

## ИНСТИТУТЪТ НА РИСКА В ПУБЛИЧНОТО ПРАВО В НАЙ-НОВОТО БЪЛГАРСКО ЗАКОНОДАТЕЛСТВО

Младен Младенов

### 1. Нуждата от обективизиране на института на риска в българското законодателство.

Най-новото българско законодателство<sup>1</sup> е една изключително динамично изграждаща се система. Особено силно и ясно видимо е развитието в областта на публичното право. Това произтича от обективните факти от действителността - интегрирането на българската държава и общество в политическите, социални и икономически системи на Евро-Атлантическата цивилизация. Членството на Република България в Съвета на Европа, НАТО, Европейския съюз и организации, изповядващи ценностите на правовата държава, демокрацията, равенството, човешките права, свободната пазарна икономика и общ пазар,<sup>2</sup> изисква качествено нова правна система. Поради спецификата си (от гледна точка на регулацията от страна на държавата или други овластени публични институции), публичното право в много по-сериозна степен предполага промяна в тази насока, отколкото частното право (изградено най-вече на свободната воля на правните субекти).

Докато в условията на старата доминираща държавна и политическа система бе възможно *огромна концентрация на публични ресурси* (практически безотчетно пред населението), при демократичната и правова държава съществуват изисквания за законосъобразност, публичност, прозрачност, отчетност, последователност, предвидимост и ефективност, които сами по себе си предполагат *понятие, знания, умения, анализ и управление на риска*.

Понятието за „риск“ е общо понятие в повечето съвременни езици. Възможни са множество негови определения, но за целите на настоящето изследване ще се придържаме към възможно най-кратката формулировка, а именно: „Рискът е вероятност от вреда, щета или загуба; опасност или случайност“.<sup>3</sup>

Както изключително прецизно отбелязва Жан Луи Бержел: „В действителност правото заема своя речник от обичайния език... по този начин моралната, икономическата, политическата, математическата, физическата, биологичната и т. н. терминология прониква в юридическия речник“.<sup>4</sup> Оттук следва, че в отделните области на законодателна уредба терминът „риск“ може да бъде използван в различни негови значения - от обичаен (всекидневен) смисъл, до чисто технически понятия, със специфични проявления в много специализирани полета на при-

<sup>1</sup> За целите на настоящето изложение (с оглед на лимитирането на обема на текста на публикацията) *условно ще се приеме*, че това е законодателството на Република България от 2000 до началото на 2014 година.

<sup>2</sup> По-подробно в текстовете на Конвенцията за защита правата на човека и основните свободи, Североатлантическият договор, Договорът от Лисабон и други.

<sup>3</sup> Вж.: **Garner, B. A. (Ed. in Chief), Black's Law Dictionary**, 2nd Pocket Edition, St. Paul, Minn: West Group, A Thomson Company, 2001, **risk**, *n.*, p. 616.

<sup>4</sup> **Бержел, Ж. Л., Обща теория на правото**, Превод Р. Ташев, Т. Колев. София: КА „А-КА“ ООД, 1993, 264-265.

ложения. По този начин се достига до „абстрахирането и при понятията“,<sup>5</sup> така че да обхващат „всички предмети или явления, послужили като основа за образуване на понятията“.<sup>6</sup> Категорично едно от тези правни понятия е институтът на риска в съвременното българско законодателство.

Понеже управлението на държавата и обществото, особено в контекста на пълноправното членство на Република България в Европейския съюз и активното участие в международноправни инициативи е изключително сложен процес, той трябва да е изграден на базата на ясна и последователна *стратегическа рамка*. От своя страна „стратегията обвързва организацията (държава, регион, област, организация от публичния сектор и др.) с околната обществена среда, като външните шансове и рискове са свързани с вътрешните ресурси и потенциала на организацията“.<sup>7</sup> Видимо е, че рискът се явява неразделна част от стратегията, включително и *държавната стратегия*. А най-сериозното проявление на която и да е държавна стратегия е *законодателната дейност*, понеже по дефиниция същата създава *правилата за поведение по отношение на всички субекти оттук-нататък*.

