

Хагска конференция по международно частно право

Протокол от 23 ноември 2007 година за
приложимото право към задължения за
издръжка

Текст, приет на двадесет и първата сесия на
Хагската конференция

Обяснителен доклад от

Andrea Bonomi

Редактиран от Постоянното бюро на Хагската конференция
Churchillplein 6b, Хага, Нидерландия



Хагска конференция по международно частно право

Протокол от 23 ноември 2007 година за приложимото право към задължения за издръжка

Текст, приет на двадесет и първата сесия на Хагската конференция

Обяснителен доклад от

Andrea Bonomi

Редактиран от Постоянното бюро на Хагската конференция
Churchillplein 6b, Хага, Нидерландия



© Хагска конференция по международно частно право, 2013 г.

Всички права запазени. Никая от частите от настоящото издание не може да бъде възпроизвеждана, съхранявана в система за обработване на информация или предавана по какъвто и да било начин или с каквито и да било средства, включително фотокопиране или запис, без писменото разрешение на притежателя на авторските права.

Преводът на „Протокол за приложимото право към задълженията за издръжка“ и на Обяснителния доклад на г-н Андреа Бономи на всички официални езици на Европейския съюз (с изключение на английски, френски и немски език) стана възможен благодарение на щедростта на Европейската комисия/ГД „Правосъдие“. Немската версия на настоящото издание е резултат от съвместните усилия на правителствата на Австрия, Германия и Швейцария.

Официалните версии на настоящото издание могат да бъдат намерени на уебсайта на Хагската конференция по международно частно право (<www.hcch.net>) на английски и френски език. Преводите на изданието на езици, различни от английски и френски, не са редактирани от Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право.

ISBN 978-92-79-39251-1

Отпечатано в Белгия

Предговор

1 *Настоящата публикация съдържа автентичните текстове на английски и френски език на Протокола за приложимото право към задължения за издръжка и обяснителния доклад от г-н Andrea Bonomi.*

2 *Текстовете в настоящото издание ще бъдат разгледани в дневния ред на двадесет и първата сесия на Хагската конференция и в допълнение към страниците на настоящия документ тази публикация ще съдържа предварителните документи, докладите и протоколите, свързани с работата на втората комисия на двадесет и първата сесия на Хагската конференция. Томът, който ще бъде публикуван своевременно, може да бъде поръчан от Постоянното бюро на Хагската конференция (вж. по-долу, точка 5).*

3 *Обяснителният доклад от г-н Bonomi служи като коментар по протокола, приет на двадесет и първата сесия на Хагската конференция и изложен в окончателния акт от 23 ноември 2007 г. Настоящият доклад бе преведен на английски език от г-н Peter Wells.*

4 *Протоколът бе приет на двадесет и първата сесия на 23 ноември 2007 г. и върху него е положена тази дата. Той беше одобрен от Европейския съюз на 8 април 2010 г. и подписан от Сърбия на 18 април 2012 г.*

5 *Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право, с адрес 6 Scheveningseweg, 2517 KT The Hague, Netherlands, има готовност при поискване да предостави информация относно работата на конференцията.*

Хага, март 2013 г.

Протокол

Извадка от окончателния акт на двадесет и първата сесия, подписан на 23 ноември 2007 г.*

ПРОТОКОЛ ЗА ПРИЛОЖИМОТО ПРАВО КЪМ ЗАДЪЛЖЕНИЯ ЗА ИЗДРЪЖКА

Страните, подписали настоящия протокол,

Като желаят да установят общи разпоредби за приложимото право към задълженията за издръжка,

Като желаят да осъвременят *Хагската конвенция от 24 октомври 1956 г. за приложимото право към задълженията за издръжка на деца* и *Хагската конвенция от 2 октомври 1973 г. за приложимото право към задълженията за издръжка*,

Като желаят да разработят общи норми за приложимото право към задълженията за издръжка, които могат да допълнят *Хагската конвенция от 23 ноември 2007 г. за международното събиране на издръжка за деца и на други форми на семейна издръжка*,

Взеха решение да сключат протокол за тази цел и се споразумяха за следните разпоредби –

Член 1 Приложно поле

1 Настоящият протокол определя приложимото право към задълженията за издръжка, които възникват от семейни отношения, родство, брак или сватовство, включително задължението за издръжка на дете, независимо от семейното положение на родителите.

2 Решенията, взети при прилагане на настоящия протокол, не засягат съществуването на никое от отношенията, посочени в параграф 1.

Член 2 Универсален характер

Настоящият протокол се прилага дори и ако приложимото право е правото на недоговаряща страна.

Член 3 Обща норма за приложимо право

1 Задълженията за издръжка се уреждат от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, освен ако в настоящия протокол е предвидено друго.

2 При промяна на обичайното място на пребиваване на кредитора от момента на настъпване на промяната се прилага правото на държавата по новото обичайно място на пребиваване на кредитора.

Член 4 Специални норми в полза на някои кредитори

1 Следните разпоредби се прилагат към задълженията за издръжка на –

- a) родители спрямо техните деца;
- б) лица, различни от родителите, спрямо лица, ненавършили 21 години, освен за задължения, произтичащи от посочените в член 5 отношения; и
- в) деца спрямо техните родители.

2 Ако по силата на определеното в член 3 право кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на сезирания съд.

3 Независимо от член 3, ако кредиторът е сезирал компетентния орган на държавата по обичайно място на пребиваване на длъжника, се прилага правото на сезирания съд. Ако, обаче, по силата на това право кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора.

4 Когато по силата на правото, определено в член 3 и параграфи 2 и 3 от настоящия член, кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на държавата по общото им гражданство, ако такова е налице.

Член 5 Специална норма за съпрузи и бивши съпрузи

При задължения за издръжка между съпрузи, бивши съпрузи или лица в брак, чийто брак е унищожен, член 3 не се прилага, ако една от страните възразява и правото на друга държава, по специално държавата по последното им общо обичайно място на пребиваване, има по-тясна връзка с брака. В такъв случай се прилага правото на тази друга държава.

Член 6 Специална норма относно защитата

При задължения за издръжка, различни от задълженията към деца, произтичащи от отношението родител – дете и от посочените в член 5 задължения, длъжникът може да оспори иска на кредитора на основание, че такова задължение не съществува за него нито по правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, нито по правото на държавата по общото гражданство на страните, ако такова е налице.

Член 7 Определяне на приложимото право за целите на конкретно производство

1 Независимо от членове 3 – 6, кредиторът и длъжникът по вземания, произтичащи от задължения

* За пълния текст на окончателния акт вж. *Разисквания на двадесет и първата сесия на Хагската конференция (2007 г.)*.

за издръжка, могат, единствено за целите на конкретно производство в дадена държава, изрично да определят правото на тази държава като приложимо към задължението за издръжка.

2 Определянето, извършено преди образуването на такова производство, се прави в споразумение, подписано от двете страни в писмена форма или записано на такъв носител, че съдържанието да е достъпно за ползване с оглед последващо позоваване.

Член 8 Определяне на приложимото право

1 Независимо от членове 3 – 6, кредиторът и длъжникът по издръжката могат по всяко време да определят като приложимо към задължения за издръжка едно от следните –

- a) правото на държавата, чийто гражданин е едната или другата страна към момента на определянето;
- б) правото на държавата по обичайното място на пребиваване на едната от страните към момента на определянето;
- в) правото, определено от страните като приложимо, или действително прилаганото право към режима на тяхната собственост;
- г) правото, определено от страните като приложимо, или действително прилаганото право към техния развод или юридическо разделяне.

2 Такова споразумение се прави в писмена форма или се записва на такъв носител, че съдържанието да е достъпно за ползване с оглед последващо позоваване, и се подписва от двете страни.

3 Параграф 1 не се прилага за задължения за издръжка спрямо лице, ненавършило 18 години, или спрямо възрастно лице, което поради нарушени или недостатъчни лични способности, не е в състояние да защитава собствения си интерес.

4 Независимо от правото, определено от страните в съответствие с параграф 1, въпросът дали кредиторът може да се откаже от правото си на издръжка, се урежда от правото на държавата, в която е обичайното място на пребиваване на кредитора към момента на определянето.

5 Определеното от страните право не се прилага, когато прилагането на това право би довело до явно несправедливи или неразумни последствия за някоя от страните, освен ако към момента на определянето те са знаели за последиците от определянето.

Член 9 „Местожителство“ вместо „гражданство“

Държава, в която понятието „местожителство“ има характер на фактор на привързване в семейните отношения, може да уведоми Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право, че за целите на случаи, отнесени до нейните органи, думата „гражданство“ в членове 4 и 6 се

заменя с „местожителство“, както то е определено в тази държава.

Член 10 Публични институции

Правото на дадена публична институция да иска възстановяване на изплатени от нея помощи на кредитора вместо издръжка се урежда от правото, което е приложимо към институцията.

Член 11 Обхват на приложимото право

Приложимото право към задълженията за издръжка определя *inter alia* –

- a) дали, до каква степен и спрямо кого кредиторът може да иска издръжка;
- б) до каква степен кредиторът може да иска издръжка за минало време;
- в) основата за изчисляване на размера на издръжката, както и индексация;
- г) кой има право да предяви иск за издръжка, като се изключат въпросите относно процесуалната правоспособност действия и процесуалното представителство;
- д) давност или преклузивни срокове;
- е) размера на задължението на длъжника по вземане произтичащо от задължение за издръжка в случаите, в които публична институция иска възстановяване на помощи, предоставени на кредитора вместо издръжка.

Член 12 Изключване на препращането

По смисъла на протокола понятието „право“ означава действащото право в дадена държава, с изключение на неговите стълкновителни норми.

Член 13 Обществен ред

Прилагането на определеното съгласно протокола право може да бъде отказано само доколкото неговите последици биха били явно несъвместими с обществения ред на сезирания съд.

Член 14 Определяне на размера на издръжката

Дори ако приложимото право предвижда друго, нуждите на кредитора и финансовите възможности на длъжника, както и всички компенсации, предоставени на кредитора вместо редовните плащания на издръжката, се вземат предвид при определяне на размера на издръжката.

Член 15 Неприложимост на протокола при вътрешноправни стълкновения

1 Договаряща държава, в която към задълженията за издръжка се прилагат различни правни системи или правни режими, не е задължена да прилага нормите

на протокола единствено към стълкновения между такива различни системи или правни режими.

2 Настоящият член не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция.

Член 16 Държави с повече от една правна система – териториално разделение

1 Спрямо държава, в която в различни териториални единици се прилагат две или повече правни системи или правни режими към въпросите, уредени от настоящия протокол –

а) всяко позоваване на правото на държава се разбира като позоваване, ако е подходящо, на правото, действащо в съответната териториална единица;

б) всяко позоваване на компетентните органи или публични институции на тази държава се разбира като позоваване, когато е подходящо, на тези упълномощени да действат в съответната териториална единица;

в) всяко позоваване на обичайното място на пребиваване в такава държава се разбира като позоваване, когато е подходящо, на обичайното място на пребиваване в съответната териториална единица;

г) всяко позоваване на държавата, граждани на която са и двете страни, се разбира като позоваване на териториалната единица, определена от правото на тази държава, или при липсата на съответни норми – на териториалната единица, с която задължението за издръжка е най-тясно свързано;

д) всяко позоваване на държавата, гражданин на която е дадено лице, се разбира като позоваване на териториалната единица, определена от правото на тази държава, или при липсата на съответни норми – на териториалната единица, с която лицето е най-тясно свързано.

2 За целите на определянето на приложимото право съгласно настоящия протокол, когато една държава се състои от две или повече териториални единици, всяка от които има собствена правна система или правен режим относно въпросите, обхванати от настоящия протокол, се прилагат следните норми –

а) ако в такава държава действат норми, които определят правото на коя териториална единица е приложимо, се прилага правото на тази единица;

б) при липсата на такива норми, се прилага правото на съответната териториална единица, както е определено в параграф 1.

3 Настоящият член не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция.

Член 17 Държави с повече от една правна система спрямо лицата – конфликти между лица

За целите на определянето на приложимото право съгласно настоящия протокол, когато в една държава се прилагат две или повече правни системи или правни режими към различни категории лица за въпросите, обхванати от настоящия протокол, всяко позоваване на правото на такава държава се разбира като позоваване на правната система, определена от действащите норми в тази държава.

Член 18 Координация с предишни Хагски конвенции за издръжка

В отношенията между договарящите страни настоящият протокол заменя *Хагската конвенция от 2 октомври 1973 г. за приложимото право към задълженията за издръжка* и *Хагската конвенция от 24 октомври 1956 г. за приложимото право към задълженията за издръжка на деца*.

Член 19 Координираност с други инструменти

1 Настоящият протокол не засяга други международни инструменти, по които договарящите държави са или ще станат страни и които съдържат разпоредби по въпроси, уредени в протокола, освен ако държавите, страни по такъв инструмент, не са направили декларация за обратното.

2 Параграф 1 се прилага и спрямо еднородни закони, основавани на специални връзки от регионално или друго естество между съответните държави.

Член 20 Единно тълкуване

При тълкуването на настоящия протокол се отчита неговият международен характер и необходимостта да се насърчава единното му прилагане.

Член 21 Преглед на практическото действие на протокола

1 Генералният секретар на Хагската конференция по международно частно право свиква при необходимост Специална комисия за преглед на практическото действие на протокола.

2 За целите на този преглед договарящите страни си сътрудничат с Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право при събиране на съдебна практика по прилагането на протокола.

Член 22 Преходни разпоредби

Настоящият протокол не се прилага за издръжка, искана в договаряща държава за период, предхождащ влизането в сила на протокола в тази държава.

Член 23 Подписване, ратификация и присъединяване

1 Настоящият протокол е открит за подписване от всички държави.

2 Настоящият протокол подлежи на ратификация, приемане или одобрение от подписалите го държави.

3 Настоящият протокол е открит за присъединяване от всички държави.

4 Инструментите за ратификация, приемане, одобрение или присъединяване се депозират в Министерството на външните работи на Кралство Нидерландия, депозитар на протокола.

Член 24 Регионални организации за икономическа интеграция

1 Регионална организация за икономическа интеграция, която е съставена само от суверенни държави и има компетентност по някои или по всички въпроси, уредени от настоящия протокол, може също така да подпише, приеме, одобри или да се присъедини към протокола. В такъв случай регионалната организация за икономическа интеграция има правата и задълженията на договаряща държава, доколкото организацията има компетентност по въпроси, уредени от протокола.

2 При подписването, приемането, одобрението или присъединяването регионалната организация за икономическа интеграция нотифицира писмено депозитаря за въпросите, уредени от настоящия протокол, относно които ѝ е била прехвърлена компетентност от нейните държави членки. Организацията нотифицира незабавно депозитаря в писмена форма за промените в компетентността ѝ така, както тя е определена в последното по време уведомяване, извършено съгласно настоящия параграф.

3 При подписването, приемането, одобрението или присъединяването регионалната организация за икономическа интеграция може да декларира в съответствие с член 28, че има компетентност по всички въпроси, уредени от настоящия протокол, и че държавите членки, които са ѝ прехвърлили компетентност по тези въпроси, са обвързани от протокола по силата на подписването, приемането, одобряването или присъединяването на организацията.

4 За целите на влизането в сила на протокола, всеки инструмент, депозирани от регионална организация за икономическа интеграция, няма да бъде взет предвид, освен ако регионалната организация за икономическа интеграция не направи декларация съгласно параграф 3.

5 Всяко позоваване на „договаряща държава“ или „държава“ в протокола се прилага също така, ако е подходящо, към регионална организация за икономическа интеграция, която е страна по него. Когато регионална организация за икономическа

интеграция е направила декларация съгласно параграф 3, всяко позоваване на „договаряща държава“ или „държава“ в настоящия протокол се прилага също така, ако е подходящо, към държавите членки на организацията.

Член 25 Влизане в сила

1 Настоящият протокол влиза в сила на първия ден от месеца, следващ изтичането на срок от три месеца след депозиране на втория инструмент за ратификация, приемане, одобрение или присъединяване, посочен в член 23.

2 Впоследствие настоящият протокол влиза в сила –

a) за всяка държава или регионална организация за икономическа интеграция, посочена в член 24, която впоследствие го ратифицира, приема, одобри или присъедини към него – на първия ден от месеца, следващ изтичането на срок от три месеца след депозиране на инструмента за неговата ратификация, приемане, одобрение или присъединяване;

б) за териториална единица, за която настоящият протокол се прилага в съответствие с член 26 – на първия ден от месеца, следващ изтичането на срок от три месеца след нотифициране на декларацията, посочена в същия член.

Член 26 Декларации при повече от една правна система

1 Ако дадена държава се състои от две или повече териториални единици, в които се прилагат различни правни системи към въпросите, уредени с настоящия протокол, тя може при подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването, да декларира в съответствие с член 28, че протоколът се прилага във всички териториални единици или в една или повече от тях и може да промени тази декларация, като направи друга декларация по всяко време.

2 Всяка такава декларация се нотифицира на депозитаря и в нея изрично се посочват териториалните единици, в които се прилага протоколът.

3 Ако дадена държава не направи декларация по настоящия член, протоколът се прилага във всички териториални единици на тази държава.

4 Настоящият член не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция.

Член 27 Резерви

По настоящия протокол не могат да се правят резерви.

Член 28 Декларации

1 Декларациите, посочени в член 24, параграф 3 и член 26, параграф 1, могат да бъдат направени при

подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването или по всяко време след това и могат да бъдат изменени или оттеглени по всяко време.

2 Декларациите, измененията и оттеглянията се нотифицират на депозитаря.

3 Декларация, направена при подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването поражда действие едновременно с влизането в сила на настоящия протокол за съответната държава.

4 Декларация, направена впоследствие, както и всяко изменение или оттегляне на дадена декларация, поражда действие на първия ден от месеца, следващ изтичането на срока от три месеца след датата, на която нотификацията е получено от депозитаря.

Член 29 Денонсиране

1 Всяка договаряща държава по настоящия протокол може да го денонсира като нотифицира писмено депозитаря. Денонсирането може да бъде ограничено до някои териториални единици на държава с повече от една правна система, в които протоколът се прилага.

2 Денонсирането поражда действие на първия ден от месеца, следващ изтичането на срок от 12 месеца след датата, на която нотификацията е получена от депозитаря. Когато в нотификацията е посочен по-дълъг срок за пораждане на действие на денонсирането, денонсирането поражда действие при изтичането на този по-дълъг срок след датата, на която нотификацията е получена от депозитаря.

Член 30 Нотификация

Депозитарят нотифицира членовете на Хагската конференция по международно частно право и други държави и регионални организации за икономическа интеграция, които са подписали, ратифицирали, приели, одобрили или присъединили в съответствие с членове 23 и 24 за следното –

а) подписванията, ратификациите, приеманията, одобренията и присъединяванията, посочени в членове 23 и 24;

б) датата, на която настоящият протокол влиза в сила в съответствие с член 25;

в) декларациите, посочени в член 24, параграф 3 и член 26, параграф 1;

г) денонсираната, посочени в член 29.

В доказателство за което долуподписаните надлежно упълномощени представители подписаха настоящия протокол.

Съставен в Хага на 23 ноември 2007 г. на английски и френски език, като и двата текста имат еднаква сила, в единствен екземпляр, който ще бъде депозиран в

архивите на правителството на Кралство Нидерландия и по едно заверено копие от него ще бъде изпратено по дипломатически път на всеки член на Хагската конференция по международно частно право на датата на нейната двадесет и първа сесия, както и на всяка от другите държави, участвали в тази сесия.

