационализация и глобализация на правния ред. Наблюдаваните трайни тенденции в това отношение не могат да бъдат пренебрегнати от българския правен ред и в частност от правоприлагащите органи.

Полът несъмнено е един от елементите на правната индивидуализация на физическите лица. Въпреки това в последните години се наблюдава една трайна тенденция към омаловажаването му като критерий за разграничение между отделните лица, като едни държави премахват, а други смекчават значението му относно традиционни правни институти чрез различни правни похвати. /вж. „Полът като елемент на правната индивидуализация (разграничения и ограничения)“; д-р Дилян Начев – Гл. асистент по теория на правото в ЮФ на СУ/. Известно negliжиране на пола като елемент на правната индивидуализация се наблюдава и в някои от най-новите решения на СЕС. Така например: Решението по делото Coman and Others, C-673/16 на СЕС, в което се приема, че „понятието „съпруг/съпруга“ по смисъла на Директива 2004/38 е неутрално от гледна точка на пола и съответно може да обхваща съпруга от същия пол на съответния гражданин на Съюза“.

Действително липсва легално определение на понятието пол. При тълкуването на различни правни норми се обосновава изводът, че има два вида пол - мъжки и женски. Правният ред обаче не определя кога едно лице принадлежи към мъжкия пол и кога към женския пол. Нашата правна система не определя изрично и възможността за преминаване от единия към другия пол, не урежда изрично реда, по който може да се случи това и при наличието на какви критерии. Не са правно регулирани и последиците, свързани с промяната на пола. Това обаче в контекста на съвременното не е

достатъчно такава възможност безусловно да бъде отказана на българските граждани, още повече при наличието на отделни правни норми /цитирани по-горе/ които допускат възможност за „смяна на пола“ на лицето по съдебен ред. Самият процес на детерминирането на пола е сложен и преминава през различни етапи от развитието на организма. Не може да бъде пренебрегнат фактът, че се различават генетичен, гонаден, хормонален, вътрешен и външен генитален пол, нервно-церебрален, психически пол, социален и юридически /цивилен/ пол, последният, посочен в акта за раждане. /В тази връзка вж: Бостанджиев, Сексология, както и Ставру, Въпросът за правната регулация на смяната на пола/. Неоправдано и твърде консервативно е да се дава превес единствено на юридическия пол с превес на физиологичните обективни критерии без да се държи сметка за психологическия критерий – психическото самовъзприятие. Особено показателно в това отношение е решението на ЕСПЧ по делото *B c. France /CEDH, Cour (Plünjüre), Affaire B c. France, 25 mars 1992, Requête №13343/87/*. Госпожа Б. е френска гражданка, родена през 1935 г. и регистрирана като мъж. От ранна детска възраст възприема поведение, характерно за жена. Страда от депресия поради несъответствието между юридическия и психическия си пол. Претърпява поредица медицински интервенции – хормонални и хирургически. Молбата ѝ за смяна на юридическия пол е оставена без уважение от френските юрисдикции поради липса на правна уредба към този момент. Предмет на цитираното решение на ЕСПЧ е нейната жалба за допуснато нарушение на чл. 8 от Европейската конвенция за защита на правата на човека и основните свободи. Решението, макар и подписано с особено мнение, приема, че невъзможността транссексуалните лица да сменят юридическия си пол води до неравновесие между обществения интерес и интереса на лицето, тоест налице е нарушение на чл. 8 от Конвенцията. Жалбоподателката подчертава по делото, че все по-голям брой официални документи посочват пола, в резултат на което един транссексуален не може да пресече държавна граница, да докаже самоличността си или да влезе в многобройните

ежедневни отношения с трети лица и институции, включително работодатели, без да се разкрие разликата между официалния и видимия му пол. „В резултат на често налагалото ѝ се разкриване пред трети лица на информация, касаеща личния ѝ живот, жалбоподателката е била подложена на страдание, твърде сериозно, за да бъде оправдано на основание зачитане на правата на другите”. Съдът се съгласява с това становище и “счита, че неудобствата, от които се оплаква жалбоподателката в това отношение, са достатъчно сериозни, за да бъдат отчетени за целите на чл. 8”. Стига до заключението, че жалбоподателката ежедневно се оказва в положение, което, взето като цяло, е несъвместимо с гарантираната неприкосновеност на личния ѝ живот. Затова, дори и като се има предвид свободата на преценка на държавата, в случая не е бил постигнат справедливият баланс, който следва да се поддържа между интересите на обществото и тези на индивида. В същото решение с оглед конкретиката на казуса съдът приема за установено наличието на невъзвратима промяна на външните белези на първоначалния пол на г-ца Б. както и, че при конкретните обстоятелства демонстрираната решимост на жалбоподателката е фактор, достатъчно важен за да бъде взет предвид, заедно с останалите, от гледна точка на чл. 8”. Съдът приема и това, че отказът да се позволи на жалбоподателката исканата от нея промяна на собственото ѝ име също е фактор от значение от гледна точка на чл. 8. В тази връзка посочва следното: „...във връзка с английската система за гражданско състояние, че целта на регистрите е не да сочат настоящата идентичност на едно лице, а да запазват един исторически факт (...). Положението във Франция не е такова. Там е предвидено актовете за раждане да бъдат актуализирани в течение на живота на заинтересуваното лице, така че е напълно възможно да се нанесе отбелязване въз основа на съдебно решение, разпореждащо корекция в първоначално вписания пол. Нещо повече, пряк достъп до тези документи имат единствено оторизирани държавни служители и лица, получили разрешение от главния прокурор. Публичният им характер се обезпечава чрез издаване на пълни копия или