## 2. Общ преглед на института на риска в най-новото българско законодателство.

Обхватът на настоящето изследване акцентира на най-важните нормативни актове от законов порядък, в които е засегнат институтът на риска, като същите ще бъдат разгледани в исторически контекст (по хронология на обнародването им и влизането им в сила).

Много подробна законова дефиниция е дадена в §. 1, т. 11 от Допълнителни разпоредби на Закона за закрила на детето (Обн. ДВ. бр. 48 от 13 юни 2000 г.). Според нея, „дете в риск“ е дете, чиито родители са починали, неизвестни, лишени от родителски права или чиито родителски права са ограничени, или детето е останало без тяхната грижа; което е жертва на злоупотреба, насилие, експлоатация или всякакво друго нехуманно или унижително отношение или наказание в или извън семейството му; за което съществува опасност от увреждане на неговото физическо, психическо, нравствено, интелектуално и социално развитие; което страда от увреждания, както и от труднолечими заболявания, констатирани от специалист; за което съществува риск от отпадане от училище или което е отпаднало от училище. Очевидно този законодателен подход към момента на приемане на закона е оправдан, като се има предвид новите икономически, социални и политически реалности, както и интегрирането на българската правна система към европейското правно пространство. Това е типичен случай на *създаване на нови правни отношения по силата на правната норма*, а не на *описване на вече наложими се обществени отношения*. Тоест, някои състояния, които не са се приемали за риск от традиционното българско общество (например - наказание на дете), вече са закрепени като такива по законодателен път.

<sup>5</sup> Милакова, Д., *Юридическа техника*. София: Сиби, 2002, с. 51.

<sup>6</sup> *Пак там*.

<sup>7</sup> Павлов, П., Св. Михалева, А. Павлова, *Стратегическо управление в публичния сектор*, Второ допълнено и преработено издание. Варна: УИ „Черноризец Храбър“, 2005, с. 11.

Законът за Националната агенция за приходите (Обн. ДВ. бр. 112 от 29 ноември 2002 г.) в чл. 14, ал. 4, т. 4 приема за служебна тайна *inter alia* и „критериите за селекция и анализ на риска във връзка с осъществяване на ревизии и проверки“. По този парадоксален начин, този вид риск е *дефинируем само и единствено за органите по приходите* и е невъзможно да бъде интерпретиран чрез запознаване със законовите текстове. Много малко публикации са налице в тази насока, като някои от тях просто „срамежливо“ споменават за рискови критерии по софтуерни данни, без да уточняват какви са те.<sup>8</sup>

Правната уредба на Законът за Комисията за финансов надзор (в сила от 1 март 2003 г., Обн. ДВ. бр. 8 от 28 януари 2003 г.), в немалко свои разпоредби се позовава на института на риска. Например, в чл. 3, т. 5 е предвиден член на комисията, който е отговорен за политиката и по анализ и оценка на рисковете на финансовите пазари, усъвършенстване на надзорната практика и защита интересите на инвеститорите, застрахованите и осигурените лица. За целите на горното, този член на комисията, съобразно чл. 17а от закона подпомага комисията при разработване и прилагане на правила и системи за управление на рисковете на финансовите пазари. По силата на чл. 31, ал. 1 се създава Консултативен съвет по финансова стабилност като съвещателен орган, а правилото на ал. 3, т. 2 от същия текст предвижда, че този съвет наблюдава и анализира системните рискове за стабилността на националната финансова система и обсъжда мерки за въздействие в случай на заплаха за стабилността на националната финансова система или финансова криза. Никъде в закона *няма легални дефиниции за използваните от него понятия като риск, рискове, системни рискове и производните от тях*.

