



ОБЩИНСКА ИЗБИРАТЕЛНА КОМИСИЯ – СТОЛИЧНА ОБЩИНА

гр. София, ул. "Московска" № 33, ет. 2, <https://oik2246.cik.bg>; e-mail: oik2246@cik.bg;

ОСОБЕНО МНЕНИЕ към решение № 1192-МИ от 18.12.2024 г. от членове на ОИК – Столична община

Не сме съгласни с изводите на мнозинството от членовете на комисията, гласували и постановили решение № 1188-МИ от 18.12.2024 г., издадено от Общинска избирателна комисия – Столична община, с което се прекратяват предсрочно пълномощията на Ясен Емилов Русев – кмет на район "Искър" – Столична община, поради което и на основание чл. 85, ал. 8 от Изборния кодекс, подписваме решението с особено мнение.

Видно от *решение № 13708 от 02.08.2024 г., постановено по адм. дело № 6442 по описа на Административен съд – София – град за 2024 г.*, се изтъква: "При новото произнасяне ОИК – Столична следва стриктно да приложи неблагоприятните последици по чл. 42, ал. 1, т. 5, във връзка с чл. 41, ал. 3 от ЗМСМА – предсрочно прекратяване пълномощията на Ясен Емилов Русев, съобразявайки мотивите в настоящия съдебен акт. Административният орган следва да се произнесе в 14-дневен срок от влизане на настоящото решение в сила". Обективизираното от съда може да се счита като задължителни указания по реда на чл. 173, ал. 2 АПК.

Обаче, съгласно практиката на Върховния административен съд – *решение № 8191 от 03.06.2019 г., постановено по адм. д. № 2905 по описа на Върховния административен съд за 2019 г.*, от анализа на разпоредбата на чл. 173 АПК се установява, че когато решаването на въпроса е предоставено в изключителната компетентност на административния орган, съдът може **само** да даде задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона и то в мотивите на съдебния си акт. ВАС е категоричен, че **съдът в никакъв случай не може да даде указания по съдържанието на акта, който следва да се издаде и това е така, защото компетентността на административния орган е специална, на него законодателят му е предоставил правомощието да реши спорния въпрос.**

До същите изводи и в същата насока е достигнато и в *решение № 2503 от 27.02.2018 г., постановено по адм. д. № 5663 по описа на Върховния административен съд за 2017 г.*: "Настоящият състав счита, че административният съд неправилно е задължил с мотивите си, административният орган да приеме, че проектът за изграждане на ажурната ограда отговаря на условието по чл. 4 от Наредба № 9, както и че има пряка връзка с опазването на околната среда. **По този начин му е указал за съдържанието на акта, който би постановил, което е в нарушение на материалния закон.** Преценката за одобряването или не на проекта е предоставена на

административния орган, като съдът не може да го обвърже с неговите правни изводи. Административният орган, след като се запознае с доказателствата по делото, ще следва да издаде нова заповед, като изложи фактическите основания, даващи му право да одобри частично, изцяло или да не одобри проекта. **Това е така, защото компетентността на административния орган е специална. Тя не може да бъде заместена от волята на съда. При издаването на новата заповед, изпълнителният директор ще следва да съобрази всички факти и обстоятелства, въз основа на които да издаде заповедта си**".

Така е достигнала върховната инстанция и в **решение № 1483 от 06.02.2017 г., постановено по адм. дело № 12752 по описа на Върховния административен съд за 2015г.:** "Чрез тълкуване на разпоредби от ЗДОИ, ЗООС и Орхуската конвенция **съдът не следва да търси и формулира аргументите, довели до оспорвания отказ за достъп до обществена информация, с което да "допълва" съдържанието на акта. Тази дейност трябва да извърши органът, който е задълженият публичноправен субект по ЗДОИ**".

В настоящия случай указанията, изтъкнати в решението на Административен съд – София – град, касаят именно какъв следва да бъде последващият акт на ОИК – Столична, поради което същите не следва да бъдат изпълнявани, тъй като по този начин съдът на практика изнема компетентността на административния орган и обезсмисля изключителните правомощия на ОИК да издаде административния акт, а това е недопустимо. Несъмнено само и единствено ОИК е компетентна да издаде административен акт, с който да бъдат прекратени пълномощията на кмета, според изричната разпоредба на чл. 42, ал. 4 и чл. 42, ал. 1, т. 9, вр. с чл. 41, ал. 1 ЗМСМА. Поради това ОИК – Столична не е нито обвързана, нито ограничена от указанията на съда по начина, по който са формулирани.