Доклад

(превод)

Съдържание на доклада	страница
ЧАСТ I: КОНТЕКСТ	13
ЧАСТ II: ЗАГЛАВИЕ, ПРЕАМБЮЛ И ОБЩА СТРУКТУРА НА ПРОТОКОЛА	15
ЧАСТ III: ОСНОВНИ АСПЕКТИ НА РЕЖИМА, ПРЕДВИДЕН В ПРОТОКОЛА	15
ЧАСТ IV: КОМЕНТАР ПО ЧЛЕНОВЕ	16
Член 1 Приложно поле	16
а Приложимо право към задълженията за издръжка	16
б Задължения за издръжка, които възникват от семейни отношения	17
i По-широкообхватно приложно поле по отношение на предмета в сравнение с конвенцията	17
ii Задължения за издръжка, които възникват от семейни отношения	18
в Обхват на решенията, взети при прилагане на протокола	19
Член 2 Универсален характер	19
Член 3 Обща норма за приложимо право	19
а Причина за този критерий на привързване	19
б Понятие за обичайно място на пребиваване	20
в Промяна на обичайното място на пребиваване	20
Член 4 Специални норми в полза на някои кредитори	21
а Приложно поле на член 4	21
б Субсидиарен критерий на привързване с правото на сезирания съд	22
в Промяна в критериите на привързване, в случай че кредиторът започне производство в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника	24
i Основен критерий на привързване с правото на сезирания съд	24
ii Субсидиарен критерий на привързване с правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора	25
г Субсидиарен критерий на привързване с общото гражданство на страните	25

Член 5 Специална норма за съпрузи и бивши съпрузи	26
а Причина за специалната норма	26
б Прилагане на клаузата за дерогация	27
i Искане от една от страните	27
ii По-тесни връзки	28
в Приложно поле на член 5	28
Член 6 Специална норма относно защитата	29
а Приложно поле на член 6	29
б Предвиденият в член 6 механизъм	30
Членове 7 и 8 Избор на приложимо право	31
Член 7 Определяне на приложимото право за целите на конкретно производство	32
а Приложно поле на член 7	32
б Избор, който се прави за целите на конкретно производство	32
в Начин на избиране	33
Член 8 Определяне на приложимото право	33
а Приложно поле на член 8	33
б Обхват на правните системи, допустими за избор	34
в Допълнителни възможности по букви в) и г)	34
i Определено право за уреждане на режима на собственост	35
ii Действително прилагано право към режима на собственост	36
iii Правото, определено за уреждане на юридическо разделяне или развод	36
iv Действително прилагано право към юридическо разделяне или развод	36
г Начин на избиране	36
д Ограничения относно последиците от избора	36
i Прилагане на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора към правото на отказ от издръжка	37
ii Смекчаващи правомощия на съда	37
е Наличие и действителност на споразумението между страните	37
Член 9 „Местожителство“ вместо „гражданство“	38
Член 10 Публични институции	39
Член 11 Обхват на приложимото право	39
Член 12 Изключване на препращането	41
Член 13 Обществен ред	41
Член 14 Определяне на размера на издръжката	41
Членове 15 – 17 Държави с повече от една правна система	42

Член 15	<i>Неприложимост на протокола при вътрешноправни стълкновения</i>	42
Член 16	<i>Държави с повече от една правна система – териториално разделение</i>	43
Член 17	<i>Държави с повече от една правна система спрямо лицата – конфликти между лица</i>	44
Член 18	<i>Координираност с предишни Хагски конвенции за издръжка</i>	44
Член 19	<i>Координираност с други инструменти</i>	45
Член 20	<i>Единно тълкуване</i>	45
Член 21	<i>Преглед на практическото действие на протокола</i>	45
Член 22	<i>Преходни разпоредби</i>	45
Член 23	<i>Подписване, ратификация и присъединяване</i>	46
Член 24	<i>Регионални организации за икономическа интеграция</i>	46
Член 25	<i>Влизане в сила</i>	47
Член 26	<i>Декларации при повече от една правна система</i>	47
Член 27	<i>Резерви</i>	47
Членове 28 – 30	<i>Декларации, денонсиране, нотификация</i>	48
Член 28	<i>Декларации</i>	48
Член 29	<i>Денонсиране</i>	48
Член 30	<i>Нотификация</i>	48

1 На 23 ноември 2007 г. на двадесет и първата сесия на Хагската конференция по международно частно право, заседаваща в Хага, прие текста на два международни инструмента, изготвени с цел да се улесни международното събиране на издръжка, *Хагската конвенция за международното събиране на издръжка на деца и на други членове на семейството* (наричана по-долу „конвенцията“) и *Хагския протокол за приложимото право към задължения за издръжка* (наричан по-долу „протоколът“). Обяснителният доклад е свързан с протокола, докато конвенцията е обхваната от отделен доклад, изготвен от г-жа *Alegria Borrás* (Испания) и г-жа *Jennifer Degeling* (Австралия) с помощта на г-н *William Duncan* и г-н *Philippe Lortie* от Постоянното бюро (наричан по-долу „докладът Borrás – Degeling“).

2 Въпросът с приложимото право към задължения за издръжка бе включен от самото начало в официалния мандат на специалната комисия за международното събиране на издръжка на деца и на други членове на семейството, която изготви предварителния проект на конвенцията и протокола: на заседанието на специалната комисия през април 1999 г.¹ бе взето решение, че в програмата за бъдещата работа на конференцията следва да се отдаде приоритет на установяването на всеобхватна конвенция по отношение на задълженията за издръжка, която следва да подобри съществуващите Хагски конвенции по тази тема и да включва разпоредби във връзка със съдебното и административното сътрудничество². Две от съществуващите Хагски конвенции, свързани със задълженията за издръжка, са насочени специално към определяне на приложимото право; това са Хагската конвенция от 24 октомври 1956 г. за приложимото право към задълженията за издръжка на деца (наричана по-долу „Хагската конвенция за издръжка от 1956 г.“) и Хагската конвенция от 2 октомври 1973 г. за приложимото право към задълженията за издръжка (наричана по-долу „Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право)“).

3 В съответствие с решението на деветнадесетата сесия генералният секретар свика специална комисия, която заседава в Хага в периодите 5 – 16 май 2003 г., 7 – 18 юни 2004 г., 4 – 15 април 2005 г., 19 – 28 юни 2006 г. и 8 – 16 май 2007 г. Г-н *Fausto Pocar* (Италия) бе избран за председател на специалната комисия, а г-жа *Mária Kugucz* (Унгария), г-жа *Mary Helen Carlson* (Съединени американски щати) и г-н *Jin Sun* (Китай)

бяха избрани за заместник-председатели. Г-жа *Alegria Borrás* и г-жа *Jennifer Degeling* бяха избрани за съвместни докладчици. Бе сформирана комисия за изготвянето на проект под председателството на г-жа *Jan-Marie Doogue* (Нова Зеландия). Процедурите на специалната комисия и комисията за изготвянето на проект бяха улеснени в значителна степен от основни предварителни документи³ и от констатациите на г-н *William Duncan*, заместник генерален секретар, който отговаряше за научната дейност на секретариата, и г-н *Philippe Lortie*, първи секретар.

4 На своето първо заседание през май 2003 г. и в съответствие със своя мандат специалната комисия обсъди въпроса дали новият инструмент следва да съдържа разпоредби, свързани с приложимото право за органите, които постановяват решения за издръжка, и в такъв случай какви следва да бъдат нормите в тези разпоредби. Обсъждането показва наличието на две противоположни позиции. Докато мнозинството от делегатите от юрисдикции по гражданското право подкрепиха включването на определена форма на режим на приложимото право, повечето делегации от юрисдикции по общото право бяха против⁴. Лесно е да се разбере източникът на това възражение, ако се има предвид, че в повечето държави на общото право решенията за издръжка традиционно се постановяват въз основа на правото на сезирания съд. Правото на сезирания съд също така често се прилага в държави, които са въвели административни системи за събиране на издръжка, въпреки че не всички са държави на общото право.

5 Повечето делегации, които подкрепиха включването на общ режим на приложимото право, заявиха, че тези преговори представляват уникална възможност за преработване на Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г., която не трябва да се пропуска. Макар че конвенцията от 1973 г. като цяло бе доста задоволителна и бе предвидено да се използва като отправна точка за изготвянето на проекта на нов инструмент, някои от нейните решения трябваше да се преразгледат и осъвременят, за да се отстранят слабостите и да се привлекат по-

³ Вж. по-специално *W. Duncan*, „Towards a New Global Instrument on the International Recovery of Child Support and other Forms of Family Maintenance“, предварителен документ № 3 от април 2003 г. на вниманието на специалната комисия от май 2003 г. за международното събиране на издръжка за деца и на други членове на семейството (достъпен на адрес <www.hcch.net>).

⁴ Канада, чиито провинции и територии прилагат стъпаловиден подход, но по-ограничен от предвидения в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), изрази желание в бъдещия инструмент да се включи определена форма на режим на приложимото право. В нейните провинции и територии, които прилагат общото право, приложимото право е правото на държавата по обичайното място на пребиваване на детето; ако детето не отговаря на условията за издръжка съгласно това право, се прилага правото на сезирания съд (вж. например акта за межудюрисдикционни нареждания за издръжка (Манитоба), член 12, параграф 1). От друга страна в Квебек, юрисдикция по гражданското право, приложимото право е правото по местожителство на кредитора по вземания за издръжка и след това по местожителство на длъжника (член 3094 от Гражданския процесуален кодекс).

¹ За историята и решенията на тази сесия вж. доклада *Borrás – Degeling* (достъпен на уебсайта на Хагската конференция на адрес <www.hcch.net>), точки 1 – 5.

² Вж. окончателния акт на деветнадесетата сесия на Хагската конференция по международно частно право, *Разисквания на деветнадесетата сесия (2001/2002 г.)*, том I, *Разни*, стр. 35 – 47, точка 45.

голям брой страни, които да я ратифицират⁵. За тази цел процесът на преразглеждане трябваше да включва всички държави, не само страните по конвенциите от 1956 или 1973 г.

6 С оглед на предложението на председателя на специалната комисия взе решение да създаде работна група по приложимото право (наричана по-долу „РГПП“), която да включва експерти от държавите – страни по Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г., както и експерти от други държави, като председателството бе поверено на долуподписания. Въз основа на получения мандат, който бе подновен и доуточнен на заседанията на специалната комисия през 2004 г., 2005 г. и 2006 г., РГПП разработи проект на инструмент относно приложимото право към задължения за издръжка (наричан по-долу „работен проект“). Първата версия на работния проект бе представена като допълнение към доклада на РГПП от юни 2006 г.⁶ и бе обсъдена на заседанието на специалната комисия през юли 2006 г. Тази комисия взе решение да проведе заседание на специалната комисия през май 2007 г., като основната тема бе въпросът с приложимото право. Втората версия на работния проект⁷, посочена в доклада на РГПП от април 2007 г.⁸, послужи като основа за разискванията на заседанието на специалната комисия през май 2007 г.

7 На заседанието на специалната комисия през май 2007 г. разискванията бяха насочени към въпроса с приложимото право. Комисията взе решение, първо, че нормите във връзка с приложимото право ще бъдат обхванати от протокол, формално отделен от конвенцията. Второ, тя постигна споразумение по разработването на предварителен проект на протокол⁹, който в съчетание с

⁵ Към момента на съставяне на документа конвенцията от 1973 г. бе в сила в 14 държави (Естония, Франция, Германия, Гърция, Италия, Япония, Литва, Люксембург, Нидерландия, Полша, Португалия, Испания, Швейцария и Турция). Конвенцията от 1956 г. бе в сила в 12 държави (Австрия, Белгия, Франция, Германия, Италия, Япония, Люксембург, Нидерландия, Португалия, Испания, Швейцария и Турция).

⁶ „Доклад на работната група относно приложимото право“, изготвен от председателя на работната група, Andrea Bonomi, предварителен документ № 22 от юни 2006 г. на вниманието на специалната комисия от юни 2006 г. за международното събиране на издръжка за деца и на други членове на семейството (достъпен на адрес <www.hcch.net>).

⁷ „Работен проект относно приложимото право“, изготвен от работната група относно приложимото право към задължения за издръжка, която заседава на 17–18 ноември 2006 г. в Хага, предварителен документ № 24 от януари 2007 г. на вниманието на специалната комисия от май 2007 г. за международното събиране на издръжка за деца и на други членове на семейството (достъпен на адрес <www.hcch.net>).

⁸ „Доклад на работната група относно приложимото право“, изготвен от председателя на работната група, Andrea Bonomi, предварителен документ № 27 от април 2007 г. на вниманието на специалната комисия от май 2007 г. за международното събиране на издръжка за деца и на други членове на семейството (достъпен на адрес <www.hcch.net>).

⁹ „Предварителен проект на протокол за приложимото право към задължения за издръжка“, изготвен под ръководството на специалната комисия за международното събиране на издръжка за деца и на други членове на семейството и одобрен от комисията по изготвянето на проект, предварителен документ № 30 от юни

обяснителен доклад¹⁰ послужи като основа за обсъжданията на двадесет и първата сесия на конференцията, проведена в Хага в периода 5–23 ноември 2007 г. По този повод авторът бе избран като докладчик за обяснителния доклад по протокола.

8 Пленарното заседание на двадесет и първата сесия на Хагската конференция бе председателствано от г-н Teun Struycken (Нидерландия). Заместник-председатели бяха г-н Gilberto Vergne Saboia (посланик на Бразилия), г-жа Xue Hanqin (посланик на Китай), г-н Ioannis Voulgaris (Гърция), г-жа Dorothee van Iterson (Нидерландия), г-жа Jan-Marie Doogue (Нова Зеландия), г-н Alexander Y. Bavykin (Руска федерация), г-жа Hlengiwe B. Mkhize (посланик на Южна Африка) и г-жа Mary Helen Carlson (Съединени американски щати).

9 Дипломатическата сесия на конференцията повери изготвянето на конвенцията на своята първа комисия, председателствана от г-жа Mária Kugucz (Унгария), и изготвянето на протокола – на своята втора комисия, председателствана от автора. Заместник-председатели на първата комисия бяха г-н Lixiao Tian (Китай) и г-жа Mary Helen Carlson (Съединени американски щати); заместник-председатели на втората комисия бяха г-жа Nádia de Araújo (Бразилия) и г-н Shinichiro Hayakawa (Япония). В допълнение към делегатите на 68-те членове на конференцията, представлявани на двадесет и първата сесия, присъстваха и наблюдатели от 14 държави, които не са страни по конвенцията, и от девет междуправителствени и неправителствени организации.

10 Бе създадена комисия по изготвянето на проект, председателствана от г-жа Jan-Marie Doogue (Нова Зеландия), която следва да работи по разискванията на първата и втората комисия. Освен от председателя комисията по изготвянето на проект бе съставена от докладчиците на двете комисии *ex officio*, членовете на Постоянното бюро и следните експерти: г-жа Denise Gervais (Канада), г-жа Katja Lenzing (Европейска общност), г-жа María Elena Mansilla y Mejía (Мексико) и Mary Helen Carlson (Съединени американски щати), заедно с г-н James Ding (Китай), г-н Lixiao Tian (Китай), г-н Miloš Hatarka (Европейска общност), г-н Edouard de Leiris (Франция), г-н Paul Beaumont (Обединено кралство) и Robert Keith (Съединени американски щати).

11 Третото четене на проекта на протокол бе финализирано на пленарната сесия на 22 ноември 2007 г. Проектът на протокол бе формално приет на заключителната сесия на 23 ноември 2007 г. чрез подписване на окончателния акт на двадесет и първата сесия.

2007 г. на вниманието на двадесет и първата сесия от ноември 2007 г. (достъпен на <www.hcch.net>).

¹⁰ „Предварителен проект на протокол за приложимото право към задължения за издръжка – обяснителен доклад“, изготвен от Andrea Bonomi, предварителен документ № 33 от август 2007 г. на вниманието на двадесет и първата сесия от ноември 2007 г. (достъпен на <www.hcch.net>).

12 Заглавието на протокола – „Протокол за приложимото право към задължения за издръжка“ – подчертава основната цел на този инструмент, а именно да се въведат еднакви норми за определяне на приложимото право към задължения за издръжка. Заглавието е същото като заглавието на Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), която има същата цел.

13 Протоколът не съдържа норми относно спорове за компетентност (компетентност на органи и признаване и изпълнение на решения), нито норми, свързани с административно сътрудничество между държавите. Някои от тези въпроси (административно сътрудничество за и по време на международното събиране на издръжка, както и признаване и изпълнение на чуждестранни решения) се уреждат от конвенцията.

14 За разлика от конвенцията, в чието заглавие изрично се посочва издръжка на деца и на други членове на семейството, заглавието на протокола не съдържа указания в тази връзка. Това отразява изключително широкото приложно поле на протокола по силата на член 1 от него: в протокола се определя приложимото право към задължения за издръжка въз основа на всякакви семейни отношения без ограничение и без никакви възможни резерви (вж. член 27). Издръжката на деца е включена в неговото приложно поле също, както и издръжката на пълнолетни лица в съответствие с правото, определено съгласно протокола.

15 Терминът „протокол“ в заглавието се обсъждаше в рамките на втората комисия на Дипломатическата сесия до последното ѝ заседание на 22 ноември 2007 г., посветено на второто четене на проекта на протокола. Във връзка с решението протоколът формално да бъде независим от конвенцията¹¹ някои делегации предложиха заглавието на инструмента да бъде променено от „протокол“ на „конвенция“, тъй като зависимостта между този текст и конвенцията не бе достатъчно забележима¹². След обсъждане на ползите и слабите страни на двете решения в крайна сметка бе постигнат консенсус относно термина „протокол“.

16 Предимството на термина „протокол“, макар и необичаен за инструмент, приет от Хагската конференция, е, че така се подчертават вътрешноприсъщите и функционалните връзки между протокола и конвенцията. Освен неговия контекст (вж. по-горе точка 2 и следващите) следва да се изтъкне, че подобно на конвенцията протоколът е предвиден да улесни международното събиране на издръжка: определянето на приложимото право (и ако

¹¹ Вж. член 23, който позволява подписване, ратификация и присъединяване от всички държави дори и да не са страни по конвенцията.

¹² Вж. Протокол № 6, точка 11 и следващите и точка 178 и следващите.

е уместно, прилагането на чуждо право) е една от трудностите, с които може да се сблъска кредиторът по издръжката, когато подава иск срещу установен в друга държава длъжник. Някои решения, предвидени в протокола, включително по-специално по-значимата роля, която се отдава на правото на сезирания съд във връзка със съществуващи инструменти (вж. членове 4 и 7), са предвидени да улеснят вземането на решение за издръжка и съответно произтичат от същите източници на загриженост, на които се основава конвенцията. На последно място следва да се отбележи, че като се отчита естеството *erga omnes* на протокола (вж. член 2 от него), неговата ратификация от голям брой държави може да е от полза за кредиторите, дори кредитори с местожителство в държава, която не се е присъединила към протокола (и която не планира да стане страна по него): дори кредитори с местожителство в такива държави биха извлекли полза от прилагането на благоприятните за кредитора едни норми, определени в протокола, в хода на производство, започнато в договаряща държава по протокола (например в държавата по местожителство на длъжника).

17 Тази функционална връзка също така се подчертава в преамбюла, където се отбелязва, че разработването на общи норми относно приложимото право представлява полезно допълнение към конвенцията. В останалата част на преамбюла се прави обобщение на другите съображения в основата на изготвянето на протокола, като по-специално се посочва желанието за еднакви стълкновителни норми и осъвременяване на Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г.

18 Протоколът се състои от 30 члена. Той не е разделен на глави, но неговите разпоредби могат да бъдат класифицирани в три групи. Членове 1 и 2 определят неговото приложно поле *ratione materiae* и *ratione loci*; членове 3 – 14 определят приложимото право към задължения за издръжка, както и неговото приложно поле; членове 15 – 30 представляват общи и окончателни разпоредби, които понастоящем са нещо обичайно в повечето инструменти, разработени от Хагската конференция.

ЧАСТ III: ОСНОВНИ АСПЕКТИ НА РЕЖИМА, ПРЕДВИДЕН В ПРОТОКОЛА

19 Предвид целта за преглед на по-ранните конвенции, свързани с приложимото право към задължения за издръжка, без да се отхвърля изцяло техният подход, протоколът в много отношения следва съдържащите се в тях решения, и по-специално в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). Такъв е случаят по-специално по отношение на приложното поле, което е определено в много широки рамки в членове 1 и 2, третирането на задълженията за издръжка като предмет, който заслужава отделен избор на стълкновителните норми („категория на привързване“), независимо от съответните семейни

отношения (член 1, параграф 2), общата норма въз основа на връзката между задължението за издръжка и правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора (член 3), приемането на определени „стъпаловидни“ субсидиарни критерии на привързване, чиято цел е да облагодетелстват кредитора по издръжката (член 4), и широкообхватното определение на въпросите, които се уреждат от определеното като приложимо право към задълженията за издръжка (член 11). Решенията в протокола могат също така да се сравнят в някои отношения с решенията в *Интерамериканската конвенция от Монтевидео от 15 юли 1989 г. относно задълженията за издръжка* (наричана по-долу „конвенцията от Монтевидео от 1989 г.“)¹³.