В Закона за борба с трафика на хора (Обн. ДВ. бр. 46 от 20 май 2003 г.) в §. 1, т. 6 от Допълнителните разпоредби дава законова дефиниция на понятието „рискова група“, а именно: група от лица, които поради възрастта си, пола, социалния статус или разположението на района, в който живеят, са потенциални жертви на деяния, каквито по смисъла на първа точка от същия параграф са: набирането, транспортирането, прехвърлянето, укриването или приемането на хора, независимо от изразената от тях воля, когато се извършва с цел експлоатация („трафик на хора“). Във връзка с горната дефиниция е дадено *описателно определение* и на друго правно понятие - „рисков район“ е район, в който са съсредоточени подобни групи.

Квалифицирана форма на риск, наименована като „сериозен риск“ може да бъде открита в Допълнителните разпоредби, §. 13, т. 15 от Закона за защита на потребителите (в сила от 10 юни 2006 г., Обн. ДВ. бр. 99 от 9 декември 2005 г.). Това понятие е определено като: „всяка сериозна опасност за здравето и безопасността на потребителите, която изисква бърза намеса на контролните органи, в т. ч. тази, чийто ефекти не настъпват незабавно“. Налице е *mutatis mutandis*, тъй като от своя страна не е определено понятието „сериозна опасност“, което се явява съставна част от горната дефиниция. Очевидно, преценката за подобно състояние ще

<sup>8</sup> Например на интернет-страница на Националната агенция за приходите, в рубриката „Новини и събития“, може да се попадне на съобщения от типа: „2000 рискови търговци открил софтуерът на НАП за дистанционна връзка“. - <http://www.nap.bg/search?searchText> (Web access July 6, 2012).

бъде предоставена на компетентните органи на публична власт по целесъобразност *ad hoc*.

В Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор (Обн. ДВ. бр. 21 от 10 март 2006 г.), разпоредбата на чл. 12 с четирите си алинеи подробно разглежда материя, свързана с рисковете. В този смисъл, ръководителите на организациите отговарят за управлението на рисковете; управлението на риска включва идентифициране, оценяване и контролиране на потенциални събития или ситуации, които могат да повлияят негативно върху постигане целите на организацията, и е предназначено да даде разумна увереност, че целите ще бъдат постигнати; за изпълнение на тези дейности ръководителите утвърждават стратегия, която се актуализира на всеки три години или при настъпване на съществени промени в рисковата среда. Контролните дейности, целящи намаляването на риска, се анализират и актуализират най-малко веднъж годишно; ръководителите на организациите организират, документират и докладват пред компетентните органи предприетите мерки за предотвратяване риска от измами и нередности, засягащи финансовите интереси на Европейските общности.

Специфична правна уредба относно риска се намира и в Закона за вътрешния одит в публичния сектор (Обн. ДВ. бр. 27 от 31 март 2006 г.), който в чл. 5, т. 1 посочва, че вътрешният одит подпомага организацията за постигане на целите ѝ, като идентифицира и оценява рисковете в организацията, а в т. 2, б. „а“ добавя, че оценява адекватността и ефективността на системите за финансово управление и контрол по отношение на идентифицирането, оценяването<sup>9</sup> и управлението на риска от ръководството на организацията.<sup>10</sup> На законодателно ниво в този нормативен акт не е дадена дефиниция за риск, като същият се *идентифицира и обосновава чрез специфични одиторски стандарти и методологии*, както и чрез *analogia legis* по Закона за финансовото управление и контрол в публичния сектор.

В Закона за защита при бедствия (Обн. ДВ. бр. 102 от 19 декември 2006 г.), в Допълнителните разпоредби, §. 1, т. 13 указва, че „риск“ е вероятност от възникване на вредни последици за населението и имуществото му, икономиката и околната среда в резултат на опасността и уязвимостта за дадена територия/обект. Следващата разпоредба, намираща се в т. 14 постановява, че „анализ и оценка на риска“ е определяне същността и размера на риска като функция на опасността, уязвимостта и вероятността. Тези две разпоредби са едни от възможно най-точните и ясни определения в българското законодателство не само по отношение на разбирането за риск, но и относно анализа и оценката му, необходими за вземането на информирани управленски решения. Тук законодателният подход е на *изчерпателни дефиниции, изключващи свободното и произволното им тълкуване*.