извадки. Следователно Франция е можела да удовлетвори искането на жалбоподателката, без да променя законодателството си – достатъчна би била промяна в практиката на касационния съд. Съдът отбелязва, на първо място, че *при наличието на съдебно решение нищо не би попречило в акта за раждане да се нанесе, под една или друга форма, отбелязване, чиято цел не би била точно да се поправи една действителна първоначална грешка, а да се актуализира документът така, че да отразява настоящото положение на жалбоподателката*. Освен това, редица първоинстанционни и апелативни съдилища вече са разпореждали подобни отбелязвания по отношение на други транссексуални и не е известно прокуратурата някога да е протестирала такива решения, голямата част от които сега са окончателни и неотменими. Касационният съд е възприел противоположното становище в практиката си, но това би могло до се промени”. Позицията на ЕСПЧ, изразена в това решение, е потвърдена и доразвита в решението по делото „Кристин Гудвин (Christine Goodwin) против Обединеното кралство” от 11 юли 2002 година № 28957/95 /ECHR, *Court (Grand Chamber) Case of Christine Goodwin v. The United Kingdom, 11.07.2002 г., application № 28957/95/*, а така също и в ECHR, *Case of Van Kuck v. Germany, 18.10.2001, application №35968/97*.

Същото становище се застъпва и в решението на съда в Страсбург по делото *Y. Y. v. Turkey* (Жалба № 14793/08). С това решение Европейският съд по правата на човека (ЕСПЧ, Съдът) се произнесе с осъдително решение срещу Република Турция за нарушение на Член 8 (право на зачитане на личния и семейния живот), осъществено с отказа на държавата да предостави на транссексуално лице достъп до оперативна промяна на телесния пол, тъй като лицето не било трайно лишено от възможността да има деца. Съдът подчертава в решението си, че правото на определяне на собствения пол е част от същността на свободата на самоопределение. В решението изрично се подчертава сериозността на въпросите, касаещи транссексуалните лица, както и това, че Конвенцията трябва да бъде трябва да бъде интерпретирана и

прилагана по начин, който прави гаранциите в нея, включително за транссексуалните лица, практически и ефективни. Съдът е категоричен и в това, че правото на транссексуалните хора на лично развитие и физическа и морална сигурност в пълната степен, както за другите граждани, не може да се счита за спорен въпрос. Той се позовава и на Препоръка CM/Rec(2010)5 на Комитета на министрите на Съвета на Европа, съгласно която изискванията за правно признаване на променения пол трябва да бъдат изчистени от оскърбителни или прибъгващи до злоупотреба изисквания. В решението се посочва и призивът на Парламентарната асамблея на Съвета на Европа държавите-членки да гарантират правото на транссексуалните хора на лични документи, отговарящи на тяхната полова идентичност, без за това да се изисква стерилизация или друга медицинска процедура, като извършена оперативна промяна на пола или хормонална терапия. В решението си ЕСПЧ приема позицията, че принципът за уважаване на физическия интегритет на жалбоподателя изключва всяко изискване към него, целящо постоянна стерилизация. Според Съда подобна намеса не е необходима в едно демократично общество.

В контекста на изложеното считам, че българският съд следва да възприеме нов подход при тълкуването на понятието пол и в частност по повдигнатия правен въпрос. Силно консервативният подход относно разбирането на пола – предимно или единствено въз основа на обективни физиологични критерии, следва да се замени с по-гъвкаво разбиране на понятието, при което се отдава достатъчно съществено значение и на индивидуалната воля на лицето и неговото самоопределяне. Когато психическото самовъзприятие на лицето влиза в остър конфликт с юридическия му пол, до степен, че го обрича на страдание, и при установеност на двата критерия - медицински критерий (състояние на транссексуалност) и юридически критерий (сериозно и непоколебимо решение за промяна на биологичния пол поради изпълняваната психична и социална полова роля), исканата промяна на пола следва да бъде допусната, а

като последица, следва да се допусне и промяната на имената и да се извърши съответното отбелязване в акта за раждане. Противното разрешение би било несъвместимо с гарантираната неприкосновеност на личния живот, до неравновесие между обществения интерес и интереса на лицето, тоест до нарушение на чл. 8 от Конвенцията.