20 По отношение на Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) бяха извършени три основни нововъведения: първо, подсилена роля на *lex fori* за искове от определени „привилегирани“ класове кредитори, като това право получава ранга на основен критерий, а правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора в тези случаи има само субсидиарна роля (член 4, параграф 3); второ, въвеждането на задължения между съпрузи и бивши съпрузи в случай на клауза за дерогация въз основа на идеята за тясна връзка (член 5), което се отклонява от неотменимата връзка с правото, което се прилага по отношение на развода съгласно член 8 от конвенцията от 1973 г.; последно, въвеждането на мярка за автономност на страните в два варианта: процедурно споразумение във връзка със задължения за издръжка, което позволява на страните да изберат правото на сезирания съд за целите на конкретно производство (член 7), и вариант, съгласно който приложимото право може да се упражнява по всяко време от пълнолетни лица, които са в състояние да защитават своите интереси, при съобразяване с определени условия и ограничения (член 8).

ЧАСТ IV: КОМЕНТАР ПО ЧЛЕНОВЕ

Член 1 Приложно поле

21 В член 1 се определя приложното поле на протокола по отношение на неговия предмет. Съгласно първия параграф от този член протоколът определя приложимото право към задълженията за издръжка, които възникват от семейни отношения, родство, брак или сватовство.

Параграф 1 – Настоящият протокол определя приложимото право към задълженията за издръжка, които възникват от семейни отношения, родство, брак или сватовство, включително задължението за издръжка на дете, независимо от семейното положение на родителите.

а Приложимо право към задълженията за издръжка

22 Целта на протокола е да се определи приложимото право към задълженията за издръжка. В съответствие с това той не съдържа норми за конфликт на юрисдикции, нито за административно сътрудничество, като тези въпроси, поне отчасти, се уреждат от конвенцията.

23 В допълнение към това е важно да се изтъкне, че протоколът определя само приложимото право към задължението за издръжка, което се счита за автономен клас връзка. Следователно целта не е в протокола да се определя приложимото право за семейните отношения, от които възниква задължението за издръжка. Този принцип е важен и е изразен недвусмислено в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), член 2, параграф 1 от която гласи, че „настоящата конвенция урежда единствено стълкновителните норми по отношение на задълженията за издръжка“. Този текст не бе включен в протокола, вероятно защото е бил сметен за излишен предвид заглавието на инструмента („Протокол за приложимото право към задълженията за издръжка“, курсивът е добавен) и текста на член 1, параграф 1 от него („Настоящият протокол определя приложимото право към задълженията за издръжка [...]“, пак там). Въпреки липсата на този текст подходът в протокола към този въпрос е същият като подхода в конвенцията от 1973 г., в смисъл че приложимото право към задълженията за издръжка, които се посочват в член 1, параграф 1 (например родство или брак), не се урежда пряко от протокола. Това се потвърждава от член 1, параграф 2 от протокола, който предава текста на член 2, параграф 2 от конвенцията от 1973 г. посочва, че „[р]ешенията, взети при прилагане на настоящия протокол, не засягат съществуването на никое от отношенията, посочени в параграф 1“: тази норма е просто последица от автономната връзка със задължението за издръжка.

24 Автономната връзка със задължението за издръжка предполага, че приложимото право към задълженията за издръжка, което се посочва в член 1, параграф 1, трябва да се определи във всяка страна по протокола въз основа на стълкновителните норми, които са в сила и са общоприложими в тази държава. Това не води до затруднения, когато съществуването или не на семейните отношения е основният предмет на съответното производство (например когато искът е свързан с доказателство за бащинство, действителност на брака, юридическо разделяне или развод), дори когато искът за издръжка се завежда допълнително в хода на същото производство. Проблемът е по-сложен, когато въпросът дали са налице семейни отношения възниква предварително в

¹³ Вж. по-долу, точки 33, 36, 39, 57, 66, 67 и 166.

хода на производство, чийто основен предмет е искът за издръжка (например ако предполагаемият длъжник оспорва бащинството или действителността на брака). Предвид липсата на такива пояснения в протокола, нищо не би попречило да се използва отново тълкуването, което бе предложено за Хагските конвенции от 1956 г. и 1973 г., а именно че правото, предвидено да урежда задължението за издръжка, може да се прилага и по отношение на предварителния въпрос относно съществуването на семейни отношения по смисъла на член 1, параграф 1¹⁴. Това решение обаче не обвързва страните по протокола и те могат законно да предпочетат да въведат отделна и автономна връзка с предварителния въпрос; в такъв случай този въпрос ще се урежда от правото, предвидено в стълкновителните норми на сезирания съд. Във всеки случай, съгласно член 1, параграф 2 решението, което се взема по отношение на иска за издръжка съгласно посоченото от протокола право, не засяга съществуването на съответните семейни отношения.

б Задължения за издръжка, които възникват от семейни отношения

25 Съгласно член 1, параграф 1 протоколът определя приложимото право към задълженията за издръжка, които възникват от семейни отношения, родство, брак или сватовство. Този текст отговаря на текста на член 1 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). За разлика от последната¹⁵ обаче протоколът не предвижда резерви, които да позволят на страните по него да ограничат приложното му поле до специфични задължения за издръжка или да изключат други¹⁶. В съответствие с това приложното поле на протокола е много широко.

і По-широкообхватно приложно поле по отношение на предмета в сравнение с конвенцията

26 По-специално приложното поле на протокола е по-широко от задължителното приложно поле на конвенцията, което е ограничено съгласно член 2, параграф 1:

„а) към задължения за издръжка на лице, ненавършило 21 години, произтичащи от отношението родител – дете;

б) към признаване и изпълнение или само към изпълнение на решение за издръжка на съпруг или на бивш съпруг, когато молбата е подадена едновременно с иск в рамките на приложното поле на буква а); и

в) с изключение на глави II и III – към издръжка на съпруг или на бивш съпруг.“

Тази разлика се дължи първо на желанието приложното поле на протокола да съвпада с това на Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), така че да може протоколът да замени (поне между подписалите го страни) тази конвенция (вж. член 18). Освен това тя отразява желанието да не се ограничава твърде много приложното поле на един текст, който – тъй като е предмет на отделен от конвенцията протокол – във всеки случай е незадължителен за държавите, които ратифицират конвенцията, и който за разлика от нея може да бъде ратифициран от държави, които не са страни по конвенцията (вж. член 23).

27 Всъщност случаите, в които двата инструмента се прилагат, не биха могли да съвпадат в нито един момент, защото техните условия за прилагане *ratione loci* са различни: конвенцията е инструмент *inter partes*, който се прилага към отношения между договарящите държави; това важи както за административното сътрудничество¹⁷, така и за признаването и изпълнението на решения¹⁸. Протоколът от друга страна е приложим *erga omnes* дори ако определеното в него право е това на недоговаряща държава (вж. член 2).

28 Освен това следва да се изтъкне, че приложното поле на конвенцията по отношение на предмета също може да бъде разширено по избор (чрез декларация съгласно член 63) „към всички задължения за издръжка, произтичащи от семейни, родствени, брачни отношения или отношения на сватовство [...]“ (член 2, параграф 3 от нея). Поради това посредством такава декларация всяка договаряща държава може по свое желание да направи така, че приложното поле на двата инструмента по отношение на предмета да съвпада. Дори при наличието на такава декларация обаче припокриването няма да бъде пълно: предвидената в член 2, параграф 3 от конвенцията декларация създава задължения между две договарящи държави само въз основа на реципрочност, т.е.: „само доколкото техните декларации обхващат същите задължения за издръжка и същите части от конвенцията“; от друга страна протоколът, както бе посочено по-горе, се прилага *erga omnes*, независимо от евентуална реципрочност (вж. член 2). В съответствие с това е възможно конвенцията, за разлика от протокола, да не се прилага по отношение на конкретен случай дори когато страна и по двата инструмента е подписала такава декларация.

¹⁴ Обяснителен доклад относно Хагските конвенции за издръжка от 1973 г. (изпълнение – приложимо право), изготвен от M. Verwilghen (наричан по-долу „докладът Verwilghen“), *Actes et documents de la Douzième session (1972)*, том IV, *Obligations alimentaires*, стр. 383 – 465, точки 125 и следващите (достъпен и на адрес <www.hcch.net>).

¹⁵ Вж. по-специално членове 13 и 14 от нея.

¹⁶ Вж. член 27, съгласно който „[п]о настоящия протокол не могат да се правят резерви“.

¹⁷ Вж. член 9 от конвенцията, в който се посочват заявления, отправени до централния орган на държавата, до която е отправено искането, чрез централния орган на *договарящата* държава, в която пребивава подателят на искането.

¹⁸ Вж. член 20, параграф 1 от конвенцията, в който се определят условията, при които „решение, постановено в една *договаряща* държава [...], се признава и изпълнява в останалите *договарящи* държави“ (курсивът е добавен).

ii *Задължения за издръжка, които възникват от семейни отношения*

29 В протокола не се определя понятието за семейни отношения, а само се посочват няколко примера, които съответстват на примерите в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). Следователно изрично се посочват отношения родител – дете, родство, брак и сватовство. Този списък показва, че понятието за семейни отношения, прието в протокола, е много широко: то включва сватовство, въпреки че не всички държави признават такива отношения.

30 В последната част от член 1, параграф 1 се посочва, че в случай на издръжка на дете прилагането на протокола не зависи от семейното положение на родителите. С тази разпоредба, която е включена и в член 1 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) и член 2, параграф 4 от конвенцията, се установява фактът, че протоколът се прилага без дискриминация към законни и извънбрачни деца.

31 Повдигнатият понастоящем проблем е свързан с множеството форми на бракове или партньорства между лица от същия пол. Тези отношения се признават във все по-голям брой правни системи, които често ги считат за семейни отношения, които могат да доведат до искове за издръжка. Други държави обаче отказват да ги признаят, като в някои случаи считат, че те не отговарят на техните публични политики. Тази ситуация няма да се промени с протокола. Всъщност стълкновителните норми в протокола определят само приложимото право към задължения за издръжка; те не определят приложимото право по отношение на въпроса кои отношения се считат за семейни отношения, нито към установяването на такива отношения, на които се основава задължението за издръжка (вж. по-горе точка 23). Поради това съществуването и действителността на браковете или партньорствата между лица от същия пол продължава да е обхванато от националното законодателство на договарящите държави, включително техните норми относно международното частно право. Освен това в протокола не се посочва дали в неговото приложно поле се включват задължения за издръжка, които възникват от такива отношения; този пропуск е съзнателен и цели да се избегне намесата на протокола във фундаменталното противопоставяне между държавите по този въпрос. Независимо от това този въпрос бе обсъден във връзка с определени норми на привързване, и по-специално нормата съгласно член 5 във връзка със задълженията за издръжка между съпрузи или бивши съпрузи: някои делегации предложиха в текста на протокола да се включи изрично заявление, че по искане на държавите тази разпоредба може да се прилага към такива подобни на брак съюзи. Макар че предложението не постигна необходимия консенсус, втората комисия на Дипломатическата сесия прие, че тези държави, които признават такива съюзи в своите правни системи или желаят да ги признават, могат да ги обвържат с

нормата съгласно член 5 (вж. по-долу точки 92 и следващите), което е равностойно на негласно признание, че протоколът може да се прилага към тях. От друга страна не бе взето никакво решение по отношение на договарящите държави, които не желаят да третират такива съюзи като брак. За тях едно възможно решение може да бъде да решат, че тези отношения не могат да се третират като брак (в този случай приложимото право ще се определя въз основа на други норми в протокола, и по-специално членове 3 и 6). Предвид липсата на изричен текст в протокола и подготвителните инструменти, трябва да се признае, че това решение е законно, макар че то предполага, че прилагането на протокола няма да бъде еднакво между отделните договарящи държави. Тази нееднородност обаче не е твърде значима, ако отчетем, че във всеки случай съответният съд или орган би могъл на основание на обществения ред да отхвърли прилагането на чуждо право, което признава задълженията за издръжка, които възникват от тези противоречиви отношения, по конкретно дело (вж. член 13 по-долу, точка 178).

32 В протокола не се пояснява дали той се прилага по отношение на задължения за издръжка, които възникват от споразумения, свързани със съществуването или степента на дадено задължение за издръжка. Такива споразумения често се сключват между съпрузи при сключването на брак или в случай на развод, или между несклучили брак партньори. Припомня се, че при изготвянето на Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) не бе възможно да се реши този въпрос и съответно конвенцията предостави на съдилищата „широка свобода на преценка“, като им позволи да обвързват тези задължения с договорните разпоредби или с общоприложимите стълкновителни норми.¹⁹ Въпреки че в протокола не се съдържа изричен текст по този въпрос, той съдържа елементи, които позволяват да се заяви, че той се прилага и по отношение на споразумения във връзка с издръжка, дотолкова доколкото тези споразумения са предвидени да изменят или допълнително да пояснят задължение, което възниква от семейни отношения: за разлика от конвенцията от 1973 г. протоколът при определени условия позволява да се направи избор кое да е приложимото право към задълженията за издръжка²⁰. Въпреки това една от причините – а може би основната причина – да се позволи това право на избор беше именно да се предвиди мярка за стабилност по отношение на споразуменията във връзка с издръжка между съпрузи или други пълнолетни лица (вж. по-долу точка 126). Ако се приеме, че правото, определено от страни съгласно протокола, се прилага по отношение на издръжката, същото заключение трябва да важи и за правото, определено от самия протокол чрез обективна връзка.

¹⁹ Вж. доклада Verwilghen (цитиран по-горе, бележка под линия 14), точка 120.

²⁰ Вж. по-специално член 8, който позволява на страните да определят приложимото право „по всяко време“.

в *Обхват на решенията, взети при прилагане на протокола*

Параграф 2 – Решенията, взети при прилагане на настоящия протокол, не засягат съществуването на никое от отношенията, посочени в параграф 1.

33 Във втория параграф на член 1 се посочва, че решенията, взети при прилагане на протокола, не засягат съществуването на никое от отношенията, посочени в параграф 1. Тази разпоредба пресъздава текста, използван в член 2, параграф 2 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право); същото решение бе използвано в член 5 от конвенцията от Монтевидео от 1989 г. В него се посочва, че никое лице не може да използва решение, с което се разпорежда на длъжника да изплаща издръжка на кредитора на основание на определеното в протокола право, за да докаже съществуването на семейни отношения като посочените в член 1, параграф 1. Тази норма представлява естествена последица от автономната връзка със задължението за издръжка (вж. по-горе точка 23). Тя представлява еквивалент на член 19, параграф 2 от конвенцията, съгласно който ако чуждестранно решение не е свързано единствено със задължението за издръжка, действието на нормите на конвенцията за признаване и изпълнение се ограничава до задължението за издръжка²¹. За по-задълбочен анализ на този подход, който вече бе добре познат в договарящите страни по конвенцията от 1973 г., се прави препратка към доклада Verwilghen²².

Член 2 Универсален характер

Настоящият протокол се прилага дори и ако приложимото право е правото на недоговаряща страна.

34 Тази разпоредба определя единствено универсалния характер на протокола. Той се прилага в договарящите държави дори ако правото, определено съгласно неговите разпоредби, е правото на недоговаряща държава. Този подход е същият като подхода, възприет в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) (член 2) и в някои други Хагски конвенции, свързани с приложимото право.

35 В съответствие с тази норма, ако органът в една договаряща държава бъде сезиран за заявление относно задължение за издръжка, включено в материалноправния обхват на протокола, той ще бъде длъжен да приложи този текст, за да определи приложимото право по същество дори ако делото има много тесни връзки (в резултат на пребиваването на страни или поради други причини) с една или повече недоговарящи държави. Същото важи, ако определеното съгласно протокола право е това на недоговаряща държава (каквото може да бъде случаят например, ако кредиторът пребивава в такава държава или ако страните са определили това право като

приложимото право към задължението за издръжка; вж. членове 3 и 8).

Член 3 Обща норма за приложимо право

36 В тази разпоредба се определя принципът на привързване между задълженията за издръжка и правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора. Този критерий на привързване отговаря на използвания като основен критерий на привързване в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) и – по отношение на издръжка на деца – в Хагската конвенция за издръжка от 1956 г. Такъв критерий на привързване се предвижда и в член 6, буква а) от конвенцията от Монтевидео от 1989 г. (макар и като алтернатива на обичайното място на пребиваване на длъжника). Това решение бе прието единодушно по време на преговорите.

Параграф 1 – Задълженията за издръжка се уреждат от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора освен ако в настоящия протокол е предвидено друго.

а Причина за този критерий на привързване

37 Този критерий на привързване предлага няколко предимства. Основното е, че той позволява да се определи съществуването и размерът на задължението за издръжка с оглед на правните и фактически условия на социалната среда в държавата, в която живее кредиторът и в която извършва повечето свои дейности. Както правилно бе отбелязано в доклада Verwilghen, „[кредиторът] ще използва своята издръжка, за да живее“. В съответствие с това „е разумно да се оцени конкретният проблем, който произтича във връзка с конкретно общество: това, в което живее и ще живее подателят на иска“²³.

38 Връзката с правото на държавата по обичайното място на пребиваване също така гарантира равно третиране сред кредитори, които живеят в една и съща държава, независимо от гражданството. Няма логика кредитор, който е чуждестранен гражданин, при едни и същи обстоятелства да се третира по различен начин от кредитор, който е гражданин на държавата, в която пребивава.

39 На последно място следва да се отбележи, че критерият за обичайното място на пребиваване на кредитора се използва широко за определяне на компетентния съд по отношение на издръжка, както съгласно инструменти за еднакво законодателство²⁴, така и в няколко национални закона. В съответствие с това използването на същия този критерий за

²³ Цитиран по-горе (бележка 14), точка 138.

²⁴ Например член 5, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 44/2001 на Съвета от 22 декември 2000 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела („Брюксел I“) и „паралелната“ разпоредба в член 5, параграф 2 от конвенцията от Лугано от 16 септември 1988 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по граждански и търговски дела (наричана по-долу „конвенцията от Лугано от 1988 г.“); член 8, буква а) от конвенцията от Монтевидео от 1989 г.

²¹ Вж. доклада Borrás – Degeling, 438.

²² Цитиран по-горе (бележка под линия 14), точки 122 и следващите.

определяне на приложимото право често води до прилагане на правото на сезирания орган, което предоставя очевидни ползи с оглед на опростеност и ефикасност. Тези предимства са особено ценни в дела за издръжка, в които сумите, предмет на спор, и съответно наличните ресурси за определяне на чуждо право обикновено са много малки.

40 Както бе подчертано в член 3, параграф 1, критерият на привързване с обичайното място на пребиваване на кредитора не е приложим, ако в протокола се предвижда друго. Това е важно ограничение, защото съгласно системата на протокола този критерий на привързване подлежи на няколко изключения, предвидени в членове 4 – 8. Като цяло следва да се изтъкне, че приложното поле на тази норма е по-ограничено в протокола, отколкото в Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г.

б *Понятие за обичайно място на пребиваване*

41 В протокола не се определя понятието за обичайно място на пребиваване. Същото важи за множеството Хагски конвенции, които използват това понятие като критерий за определяне на приложимото право или компетентността на органите, включително посочената в настоящия документ конвенция²⁵. Определянето дали в конкретния случай кредиторът пребивава в една или друга държава е задача от компетентността на сезирания орган; последният обаче е длъжен да прилага по-скоро еднородно понятие въз основа на целта на протокола, а не критерии от националното право²⁶.

42 Следва да се отбележи, че избраният критерий е този за *обичайното* място на пребиваване, което предполага известна степен на стабилност. Временното пребиваване на дадено място само по себе си не е достатъчно, за да се определи приложимото право към задължението за издръжка. Ако например кредиторът по издръжката живее в продължение на няколко месеца в различна държава от държавата, в която е установен, с цел обучение или извършване на временна дейност, това по принцип не следва да промени обичайното място на пребиваване или приложимото право към задължението за издръжка съгласно член 3.

43 Критерият „обичайно място на пребиваване“ също се използва и в конвенцията, както и понятието за „място на пребиваване“. В член 20, параграф 1, букви в) и г) от конвенцията критерият „обичайно място на пребиваване“ се използва за определяне на основите за признаване на чуждестранни решения²⁷, докато критерият „място на пребиваване“ се използва в член 9 от конвенцията, за да се определи компетентността на централния орган на отпращащата молбата държава и с цел приложимото на разпоредбите на конвенцията, свързани с административно сътрудничество: съгласно член 9 „Молба по настоящата глава се подава до централния

орган на замолената държава чрез централния орган на договарящата държава, в която молителят пребивава“. В съответствие с тази разпоредба обикновеното пребиваване е достатъчно, дори да не е обичайно; от друга страна обикновеното присъствие през известно време не е достатъчно. Това решение бе избрано с цел да се улесни колкото се може повече подаването на молби за международно събиране на издръжка²⁸.

в *Промяна на обичайното място на пребиваване*

Параграф 2 – При промяна на обичайното място на пребиваване на кредитора от момента на настъпване на промяната се прилага правото на държавата по новото обичайно място на пребиваване на кредитора.

44 Когато кредиторът промени своето място на пребиваване, правото на държавата по новото обичайно място на пребиваване на кредитора започва да се прилага от момента на настъпване на промяната. Това решение, което отговаря на решението, използвано в Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г. (съответно член 1, параграф 2 и член 4, параграф 2), е необходимо с оглед на причините, на които се основава критерият на привързване с обичайното място на пребиваване. При промяна на обичайното място на пребиваване е логично определянето на съществуването и размера на задължението за издръжка да се извършва в зависимост от правото на държавата, в която живее кредиторът. Прилагането на това право е също толкова обосновано въз основа на съображенията във връзка с равното третиране на всички кредитори, които пребивават в същата държава.

45 Следва да се отбележи, че предвиденото решение за свързани с мобилността конфликти не е непременно съгласувано с желанието да се осигури припокриване на компетентността на органите с приложимото право: когато компетентността на органа зависи от обичайното място на пребиваване на кредитора, то обикновено се определя към момента на внасяне на молбата, без да се отчитат промени на по-късен етап (принцип на *perpetuatio fori*). От друга страна, що се отнася до приложимото право, промяната на обичайното място на пребиваване на кредитора следва да се вземе под внимание в решението за издръжка дори ако е настъпила в хода на производството. Дотолкова доколкото решението определя издръжка в бъдеще, би било нелогично да не се вземе под внимание такава значителна промяна в обстоятелствата.

46 Независимо от това в протокола не се определя най-късния възможен момент, в която промяната може да се отчете, ако тя настъпи по време на производството. Поради това този въпрос зависи от процедурните правила, приложими в съответната договаряща държава.

²⁵ Вж. доклада Borrás – Degeling, точки 61 и 62.

²⁶ Член 20, вж. точка 202.

²⁷ Вж. доклада Borrás – Degeling, точка 444.

²⁸ Пак там, точка 228.

47 Следва да се отбележи, че промяната на мястото на пребиваване следва да се вземе под внимание само ако и от момента, в който кредиторът придобие ново обичайно място на пребиваване, тоест когато новото място на пребиваване придобие степента на стабилност, която се предполага от термина „обичаен“. Ако кредиторът се премести в друга държава с намерение да остане там само временно²⁹, по принцип не настъпва промяна на обичайното място на пребиваване освен ако новото място на пребиваване в даден момент стане стабилно (ако например кредиторът се обучава в друга държава и намери работа, която му позволява да се установи там за постоянно).

48 Промяната на приложимото право настъпва от момента на промяна на обичайното място на пребиваване, но само за бъдещето (*ex nunc*). Исковете на кредитора, свързани с периода преди промяната, съответно продължават да бъдат обхванати от правото на държавата по предишното обичайно място на пребиваване. Това решение е обосновано, ако считаме, че правото на помощи за по-ранния период вече е възникнало за кредитора и съответно не би трябвало да подлежи на допълнително обсъждане поради последваща промяна на приложимото право.

Член 4 Специални норми в полза на някои кредитори

49 В тази разпоредба се определят основните изключения от основния критерий на привързване с обичайното място на пребиваване на кредитора по издръжката. Причината за наличието на тези изключения е да се осигурят малко по-благоприятни норми за някои класове кредитори по издръжката в случаи, в които се счита, че прилагането на правото на държавата по тяхното обичайно място на пребиваване противоречи на техните интереси.

а Приложно поле на член 4

Параграф 1 – Следните разпоредби се прилагат към задълженията за издръжка на:

50 Съгласно своето предназначение нормата в член 4 облагодетелства само някои класове кредитори, определени в първия параграф на този член. С оглед да се избегнат евентуални недоразумения следва да се изтъкне, че целта на този параграф не е да определи изискванията за предоставяне на издръжка (това е въпрос от обхвата на определеното национално право), а единствено да определи класовете на кредиторите, на които с цел определяне на приложимото право към техните искове ще бъде осигурена – чрез дерогация от член 3 – ползата от критериите на привързване, определени в член 4. Наличието на право на издръжка ще зависи от правото (или правата), определени съгласно този член. По отношение на класовете кредитори, които не са посочени в член 4, приложимото право към техните искове за издръжка ще се определя съгласно член 3 или други разпоредби на протокола.

²⁹ Вж. примерите в точка 42.

51 Освен това следва да се отбележи, че член 4 не изключва прилагането на други разпоредби от протокола за посочените класове кредитори: член 3 продължава да се прилага при съобразяване с изключенията, предвидени в член 4, член 6 позволява на длъжника да възрази срещу иска на кредитора в някои случаи, а членове 7 и 8 уреждат споразумения във връзка с приложимото право.

52 За разлика от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), съгласно която „стъпаловидната“ система въз основа на субсидиарни критерии на привързване има общо приложно поле (вж. членове 5 – 6) в протокола тази система се предвижда само в полза на класовете кредитори, посочени в член 4, параграф 1 (вж. по-долу точки 53 и следващите). Тази разлика може да се разглежда като стъпка назад в договарящите държави във връзка с настоящото ниво на защита, от което се ползват кредиторите по издръжката. При все това този възглед няма да бъде съвсем точен: конвенцията от 1973 г. вече изключи стъпаловидната система от критерии на привързване по отношение на издръжка между разведени съпрузи, като тези случаи се уреждат от приложимото право по отношение на развода (член 8). Същото важи за случаи на юридическо разделяне, унищожаване или анулиране на брака. В съответствие с това, ако двата инструмента се сравнят, е видно, че те се различават по отношение на третирането на съпрузи, които остават женени³⁰, и определени кредитори – пълнолетни лица, по чиито искове за издръжка няма единодушно становище в рамките на сравнителното право (например лица с родство по непряка линия или по сватовство) и по отношение на които в протокола се предвижда въвеждане на определени специфични мерки за защита за длъжника (вж. по-долу член 6). Предвид факта, че тези класове кредитори са обхванати от не толкова благоприятни специални норми, изглежда нелогично или дори очевидно несъвместимо на тези кредитори да се предоставя ползата от стъпаловидната система от критерии на привързване съгласно член 4.

53 В работния проект на РГПП от януари 2007 г.³¹ специалните норми в бъдещия член 4 бяха предвидени само в полза на лица на възраст под 21 години. На заседанието на специалната комисия през май 2007 г. този клас бе разделен на два отделни класа. По този начин член 4 се прилага от една страна към задължения за издръжка на родители спрямо техните деца (член 4, параграф 1, буква а) и от друга страна към задължения за издръжка на лица, различни от родители, спрямо лица, ненавършили 21 години (член 4, параграф 1, буква б). В първия случай отношението родител – дете представлява определящият фактор; от друга страна във втория случай благоприятното третиране зависи от възрастта

³⁰ Които са включени в приложното поле на член 5 от протокола, докато същите бяха изключени от приложното поле на член 8 от конвенцията от 1973 г.

³¹ Предварителен документ № 24 от януари 2007 г. (цитиран по-горе, бележка под линия 7), член Г.

на кредитора. В допълнение към това на заседанието на специалната комисия от май 2007 г. също така бе разширено прилагането на този член, така че да обхваща задължения за издръжка на деца спрямо техните родители. Тези решения се съдържат в окончателния текст на протокола.

Буква а) – родители спрямо техните деца;

54 Съгласно член 4, параграф 1, буква а) член 4 е приложим към задължения за издръжка на родители спрямо техните деца независимо от възрастта. Съществуването на отношение родител – дете бе счтено за достатъчно основание за благоприятно третиране във връзка с определянето на приложимото право. Това не означава, че детето ще има право да получи издръжка независимо от своята възраст – този въпрос зависи от материалноправните норми на определеното право (или права), а единствено че може да се възползва от стъпаловидната система от субсидиарни критерии на привързване и замяната на критериите на привързване, предвидени в член 4, параграфи 2 – 4.

Буква б) – лица, различни от родителите, спрямо лица, ненавършили 21 години, освен за задължения, произтичащи от посочените в член 5 отношения; и

55 Съгласно член 4, параграф 1, буква б) ползата от нормите по член 4 се разширява, така че да обхване лица, ненавършили 21 години. Става въпрос за задължения за издръжка на основата на семейни отношения, които се уреждат от протокола (вж. член 1, параграф 1), с изключение на отношения родител – дете (които вече са посочени в член 4, параграф 1, буква а), и брак: в член 4, параграф 1, буква б) изрично се посочва, че той не се прилага към задължения за издръжка, произтичащи от посочените в член 5 отношения, тоест задължения за издръжка между съпрузи, бивши съпрузи или лица в брак, чийто брак е унищожен. При липсата на избор на приложимо право задълженията между съпрузи и бивши съпрузи се уреждат съгласно нормите на членове 3 и 5; принципът *favor creditoris*, на който се основава член 4, не се прилага към тях.

56 В съответствие с това ситуацията, посочени в буква б), по същество представляват ситуации при искове за издръжка на основата на родство по пряка или непряка линия (например иск, предявен от внук, сестра или брат, племенник или племенница) или сватовство (например дете към съпруга/та на един от своите родители). Следва да се отбележи, че тези задължения също така са обхванати от член 6, така че длъжникът може да се възползва от защитата, предвидена по този член, ако е приложимо. Решението, предвидено в протокола в тази връзка, не е много последователно, тъй като едни и същи отношения се третират по привилегирован начин съгласно член 4 и по неблагоприятен начин съгласно член 6 (вж. по-долу точка 100). Това очевидно е резултат от компромис.

57 След дълго колебание във връзка с определянето на възрастова граница от 18 или 21 години

Дипломатическата сесия в крайна сметка избра второто. Основният аргумент в подкрепа на това решение е, че то е в съответствие с тенденцията, която се наблюдава в сравнителното право, насочена към подкрепа на предоставянето на издръжка на млади хора, които се обучават в сферата на висшето образование, по-специално в университет. Тази тенденция бе взета под внимание в някои международни инструменти; по този начин в конвенцията от Монтевидео от 1989 г. се предвижда, че ползите от този инструмент се прилагат в полза на лица, които след като навършат 18 години, продължават да отговарят на условията за издръжка съгласно приложимото право. Във всеки случай следва да се подчертае, че възможността за получаване на издръжка зависи от определеното право (или права); протоколът урежда единствено стълкновителните норми, но не налага задължения на държавите да изменят своите национални права.

Буква в) – деца спрямо техните родители.

58 Разпоредбата в член 4, параграф 1, буква в) прави член 4 приложим към задължения за издръжка на деца спрямо техните родители. Това разширяване на обхвата на специалната норма бе предложено от мнозинството делегации на заседанието на специалната комисия през май 2007 г. на основание факта, че родителите подобно на своите деца също заслужават благоприятно третиране с оглед на стълкновителните норми. Това решение в крайна сметка бе прието на заседанието на Дипломатическата сесия. Подобно на разпоредбата в буква б), посочените в буква в) отношения също са обхванати от член 6, което позволява на длъжника да използва защитата, предвидена в тази разпоредба (пак там).

б) Субсидиарен критерий на привързване с правото на сезирания съд

Параграф 2 – Ако по силата на определеното в член 3 право кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на сезирания съд.

59 Първото предимство, предоставено на класовите кредитори, определени в член 4, параграф 1, е свързано с осигуряването на субсидиарен критерий на привързване с правото на сезирания съд в случаи, в които кредиторът не може да получи издръжка от длъжника по силата на правото на държавата по неговото или нейното обичайно място на пребиваване. Това решение е вдъхновено от *favor creditoris* и целта му е да гарантира, че кредиторът разполага с възможност да получи издръжка, ако тя се осигурява от правото на сезирания орган.

60 Това представлява традиционно решение. Понастоящем то е предвидено в Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г. (съответно членове 3 и 6). Във втората конвенция обаче то се предвижда само като средство от последна инстанция, след като бъде приложено правото на държавата по общото гражданство на страните, отново като субсидиарен критерий (член 5). Преминаването в протокола между тези два субсидиарни критерия на привързване (право

на сезирания съд пред правото на държавата по общото гражданство, вж. член 4, параграф 4) е обосновано поради няколко причини. Първо така се намалява практическото значение на критерия на привързване с правото на държавата по общото гражданство, чиято уместност по свързани с издръжка въпроси се оспорва (вж. по-долу точка 74). Второ, така се улеснява дейността на сезирания орган, който може да прилага своето право на субсидиарна основа, без да е нужно първо да бъде информиран относно същността на правото на държавата по общото гражданство на страните. В резултат от това решението също така облагодетелства кредитора, тъй като позволява да се постанови решение по-бързо и с по-малко разходи.

61 Съгласно Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г. субсидиарен критерий на привързване се предвижда само за случаи, в които кредиторът „не може да получи издръжка“ по силата на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, което е основният приложим критерий на привързване. Точното значение на този израз бе предмет на противоречия по време на заседанието на специалната комисия през май 2007 г. Кредиторът очевидно може да се възползва от ползите от субсидиарно прилагане на правото на сезирания съд не само в случаите, в които правото на държавата по неговото или нейното обичайно място на пребиваване не предвижда задължения за издръжка, произтичащи от съответните семейни отношения (например ако не се предвижда задължение на деца спрямо техните родители), но също така и в случаи, когато макар задължението да се признава по принцип, то е обвързано с условие, което не е изпълнено в конкретния случай (например предвижда се, че задължението на родителите спрямо техните деца се прекратява, когато децата навършат 18 години, а в конкретния случай кредиторът е навършил тази възраст)³². Остава предмет на обсъждане въпросът дали субсидиарното прилагане на правото на сезирания съд следва да се прилага и когато не се предвижда издръжка съгласно правото на държавата по обичайното място на пребиваване поради икономически причини, тоест въз основа на критериите, посочени в това право за определяне на нуждите на кредитора и/или финансовите възможности на длъжника (т.е. ако съгласно правото на държавата по обичайното място на пребиваване кредиторът не може да изисква издръжка или длъжникът не е в състояние да му предостави такава). От строго теоретична гледна точка е трудно да се направи разграничение между тази ситуации и горепосочените ситуации, тъй като това също е случай, в който се отказва предоставянето на издръжка въз основа на липса на изискване, определено в основно приложимото право. Според повечето делегации обаче *favor creditoris* (и субсидиарният критерий на привързване, който

представлява изразяването на този принцип като норма) следва да не се прилага в последния случай.

62 Във всеки случай позоваване на субсидиарния критерий на привързване се изключва, когато правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора предвижда задължение за издръжка в по-малък размер от правото на сезирания съд. В този случай ще се прилага правото, определено съгласно член 3, дори ако то на практика е по-малко благоприятно за кредитора от правото на сезирания съд.

63 В случаите, в които е приложим, субсидиарният критерий на привързване с правото на сезирания съд очевидно е от полза само когато се започне производство за издръжка в държава, различна от държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, тъй като в противен случай правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора и правото на сезирания съд са едни и същи. В допълнение към това приложното поле на член 4, параграф 2 съответно се ограничава от разпоредбата на член 4, параграф 3 от протокола. Съгласно последната правото на сезирания съд е основно приложимо във всеки случай, ако производството се започне от кредитора в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника (вж. по-долу точки 64 и следващите). В резултат от това субсидиарното прилагане на правото на сезирания съд съгласно член 4, параграф 2 може да бъде обмислено като вариант само ако производството се започне от длъжника (например в случай, в който последният завежда дело пред компетентния орган в държавата по своето обичайно място на пребиваване, при условие че сезираният съд е компетентен да разгледа делото³³; в такъв случай кредиторът може да се позове на правото на сезирания съд в своя защита) или ако сезираният орган е орган в държава, в която не пребивава нито една от страните (ако например искът за издръжка се предяви като допълнителен иск пред съда, който е компетентен да определи сватовство или разтрогване на брак).

³² Вж. доклада Verwilghen (цитиран по-горе, бележка под линия 14), точка 145.

³³ Това обикновено няма да бъде така в държави – страни по конвенцията, когато длъжникът завежда дело за освобождаване от задължение за издръжка след постановено преди това решение в договарящата държава, в която обичайно пребивава кредиторът. Съгласно член 18, параграф 1 от конвенцията и при зачитане на определени изключения „[к]огато решението е постановено в договарящата държава, в която обичайно пребивава кредиторът, длъжникът не може да започне производство за изменение на решението или за постановяване на ново решение в друга договаряща държава, докато обичайното местопребиваване на кредитора е в държавата, в която е постановено решението“.

в *Промяна в критериите на привързване, в случай че кредиторът започне производство в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника*

Параграф 3 – Независимо от член 3, ако кредиторът е сезирал компетентния орган на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, се прилага правото на сезирания съд. Ако обаче по силата на това право кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора.

64 Член 4, параграф 3 предвижда, че правото на сезирания съд се прилага като основен критерий, ако кредиторът сезира компетентния орган на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника. В този случай обаче, ако кредиторът по издръжката не може да получи издръжка съгласно правото на сезирания съд, правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора отново става приложимо на субсидиарна основа. Това представлява значима промяна в критериите на привързване, предвидена съгласно член 3 и член 4, параграф 2 (правото на сезирания съд пред правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора). Тази разпоредба е резултат от компромис между поддръжниците на недиференцирано прилагане на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора и поддръжниците на правото на сезирания съд.

i *Основен критерий на привързване с правото на сезирания съд*

65 Прилагането на правото на сезирания съд подлежи на две условия: първо, сезираният орган трябва да бъде орган на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника и второ, производството трябва да бъде започнато от кредитора.

66 Първото условие представлява обосновка на прилагането на правото на сезирания съд вместо правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора. Трябва да се отбележи, че когато производството за издръжка бъде започнато в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, критерият на привързване с обичайното място на пребиваване на кредитора губи някои от своите предимства. В такъв случай този критерий не води до прилагане на *lex fori* и следователно сезираният орган ще трябва да определи същността на чуждо право, а това може да бъде продължително и скъпо начинание. В допълнение към това въпросното чуждо право ще трябва да се прилага дори ако в конкретния случай е *по-малко благоприятно* за кредитора от правото на сезирания съд (като единственото изключение, предвидено в член 4, параграф 2, е ситуацията, в която кредиторът *няма право на издръжка* съгласно правото на държавата по своето обичайно място на пребиваване, вж. по-горе точка 62). В тази ситуация прилагането на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора води до резултат, който е в разрез с

желанието за защита на кредитора, което е в основата на разпоредбата. В съответствие с това изглежда подходящо този критерий на привързване да се замени с прилагане на правото на сезирания съд, което в този случай ще бъде също така правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника (следва да се отбележи, че съгласно други международни инструменти правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника е приложимо в определени случаи, това е валидно поспециално за конвенцията от Монтевидео от 1989 г., член 6 от която предвижда прилагане на това право като алтернатива на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, ако то е по-благоприятно за кредитора по издръжката).