Налице са подробни легални определения в Закона за лекарствените продукти в хуманната медицина (в сила от 13 април 2007 г., Обн. ДВ. бр. 31 от 13

<sup>9</sup> Тук най-вече се оценява т. н. „присъщ риск“, разбран като: „Риск, произлизащ от същността на дейността на юридическото лице, подложено на одит и на качеството на почтеността на ръководството му“ - вж.: Gupta, K., *Contemporary Auditing*, Sixth Edition. New Delhi: Tata McGraw-Hill Publishing Company Limited, 2005, p. 32.

<sup>10</sup> Повече: Младенов, М., *Оценката на корупционния риск - пресечна точка на взаимодействие между вътрешния одит и инспекторатите в публичния сектор*. - Вътрешен одитор, VIII/2 (2011), 18-21.

април 2007 г.). Например, в §. 1, т. 49 от Допълнителните разпоредби на закона е разписано, че „Потенциален сериозен риск за здравето на населението“ съществува, когато е налице висока степен на вероятност употребата на лекарствен продукт да предизвика неотстраними, непоправими и необратими негативни последици. Процесът на оценяване идентифицира опасността от причиняване на вреди за здравето на населението и действителното ѝ експониране при широката употреба на продукта. Сериозният риск за здравето в контекста на употреба на определен лекарствен продукт може да бъде преценен при следните условия: а). ефикасност - данните, представени за терапевтичната ефикасност по отношение на предложеното показание/показания, на предложената целева група/групи пациенти и на предложената дозировка, посочени в проекта на листовката за пациента, не защитават научно в пълна степен претенциите за ефикасност; б). безопасност - оценката на данните от предклиничната токсичност/фармакологичната безопасност и клинична безопасност не може да защити убедително заключението, че всички потенциални страни за безопасност по отношение на целевата група/групи пациенти са точно и изчерпателно отразени в предложената листовка за пациента или абсолютната степен на риск е неприемлива; в). качество - предложенният начин на производство и контролните методи не могат да гарантират липса на съществен дефект в качеството на продукта, който може да се отрази на безопасността и/или ефикасността на продукта; г). съотношение полза/риск - оценката на съотношението полза/риск е неблагоприятна, предвид характера на идентифицирания риск/рискове и на потенциалната полза за предложеното показание/показания и целевата група/групи пациенти. Нещо повече, в т. 66 на същия текст е указано, че „риск при употребата на лекарствен продукт“ е: а). риск за здравето на пациента или риск за здравето на населението, който е свързан с качеството, безопасността или ефикасността на лекарствен продукт; б). риск от нежелани ефекти върху околната среда. Парадоксално е, че и двете определения съдържат в себе си позовавания на *понятието „риск“*, което само по себе си не е дефинирано в закона.

Специфичната правна уредба на Закона за публично-частното партньорство (в сила от 1 януари 2013 г., Обн. ДВ. бр. 45 от 15 юни 2012г.) е изтълнена с терминология, основана на производните на думата „риск“. Още в чл.3, ал.1 е дадена законова дефиниция в смисъл, че публично-частно партньорство (нататък ПЧП) е дългосрочно договорно сътрудничество между един или повече публични партньори, от една страна, и един или повече частни партньори, от друга страна, за извършването на дейност от обществен интерес при постигане на по-добра стойност на вложените публични средства и при разпределение на рисковете между партньорите, което се осъществява при условията и по реда на този закон. Четирите алинеи на чл. 6, концентрирани върху рисковете постановяват, че при ПЧП рисковете се разпределят между публичния и частния партньор, като разпределението на рисковете се определя конкретно за всеки случай на ПЧП в зависимост от възможностите на партньорите да оценят, контролират и управляват рисковете; частният партньор поема винаги строителния риск и поне един от рисковете за наличност или за търсене на услугата от обществен интерес; поемането на рисковете не гарантира възстановяване на вложените средства за изтъл-