III. РЕШЕНИЯ НА ТЪРГОВСКАТА КОЛЕГИЯ

5. Вписването на ипотека е само един от елементите от фактическия състав по учредяването на ипотека и представлява различен юридически акт от самата ипотека и съответно основанията за недействителност на учредяването и вписването са различни.

Чл. 170 ЗЗД

Чл. 88 ЗКИР

§ 8, ал. 1 от ПР на ЗИД на ЗПСК

Чл. 280, ал. 2, пр. 2 ГПК

Решение № 103 от 21.11.2019 г. по търг. дело № 2012/2018 г., I т. о., докладчик съдия Тотка Калчева, председател на Първо търговско отделение

Производството е по чл. 290 ГПК.

Образувано е по касационна жалба на Агенция за приватизация и следприватизационен контрол, гр. София срещу решение № 43/19.03.2018 г., постановено по гр.д. № 7/2018 г. от Габровския окръжен съд в частта, с която е потвърдено решение № 307/23.10.2017 г. по гр.д. № 1198/2016 г. на Габровския районен съд за признаване за установено по отношение на касатора по предявения иск от [фирма] АД, гр. Г., че извършеното на 07.02.2007 г. в том [номер] на Агенция по вписванията – Служба по вписванията гр. Г. вписване на законна ипотека върху недвижими имоти, собственост на [фирма] АД (с изключение на имота по т. 22.2 от решението) е недействително и е постановено заличаване на вписването на тази законна ипотека.

Касаторът поддържа, че решението е недопустимо, евентуално неправилно, поради нарушения на материалния закон, на съдопроизводствените правила и необоснованост. Моли решението да се обезсили и делото да се върне на първоинстанционния съд за произнасяне по предявения иск. Претендира разноските за производството. Ответникът оспорва жалбата. Претендира разноски.

Върховният касационен съд, Търговска колегия, I отделение констатира следното:

За да постанови решението в обжалваната част, въззивният съд е приел, че първоинстанционното решение е допустимо, като е неоснователно възражението на въззивника – настоящ касатор, че съдът се е произнесъл по непредявен иск. Според състава на окръжния съд не е предявен иск за нищожност на самата ипотека и Габровският районен съд се е произнесъл по искове за недопустимост и недействителност на вписването на ипотеката. Решаващият съд е изложил съображения, че Тълкувателно решение № 1/2002 г. на ОСГК на ВКС е неприложимо по отношение на хипотезите на недопустимост и недействителност на вписването по чл. 90 ЗКИР, тъй като вписванията в имотния и в търговския регистър имат различен предмет.

Според въззивния съд не са били налице основания за вписване на ипотеката, поради което вписването е недействително по смисъла на чл. 90 ЗКИР. Липсата на основание за вписване на ипотеката е изведено от въведената с чл. 63, пар. 1 ДФЕС забрана за ограничаване движението на капитали между държавите членки и държавите членки и трети страни. Окръжният съд е приел, че разпоредбата на Пар. 8 от ПР на ЗИД на ЗПСК, предвиждаща права на държавата да впише ипотека върху имуществото на приватизираното дружество за обезпечаване неизпълнението на задълженията на купувача по заварен приватизационен договор, създава предпоставки за ограничаване правата и интересите на акционерите, които са закупили или ще закупят акции от капитала на приватизираното дружество, защото дава на държавата – кредитор привилегия да удовлетвори вземането си. Основавайки се и на практиката на ВКС по решение № 147/27.01.2016 г. по т.д. № 3013/2013 г. на II т.о. решаващият състав не е приложил законовата норма като несъвместима с ДФЕС.

С определение № 139/25.03.2019 г. ВКС допусна касационно обжалване на основание чл. 280, ал. 2, пр. 2 ГПК за проверка вероятната недопустимост на въззивното решение.

Според касатора окръжният съд се е произнесъл с диспозитив по иск за нищожност на вписването на законна ипотека, но в мотивите на решението е обосновал решаващата си воля на база на разгледан непредявен иск за нищожност на самата ипотека.

Становището на състава на ВКС произтича от следното:

В исковата молба ищецът [фирма] АД е предявил искове за „нищожност или недопустимост“ на вписването от 07.02.2007 г. на законна ипотека върху недвижими имоти, като са изложени пороци, касаещи самото вписване на ипотеката: липса на надлежна молба от кредитор, липса на вписване в шестмесечния срок, липса на надлежно описание на имотите,

върху които се иска вписването на ипотеката, и липса на основание за вписване. С молба от 17.09.2016 г. ищецът е уточнил, че недопустимостта произтича от посоченото основание за вписване - пар. 8 от ПР на ЗИД на ЗПСК, която разпоредба не следва да се прилага от момента на приемането на Република България за член на Европейския съюз, поради противоречието ѝ с пар. 63, пар. 1 ДФЕС в аспекта на установената забрана за ограничаване свободното движение на капитали. Останалите, изложени в исковата молба основания, са отнесени към пороците, обуславящи недействителност на вписването, като са конкретизирани твърдените обстоятелства. Първоинстанционният и въззивният съд са приели, че исковете са предявени при условията на евентуалност. Главният иск за недопустимост на вписването е отхвърлен като неоснователен, тъй като съдията по вписванията е бил надлежно сезиран с искане – подадена молба от кредитора АПСК, към която са приложени документи за неизпълнение на задълженията по приватизационния договор. Евентуалният иск за недействителност на вписването е уважен поради липса на основания за вписване на ипотеката, изведени от липсата на предпоставките по пар. 8 от ПР на ЗИД на ЗПСК.

Съгласно нормата на чл. 88 ЗКИР всяко вписване в имотния регистър може да бъде оспорено по реда на чл. 537, ал. 2 и ал. 3 ГПК, като по силата на чл. 90, ал. 1 ЗКИР вписването в имотния регистър се заличава, когато по исков ред се установи недопустимост или недействителност на вписването, както и несъществуване на вписано обстоятелство. С определение № 154/20.03.2015 г. по ч.т.д. № 119/2015 г. на ВКС, II т.о. е направено разграничение между основанията по чл. 90, ал. 1 ЗКИР, въз основа на които би могло да се постанови заличаване на вписана ипотека. Решение № 147/27.01.2016 г. по т.д. № 3013/2013 г. на ВКС, II т.о., на което са се позовали съдилищата, е постановено по иск за прогласяване нищожността на вписана законна ипотека поради липса на предвидено в закона основание за учредяването ѝ, предвид неприлагане на пар. 8 от ПР на ЗИД на ЗПСК.

Вписването на ипотеката е само един от елементите от фактическия състав по учредяването на ипотеката и представлява различен юридически акт от самата ипотека и съответно основанията за недействителност на учредяването и на вписването, са различни (в този смисъл решение № 426/14.05.2009 г. по гр. дело № 308/2008 г. на ВКС, I г.о. и Решение № 553/20.12.2011 г. по гр.д. № 1166/2011 г. на ВКС, IV г.о.). Производството по вписване е строго формално и се извършва при спазване на императивните правила на ПВ и чл. 531 и сл. ГПК и като охранителен акт може да е засегнато от порок. Вписването пази права, поради което с нормите на чл. 88 и чл. 90 ЗКИР законодателят е предвидил защита от вписване, което е недопустимо или недействително. В случая ищецът е формулирал петитум за установяване недопустимост, евентуално недействителност на вписване, като са били въведени обстоятелства и въз основа на част от тях съдилищата са разгледали иск за недействителност на самото учредяване на законната ипотека, което би било недействително при наличие на някое от посочените в чл. 170 от ЗЗД условия или поради липса на предвидено в закона основание за учредяването ѝ. В исковата молба, наред с други основания, е заявена недействителност на учредяването на ипотеката поради недопустимо прилагане на разпоредба на пар. 8, ал. 1 от ПР на ЗИД на ЗПСК от националния съд като противоречаща на общностното право. При така наведени фактически твърдения се иска установяване недопустимост или недействителност на вписването на учредената законна ипотека като действие в охранително производство, а не недействителност на учредяването на законна ипотека. Формулираният по този начин петитум не съответства изцяло на търсената от ищеца защита. При противоречие между обстоятелствена част и петитум на иска е налице нередовност на исковата молба, който недостатък е неотстраним пред касационната инстанция. Съобразно постановките по т. 5 от ТР № 1/2013 г. по т.д. № 1/2013 г. на ОСГТК на ВКС въззивният съд дължи даване на указания за поправяне нередовностите на исковата молба, като следва да приложи разпоредбата на

чл. 129, ал. 2 ГПК с последиците по чл. 270, ал. 1 ГПК, ако указанията останат неизпълнени.

По тези съображения на основание чл. 293, ал. 4, пр. 2 ГПК въззивното решение следва да се обезсили в обжалваната част и делото да се върне на окръжния съд за ново разглеждане от друг състав за уточняване на петитума на иска и произнасяне в зависимост от наличието или липсата на такова уточнение. След направено уточнение на иска съдът следва да съобрази и родовата подсъдност за разглеждане на спора. При новото разглеждане на делото въззивният съд следва да се произнесе по разноските за касационното производство.