67 Второто условие за прилагането на правото на сезирания съд е, че производството трябва да бъде започнато от кредитора; това условие е предвидено да ограничи отклоняването от принципа на привързване с правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора в негов интерес. Изглежда това отклонение би могло да бъде обосновано, ако самият кредитор реши да започне производство в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, докато то изглежда прекомерно, ако производството започне в тази държава по инициатива на длъжника (например с цел да се измени решение за издръжка). Кредиторът често има възможност да започне производство в държавата, в която пребивава, или държавата, в която пребивава длъжникът (такъв е случаят по-специално в рамките на европейското съдебно пространство по силата на член 2 и член 5, параграф 2 от Регламент (ЕО) № 44/2001 от 22 декември 2000 г. и конвенцията от Лугано от 1988 г.; член 8 от конвенцията от Монтевидео от 1989 г. предвижда подобна възможност, вж. по-горе точка 39). Ако кредиторът избере втората възможност, той не може да обжалва прилагането на националното право на държавата на длъжника. Предвид това, приетото решение представлява вид компромис между поддръжниците на автоматичното прилагане на правото на сезирания съд и тези, които предпочитат то да бъде обвързано с предпочитане от страна на кредитора³⁴. Освен това следва да се отбележи, че ако производството бъде започнато от кредитора, компетентността на органите на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника ще бъде категорично обоснована (тъй като ще се основава на принципа *actor sequitur forum rei*), което осигурява по-добра обосновка за прилагане на правото на сезирания съд. Ако от друга страна производството бъде започнато от длъжника в неговата държава по обичайно място на пребиваване, компетентността на органите на тази държава (ако те са компетентни съгласно правото на сезирания съд) може да се основава на критерий за компетентност, който е много по-малко значим (например гражданството на една от страните) или дори видимо прекомерен (*forum actoris*). Това е допълнителна

³⁴ Вж. доклада на работната група относно приложимото право, предварителен документ № 22 от юни 2006 г. (цитиран по-горе, бележка под линия 6), точки 24 и 25.

причина да се отхвърли прилагането на правото на сезирания съд в този случай.

68 Основното прилагане на правото на сезирания съд се предвижда само за класовете кредитори, посочени в член 4, параграф 1 (деца, кредитори до 21 години и родители). Това ограничаващо решение, което се различава от решението, предложено от РГПП в работния проект от 2006 г.³⁵, се дължи най-вече на следната причина. Изглежда прилагането на правото на сезирания съд по отношение на условията, определени във въпросната разпоредба, е от съществена полза за кредитора: като сезира органите на държавата по своето място на пребиваване или тези на държавата, в която пребивава длъжникът, кредиторът получава право да избира непряко приложимото право към неговия иск за издръжка (търсене на най-благоприятна правна система, „fogum shopping“). Според Дипломатическата сесия тази привилегия би била обоснована само за класовете, които се облагодетелстват от разпоредбите на член 4.

69 Що се отнася до задължения за издръжка спрямо деца, прилагането на правото на сезирания съд също така се основава на едно допълнително съображение. Във все по-голям брой държави задачата, свързана с определянето на тези задължения, се поверява на административните органи. Възможно е тези органи да не разполагат с експертните знания или необходимите средства, за да определят и прилагат чуждото право. В съответствие с това прилагането на правото на сезирания съд може да бъде по-подходящо за определени административни системи, когато става въпрос за събиране на издръжка. Това естествено поражда много по-малко опасения във връзка с исковете за издръжка на кредитори – пълнолетни лица, които обикновено се определят от съдебните органи (поне когато не са свързани с искове за издръжка на техните деца).

ii *Субсидиарен критерий на привързване с правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора*

70 Тъй като основното прилагане на правото на сезирания съд се основава на *favor creditoris*, то не може да се прилага, когато би довело до ситуация, в която на кредитора се отказва издръжка. Ето защо член 4, параграф 3 *in fine* предвижда, по подобен начин като член 4, параграф 2, но в обратен ред, субсидиарен критерий на привързване с правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, когато той не може да получи издръжка по силата на правото на сезирания орган. По този начин член 4, параграф 3 просто разменя критериите на привързване, предвидени в общите норми. Значението на израза „не може да получи издръжка“ естествено е същото като в член 4, параграф 2 (вж. по-горе точки 61 и 62).

г *Субсидиарен критерий на привързване с общото гражданство на страните*

Параграф 4 – Когато по силата на правото, определено в член 3 и параграфи 2 и 3 от настоящия член, кредиторът не може да получи издръжка от длъжника, се прилага правото на държавата по общото им гражданство, ако такава е налице.

71 Ако кредиторът не може да получи издръжка, било то съгласно правото на държавата по своето обичайно място на пребиваване или съгласно правото на сезирания съд (приложими в този ред или, в случай на член 4, параграф 3, в обратния ред), като средство от последна инстанция се прилага правото на държавата по общото гражданство. Този втори субсидиарен критерий на привързване допълва защитата на кредитора по издръжката в случаите, в които определените правни системи съгласно първите два критерия не предвиждат задължения за издръжка. Значението на израза „не може да получи издръжка“ естествено е същото като в член 4, параграф 2 (пак там).

72 Критерият на привързване с правото на държавата по общото гражданство на страните се предвижда и в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) (член 5), но в този инструмент то е с предимство пред правото на сезирания съд. Причината за размяната на тези два критерия вече бе обяснена (вж. по-горе точка 60).

73 За разлика от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), субсидиарният критерий на привързване с гражданството на страните (както и с правото на сезирания съд) се предвижда само за класовете кредитори, посочени в член 4, параграф 1. Причините за това ограничение на приложното поле настъпаловидните критерии на привързване вече бяха обяснени (вж. по-горе точка 52).

74 Използването на критерия на привързване с общото гражданство за задълженията за издръжка е било обект на много критики, като основната от тях е, че този критерий е дискриминационен, тъй като от него могат да се възползват само кредитори с общо гражданство с длъжника³⁶. Друга критика е свързана с двусмисленото естество на този критерий на привързване, когато общото гражданство е това на държава, съставена от няколко единици³⁷. Въпреки тези критики няколко делегации настояваха за запазването на този субсидиарен критерий на привързване в протокола, което доведе до консенсус в подкрепа на тази идея. Следва да се отбележи, че той е ограничен само до класовете кредитори, посочени в член 4, параграф 1 (докато съгласно Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) този критерий на привързване е с общо приложно поле) и че той е „понижен“ до *вторичен* субсидиарен

³⁵ Пак там, точки 20 и следващите.

³⁶ В подкрепа на това твърдение вж. доклада Verwilghen (цитиран по-горе, бележка под линия 14), точка 144.

³⁷ Приетото решение в такъв случай в протокола е позоваване на понятието за най-тясна връзка, вж. член 16, параграф 1, букви г) и д); по-долу, точка 193.

критерий на привързване (докато в системата на конвенцията от 1973 г. той беше първият субсидиарен критерий на привързване след обичайното място на пребиваване и преди *lex fori*), което намалява значително неговото практическо въздействие и слабостите му.

75 В случай по-специално на малолетни деца позоваването на този трети критерий на привързване би следва да е доста рядко, тъй като повечето национални закони признават право на издръжка в такива случаи. От друга страна общото гражданство би могло да изпълнява по-значима роля в другите случаи, посочени в член 4, параграф 1, по-специално по отношение на искове за издръжка на пълнолетни деца към техните родители, лица под 21 години към други членове на семейството и родители към техните деца.

76 В протокола не се предвижда вариант за множество гражданства; кредиторът и длъжникът, или и двамата, могат да имат две или повече гражданства. Обичайно използваните методи за решаване на тези случаи в международното частно право на държавите не са подходящи за използване съгласно протокола. Всъщност приоритетът, който някои държави отдават на държавата на сезирания съд, води до резултати, които съвсем не са еднородни. Що се отнася до определянето на най-близкото или най-ефективното гражданство, в това отношение е налице значителна степен на несигурност и също може да се стигне до различни резултати между договарящите страни. *Favor creditoris*, който представлява основата на член 4, параграф 4, би следвало по-скоро да води до прилагане на правото на държавата по общото гражданство във всички случаи, в които то е налице, дори когато гражданството за едната или другата от страните не представлява най-тясната или най-ефективна връзка. Същите съображения би следвало да се прилагат, когато страните имат няколко общи гражданства, в резултат на което искът на кредитора може да бъде приет на основата на една или друга от тези правни системи на държавите по общо гражданство.

Член 5 Специална норма за съпрузи и бивши съпрузи

При задължения за издръжка между съпрузи, бивши съпрузи или лица в брак, чийто брак е унищожен, член 3 не се прилага, ако една от страните възразява и правото на друга държава, по-специално държавата по последното им общо обичайно място на пребиваване, има по-тясна връзка с брака. В такъв случай се прилага правото на тази друга държава.

77 Този член съдържа специална норма за критерия на привързване по отношение на задълженията за издръжка между съпрузи и бивши съпрузи. При тези задължения основният критерий на привързване с обичайното място на пребиваване на кредитора следва, при поискване от една от страните, да доведе до прилагане на правото на друга държава, по-специално държавата по последното общо обичайно

място на пребиваване на съпрузите, ако това право има по-тясна връзка с брака.

а Причина за специалната норма

78 Разпоредбата за специална норма за този клас задължения за издръжка се основава на констатацията, че прилагането на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора невинаги е подходящо при задължения между съпрузи или бивши съпрузи. Следва да се вземе под внимание, че в някои национални системи издръжка се предоставя на съпруг/а само при големи ограничения и в извънредни случаи (в Европа този ограничаващ подход е характерен по-специално за правото на скандинавските държави). В този контекст безразборното прилагане на нормите, които се основават на *favor creditoris*, в някои държави се счита за прекомерно. По-специално възможността единият от съпрузите да повлияе на съществуването и съществеността на задължението за издръжка чрез едностранна промяна на мястото на пребиваване може да доведе до несправедлив резултат, който е в разрез със законните очаквания на длъжника. Нека разгледаме например случай с двойка граждани от държава А, чието право по принцип не предвижда издръжка след развод. След като са прекарвали целия си брачен живот в тази държава, съпрузите се развеждат и единият от тях се премества в държава Б, където правото е по-благосклонно към разведени съпрузи, и след това внася иск за издръжка въз основа на правото на държавата по своето ново обичайно място на пребиваване. В съответствие с общата норма на привързване съгласно член 3, този иск следва да бъде обявен за действителен. При тези обстоятелства обаче прилагането на правото на държава Б, в която съпрузите не са живели по време на своя брак, изглежда несправедливо към другия от съпрузите и в разрез със законовите очаквания, които съпрузите може да са имали по време на своя брак.

79 Слабостта на критерия на привързване с обичайното място на пребиваване на кредитора при задължения за издръжка между разведени съпрузи бе констатирана още при изготвянето на Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). В нея се предвижда специална норма за тази ситуация, съгласно която задълженията за издръжка между разведени съпрузи се уреждат от правото, приложимо за развода (член 8). Същото важи *mutatis mutandis* за случаи на юридическо разделяне и брак, който е анулиран или унищожен (член 8, параграф 2). Това решение се прилага не само когато искът за издръжка се урежда в хода на производството по развод (или към момента на развода), но и към производства, които се откриват на по-късен етап с цел преразглеждане или допълване на решението за развод. Причината, посочена за това *perpetuatio juris*, е изискването да се осигури последователност, като се предотврати възможността промяната на мястото на пребиваване на съпруга/та на кредитора да доведе до промяна на приложимото право.

80 Това решение обаче има няколко слаби страни, които бяха обект на сериозни критики от

договарящите държави по Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). Първо следва да се отбележи, че тъй като стълкновителните норми по отношение на развода не са хармонизирани на международно равнище, член 8 всъщност по никакъв начин не стандартизира приложимото право към задълженията за издръжка. Това право продължава да зависи от международното частно право на държавата на сезирания съд по производството за развод и това решение неизбежно благоприятства търсенето на най-благоприятна правна система. Освен това когато задължението за издръжка между съпрузи трябва да се определи след развода, подборът на критерий на привързване, който да не се променя с течение на времето, може да доведе до прилагане на право, което вече никак не е подходящо с оглед на положението на бившите съпрузи и техните съответни интереси; на практика съдът няма да може да вземе под внимание правото по настоящото място на пребиваване на кредитора или длъжника. Освен това решението за развод може да не съдържа клауза за издръжка; в такъв случай опасенията за последователност, на които се основава член 8, не са толкова уместни. Това е особено вярно, когато съпрузите са се развели в държава, която не предвижда издръжка за разведени съпрузи. В този случай прилагането на правото по развода води до отказ на издръжка, което изглежда необосновано в ситуации, в които това право няма особено тясна връзка с конкретния случай. На последно място прилагането на правото по развода може да доведе до практически затруднения, тъй като в решението може да е трудно да се открие информация въз основа на кое право е било постановено решението. Всички тези съображения важат в същата степен *mutatis mutandis* за случаи на юридическо разделяне, унищожаване или анулиране на брак.

81 В опита да постигне баланс между загрижеността да се осигури защита на кредитора и да се прилага правото на държавата, с която бракът е тясно свързан, специалната комисия първоначално реши да използва критерия на привързване с последното общо обичайно място на пребиваване на съпрузите или бившите съпрузи. При определени обстоятелства този критерий вероятно представлява по-значима връзка от обичайното място на пребиваване само на кредитора по издръжката и съответно е с по-висока степен на законност³⁸. Това обаче невинаги е така. Ако последното общо обичайно място на пребиваване е било в държава А, където съпрузите са се установили наскоро след като няколко години са живели в държава Б, и след раздялата кредиторът се връща в държава Б, връзката с обичайното място на пребиваване на кредитора (което в този случай е и държавата по предишно общо обичайно място на пребиваване) е по-подходяща от гледна точка на очакванията на страните. При други обстоятелства друга връзка може да бъде още по-значима, например предишно общо обичайно място на пребиваване или общото гражданство на страните.

³⁸ Вж. описаната по-горе ситуация, точка 78.

82 Предвид специфичните характеристики на всеки отделен случай и трудностите при определянето на една строга и всеобхватна норма на привързване, Дипломатическата сесия реши да приложи гъвкаво решение. Привързването с обичайното място на пребиваване на кредитора, предвидена съгласно член 3, продължава принципно да бъде приложимо към задължения за издръжка между съпрузи и бивши съпрузи. То обаче може да не се използва по искане на една от страните, ако бракът има по-тесни връзки с друга държава, по-специално държавата по последното общо обичайно място на пребиваване. Това решение се основава на предложение от делегацията на Европейската общност³⁹.

б Прилагане на клаузата за дерогация

і Искане от една от страните

83 Новата норма е под формата на клауза за дерогация въз основа на идеята за близост (най-тесните връзки), чието прилагане обаче е само по искане от една от страните. Това е оригинално решение, което не отговаря на структурата на „традиционните“ клаузи за дерогация, съдържащи се в няколко текста от международното частно право на национално равнище⁴⁰ и на международно или регионално равнище⁴¹, включително някои Хагски конвенции⁴². Тези разпоредби позволяват на съда да се отклони от строгите критерии на привързване, когато това се налага поради причини, свързани с близост, но те обикновено не са обвързани с искане от една от страните. Предимството на решението, съдържащо се в протокола, е, че така се намалява присъщата несигурност на всяка клауза за дерогация чрез ограничаване на търсенето на най-тесните връзки само до онези случаи, в които една от страните отправи такова искане. Следва да се отбележи, че когато се отправи такова искане, задачата на органа обикновено се улеснява от информацията, предоставена от отправящата искането страна.

84 В протокола не се посочва кога следва да се отправи искането, но от обсъжданията изглежда, че то следва да се отправи в хода на специфични производства, включително процедура за алтернативно уреждане на спор като медиация⁴³. Окончателният краен срок за отправяне на това искане ще зависи от процедурните правила, приложими във всяка договаряща държава, тъй като по предложението от делегацията на Швейцария, насочено към установяване на една обща норма в това

³⁹ Работен документ № 4.

⁴⁰ Вж. член 15 от Федералния акт на Швейцария от 18 декември 1987 г. относно международното частно право.

⁴¹ Вж. член 4, параграф 5 от *Римската конвенция от 19 юни 1980 г. за приложимото право към договорните задължения* и член 4, параграф 3 от Регламент (ЕО) № 593/2008 на Европейския парламент и на Съвета от 17 юни 2008 г. относно приложимото право към договорни задължения (Рим I).

⁴² Вж. член 15, параграф 2 от *Хагската конвенция от 19 октомври 1996 г. за компетентността, приложимото право, признаването, изпълнението и сътрудничеството във връзка с родителската отговорност и мерките за закрила на децата*.

⁴³ Протокол № 1, точки 25 – 29, протокол № 3, точка 21.

отношение⁴⁴, не бе постигнат необходимият консенсус⁴⁵. С оглед да се предотвратят ситуации, в които по-специално длъжникът използва искането, за да забави процеса, желателно е такова искане да не може да се отправя, когато производството е в твърде напреднал етап. Следователно следва да се изключи вариантът искането да се подава за първи път при окончателното разглеждане по същество или при процедурата по обжалване. Един възможен подход може да бъде изискване искането да се отправи най-късно по време на първото защитно действие по същество, но могат да се проучат и други варианти.

ii По-тесни връзки

85 Възражението от една от страни не води автоматично до отхвърляне на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, определено съгласно член 3. В допълнение към него е необходимо по преценка на сезирания орган правото, чието прилагане се изисква, да има по-тесни връзки с брака. В съответствие с това принципът на близост действително представлява основата за тази норма. Това означава, че когато получи такова искане, съдът ще определи дали бракът има по-тесни връзки с право, различно от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора. В своята преценка той следва да отчете всички връзки на брака със съответните държави, например обичайното място на пребиваване и/или местожителство на съпрузите по време на брака, тяхното гражданство, мястото, където е сключен бракът, и мястото на юридическото разделяне или развод. В допълнение към това той ще трябва да ги оцени, за да определи каква е тяхната значимост спрямо настоящото обичайно място на пребиваване на кредитора по издръжката.

86 Измежду тези критерии член 5 отдава приоритетна роля на последното общо обичайно място на пребиваване на съпрузите. Това не е действителна презумпция както в другите инструменти⁴⁶, а просто указание⁴⁷, което отразява становището на Дипломатическата сесия, че в много случаи правото на държавата по последното общо обичайно място на пребиваване има наистина значима връзка с брака. Следва да се отбележи, че изразът „общо обичайно място на пребиваване“ не означава, че съпрузите трябва да са живели заедно, а че са пребивавали по едно и също време в една и съща държава по време на брака. От друга страна общото обичайно място на пребиваване преди сключването на брака не отговаря на случая, предвиден в член 5, макар че нищо не би попречило да бъде взето под внимание, подобно на всеки друг критерий на привързване, когато се определя съществуването на по-тесни връзки.

87 Настоящото общо обичайно място на пребиваване на съпрузите не е посочено в член 5

поради простата причина, че то съвпада с обичайното място на пребиваване на кредитора и поради това не води до изключение от критерия на привързване съгласно член 3. Това не означава, че настоящото общо обичайно място на пребиваване на съпрузите в същата държава не изпълнява никаква роля при прилагането на член 5. Напротив, фактът, че двамата съпрузи пребивават в една и съща държава към момента на отправяне на искането, ще затрудни отхвърлянето на член 3 (макар че на теория ще е възможно) на основание, че правото на друга държава (например на държавата по по-ранно общо обичайно място на пребиваване) има по-тясна връзка с брака.

88 Макар че се предвижда критерият за последното общо обичайно място на пребиваване да изпълнява водеща роля съгласно член 5, другите критерии също могат да бъдат значими за прилагането на този член. Такъв е случаят с предишното общо обичайно място на пребиваване на съпрузите, което при определени обстоятелства може да представлява много тясна връзка. Ако съпрузите са живели дълги години в държава А и след това са живели за кратко в държава Б преди кредиторът да се премести в държава В, няма тясна връзка с държава Б, която представлява последното общо обичайно място на пребиваване на съпрузите, но има връзка с държава А, която представлява предишното общо обичайно място на пребиваване.

89 Теоретично могат да се вземат предвид и други критерии, например общото гражданство на съпрузите или мястото, където е отпразнуван бракът, но те изглежда са от вторично значение. Със сигурност те могат да увеличат значимостта, която се придава на обичайното място на пребиваване (настоящо или предишно) на съпрузите (то ще бъде счетено за по-значимо например ако съвпада с общото гражданство на съпрузите). Ако бъдат разгледани поотделно, те ще бъдат значими само в извънредни случаи (например съпрузите никога не са имали обичайно място на пребиваване в една и съща държава или са се местили много често по време на своя брак).

в Приложно поле на член 5

90 Следва да се отбележи, че приложното поле на член 5 е широкообхватно, тъй като се обхващат както съпрузи, така и бивши съпрузи. За разлика от член 8 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) тази разпоредба от протокола е замислена да се прилага не само към задължения между разведени или разделени съпрузи или съпрузи, чийто брак е унищожен или анулиран, но и към задължения за издръжка между съпрузи по време на брака. Специалната комисия счете, че е за предпочитане да се въведе единна норма на привързване по отношение на задълженията по време на брака и след развода (или разделянето), за да се избегне промяна на приложимото право в резултат на развода (или *a fortiori* в резултат просто на юридическо разделяне). Освен това този избор е оправдан, дотолкова доколкото критерият на привързване, приет като пример в тази разпоредба –

⁴⁴ Работен документ № 9.

⁴⁵ Протокол № 4, точки 74 и следващите.

⁴⁶ Вж. член 4, параграф 2 от Римската конвенция от 19 юни 1980 г.

⁴⁷ Вж. работен документ № 2.

последното общо обичайно място на пребиваване – е дори с по-голяма тежест при задължения между съпрузите по време на брака.

91 Подобно на член 8 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) специалната норма в член 5 също се прилага към лица в брак, чийто брак е унищожен. Такъв е случаят при предполагаемите бракове, при които законът понякога признава права на издръжка в полза на един от съпрузите. Макар че за разлика от член 8 от конвенцията от 1973 г. в член 5 не се посочва ситуация с брак, който е бил унищожен, тази липса не е умишлена и следва да се посочи, че тези случаи също са обхванати от разпоредбата.

92 Въпреки предложенията в тази връзка, отправени от някои делегации⁴⁸, в член 5 не се посочват видове съюзи, подобни на брак, например някои форми на регистрирано партньорство, които имат сродни на брак последици по отношение на задълженията за издръжка. Въпреки липсата на такъв текст в инструмента Дипломатическата сесия прие, че държавите, които признават такива съюзи в своите правни системи или желаят да ги признаят, могат да ги обвържат с нормата в член 5⁴⁹. Това решение ще позволи на органите на тези държави да избегнат различното третиране на съюзи, които съгласно тяхното национално право са равностойни на брак. Това важи най-вече за бракове между лица от същия пол, които се признават в някои държави.

93 Това решение е незадължително, в смисъл че не обвързва държавите, които не признават такива връзки. Вече посочихме решенията, които могат да бъдат проучени за такива държави (вж. по-горе точка 31). Освен това следва да се изтъкне, че ако правото, определено съгласно протокола, предвижда задължения за издръжка в полза на регистриран партньор или партньор от същия пол, съдът или органът в държавата, която не признава ефекта от такава връзка (включително във връзка с издръжка), би могъл да отхвърли прилагането на чуждото право, дотолкова доколкото неговият ефект противоречи изрично на обществения ред на сезирания съд (вж. член 13).

94 На последно място следва да се посочи, че задължения за издръжка, които възникват от посочените в член 5 връзки, се изключват изрично от приложното поле на член 4 (вж. точка 1, буква б). От тук следва, че задълженията между съпрузи или бивши съпрузи не се ползват от стъпаловидната система от критерии на привързване или от промяната на критериите на привързване въз основа на тази разпоредба. При липсата на избор на приложимо право (вж. членове 7 и 8) те се уреждат или от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора съгласно член 3, или от правото, определено съгласно член 5. Правото на сезирания съд и правото на държавата по общото гражданство могат да бъдат взети под внимание само

в случай че са по-тясно свързани с брака по смисъла на член 5.

Член 6 Специална норма относно защитата

При задължения за издръжка, различни от задълженията към деца, произтичащи от отношението родител – дете и от посочените в член 5 задължения, длъжникът може да оспори иска на кредитора на основание, че такова задължение не съществува за него нито по правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, нито по правото на държавата по общото гражданство на страните, ако такова е налице.

95 Що се отнася до задължения за издръжка, различни от задължения към деца, произтичащи от отношението родител – дете, и от тези между съпрузи или бивши съпрузи (член 5), член 6 предвижда, че длъжникът може да оспори иск на кредитора на основание, че такова задължение не съществува за него нито по правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, нито по правото на държавата по общото гражданство на страните, ако такова е налице.

96 Идеята за тази защита произтича от решението, предвидено в член 7 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), съгласно което между страни, свързани чрез родство по непряка линия или сватовство, длъжникът може да оспори иск за издръжка на основание, че такова задължение за издръжка не съществува за него съгласно правото на държавата по общото гражданство или, при липса на общо гражданство, съгласно националното право на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника.

а Приложно поле на член 6

97 За разлика от член 7 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), правото в протокола се прилага не само към отношения между страни, свързани чрез родство по непряка линия или сватовство, но и към задължения за издръжка, различни от задължения към деца, произтичащи от отношението родител – дете, или от тези между съпрузи или бивши съпрузи.

98 Решението за разширяване на приложното поле бе взето поради няколко причини. На първо място следва да се посочи, че липсваше международен консенсус относно желанието да се предостави издръжка въз основа на семейните отношения, на които се позовава тази норма, и от това произтичат опасенията на някои страни дали ще могат да ограничат въздействието на тази разпоредба. Съгласно Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) това желание бе взето под внимание в разпоредбата с няколко резерви, които позволяват да се ограничи материалният обхват на конвенцията (срв. членове 13 и 14 от нея). С оглед да се избегне възможността за резерви по протокола (срв. член 27), бе преценено, че е по-добре да се вземе под внимание нежеланието на някои държави във

⁴⁸ Вж. работни документи № 8 и № 15; протокол № 5, точки 84 и следващите; протокол № 6, точки 56 и следващите.

⁴⁹ Протокол № 6, точки 59 и следващите.

връзка със задълженията за издръжка въз основа на горепосочените семейни отношения на по-ранен етап, като се осигурят по-ограничаващи норми на привързване в тези случаи.

99 В някои случаи може да се използва член 6, за да се отхвърли иск за издръжка въз основа на правото, определено съгласно член 3 (право на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора). Такъв е случаят, когато е налице задължение за издръжка спрямо пълнолетно лице въз основа на:

– родство по пряка линия, различно от отношението родител – дете (например задължение на внук към баба или дядо или обратното);

– родство по непряка линия (например задължение към брат или сестра);

– сватовство (например задължение към децата на съпруга/та).

В такива случаи съгласно член 3 приложимото право към задължението за издръжка е правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора. Ако в това право се предвижда задължение за издръжка, длъжникът може да го оспори, като използва защитата по член 6.

100 В други случаи защитата по член 6 може да се използва срещу иск за издръжка въз основа на правото, определено съгласно член 3 или член 4. Такъв е случаят, когато е налице задължение за издръжка:

– на дете спрямо негов родител;

– на което и да е лице, различно от родителите и съпруга/та, спрямо лице, ненавършило 21 години (например задължение на страна, свързана чрез родство по непряка линия или сватовство).

И в двата случая специалните права съответно по членове 4 и 6 ще се прилагат едновременно, като в резултат на това иск за издръжка съгласно едно от правата, определено от стъпаловидните критерии на привързване по член 4, може да бъде отхвърлено, ако не съществува съгласно правата, определени съгласно член 6. Това едновременно прилагане на стъпаловидната система и на защитата не само е доста сложно, но е незадоволително и от строго логическа гледна точка: изглежда непоследователно кредиторът едновременно да се облагодетелства чрез субсидиарни критерии на привързване и да се защитава длъжника чрез кумулативни критерии на привързване. Разбира се, това е компромисно решение. Следва обаче да се подчертае, че тази система не е изцяло нова, тъй като тя отговаря на системата, приложима понастоящем съгласно Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), макар и само за лица, свързани чрез родство по непряка линия или сватовство⁵⁰.

⁵⁰ Доклад Verwilghen (цитиран по-горе, бележка под линия 14), точка 149.

101 Защитата по член 6 не може да се използва, за да се оспори задължение за издръжка между съпрузи или бивши съпрузи, тъй като текстът на разпоредбата изрично изключва този случай. Макар че задълженията за издръжка, произтичащи от брак, не са обхванати от единодушно съгласие в сферата на сравнителното право, те все пак се възприемат в много по-широка степен от задълженията, произтичащи от другите семейни отношения, посочени в член 6. В съответствие с това решението в член 5, което вече е по-малко благоприятно за кредитора в сравнение с решенията в членове 3 и 4, не трябва се прави по-строго чрез допускането на възможност за защита.

102 Задълженията за издръжка, произтичащи от семейни отношения, например някои форми на партньорство, представляват особен случай. В държавите, които признават или желаят да признаят такива съюзи в своето национално законодателство, тези отношения могат да се третираат по същия начин като брак, т.е. произтичащите задължения за издръжка ще се уреждат от член 5 и съответно няма да бъдат обхванати от член 6. Положението в държави, които отказват това приравняване, ще бъде различно; в тези държави длъжникът ще може да отхвърли тези задължения, като използва защитата по член 6. Макар че това не е посочено изрично в текста на протокола, това решение с „двоен стандарт“ бе прието на заседанието на Дипломатическата сесия (вж. по-горе точки 92 и следващите).

б Предвиденият в член 6 механизъм

103 Нормата в член 6 не съдържа норма на привързване, а е просто средство за защита, което може да се използва за отхвърляне на иск за издръжка, дори ако задължението е предвидено в приложимото право, определено в членове 3 или 4.

104 Следователно предвиденият в член 6 механизъм действа по следния начин. Първо органът определя приложимото право към задължението за издръжка въз основа на член 3 или член 4. Ако правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора или правото на сезирания съд, определено съгласно една от тези разпоредби, предвижда задължение за издръжка, длъжникът може да оспори иска на кредитора на основание, че такова задължение не съществува за него по правото на държавата по неговото обичайно място на пребиваване. Това ще бъде достатъчно за отхвърляне на иска, ако страните нямат общо гражданство. Ако например племенникът на длъжника, гражданин и жител на държавата А, внесе въз основа на правото на тази държава иск за издръжка срещу своя чичо, който е жител на държавата Б и гражданин на държавата В, последният ще може да отхвърли иска за задължение на основание, че правото на държавата Б не признава задължения за издръжка между лица, които са свързани с родство по непряка линия. В този случай гражданството на страните няма значение.

105 От друга страна, ако страните имат общо гражданство, защитата може да бъде използвана ефективно само ако въпросното задължение за издръжка не се предвижда нито съгласно правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, нито съгласно правото на държавата по общото гражданство. В последния случай, за да бъде ефективна, защитата трябва да се основава кумулативно и на двете посочени права. Като се използва същият пример, ако племенникът на длъжника също беше гражданин на държавата В, неговият чичо би могъл да оспори иска само ако задължението, предвидено съгласно правото на държавата А, не се признава от правото нито на държавата Б, нито на държавата В. Вземането предвид на общото гражданство е обосновано от съображението, че ако страните имат общо гражданство и правото на държавата по общото им гражданство предвижда въпросното задължение, изглежда несправедливо да се позволи на длъжника да го избегне единствено на основание, че това задължение не се признава в държавата по обичайното му място на пребиваване. Това решение по-специално позволява да се избегнат евентуални злоупотреби. Например, ако баща внесе иск за издръжка срещу своя син въз основа на правото на държавата по неговото обичайно място на пребиваване, което е и правото на държавата по тяхното общо гражданство, изглежда несправедливо длъжникът да може да избегне това задължение, като прехвърли своето обичайно място на пребиваване в държава, чието право не признава такова задължение.

106 В член 6 (както и в член 4, параграф 4) не се посочва дали или при какви условия следва да се взема под внимание общото гражданство, когато една от страните има и други гражданства. В такъв случай желанието за еднородно тълкуване на протокола води до отхвърляне на подход въз основа на предимството на гражданството в държавата на сезирания съд, което се използва в общоприложимото право на много държави. В допълнение към това определянето на най-близкото или най-ефективното гражданство, друго много често използвано решение в сравнителното право, невинаги се извършва лесно и също може да доведе до нееднородни тълкувания на протокола. Поради тези причини и в духа на това, което предложихме за член 4, параграф 4 (вж. по-горе точка 76), изглежда за предпочитане общото гражданство да се взема под внимание във всеки случай, дори когато не е най-ефективното решение за една от страните. Това решение е по-благоприятно за кредитора по издръжката, тъй като затруднява използването на защитата по член 6. Съответно това е решение, което отговаря на общата идея на протокола (*favor creditoris*) и на характеристиката на извънредната норма, посочена в член 6.

107 В член 6 също така не се посочва кое решение следва да се прилага, когато страните имат няколко общи гражданства. Предвид телеологичните и систематичните аргументи, които посочихме по-горе, най-подходящото решение е да се вземат предвид всички правни системи по общи гражданства и

защитата на длъжника да се приема само ако в нито едно от тях не се предвижда задължение за защита (пак там).

108 Следва да се отбележи, че защитата е допустима само ако такова задължение „не съществува“ съгласно правата, посочени в член 6. Този израз следва да се тълкува по същия начин като израза „кредиторът не може да получи издръжка“, както се използва в член 4, параграфи 2 – 4 (срв. по-горе, точки 61 и 62); в съответствие с трябва да не се предвижда задължение или законоустановените условия, на които подлежи, да не са изпълнени. Ако от друга страна в правото на държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника и, ако е приложимо, правото на държавата по общото гражданство се предвижда задължение в по-малък размер от сумата, предвидена съгласно приложимото право, този факт не е достатъчен, за да се оспори искът или да се поиска намаляване на дължимата от кредитора издръжка.

Членове 7 и 8 Избор на приложимо право

109 Разпоредбите на членове 7 и 8 позволяват на страните да изберат приложимото право към задължението за издръжка при определени условия и с различни последици. Въвеждането на автономност на страните е една от основните новости, въведени с протокола, в сравнение с Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г. Това решение отговаря на добре изразена тенденция в международен план към признаване на свободата да се избира приложимото право, дори в области, в които това решение традиционно се изключваше като възможност.

110 Макар че правото на автономност на страните по отношение на задълженията за издръжка е новост за повечето държави членки от гледна точка на стълкновителните норми, същото не може да се каже за нормите за конфликт на юрисдикции: възможността да се сключват споразумения, свързани с компетентността, вече се признава в няколко международни инструмента. Такъв по-специално е случаят в европейското съдебно пространство съгласно член 23 от Регламент (ЕО) № 44/2001 от 22 декември 2000 г. и член 17 от Конвенцията от Лугано от 1988 г. В конвенцията също така се признава законността на разширяването на компетентността, като се предвижда, че държавите са длъжни да признават и изпълняват решения, постановени в една договаряща държава от сезирания съд, определен от страните, освен когато става въпрос за задължения за издръжка спрямо дете⁵¹. В този контекст възможността за избор на приложимо право въвежда повторно определена последователност между приетите решения по отношение на стълкновителните норми и нормите за конфликт на юрисдикции.

111 Изборът на право подлежи на няколко ограничения, чиято цел е да защитят страните (и по-специално кредитора по издръжката) от евентуални злоупотреби. Рискът от злоупотреби е по-сериозен,

⁵¹ Срв. член 20, параграф 1, буква д) от конвенцията; доклад Borrás – Degeling, точка 455.

когато този избор се прави преди възникването на спор. Ето защо системата на протокола включва два варианта за автономност на страните в две отделни разпоредби: член 7 урежда избора на приложимо право за целите на конкретно производство (процедурно споразумение), докато член 8 позволява избор по всяко време, но при по-ограничена основа.

Член 7 *Определяне на приложимото право за целите на конкретно производство*

112 Тази разпоредба позволява на страните изрично да определят правото на сезирания съд като приложимото право към задължение за издръжка за целите на конкретно производство. Това представлява процедурно споразумение относно приложимото право във връзка с националното право на сезирания орган и последиците от него са ограничени до конкретно производство.

Параграф 1 – Независимо от членове 3 – 6, кредиторът и длъжникът по вземания, произтичащи от задължения за издръжка, могат, единствено за целите на конкретно производство в дадена държава, изрично да определят правото на тази държава като приложимо към задължението за издръжка.

а Приложно поле на член 7

113 Изборът на приложимо право, предвиден съгласно тази разпоредба, следва да изпълнява важна роля, особено в отношенията между пълнолетни лица. По-специално в случай на юридическо разделяне или развод съпрузите ще имат възможност да обвържат исковете за издръжка с националното право на сезирания орган, което със сигурност ще улесни производството.

114 Предвижда се обаче и възможност за избор по отношение на задълженията за издръжка спрямо деца. Изглежда възможните рискове, свързани с въвеждането на автономност на страните, се компенсират напълно от ползите от гледна точка на опростеност поради прилагането на правото на сезирания съд. Предвид специалната норма по член 4, параграф 3, съгласно която задълженията за издръжка на родители към техните деца и тези на което и да е друго лице спрямо лица, ненавършили 21 години, във всеки случай се уреждат от правото на сезирания съд, когато искът се заведе от кредитора в държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника, въздействието от избора на приложимо право върху задълженията за издръжка спрямо деца ще остане доста ограничено. Независимо от това член 7 може да бъде от полза, когато искът се завежда от длъжника пред органите на държавата по неговото обичайно място на пребиваване или органите на държава, различна от държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, при условие че сезираният орган може да се произнесе по спора⁵².

б Избор, който се прави за целите на конкретно производство

115 Следва да се подчертае, че изборът, предвиден съгласно член 7, се прави за целите на конкретно производство; в съответствие с това се приема, че кредиторът по издръжката или длъжникът вече е завел или скоро ще заведе иск за издръжка пред конкретен орган. Към момента, в който се прави този избор, страните ще имат възможност да получат информация (или понякога ще бъдат информирани от сезирания орган) за съществуването и естеството на издръжката, която се предвижда съгласно правото на сезирания съд. Съответно рискът от злоупотреби е малък.

116 Изборът на страните съгласно член 7 поражда последици за конкретното производство за целите, за които се прави изборът. От друга страна, ако впоследствие се подаде следващ иск или молба за изменение пред същия орган или органа на друга държава, направеният преди това избор на право вече няма да оказва ефект и приложимото право ще трябва да се определи в съответствие с обективните връзки. Това ограничаване на последиците от избора е обосновано, тъй като избраното право е правото на сезирания съд.

117 Следва обаче да се отбележи, че по отношение на задължения за издръжка спрямо лице, навършило 18 години, кредиторът и длъжникът също така могат да изберат приложимото право съгласно член 8. Този избор е по-широк от избора, предвиден в член 7. Първо, той не е ограничен до правото на сезирания съд, а е свързан с избрани права, посочени в първия параграф на тази разпоредба (вж. по-долу точка 129). Второ, изборът съгласно член 8 не се прави за целите на конкретно производство; съответно последиците от него не са ограничени до едно производство, което кредиторът е започнал или ще започне, а продължават да са налице и в бъдеще, при условие че изборът не бъде отменен или изменен от страните (вж. по-долу точка 124). Този избор може да бъде направен „по всяко време“, както е посочено в член 8. Ако пълнолетни лица изберат приложимо право по време на производството или непосредствено преди неговото започване, ще възникне въпросът дали този избор подлежи на член 7 или член 8. Този въпрос не е само академичен, тъй като последиците от избора измежду двете разпоредби са различни. Отговорът е лесен, ако избраното право не е правото на сезирания съд; в този случай допустимостта и последиците от избора могат да се определят само съгласно член 8. От друга страна, възникват съмнения, ако избраното право е правото на сезирания орган. Ако правото на сезирания съд не отговаря на нито една от избраните правни системи, изброени в член 8, параграф 1 (национално право на една от страните, право на държавата по обичайното място на пребиваване на една от страните и др.; вж. по-долу точка 129), става въпрос за избор, който се урежда от член 7, чието действие съответно е ограничен до конкретното производство: ако в този случай се прилага член 8, изборът няма да бъде признат за действителен. От друга страна, ако правото на сезирания съд отговаря

⁵² Вж. по-горе бележка под линия 33.

на една от правните системи, посочени в член 8, параграф 1, както често се получава, отговорът ще зависи от тълкуването на намерението на страните.

118 Въпросът за координацията на членове 7 и 8 не възниква, когато задължението за издръжка касае лице, ненавършило 18 години, или пълнолетно лице, което поради нарушени или недостатъчни лични способности не е в състояние да защитава собствения си интерес, като в тези случаи не се допуска избор по член 8 (член 8, параграф 3). В съответствие с това страните могат да изберат правото на сезирания съд за целите на конкретно производство само при условията и съгласно действието на член 7.

в *Начин на избиране*

Параграф 2 – Определянето, извършено преди образуването на такова производство, се прави в споразумение, подписано от двете страни в писмена форма или записано на такъв носител, че съдържанието да е достъпно за ползване с оглед последващо позоваване.

119 Тъй като изборът на приложимо право съгласно член 7, параграф 1 може да бъде направен преди образуването на производство, член 7, параграф 2 включва някои подробности по отношение на формата, като предвижда, че в такъв случай определянето на приложимото право се определя в споразумение в писмена форма или записано на носител, като записаната в него информация е достъпна, така че да може да се използва за последващо позоваване. Първо, изглежда е от съществено значение да може лесно да се докаже съществуването на споразумението, като се избегнат всякакви спорове, и второ, вниманието на страните следва да бъде насочено към важните последици от избора на приложимо право по отношение на съществуването и степента на задължението за издръжка. Според делегатите в Дипломатическата сесия тази разпоредба съдържа само минимални формални изисквания по отношение на споразумението; държавите могат да въведат други изисквания, например с оглед да гарантират, че страните дават доброволно съгласието си и че са информирани в достатъчна степен (например прибягване до правна консултация преди подписването на споразумението).

120 На последно място, следва да се отбележи, че ако изборът, предвиден съгласно член 7, бъде направен преди образуване на производството, той ще бъде действителен само дотолкова доколкото страните са посочили правото, което възнамеряват да определят, или поне органа, пред който възнамеряват да образуват производството. Ако впоследствие не бъде внесен иск пред органите на държавата, чието право е било избрано, изборът ще остане недействителен (освен ако отговаря на изискванията на член 8). За разлика от това не е достатъчно страните да определят „правото на сезирания съд“ в общ смисъл, тъй като „сезираният съд“ няма да е определен до момента, в който даден орган бъде сезиран. Такъв избор, направен „на сяпо“, не дава гаранции, че

страните са били информирани и осъзнават предмета на своя избор.

121 След обсъждане на този въпрос в крайна сметка бе взето решение да не се включва краен срок между момента на избора и момента на образуване на производството. На практика, ако бъде заведен иск в държавата, чието право е било избрано, логично е да се очаква този избор да доведе до съответните последици, дори ако е изминало дълго време между тези две събития. От друга страна, ако в тази държава не бъде образувано производство, изборът при всички случаи ще бъде недействителен, както беше посочено.

122 Протоколът не съдържа никакви норми относно начина и момента на избор, когато той се прави по време на производството. Тези въпроси се уреждат от правото на сезирания съд.

Член 8 Определяне на приложимото право

Параграф 1 – Независимо от членове 3 – 6, кредиторът и длъжникът по издръжката могат по всяко време да определят като приложимо към задължения за издръжка едно от следните:

123 Тази разпоредба позволява на страните да изберат приложимото право към задължението за издръжка по всяко време и дори преди възникването на спор.

124 За разлика от избора на правото на сезирания съд съгласно член 7, изборът на приложимо право съгласно член 8 не се прави „единствено за целите на конкретно производство“; последиците от него съответно не са ограничени до производство, което кредиторът по издръжката вече е образувал или ще образува. Целта на избраното от страните право е да урежда задълженията за издръжка между страните от момента на избора до евентуален бъдещ момент, в който, ако е приложимо, те изберат да го отменят или изменят.

125 Основното предимство от избора на приложимо право, както е предвиден в член 8, е да се осигури известна стабилност и предвидимост по отношение на приложимото право: ако страните са направили такъв избор, избраното право продължава да се прилага въпреки каквито и да било промени в личното им положение и без значение кой орган е сезиран в случай на спор. По-специално промяната на обичайното място на пребиваване на кредитора не води до промяна на приложимото право (вж. по-долу точка 133), за разлика от случая на отсъствие на избор съгласно член 3, параграф 2.

а Приложно поле на член 8

126 Изборът на приложимо право е особено полезен в отношенията между съпрузи, когато те сключват споразумение, било то по време на или преди сключването на брак, относно задълженията за издръжка по време на брака и/или след развод. В резултат на този избор приложимото право към задължението за издръжка се определя предварително и така се избягва последващо оспорване на действителността на споразумението при промяна на

обичайното място на пребиваване на съпрузите или на съпруга/та на кредитора. Всъщност дори при отсъствието на споразумение относно задълженията за издръжка, с избора на право може да се избегнат промени на приложимото право, породени от свързан с мобилност спор.

127 След като изборът на приложимо право бе приет за съпрузи, изглежда би било от полза неговият обхват да се разшири до всички пълнолетни лица с изключение на лица, които поради нарушени или недостатъчни лични способности не са в състояние да защитават собствения си интерес. Макар че такива пълнолетни лица в уязвимо положение обикновено се ползват от закрилата на механизми, създадени в различните системи на националното право (например под формата на назначаване на попечител или настойник), Дипломатическата сесия в крайна сметка изключи избора на приложимо право към задължения за издръжка за тези лица, за да се избегне всякакъв риск от злоупотреби (член 8, параграф 3). Определението за пълнолетни лица в уязвимо положение, използвано в тази разпоредба, е взето от *Хагската конвенция от 13 януари 2000 г. относно международната защита на пълнолетни лица* (срв. член 1, параграф 1).

128 Изборът на приложимо право бе изключен и за задължения за издръжка спрямо малолетни лица, тъй като потенциалните рискове изглежда са по-големи от възможните ползи. Следва да се има предвид, че малолетните лица обикновено се представляват от единия или от двамата си родители, които също така са длъжни да ги осигуряват; поради това Дипломатическата сесия счете, че въвеждането на избор на приложимо право включва прекомерен риск от конфликт на интереси в такива случаи. След известно колебание относно определянето на възрастта, от която може да се приеме такъв избор (18 или 21 години), в крайна сметка бе приета възраст от 18 години, която в повечето държави се приема за момента, в който лицето става пълнолетно от правна гледна точка.

б Обхват на правните системи, допустими за избор

129 С оглед на загрижеността да се защити кредиторът по издръжката член 8 предоставя възможност на страните да изберат приложимото право при няколко условия и ограничения. Първото ограничение касае предмета на избора и целта му е да ограничи обхватът на възможните варианти за страните.

Буква а) – правото на държавата, чийто гражданин е едната или другата страна към момента на определянето;

130 Първият вариант, който страните могат да изберат, е правото на държавата на една от тях към момента на определяне на приложимото право. Този вариант бе приет без особени обсъждания и не изисква подробно обяснение. Следва да се отбележи, че за разлика от субсидиарния критерий за привързване с общото гражданство съгласно член 4,

параграф 4, в този случай е достатъчно приложимото право да е свързано с правото на държава, чийто гражданин е само една от страните (кредитор или длъжник).

131 В случай на повече от едно гражданство и предвид факта, че в протокола липсва такава разпоредба, следва да се приеме, че изборът може да е свързан с което и да е от правото на държавите, чиито граждани са страните: определянето на най-близкото или най-ефективното гражданство рискува да породи несигурност относно действителността на избора и по този начин да накърни автономността на страните.

Буква б) – правото на държавата по обичайното място на пребиваване на едната от страните към момента на определянето;

132 Вторият вариант касае обичайното място на пребиваване на която и да е от страните към момента на определяне на приложимото право. Тази възможност изобщо не бе обсъдена по време на подготвителната работа по протокола. Понятието за обичайно място на пребиваване не изисква да се правят конкретни констатации; то отговаря на понятието в член 3 (вж. по-горе точка 41 и следващите).

133 Когато става въпрос за гражданство, както и за обичайно място на пребиваване, ключовият момент е моментът на определянето на приложимото право. Това решение отговаря на основната цел на избора на приложимо право, а именно да се осигури стабилност, независимо от промените, които настъпват след определянето на приложимото право. Поради това, въпреки че протоколът не съдържа разпоредби по този въпрос, следва да се счита, че промяна на гражданството или обичайното място на пребиваване на съответната страна след избора на приложимо право не засяга действителността на този избор. От друга страна, можем да се запитаме дали изборът на правото на държава, на която нито една от страните не е нито гражданин, нито жител към момента на избора, може да бъде „валидиран“ впоследствие чрез последващо придобиване на съответното гражданство или обичайно място на пребиваване. Изричното позоваване на момента на определяне на приложимото право, съдържащ се в член 8, параграф 1, букви а) и б), изглежда изключва тази възможност.

в Допълнителни възможности по букви в) и г)

134 Третият и четвъртият вариант (член 8, параграф 1, букви в) и г) касаят правото, което е *определено* да урежда режима на собственост между съпрузите, съответно юридическото разделяне или развод, и *действително прилаганото* право по тези въпроси. Следователно е очевидно, че тези варианти могат да се използват от съпрузи и бивши съпрузи.

135 Бяха проведени дълги обсъждания доколко е желателно да се позволят тези допълнителни варианти. Тези, които се изказаха против тяхното въвеждане, заявиха, че така се създава изключително сложна система, която в действителност не е необходима предвид широкообхватните възможности

за избор, които вече са въведени с букви а) и б). Освен това допълнителните варианти, предвидени в букви в) и г), зависят от националните стълкновителни норми относно режимите на собственост, юридическо разделяне и развод, и следователно водят само до подобие на еднородност. Освен това в ситуации, в които страните са обвързали задълженията за издръжка с правото, *определено* като приложимо към режима на тяхната собственост или юридическо разделяне/развод, действителността на този избор по отношение на издръжката всъщност зависи от действителността на избора на право по отношение на режима на собственост/юридическо разделяне/развод. Тъй като изборът на приложимо право към режима на собственост между съпрузи и приложимо право към разделянето или развода не се урежда от протокола, този избор зависи единствено от международното частно право на сезирания съд. Ако в това право не се предвижда такъв избор, неговата недействителност предполага недействителност на избора на приложимо право към задължението за издръжка. Този риск е особено голям при разводи, тъй като автономността на страните в такива случаи се признава само в малък брой държави. В резултат на това съществува риск действителността на избора, направен съгласно международното частно право на една договаряща държава, да бъде счтена за нищожна от органите на друга договаряща държава, която прилага свои стълкновителни норми.

136 Въпреки тези слабости, вариантите в букви в) и г) бяха приети от Дипломатическата сесия, тъй като те позволяват на съпрузите да гарантират, че в случай на разделяне на двойката (развод и юридическо разделяне, прекратяване на режима на съпругеска собственост и задълженията за издръжка) се прилага едно-единствено право, което следва да бъде определено. Това съгласуване е особено важно от гледна точка на връзките между тези различни аспекти в няколко национални правни системи. Следователно определянето на последиците по отношение на собствеността понякога се счита за условие да се даде развод (например по-специално в случай на процедури на основата на взаимно съгласие между съпрузите). Освен това в определени законодателства (и по-специално няколко юрисдикции по общото право), разграничението между прекратяване на режима на собственост и задълженията за издръжка е неясно или дори не съществува, като уреждането на всички последици от развода върху собствеността се поверява на съдилищата.

137 Следва да се отбележи, че член 8 не позволява на съпрузите да изберат *приложимото* право към режима на собственост или развода. Тъй като този въпрос се урежда от националните норми съгласно международното частно право на договарящите държави (включително тези, които възникват на международно или регионално равнище) и предвид факта, че предвидените решения могат да се различават в голяма степен, определянето на приложимото право към режима на собственост или развода може да варира в съответствие с действащите

норми в държавата на сезирания орган. В такъв случай определянето на това право за уреждане на задължението за издръжка ще бъде направено на сяло, а това не се счита за желателна ситуация.

Буква в) – правото, определено от страните като приложимо, или действително прилаганото право към режима на тяхната собственост;

i *Определено право за уреждане на режима на собственост*

138 Съгласно член 8, параграф 1, буква в) съпрузите трябва най-напред да имат право да изберат правото, което са *определили* да урежда режима на тяхната собственост. В този случай определеното право за уреждане на режима на собственост ще бъде приложимо и към задълженията за издръжка, като очевидното предимство е тези два въпроса да подлежат на съгласувано законодателство.

139 Изборът на приложимото право към режима на собственост не се определя съгласно протокола, а съгласно международното частно право на всяка договаряща страна (включително всички международни или регионални инструменти). Този избор се приема широко в сравнителното право; той е предвиден *inter alia* в *Хагската конвенция от 14 март 1978 г. относно приложимото право по отношение на имуществения режим между съпрузи*. На съпрузите често се дава право да изберат националното право или правото на държавата по обичайното място на пребиваване на един от тях⁵³; в такъв случай този вариант не добавя нищо към това право по букви а) и б). Възможно е обаче на съпрузите да бъдат предоставени някои допълнителни варианти за режима на тяхната собственост, които не са предвидени в протокола, например правото по местожителство (което не е непременно същото като обичайното място на пребиваване) или правото по местоположението на определени активи, по-специално недвижимо имущество⁵⁴. В такъв случай задълженията за издръжка могат също да подлежат на въпросните други правни системи.

140 Ако изборът, направен от страните, не е в съответствие със стълкновителните норми в сила в държавата на сезирания съд (тъй като този избор не се приема там или защото условията не са били изпълнение, или избраното право е в разрез с тези норми по друг начин), той ще се счита за нищожен. Тази недействителност също така предполага недействителност на определеното приложимо право към задължението за издръжка, тъй като съгласно протокола то се гради на първото приложимо право.

ii *Действително прилагано право към режима на собственост*

141 Буква в) също така позволява на съпрузите да обвържат задълженията за издръжка с действително *прилаганото* право към режима на тяхната

⁵³ Срв членове 3 и 6 от конвенцията от 1978 г.

⁵⁴ Срв. член 3, параграф 4 и член 6, параграф 4 от конвенцията от 1978 г.

собственост. Посочената ситуация представлява ситуация, в която приложимото към този режим право вече е било определено от сезирания орган (по-специално в случай на разделяне или развод). Чрез своя избор съпрузите могат да обвържат задълженията за издръжка със същото право. Това разширява обхвата на възможния избор на страните, но преди всичко подчинява всички тези въпроси само на едно-единствено право. Следва да се отбележи, че прилаганото право към режима на собственост е правото на сезирания съд и изборът това право да се прилага към задълженията за издръжка не е същият като избора, предвиден в член 7: това не е избор, който се прави за целите на конкретно производство, а ще продължи да поражда последици в бъдеще, включително по отношение на нови искове (по-специално за изменение), предявени от кредитора или длъжника. Освен това изборът, предвиден в член 8, параграф 1, буква в), не трябва непременно да бъде направен по време на производството, а може да бъде направен след постановяване на решение, в което се определя режимът на собственост между съпрузите.

Буква г) – правото, определено от страните като приложимо, или действително прилаганото право към техния развод или юридическо разделяне.

iii *Правото, определено за уреждане на юридическо разделяне или развод*

142 Съгласно член 8, параграф 1, буква г) съпрузите могат също така да обвържат задължението за издръжка с правото, което са *определили* да урежда тяхното юридическо разделяне или развод. Посочените по-горе съображения относно избора на определено право за режима на собственост се прилагат *mutatis mutandis* и към тази ситуация. Следва обаче да се изтъкне, че определянето на приложимото право към развода или юридическото разделяне не е често срещано в сравнителното международно частно право. Това естествено увеличава вероятността този избор да бъде счетен за нищожен в държавата на сезирания съд, включително по отношение на задължението за издръжка. Поради това на съпрузите се препоръчва да бъдат внимателни. При все това в международното частно право на някои европейски държави настъпи развитие след приемането на Регламента „Рим III“⁴⁹.

iv *Действително прилагано право към юридическо разделяне или развод*

143 Буква г) също така позволява на съпрузите да обвържат задълженията за издръжка с действително *прилаганото* право към юридическото разделяне или развода. Посочената ситуация представлява ситуация, в която приложимото право вече е било определено от сезирания орган; по свой избор съпрузите могат да обвържат задълженията си за издръжка със същото право. Това разширява възможния избор за страните,

но преди всичко подчинява задълженията за издръжка на същото право, което се прилага към разделянето или развода. Посочените по-горе съображения относно разликата между този избор и избора, който се урежда с член 7 (вж. по-горе точка 141), важат и в този случай.

г *Начин на избиране*

Параграф 2 – Такова споразумение се прави в писмена форма или се записва на такъв носител, че съдържанието да е достъпно за ползване с оглед последващо позоваване и се подписва от двете страни.

144 От формална гледна точка изборът на приложимо право следва да се направи в писмена форма и да се подпише от страните. Без дори да се посочват доказателствените предимства, изискването за писмена форма служи за насочване на вниманието на кредитора към важността на избора и предпазването му от последиците от небрежен избор.

145 Писмената форма може да бъде заменена от носител, чието съдържание е достъпно, така че да може да се използва за последващо позоваване. Целта на тази разпоредба е да се позволи използването на информационни технологии. Това обаче не означава, че отпада изискването за подписан документ; следователно електронният документ ще бъде достатъчен само ако се придружава от електронен подпис.

Параграф 3 – Параграф 1 не се прилага за задължения за издръжка спрямо лице, ненавършило 18 години, или спрямо възрастно лице, което поради нарушени или недостатъчни лични способности не е в състояние да защитава собствения си интерес.

146 Този параграф не изисква специални коментари.

д *Ограничения относно последиците от избора*

147 По отношение на последиците от избора на приложимо право бяха въведени значителни ограничения (член 8, параграфи 4 и 5). Тъй като изборът на право, което е ограничено по въпросите за издръжка, може да лиши кредитора от неговото право на издръжка или да ограничи право му до голяма степен, ограничаването на последиците от избора изглежда има ключово значение.

i *Прилагане на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора към правото на отказ от издръжка*

Параграф 4 – Независимо от правото, определено от страните в съответствие с параграф 1, въпросът дали кредиторът може да се откаже от правото си на издръжка се урежда от правото на държавата, в която е обичайното място на пребиваване на кредитора към момента на определянето.

148 Член 8, параграф 4 предвижда, че независимо от правото, определено от страните, въпросът дали кредиторът може да се откаже от правото си на

⁴⁹ Регламент (ЕС) № 1259/2010 на Съвета от 20 декември 2010 г. относно осъществяването на засилено сътрудничество в областта на приложимото право при развод и законна раздяла. Тази бележка под линия бе добавена от докладчика след финализирането на доклада.

издръжка се урежда от правото на държавата, в която е обичайното място на пребиваване на кредитора към момента на определянето. Тази норма бе въведена в текста на протокола на заседанието на Дипломатическата сесия в съответствие с предложението на Европейската общност⁵⁵. То предполага ограничаване на приложното поле на правото, определено от страните; независимо от съдържанието на това право, възможността за отказ от издръжка и условията за такъв отказ ще продължат да бъдат обвързани с правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора. Естествено предназначението на тази разпоредба е да предотврати ситуации, в които чрез избора на особено либерално и ограничено откъм защита право кредиторът да бъде принуден да се откаже от издръжката, на която би имал право съгласно приложимото право, ако не е бил направен такъв избор.

149 В съответствие с предложението, на което се основава тази разпоредба, изплащането на еднократна сума на кредитора с цел покриване на бъдещите му нужди не представлява отказ от правото на издръжка за целите на настоящия член. Следователно в такъв случай правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора не се взема под внимание.

150 В буквалния ѝ смисъл разпоредбата изглежда е предвидена да се прилага в случаи, в които кредиторът се е отказал от своите права и този отказ е придружен от избора на право, което позволява това. Обосновката на разпоредбата обаче предполага, че тя следва да се прилага и в случаи, в които изборът на конкретно право сам по себе си предполага отказ, тъй като определеното право не предвижда никаква издръжка в полза на кредитора.

ii Смекчаващи правомощия на съда

Параграф 5 – Определеното от страните право не се прилага, когато прилагането на това право би довело до явно несправедливи или неразумни последици за някоя от страните, освен ако към момента на определянето те са знаели за последиците от определянето.