нение на договора за ПЧП; когато цената на услугата от обществен интерес се определя с нормативен или административен акт, рискът, свързан с търсенето на услугата от обществен интерес, се споделя между публичния и частния партньор или се поема изцяло от публичния партньор. Разпоредбата на чл. 7 е категорична, в смисъл, че при ПЧП се поддържа икономически баланс, който представлява равновесието между ползите за публичния и частния партньор и разпределението на рисковете между тях. В чл. 44, ал. 1, т. 6 законът изрично изисква като клауза на договора за ПЧП „разпределението на рисковете между страните“. И други разпоредби на този нормативен акт засягат понятието „риск“ или производните от него. Само някои от тези рискове обаче имат законови дефиниции. Така например, в §. 1, т. 11 от Допълнителните разпоредби е разяснено, че „риск за наличност“ е вероятността от настъпването на събитие, факт или обстоятелство, което оказва влияние върху експлоатационната годност на обекта и/или върху обема и качеството на услугата от обществен интерес съгласно договорените условия и стандарти, определени в техническите спецификации. В т. 12 от същия текст е указано, че „риск за търсене на услугата“ е пазарният риск, породен от събитие, факт или обстоятелство, което оказва влияние върху търсенето на услугата от обществен интерес.

В Закона за публичните финанси (сила от 1 януари 2014 г., Обн. ДВ. бр. 15 от 15 февруари 2013г.), в разпоредбата на чл. 20, т. 8 е посочен принципът на устойчивост на управление на публичните финанси, разбиран от законодателя като поддържане на текущи нива на приходите и разходите без риск за платежоспособността на държавата или за способността за покриване на задължения в дългосрочен план. За тези възможни специфични проявления на рисковете обаче *не са дадени законови определения*.

Най-новата, обемна и систематична правна уредба във връзка с риска е намерила своето място в новосъздадената Глава петнадесета „а“ „Фискален контрол върху движението на стоки с висок фискален риск“ (нова - ДВ, бр. 109 от 2013 г., в сила от 1 януари 2014 г.) от Данъчно-осигурителния процесуален кодекс (нататък ДОПК). Разпоредбата на чл. 127а, ал. 1 от кодекса постановява, че органи по приходите, оправомощени със заповед на изпълнителния директор на Националната агенция за приходите, могат да извършват фискален контрол върху движението на стоки с висок фискален риск на територията на Република България, без да е изрично необходимо писмено възлагане. Четвъртата алинея на същия текст дава легална дефиниция на този нов тип контролна дейност - фискалният контрол върху движението на стоки с висок фискален риск е съвкупност от действия на органи по приходите с цел предотвратяване укриването на данъци и на данъчни измами, които се извършват във връзка с движението на стоки с висок фискален риск на територията на Република България. Няма дефиниция обаче за понятието „висок фискален риск“. Законодателят предпочита в седмата алинея на вече цитирания текст да даде възможност на органите на изпълнителната власт *по целесъобразност да подхождат към него по правилото numerous clausus* - списъкът на стоки с висок фискален риск се утвърждава със заповед на министъра на финансите по мотивирано

предложение<sup>11</sup> на изтълнителния директор на Националната агенция за приходите. Заповедта и списъкът на стоките с висок фискален риск се публикуват на интернет страниците на Министерството на финансите и на Националната агенция за приходите.

### 3. Изводи от правната уредба на института на риска в най-новото българско законодателство.

При задълбочен анализ на горесцитираните законови текстове се налагат следните правни изводи:

- Първо, законодателната уредба на института на риска като правило създава *нови изисквания към правните субекти* (с оглед на новите политически, икономически, социални и други реалности), а не описва *вече утвърдени практики на поведение*.

- Второ, в някои случаи, законодателният подход по отношение на института на риска е *изключително казуистичен*, като е основан върху изброяването на отделни случаи, състояния и статуси, имащи отношение към правната реалност.

- Трето, в други случаи, законодателят се задоволява само със споменаването на термините „риск“, „рискове“ и техни производни думи и словосъчетания, като очевидно се осланя на *юридическата интуиция на правните субекти* и очаква от тях да „припознаят“ хипотезата на правната норма (визираща риск) в съответната конкретна фактическа обстановка (когато подобна е налице).

- Четвърто, налице са и случаи, при които законодателят *предоставя на органите на властта по собствена преценка (дискреция)* да определят случаите на риск в кръга на компетенциите им, без да са ясни критериите за този риск.

- Пето, в много малко случаи от изследваните закони е налице ясна дефиниция на риска в областта на нормативно закрепените обществени отношения, подлежащи на правна регулация.

### 4. *De lege ferenda.*

Като се има предвид непрестанно променящата се технологична, социална, икономическа, екологична и политическа среда в съвременното общество, и в частност - в Република България и Европейския съюз, е удачно законодателният подход по отношение на института на риска да се концентрира преди всичко в следните аспекти:

- Първо, приемане на общ нормативен акт от законов порядък в Република България, който да даде *единна за българското публично право* дефиниция на риска, както и да *посочи еднородна методология за анализ, оценка и управление на риска в публичния сектор*. Това се налага от свързаността и зависимостта на всички елементи и компоненти на сложната публична среда, която с оглед на резултатност предполага системен и последователен подход (включително и законодателен).

<sup>11</sup> Очевидно същото ще бъде подготвяно от новосъздадената дирекция „Фискален контрол“, видно от Органиграмата на структурата на НАП, Интернет-страница на Националната агенция за приходите - <http://www.nap.bg/page?id=88>.

• Второ, в случаите на специална компетентност на органи на публична власт, същите да бъдат *нормативно задължени да огласяват своевременно публично критериите за специфичния риск в областта на техните правомощия*, като тези критерии не могат да попадат под категорията „служебна или друга защитена от закон тайна“. По този начин ще се избегне възможността за злоупотреба с власт (превратно упражняване на власт) и какъвто и да е неправилен натиск от страна на публичните власти върху останалите правни субекти.

• Трето, при всички законови текстове, свързани с института на риска, задължително да се провежда сериозна, задълбочена и професионална *оценка на въздействието на законодателството - предварителна и последваща*. При такъв подход, след запознаване със становищата, мненията и възраженията на заинтересованите страни, ще се намери разумен баланс между интересите в икономическата, социалната, екологична и други сфери, и *ще се постигне действащо, а не пожелателно законодателство*.

## THE INSTITUTE OF RISK IN PUBLIC LAW IN THE NEWEST BULGARIAN LEGISLATION

### Summary

The newest Bulgarian legislation is one extremely dynamic system. Particularly strongly and clearly visible is the development in the area of Public Law. Evidently, the Risk appears itself as an integral part from the strategy, including State strategy. But the most serious manifestation from each State strategy is the legislative activity, because by definition the same creates the rules of behavior with respect to all legal subjects from now on.

This article analyses the Institute of Risk in the following Bulgarian laws: Law on Child Protection, Law on National Revenue Agency, Law on Financial Supervision Commission, Law on Combating Trafficking in Human Beings, Law on Consumers Protection, Law on Financial Management and Control in Public Sector, Law on Internal Audit on Public Sector, Law on Calamity Protection, Law on Medicinal Products in Human Medicine, Law on Public-Private Partnership, Law on Public Finances and Taxation and Social Security Procedure Code.

The conclusions from the legal organization of the institute of Risk in the newest Bulgarian legislation were made - extremely casuistic approach in most cases of referring to Risk, unjustified confidence of legal intuition of legal subjects in connection of concept of Risk, granting to authorities of discretion for determination of cases of Risk, and only in limited cases - presence of clear definition for Risk.

*De lege ferenda* the proposals for general normative act from statutory order in Republic of Bulgaria were made, which should done uniform to Bulgarian Public Law definition of Risk; in cases of special competence of public authorities, the lasts to be legally obligated to make in due time vocal the criteria for specific Risk in area of their competences; as well as at all legal texts, connected with the institute of Risk, to be obligatory to implement serious, profound and professional regulatory impact assessment - preliminary and subsequent.