Именно в същата насока в коментар на Ал. Еленков, Ан. Ангелов, Ас. Дюлгеров, Ат. Дишева, Л. Панов, М. Казанджиева, С. Янкулова, Т. Николова, Юл. Ковачева. Административнопроцесуалният кодекс. Систематичен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С., ИК „Труд и право“, 2013, стр. 1167, се посочва **"Освен да изпрати преписката на компетентния орган, съдът е длъжен да му даде указания, но само по тълкуването и прилагането на закона. Той не може да му дава указания по съществуването на фактите. Не са задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона установените в хода на съдебното производство конкретни нарушения на изискванията за форма на административнопроизводствените правила, необосноваността, липсата на мотиви, непълнотата на фактическите и правни основания, неправилното ценене на доказателствата, непълнотата на доказателствата, неправилно събрани доказателства. Всички те могат да бъдат основания за отмяна, но посочването им в съдебното решение не означава задължителни указания по тълкуването и прилагането на закона по смисъла на чл. 173, ал. 2 АПК"**. В настоящия случай е видно, че съдът е дал указания не просто как следва да бъде тълкуван или приложен закона, а е дал директно указание за **"предсрочно прекратяване пълномощията на Ясен Емилов Русев"**, което надхвърля правомощията на съда, посочени ясно в чл. 173, ал. 2 АПК и като един

независим административен орган не следваше да се изпълняват тези указания стриктно от мнозинството на комисията.

Като допълнителен аргумент в тази насока следва да се изтъкне, че както следва отново от практиката на – **решение № 1447** от 04.02.2019 г., постановено по адм. дело № 6948 по описа на Върховния административен съд за 2018 г., за да е налице хипотезата на чл. 173, ал. 2 АПК, е необходимо административното производство да е започнало по **искане на адресата на акта**. Само тогава, когато административното производство е започнало по искане на адресата на акта и съдът отмени акта поради съществени нарушения на административнопроизводствените правила, той следва да върне преписката на органа със задължителни указания, за да гарантира на адресата на акта възможността органът да се произнесе по искането, с което е сезиран, т.е. да гарантира непрекъсваемост на административното производство. В случая адресат на акта несъмнено е Ясен Емилов Русев, а жалбата против решение № 1147-МИ от 24.06.2024 г., издадено от Общинска изборителна комисия – Столична община, следователно хипотезата на чл. 173, ал. 2 АПК в случая не е налице.

Съгласно принципа са самостоятелност и безпристрастност, уреден в императивната разпоредба на чл. 10, ал. 1 АПК, противно на мнозинството в ОИК – Столична община, продължаваме да считаме, че в настоящия случай, на база на доказателствата в административното производство, не е налице несъвместимост по отношение на кмета на район "Искър" – Столична община, поради следните обстоятелства:

Категорично застъпваме разбирането, че понятието "търговец" е уредено в чл. 1, ал. 1 ТЗ. Търговец по смисъла на този закон е всяко физическо или юридическо лице, което по занятие извършва някоя от сделките, посочени в т. 1 до т. 15. Лицето трябва да извършва сделките по т. 1 до т. 15 по ТЗ. От изложеното следва, че дейността на търговеца, като субект на търговското право, се изразява в извършване на търговски сделки, посочени в закона. Възниква въпросът участието в търговско дружество търговска дейност ли е. Отговорът за нас продължава да бъде отрицателен съобразно практиката на търговско отделение към Върховния касационен съд и научните среди. Съдружникът, съгласно чл. 123 ТЗ, има право да участва в управлението на дружеството, в разпределението на печалбата, да бъде осведомяван за хода на дружествените дела, да преглежда книгата на дружеството и право на ликвидационен дял. Съдружникът е длъжен да изплати или внесе дяловата си вноска, да участва в управлението на дружеството, да оказва съдействие за осъществяване на неговата дейност, както и да изпълнява решенията на общото събрание. **Видно от посочените права и задължения, съдружникът не извършва търговски сделки по занятие така, както сочи разпоредбата на чл. 1 ТЗ и следователно не може да бъде определен като търговец.** От анализа на разпоредбите на ТЗ, се установява, че търговска дейност може да се извършва само от търговец, а не от друго лице, вкл. и съдружник в търговско дружество. Търговските дружества се определят от закона като търговци, но това не означава, че техните съдружници, собственици на капитала, са търговци. Те имат в дружеството собственост върху дяловете и изброените членствени права и задължения. Забраната по чл. 41, ал. 1 ЗМСМА не се отнася до съдружниците или акционерите. Законът ясно е посочил, че е създадена законодателна забрана да се извършва търговска дейност и то