151 В допълнение към това последиците от избора на приложимо право са ограничени от разпоредбата за смекчаващи правомощия на сезирания с иска съд. Ако органът заключи, че прилагането на избраното от страните право в конкретния случай води до явно несправедливи или неразумни последици, избраното право може да не се прилага в полза на правото, определено съгласно обективните критерии на привързване в членове 3 – 5. Тази клауза за дерогация се основава на съображения за правораздаване по същество и отговаря на правомощията, които няколко национални правни системи делегират на съдилищата, за да изменят или дори да не прилагат споразумения за издръжка, сключени между страните, когато те водят до явно несправедливи или неразумни последици. При все това делегациите също така

изразиха загриженост, че неограничените правомощия на съда да не прилага избраното право биха подронили напълно възможността на страните да сключват споразумения за избор на право съгласно член 8. Поради това бе постигнато съгласие да се ограничат смекчаващите правомощия на съда чрез разпоредба, че параграф 5 няма да се прилага, ако страните са знаели за последиците от определянето. Целта на този израз е да позволи на страните да намалят риска тяхното споразумение да не се прилага, като потърсят правна консултация относно последиците от техния избор преди сключването на споразумението. Изискването страните да бъдат „напълно информирани и да осъзнават последиците“ означава, че страните трябва не само да получат съответната информация, но и да бъдат в състояние да я разберат; изразът не е тавтологичен, тъй като дадено лице може да бъде напълно информирано, без да осъзнава последиците от своя избор.

e Наличие и действителност на споразумението между страните

152 Освен някои ограничения относно допустимостта на избора на приложимо право и някои указания във връзка с времето и формата на този избор, в протокола не се дава отговор на други въпроси, свързани с наличието и действителността на споразумението, с което страните определят приложимото право (например в протокола не се определят последиците от евентуален порок във волеизявлението). Тези въпроси ще трябва да се уреждат в съответствие с приложимото право към споразумението за определяне, сключено между страните, но това право не е изрично определено от протокола. Предпочитаното решение за справяне с тази слабост е да се счете, че тези въпроси ще се уреждат от правото, определено от страните. Този подход, който представлява подчиняване на действителността на *optio legis* на правото, което ще се прилага, ако споразумението между страните е действително, се използва широко в международни инструменти, които признават автономността на страните, по-специално във връзка със наличието и действителността на съгласието⁵⁶. Основното му предимство е, че гарантира, че тези въпроси се определят по еднороден начин в отделните договарящи държави по протокола.

⁵⁵ Работен документ № 5.

⁵⁶ Сrv. член 10 от *Хагската конвенция от 14 март 1978 г. относно приложимото право по отношение на имуществения режим между съпрузи*; член 10, параграф 1 от *Хагската конвенция от 22 декември 1986 г. относно приложимото право към договори за международна продажба на стоки*; член 5, параграф 2 от *Хагската конвенция от 1 август 1989 г. за правото, приложимо по отношение на наследяването на собственост на починали лица*; член 3, параграф 4 и член 8, параграф 1 от *Римската конвенция от 19 юни 1980 г.*; член 3, параграф 5 и член 10, параграф 1 от *Регламента „Рим I“ (Регламент (ЕО) № 593/2008 от 17 юни 2008 г.)*.

Член 9 „Местожителство“ вместо „гражданство“

Държава, в която понятието „местожителство“ има характер на фактор на привързване в семейните отношения, може да уведоми Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право, че за целите на случаи, отнесени до нейните органи, думата „гражданство“ в членове 4 и 6 се заменя с „местожителство“, както то е определено в тази държава.

153 Тази разпоредба предвижда, че държава, в която понятието „местожителство“ има характер на фактор на привързване в семейните отношения, може да уведоми Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право, че за целите на случаи, отнесени до нейните органи, думата „гражданство“ в членове 4 и 6 се заменя с „местожителство“, както то е определено в тази държава.

154 Тази разпоредба бе включена в протокола на заседанието на Дипломатическата сесия в съответствие с предложение на Европейската общност⁵⁷. Разпоредбата е предвидена да улесни прилагането на протокола от онези държави (по-специално юрисдикции по общото право), в които няма практика гражданството да се използва като критерий на привързване в международното частно право. В съответствие с това на тези държави бе позволено да заменят критерия за гражданство, използван в членове 4 и 6, с критерия за местожителство, както то е определено в тези държави. В определени инструменти на Европейската общност са въведени подобни разпоредби в полза на Обединеното кралство и Ирландия⁵⁸.

155 Въпреки че определянето на кръга от държави, които могат да се възползват от тази специална норма, не е много прецизно, няма съмнение, че юрисдикциите по общото право, в които понятието „местожителство“ има характер на критерий на привързване в семейните отношения, могат да използват член 9. Използваната формулировка в член 9, който се позовава на „държава, в която понятието „местожителство“ има характер на фактор на привързване в семейните отношения“, не ограничава изрично прилагането на този член само до държавите с юрисдикции по общото право. Съществуват няколко юрисдикции по гражданското право, в които понятието „местожителство“ също има характер на критерий на привързване в семейните отношения⁵⁹. В съответствие с текста на член 9

изглежда тези държави също могат да използват варианта, предвиден в тази разпоредба. Това тълкуване обаче не отговаря на духа на предложението на Европейската общност, чиято декларирана цел беше да се улесни задачата на държавите, в чиито национални системи на международно частно право няма практика да се използва понятието „гражданство“ като критерий на привързване⁶⁰. Поради това изглежда, че ако една държава е въвела и по принцип използва понятието „гражданство“ по въпроси, свързани със стълкновителни норми, дори на субсидиарна основа, тя няма да може да се възползва от специалната норма в член 9.

156 В държавата, която използва варианта, предвиден в член 9, критерият за местожителство трябва да се използва „както то е определено в тази държава“. Това съответно е препратка към националното право на съответната държава и нейното собствено определение за гражданство. Този подход естествено не благоприятства еднородното прилагане на протокола, но неговото въздействие не следва да се надценява, тъй като той ще остане ограничен до разпоредбите на член 4, параграф 4 и член 6 от протокола. Освен това следва да се отбележи, че позоваването на националното понятие за гражданство се използва и в други инструменти на единното международно частно право, без да създава сериозни проблеми при прилагането на тези инструменти⁶¹.

157 Замяната на понятието за гражданство с това за местожителство по смисъла на член 9 се предвижда само по отношение на прилагането на членове 4 и 6 от протокола, т.е. двете разпоредби, които използват като критерий общото гражданство на страните. В член 4, параграф 4 тази замяна предполага, че в договарящите държави по протокола, които използват този вариант, кредитор, който не може да получи издръжка съгласно правото на държавата по своето обичайно място на пребиваване и съгласно правото на сезирания съд (в този или в обратния ред, срв. член 4, параграф 3), все пак може да основе своя иск на правото на държавата, в която е местожителството и на двете страни. В член 6 замяната предполага, че в съответните държави длъжникът по издръжката може да оспори иска на кредитора, ако задължението не съществува нито съгласно правото на държавата по неговото обичайно място на пребиваване, нито съгласно правото на държавата, в която е местожителството и на двете страни.

158 И в двата случая, посочени в член 9, замяната на гражданство с местожителство ще доведе до последици само за договарящите държави, които използват варианта, предвиден в тази разпоредба. Това означава, че другите държави няма да бъдат

⁵⁷ Работни документи № 2, № 6 и № 11.

⁵⁸ Срв. член 3, параграф 2 и член 6, буква б) от Регламент (ЕО) № 2201/2003 на Съвета от 27 ноември 2003 г. относно компетентността, признаването и изпълнението на съдебни решения по брачни дела и делата, свързани с родителската отговорност, с който се отменя Регламент (ЕО) № 1347/2000 (Регламент „Брюксел Па“).

⁵⁹ Например Швейцария, където местожителството се определя като мястото, на която лицето „пребивава с намерение за установяване“, срв. член 20, параграф 1, буква а) от Федералния

закон от 18 декември 1987 г. относно международното частно право.

⁶⁰ Срв. протокол № 5, точка 31.

⁶¹ Срв. член 52 от *Брюкселската конвенция от 27 септември 1968 г. относно компетентността и изпълнението на съдебните решения по граждански и търговски дела* и Конвенцията от Лугано от 1988 г.

длъжни да прилагат критерия за местожителство и вместо това ще продължат да прилагат критерия за гражданство. Член 9 не подлежи на изискване за реципрочност. Естествената последица от това е, че другите държави няма да бъдат длъжни да прилагат понятието за местожителство, както то е определено във въпросната държава; следователно този член не затруднява задачата на техните органи.

159 От друга страна, замяната, предвидена в член 9, няма да окаже въздействие върху член 8, въпреки че тази разпоредба също използва критерия за гражданство в параграф 1, буква а) (избор от страните на правото на една от техните държави). Това е свързано с желанието да се избегне ситуация, в която определянето на правото на държавата на една от страните съгласно член 8 да бъде сметнено за нищожно в друга договаряща държава, която използва член 9, на основание, че нито една страна не е била с местожителство в държавата, чието право е избрано, или съответно определянето на правото на държавата по местожителство да бъде сметнено за нищожно в договаряща държава, която продължава да използва критерия за националност.

160 Следва да се подчертае, че съгласно член 9 замяната на гражданство с местожителство като критерий е подлежи на задължението да се информира Постоянното бюро, което ще съобщи тази информация на другите договарящи държави.

Член 10 Публични институции

Правото на дадена публична институция да иска възстановяване на изплатени от нея помощи на кредитора вместо издръжка се урежда от правото, което е приложимо към институцията.

161 Тази разпоредба предвижда, че правото на дадена публична институция да иска възстановяване на изплатени от нея помощи на кредитора вместо издръжка се урежда от правото, което е приложимо към институцията.

162 Тази норма не е нова, тъй като бе въведена още в член 9 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), с някои разлики във формулировката. Така във версията на френски език изразът „*institution publique*“ в предишната конвенция бе заменен с израза „*organisme public*“, така че текстът на протокола да съответства на текста на конвенцията⁶².

163 Тази норма е широко призната в международен план, както се потвърждава от факта, че разпоредба със същия смисъл бе включена и в текста на конвенцията (член 36, параграф 2). Поради това нормата ще се прилага във всички държави, които са страни по последния инструмент, независимо дали са страни по протокола (и следователно без значение на правото, което прилагат към задължението за издръжка).

164 Следва да се отбележи, че връзката с правото на публичната институция се прилага само по

отношение на правото на последната да *поиска* възстановяване на изплатени помощи (било то въз основа на суброгация или законова цесия), докато съществуването и степента на иска за издръжка се урежда от приложимото право към това задължение (срв. член 11, буква е). Изразът „право да получи възстановяване“, който бе включен в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), бе заменен с „право да иска възстановяване“ именно за да се поясни връзката между тези две разпоредби: получаването на възстановяване на изплатените помощи не зависи от правото на публичната институция, а от приложимото право към задължението за издръжка. В някои случаи тези две правни системи съвпадат; обикновено това е така, ако задължението за издръжка се урежда от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора (член 3), тъй като публичната институция, която изплаща помощи на кредитора, обикновено функционира в държавата по мястото на пребиваване на последния и в съответствие с местното право. Разминаване между двете правни системи има по-голяма вероятност да настъпи, когато задължението за издръжка е подчинено на право, различно от правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора съгласно членове 4, 5, 7 или 8.

165 Освен това е ясно, че тази норма се прилага само към възстановяването на изплатени помощи вместо издръжка, но не и към помощи от друго естество, например публични добавки, които длъжникът не е задължен да възстанови.

Член 11 Обхват на приложимото право

Приложимото право към задълженията за издръжка определя *inter alia*:

166 Тази разпоредба допълнително уточнява въпросите, определени от приложимото право към задължението за издръжка, определено съгласно членове 3, 4, 5, 7 или 8 от протокола. Обхватът на това право се определя сравнително широко в съответствие с подхода, който характеризира Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право)⁶³ и други международни инструменти⁶⁴.

167 Следва да се отбележи, че както се посочва с израза „*inter alia*“, списъкът в член 11 съвсем не е изчерпателен и че други, непосочени въпроси, също могат да бъдат подчинени на същото право.

Буква а) – дали, до каква степен и спрямо кого кредиторът може да иска издръжка;

168 Приложимото право към задължението за издръжка урежда на първо място съществуването на задължението за издръжка и определянето на длъжника. То определя без ограничение допустимостта на дадено лице за издръжка с оглед на

⁶² Срв. член 36 от последната.

⁶³ Срв. член 10 от тази конвенция.

⁶⁴ Срв. член 7 от конвенцията от Монтевидео от 1989 г.

семејните одношения на това лице с длъжника и неговата възраст.

Буква б) – до каква степен кредиторът може да иска издръжка за минало време;

169 Същото право определя и степента на задължението. Протоколът следва подхода на Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г., като предвижда, че само едно право определя дали и до каква степен кредиторът може да иска издръжка. Не бе използвано разделението между наличието и степента на иска, което се използва в някои правни системи (по-специално в някои провинции в Канада).

Буква в) – основата за изчисляване на размера на издръжката, както и индексация;

170 Степента на задължението включва не само основата, върху която се изчислява помощта, но и степента, до която кредиторът може да иска издръжка за минало време (срв. член 11, буква б). Различните правни системи обикновено ограничават тази възможност до сумите, дължими в годините, които предшестваха непосредствено действието на кредитора.

171 Приложимото право към задължението за издръжка също така урежда въпроса с индексацията на сумата, дължима като издръжка. Този въпрос бе обсъден на заседанието на специалната комисия, тъй като теоретично могат да се приемат и други решения (например систематично прилагане на правото на държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора или правото на сезирания съд). Специалната комисия в крайна сметка прецени, че този въпрос е свързан с въпроса за определянето на степента на задължението за издръжка и в съответствие с това следва да се урежда от приложимото право към последния.

Буква г) – кой има право да предяви иск за издръжка, като се изключат въпросите относно процесуалната правоспособност действия и процесуалното представителство;

172 Приложимото право към задължението за издръжка също така определя кой има право да образува производство за издръжка. Това решение отговаря на решението в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) (член 10, параграф 2). Обикновено такова право има кредиторът по издръжката, но ако той е малолетно лице, понякога производството може да се образува от един от неговите родители или публична институция. Този въпрос е отделен от въпросите, свързани с представителството на недееспособни лица, който е извън обхвата на протокола. По подобен начин той не следва да се бърка с въпросите, свързани с процесуалната правоспособност и съдебното представителство, които са обхванати от правото на сезирания съд.

Буква д) – давност или преклузивни срокове;

173 Преклузивният срок за производство по издръжката и другите изисквания, свързани с времето

за образуване на производство (например абсолютно задължителни срокове), също са обхванати от приложимото право към задължението за издръжка. В съответствие с това тези въпроси се характеризират като материалноправни, а не процедурни, както беше и при Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) (член 10, параграф 2). Друг въпрос е свързан със срока за изпълнение на просрочени плащания въз основа на чуждестранно решение. Този въпрос не се урежда в протокола, а от член 32, параграф 5 от конвенцията, съгласно който „[д]авностният срок за изпълнение на просрочени плащания се определя от правото на държавата по произход на решението или от правото на замолената държава, в зависимост от това кое от двете предвижда по-дълъг срок“.

Буква е) – размера на задължението на длъжника по вземане, произтичащо от задължение за издръжка в случаите, в които публична институция иска възстановяване на помощи, предоставени на кредитора вместо издръжка.

174 В случай на производство за възстановяване на помощи, образувано от публична институция, приложимото право към задължението за издръжка урежда съществуването и степента (и съответно преклузивните срокове) на това задължение, докато правото на институцията да иска възстановяване се урежда от правото на съответната институция (член 9). Тази норма, която отговаря на нормата в член 10, параграф 3 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), е напълно логична: ако приложимото право към задължението за издръжка не предвижда внасянето на такъв иск, публичната институция не може да иска възстановяване от длъжника на предоставените от нея помощи.

Член 12 Изключване на препращането

По смисъла на протокола понятието „право“ означава действащото право в дадена държава, с изключение на неговите стълкновителни норми.

175 В тази разпоредба се посочва, че стълкновителните норми в протокола определят националното право на съответната държава, с изключение на нейните норми за избор на право. В съответствие с това се изключва препращането, дори ако определеното право е правото на недоговаряща държава. Това решение е в съответствие с решението в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) и много други инструменти, изготвени от Хагската конференция⁶⁵. Тя не изисква по-специални коментари.

⁶⁵ Срв. член 10 от Хагската конвенция от 5 юли 2006 г. за правото, приложимо към някои права по отношение на ценните книжа, държани при посредник; член 19 от Хагската конвенция от 13 януари 2000 г. относно международната защита на пълнолетни лица.

Член 13 Обществен ред

Прилагането на определеното съгласно протокола право може да бъде отказано само доколкото неговите последици биха били явно несъвместими с обществения ред на сезирания съд.

176 В този член се предвижда вариант да не се прилага приложимото право, когато последиците от това биха били явно несъвместими с обществения ред на сезирания съд. Същността на тази разпоредба отговаря на разпоредбата от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) (член 11, параграф 1) и на много инструменти от еднородното международно частно право.

177 Прилагането на изключението за обществения ред трябва да бъде изключително ограничено: член 13 изисква последиците от чуждото право да бъдат *явно* несъвместими с обществения ред на сезирания съд, т.е. очевидно несъвместими с основен принцип в държавата на сезирания съд.

178 Изключението за обществения ред се използва понякога, когато съгласно чуждия *lex causae* искът за издръжка се основава на семейни отношения, които не се признават в държавата на сезирания съд и които в тази държава се считат за непристойни. В този контекст обаче следва да се изтъкне, че определянето на обществения ред следва да се извърши *in concreto* във връзка с последиците от прилагането на чуждо право, определено съгласно протокола. Това съображение изглежда е особено важно в областта на издръжките, тъй като в тези случаи последиците от прилагането на чуждо право така или иначе са осезаеми по отношение на имуществото⁶⁶. Следователно с оглед да бъде възможно позоваване на обществения ред няма да бъде достатъчно семейните отношения, на които се основава искът за издръжка, сами по себе си да бъдат в разрез с обществения ред на държавата на сезирания съд, а и самият факт, че едно лице е принудено да плаща издръжка на друго лице въз основа на такава връзка, трябва да бъде счетен за неуместен. Тази разлика не е чисто академична. Добре известно е, че в няколко държави съдебната практика е склонна да признае някои специфични права (на имущество или от лично естество), които произтичат от семейни отношения, въпреки че последните са в разрез с обществения ред на сезирания съд. Най-известният пример е свързан с признаването в някои европейски държави (Франция, Германия) на определени последици от полигамни бракове; въпреки че този съюз сам по себе си не може да бъде признат от тези държави, тъй като е в разрез с основните принципи на правото на сезирания съд, осигуряването на издръжка от съпруга на различните му съпруги не се счита за неуместно в тези държави. Подобни съображения могат да се прилагат *mutatis mutandis* и към други противоречиви форми на съюз, например партньорства или бракове между лица от същия пол.

⁶⁶ Сrv. също така член 1, параграф 2 от протокола, съгласно който решения, взети при прилагане на протокола, не засягат съществуването на семейни отношения.

179 За разлика от други национални или международни инструменти, в протокола не се посочва резерва по отношение за *lois de police* на сезирания съд (или норми за незабавно прилагане), т.е. задължителните норми, които поради своето решаващо значение за държавата на сезирания съд са приложими независимо от правото, определено от избора на правни норми. Поради това изглежда че сезираните органи във всеки случай са длъжни да определят същността на правото, определено съгласно протокола, което може да не се прилага само ако последиците от него са несъвместими в конкретен случай с принципите на обществения ред на правото на сезирания съд.

Член 14 Определяне на размера на издръжката

Дори ако приложимото право предвижда друго, нуждите на кредитора и финансовите възможности на длъжника, както и всички компенсации, предоставени на кредитора вместо редовните плащания на издръжката, се вземат предвид при определяне на размера на издръжката.

180 В член 14 се предвижда, че дори ако приложимото право предвижда друго, нуждите на кредитора и финансовите възможности на длъжника, както и всички компенсации, предоставени на кредитора вместо редовните плащания на издръжката, се вземат предвид при определяне на размера на издръжката. