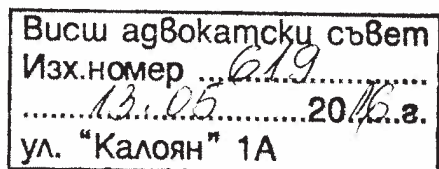


1628

РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ ВИСШ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

ул. „Цар Калоян“ № 1-а, 1000 София, тел. 986-28-61, 987-55-13,
факс 987-65-14, e-mail: arch@vas.bg



ДО
ПРЕДСЕДАТЕЛЯ НА
КОМИСИЯТА ПО ПРАВНИ ВЪПРОСИ
НА 43-ТО НАРОДНО СЪБРАНИЕ
Г-Н ДАНАИЛ КИРИЛОВ

СТАНОВИЩЕ

НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

по Проект на Закон за предотвратяване
на корупцията и за отнемане на
незаконно придобито имущество,
№ 602-01-18 / 13.04.2016 г.

УВАЖАЕМИ Г-Н КИРИЛОВ,

Проектът за Закон за предотвратяване на корупцията и отнемане на незаконно имущество е грешна компилация на уреждане на трайни обществени отношения с диаметрално различен характер. Какво е продикувало общата уредба на отнемане на незаконното имущество, относима към всички обществени отношения, да бъде прикачена към специалните хипотези на конфликта на интереси, като вероятен частен случай на корупция (независимо дали е свързана с имуществени облаги или не), мотивите на проектозакона не обясняват. Труднообяснимо е и механичното смесване на две самостоятелни административни производства - за превенция на корупцията и предотвратяване, установяване и санкциониране на конфликт на интереси, развиващи се

администрацията, ЗАНН) с абсолютно неудачната комбинация на заварената административно-гражданска процедура по отнемане на незаконно имущество по Закона за отнемане в полза на държавата на незаконно имущество (ЗОПДНИ). Още по-трудно се поддава на обяснение съществуването на специалните предпоставки за образуване на производство за отнемане на незаконно имущество - извършването на определени престъпления или административни нарушения, съответно нарушаване на правилата за превенция на корупцията и конфликта на интереси, при условие, че отнемането на това имущество зависи единствено от това дали е законен „източникът на придобиване“. Въвеждането на обвинението за определено престъпление като предпоставка за образуването на производството създава впечатление, че само извършителите или обвинените за такива престъпления и правонарушения (чл.85 и чл.86 от проекта) нямат право да придобиват и държат незаконно имущество. Извършителите на други престъпления или административни нарушения могат свободно да придобиват имуществени права с неустановен законен източник, но спрямо тях няма и не може да се образува производство за отнемане на незаконно имущество. В този смисъл добавянето на конфликта на интереси като допълнителен източник на придобиване на незаконно имущество, има периферно значение и не отговаря на основния въпрос - защо едно незаконно имущество подлежи на отнемане, а друго не.

В мотивите към законопроекта вносителят се позовава на „постигнатите до този момент резултати и добри практики в областта на гражданската конфискация“ без да ги конкретизира и без да посочи кой е постигнал резултати и добри практики, защото Комисията за отнемане на незаконно имущество(КОНПИ) със сигурност не е, а погрешното тълкуване и прилагане на закона от нейните служители, наложено като стил и масова практика бе отречено с Тълкувателно решение № 7/2014 по т.д.№ 7/2014 г. на ОСГК на ВКС (ТР 7/14 ОСГК). В частта за отнемане на имуществото настоящият законопроект представлява опит за законодателно заобикаляне или преодоляване на тълкуването на ВКС (ОСГК) чрез въвеждане на обвързваща съда презумпция за незаконност на всяко имуществото¹, което определени лица (проверяваните и лицата

¹ В мотивите се назовава “въвеждане на обратна тежест на доказване” и се обосновава с анонимно изследване на практиката на обратното доказване в други страни (Великобритания, Франция, Италия, Австрия, Холандия, Дания, Швейцария), но без да уточнят, че във всички тези страни такава процедура не се отнася до отнемане на незаконно имущество, а на имущество придобито от определени по вид тежки престъпления, осъществява се в хода не на гражданска, а на наказателна процедура и обратната

по чл.96-99 от проекта) притежават. Същевременно определянето на това спрямо кои лица ще се прилага законът се осъществява в неконтролируема по съдебен ред административна процедура. По този начин се цели постигането на два паралелни статута на защита на гарантираното от Конституцията право на собственост, които зависят от личността на титуляра им и неконтролираните от съд индивидуални административни актове на КОНПИ.

Във видимо пришитото „чуждо тяло“ на закона в частта за отнемане на незаконно имущество проектът представлява неприкрит опит на държавата да спечели служебна победа при съдебните процеси за отнемане на незаконното имущество. Прави го като си служи с многобройни доказателствени презумпции² и дори, пряко всички правила на гражданския процес, с доказателствена фикция, като тази по чл.95, ал.2 от проекта, според която имуществото на проверяваното лице включва и всяко друго имущество, включително личното имущество на лицата по чл.95, ал.2, т.2-5, напълно независимо от законния или незаконен източник на придобиването му. Неправилността на подхода е илюстрирана пряко от пълното безразличие на законодателя, съответно на административния орган към въпроса какъв е действителният източник на придобиване на това имущество и установяването на неговия законен или незаконен характер. В цялата административна фаза на производството (действията на Бюрото по Глава седма – Проверка на имущественото състояние и по Глава осма, раздели I до V) липсва задължение на длъжностните лица да установят източниците на придобиване, съответно да правят оценка на техния законен или незаконен характер. Такова задължение Бюрото няма и при съдебната фаза, в която грижата за установяване на източниците на придобиване и техния законен характер е прехвърлена на ответниците в производството, макар определянето на това, кое имущество е незаконно, да е функция на „установен законен източник на придобиване“ (чл.2, ал.2 от проекта). И точно тук се проявява негражданският, по същество, характер на

тежест на доказване е приложима само спрямо лицето, което е осъдено, но не и спрямо третите лица в процеса при провеждане на т.н. „разширена кофискация“.

² Комплексът от презумпции, систематизирани в тяхната поредност и взаимна връзка, прави доказателственият процес на страните в производството напълно неравносновен. Неизчерпателният списък на тези презумпции включва чл.2, ал.2(относно недоказан източник на придобиване или недоказана законност на източника за придобиване), чл.94, ал.2 за значителното несъответствие и неговия обвързващ органите и съда характер, чл.100(за имуществото, което се третира като собственост на проверяваното лице), чл.105, ал.2, чл.127, ал.3 и 7(в която се въвежда издаването на информация като основание за приложение на презумпция за незаконност на имущество) и т.н.

предвидената процедура по отнемане. В мотивите си законодателят третира проверяваното лице и третите лица като правни субекти, които са длъжни да имат активно поведение в граждански процес, а когато го нямат, за тях да настъпват санкционни последици. Подобна позиция противоречи изцяло на диспозитивния характер на гражданския процес, в който страните имат право да упражняват процесуални права, но не могат да имат задължения за участие в производството пред съд, нито процесуалната им пасивност да бъде санкционирана с негативни имуществени последици.

Проектът в частта му за отнемане на незаконно имущество съдържа множество непреодолими вътрешни противоречия. Например как директорът съставя доклад, а Бюрото приема решение за образуване на производство по отнемане³, преди да са установени източниците на придобиване на имуществото⁴, което е логическа и юридическа предпоставка за определяне на „значителното несъответствие в имуществото“, а от там и за приложението на необоримата презумпция на чл.94, ал.2 от проекта. Пак в него е допусната невъзможна смесица на доказателствени процеси с взаимноизключващи се средства и резултати. В административната фаза Бюрото събира доказателства и доказателствени средства, които са годни само в административен процес- искане на информация, искане и даване на сведения, искане и даване на обяснения, събиране и достатъчност на данни и т.н. все доказателствени средства, които са годни в административен процес по АПК, ДОПК, ЗАНН и другите административни производства по специалните закони. Същевременно тези доказателствени средства са абсолютно негодни за съдебен процес по ГПК, включително в обезпечителното производство. В административното производство Бюрото приема решенията си за образуване на производството по отнемане на незаконно имущество на база презумпцията за правното действие на значителното несъответствие. То зависи от определените в същото производство пазарни стойности –чл.101 от проекта, на активите в имуществото. Липсва процедура по приемане и контрол на акта за определяне на тези стойности, съответно за изискванията към оценителите, тяхната отговорност и възможността да се осъществява контрол върху оценките им в административната фаза. Парадоксално е,

³ Дейността на Бюрото по Глава Седма и Глава Осма – раздели I-V.

⁴ В тези фази на производството никой няма административно задължение и компетентност да „установява източника на придобиване“.

че Конституцията допуска отчуждаване на собственост едва след реално заплащане на справедливо обезщетение (вкл. съдебен контрол върху размера му), а в проекта е предвидено решението за провеждане на съдебно производство за отнемане да се основава на неидентифицирана оценка (предположение) на неизвестно лице, която не е обложена в предвиден в закона акт, не представлява годно доказателствено средство в административен или граждански процес и не подлежи на административен или съдебен контрол, но въпреки това обвързва Бюрото и съда във фазата на обезпечителното производство.

В частта за отнемането законопроектът противоречи на ДИРЕКТИВА 2014/42/ЕС НА ЕВРОПЕЙСКИЯ ПАРЛАМЕНТ И НА СЪВЕТА от 3 април 2014 година за обезпечаване и конфискация на средства и облаги от престъпна дейност в Европейския съюз (Директивата), която следва да бъде транспонирана в Република България до края на 2016 г. Тя допуска обезпечаване и конфискация на облагите от престъпна дейност, разглеждайки тази конфискация като наказателно производство, и в рамките на наказателно производство и при ясно разграничаване на пряката конфискация (принципно разрешение) от разширената конфискация (алтернатива при точно определени предпоставки). Същата Директива поставя много ясна разграничителна линия от гледна точка на пропорционалността на ограниченията на правата на гражданите, според статута на лицето, чието имущество се засяга. Така тя допуска пряка конфискация само срещу осъдено за престъпление (чл.4, ал.1 от Директивата) от вида на тези, за които конфискацията е приложима (чл.3 от Директивата). Същевременно урежда специални тесни хипотези на разширената конфискация като алтернатива на пряката конфискация (чл.5 от Директивата), относима също само към имуществото на осъденото лице, в който случай единствено допуска като основание за отнемането имуществено несъответствие между законните доходи (не законен източник на придобиване) и разходите на осъденото лице. Третата хипотеза е тази на отнемане на имущество от трети лица (чл.6 от Директивата), на които заподозрян или обвиняем е прехвърлил имущество. Всичко това може да се прави само в рамките на наказателно производство и при стриктно спазване на изискванията на Хартата на основните права в Европейския съюз и ЕКПЧ, съответно изискванията на специалните предпазни клаузи (чл.8 от Директивата). Точно обратен е подходът на българския законодател. Действащият в България уникален за световната теория и практика модел на отнемане на незаконно имущество и претендиращ това се третира като гражданска процедура⁵, въведен чрез Закона за отнемане в полза на държавата на незаконно

⁵ Въведен чрез Закона за отнемане в полза на държавата на незаконно имущество (ЗОПДНИ)

имущество (ЗОПДНИ), съответно копиращият го модел на проекта, противоречат на ограничителните условия за провеждане на разширена конфискация и на конфискация на имущество на трети лица, както и на имущество, което не е придобито като облага от престъплението. Доколкото тези ограничителни условия се явяват същевременно гаранции за засегнатите от производството по конфискация лица, както и на изискването на чл.8 от Директивата за минимални гаранции за защита на правата на засегнатите лица, противоречието с тях, изразяващо се в липса на право на ефективни правни средства за защита (равни процесуални, в това число доказателствени, възможности с държавата) и на справедлив съдебен процес пред независим съд. Практически е осуетена възможността засегнатите лица да се явят пред независим съд, защото съдът е обвързан от необорими (чл.95, ал.2 от проекта и др.) и оборими (чл.94, ал.2) доказателствени презумпции, изключващи възможността му в рамките на предсъдебната фаза и на фазата по налагане на обезпечителни мерки, да изпълнява самостоятелна правораздавателна компетентност (до предявяване на иска се събират доказателства, които са допустими по АПК и ДОПК, но не са допустими по ГПК и съдът не може да ги цени при установяване на допустимостта, вероятната основателност и обосноваността на искането за обезпечение).

Проектът противоречи и на ЕКПЧ и на чл.5 от ДЕС защото:

1) създава възможност за експроприиране на имущество, придобито по законен ред от лица, които не са осъдени или обвинени за извършване на престъпления (всички лица по чл.95-99 и чл.103 от проекта), без да им предоставя възможност за компенсиране на увреждането и като ги лишава от обезпечението на имуществото на проверяваното лице;

2) нарушава принципите на правовата държава, тъй като: а/ въвежда санкция с обратна сила (чл.90, ал.1 от проекта), б/ прогласява неправомерност на придобиване на незаконно имущество със задна дата - към момента на придобиването (чл.94, ал.3 от проекта), в/ създава неясни правни норми, които могат да бъдат превратно и разширително тълкувани, защото нямат законово определение („законен източник на придобиване“ - чл.2, ал.2, „незаконно имущество“ - чл.2, ал.1, „чисто доход от предприемаческа дейност“ и много други, г/ създава презумпция за незаконност на имуществото, с която обръща доказателствената тежест за всички участници в процеса, а не само за проверяваното лице (което би било допустимо в производство по Директива 42/2014 г., ако бе транспонирана) - чл.94, ал.2 от проекта, д/с препращането към правилата на ГПК въвежда ограничения за правото на защита на ответниците в

съдебните производства по отнемане на незаконно имущество, които не са съществували към момента на придобиване на имуществото (чл.124 от проекта във вр. с чл.... от ГПК, е/ въвежда административна процедура, която не подлежи на съдебен контрол, въпреки прякото си увреждащо действие върху статуса и имуществената сфера на трети лица, ж/лишава проверяваното и заинтересованите лица от достъп до провежданото административно производство, з/ лишава чрез доказателствените ограничения на гражданското съдопроизводство засегнатите лица в производството по конфискация от възможността да оспорят и докажат оспорването на фактите, които дават основание да се третира имуществото им като незаконно, и/ограничава упражняване на процесуални права със срок, при това определен произволно от съда(чл.138 от проекта) за заинтересованите лица и множество други подобни разпоредби, к/ въвежда имунитет за имуществена отговорност на длъжностни лица от администрацията за вредите, причинени от тях при изпълнение на службата, л/създава възможност за изкуствено продължаване на срока за обезпечение без предявяване на иск и много други.

Проектът противоречи в частта му относно правото на държавата на отнемане на незаконното имущество на Конституцията на РБ и защитаваните от нея принципи и права на гражданите, между които правото на свободна стопанска инициатива и на неприкосновеност и защита, съответно на свободно упражняване и ползване от правото на собственост. В нарушение на чл.4, ал.1 от Конституцията на РБ, предвиденото в проекта ограничаване на правото на собственост и свободна стопанска инициатива на третите лица (по чл.95, ал.2 от проекта, съответно на добросъвестните трети лица-приобретатели) до степен за отнемането им, не може да бъде оценено като наложителна, подходяща и съразмерна мярка, нито като мярка, която отговаря на останалите принципи на правовата държава относно пропорционалността, правната сигурност, недопустимостта на обратното действие, разделението на властите, достъпа до правосъдие.

Самостоятелно нарушение на правото на защита срещу действията на администрацията е игнорирането на правилото на чл.120 от Конституцията на РБ по отношение на актовете, с които се определят пазарните оценки на имуществото в хода на проверката на имущественото състояние. Тези актове имат детерминиращо значение за

съществуването на абсолютната предпоставка за допустимост на административното и последващото го съдебно производство по отнемане (чл.93 от проекта). За разлика от конституционно признатата възможност за съдебен контрол върху глоба на стойност под 50 лв., административният акт по приемане на оценката и определянето на имуществените стойности, на които се основава заключението за имуществено несъответствие, са изрично изключени от съдебен контрол.

В нарушение на чл.8 от Конституцията на РБ е допуснато нарушаване на баланса между властите, като на органи на изпълнителната власт са предоставени функции по законотворчество с първични правни норми (съвместна инструкция по чл.32 от проекта, а на независим орган на съдебната власт като прокуратурата е възложено да осъществява съвместни действия с органите на изпълнителната власт в рамките на типично административно производство. В противоречие с принципа на разделение на властите, административният орган извършва преценка за наличие на данни за престъпление, което е правомощие само на орган на съдебната власт (чл.35 от проекта), в същото време е предоставена законодателна власт на директора на Бюрото, който може да утвърждава образци на всички декларации, които се дават по закон, вкл. и тази по чл.126 от проекта, с която се създават негативни имуществени и правни последици (въвежда се презумпция за незаконност на имуществото). Своеобразен рекорд е правото на Бюрото с решение да дава методически указания по приложение на закона, което означава, че административният орган може да ръководи методически съда при упражняване на правораздавателната му функция (чл.18, т.12 от проекта).

Комплексната оценка е, че в частта за отнемане на незаконното имущество, проектът влошава съществуващото правно положение и представлява съвкупност от вътрешнообвързани правила, формиращи единна система, поради което следва да бъдат подложени на много задълбочена преценка за конституциосъобразност като нормативно единство, а не поотделно.

В нарушение на принципа на пропорционалност, съответно на правовата държава, е създаването на нова, допълнителна администрация,

която да осъществява управление и разпореждане с имущество, което е обезпечено или конфискувано.

Значително несъответствие в имуществото, съответно предопределят наличието или отсъствието на абсолютна предпоставка за допустимост на производството по отнемане от там и като процесуална предпоставка за наличие на значително несъответствие в имуществото е пряко зависима от оценката на пазарната стойност на това имущество, включително ретроактивна оценка към определени дати. В този смисъл тя се явява определяща за съществуването на значително несъответствие и от там за образуването и провеждането на производство по отнемане. В гражданско-процесуален смисъл актът на Бюрото за констатиране на значително несъответствие се явява абсолютна предпоставка за допустимостта на исковото производство по отнемането на незаконно имущество и осъществяването на съдебен контрол върху процедурата по определянето и, констатирането на В частта за отнемане на незаконното имущество принципът на пропорционалност е нарушен, защото отнета възможността за конкретна оценка за неговото спазване в хода на конкретните административни производства – примерно за данъчните нарушения и престъпления е предвидена санкция отнемане на цялото имущество, а не на придобитото чрез нарушението или престъплението, което е многократно по-малко по размер. Същото се отнася до престъпления, чиито изпълнителни деяния визират държане или извозване на дърва, граничните с маловажни случаи на притежаване на оръжие и боеприпаси и много други. Същевременно прави впечатление изключването от кръга на престъпленията по чл.85, ал.1 от проекта на случаите на обикновена и квалифицирана кражба, освен в случаите на чл.196 от НК.

ПРЕДСЕДАТЕЛ НА
ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

РАЛИЦА НЕГЕНЦОВА