само по смисъла на ТЗ, като разширителното тълкуване на разпоредбата намираме за абсолютно недопустимо при положение, че същата е изчерпателна. За други публични длъжности, регулирани в други устройствени закони, изрично е посочено, че заемащите ги не могат да бъдат съдружници. Такава е забраната по чл. 195, ал. 1, т. 3, предл. първо от Закона за съдебната власт, съгласно която разпоредба съдия, прокурор и следовател, докато заема длъжността си, не може да упражнява търговска дейност или да е съдружник. Такава забрана не съществува в посочената разпоредба на ЗМСМА, като не може да бъде тълкувана разширително по посока разширяване на предмета на понятието "търговска дейност", извън рамките, посочени в ТЗ. Съгласно чл. 147, ал. 1 ТЗ, едноличният собственик на капитала управлява и представлява дружеството лично или чрез определен от него управител. Едноличният собственик на капитала решава въпросите от компетентността на общото събрание по чл. 137 ТЗ, за което се съставя протокол в съответната за решенията на общото събрание форма. При тази законова регламентация освобождаването на управителя на едноличното търговско дружество не е обвързана с продажба на дружествените дялове и с приемането на нов съдружник. Съгласно чл. 137, ал. 1, т. 5 ТЗ, общото събрание избира управителя, определя възнаграждението му и го освобождава от отговорност. Управителят организира и ръководи дейността на дружеството съобразно закона и решенията на общото събрание. Съгласно чл. 141, ал. 4 ТЗ, овластяването на управителя може да бъде оттеглено по всяко време и името му може да бъде заличено от търговския регистър. Въпросът дали участието в търговско дружество (ТД) представлява търговска дейност изглежда разрешен в теоретически и практически аспект. Търговец, следователно и субект, осъществяващ търговска дейност, е дружеството, а не съдружниците в него.

От изложеното следва, че участникът в ТД, освен че не е търговец, не е и предприемач. Участието му в дружеството не е годно да създаде стойност, която да задоволява потребности на субекти, различни от неговите собствени. Участието в дружество е статично, докато дейността на предприемача е динамична, защото се изразява в пряко участие в оборота, което не е налице за съдружника. Участието в дружество трудно може да се възприеме като дейност, камо ли да притежава особена организация, без която резултатът не може да се постигне. Съдружникът не участва пряко в оборота и не носи риска от предприемаческата дейност. Следователно за такъв субект не може да възникне търговско качество. Предприемач (при това търговски предприемач) е дружеството, в което съдружникът участва. Участието в ТД е правна възможност, предпоставка за която е наличието на гражданска, а не търговска праводееспособност.

В заключение, участието в ТД не представлява нито търговска, нито предприемаческа дейност. Основните аргументи за този извод се коренят именно в съдържанието на тези дейности. Участието в ТД е субективно гражданско право на физическото лице или ЮЛ. Участието в ТД от страна на друго ТД или от страна на кооперация не представлява елемент от търговската право- и/или дееспособност на юридическото лице. Мотивът на търговеца да участва в ТД е диверсификация на риска от икономическата дейност.

С оглед на изложените съображения считаме, че предложения проект на решение е неправилен и незаконосъобразен и поради това подписваме решението с особено мнение.

Секретар:

Борислав Тасев

Член:

Анелия Иванова

Член:

Петър Георгиев

Член:

Виктория Илиева

Член:

Анастасия Дюлгерова

Член:

Велин Пеев

Член:

Цветанка Петкова

Член:

Добри Тенев

Член:

Веселин Варчев

Член:

Стоил Моллов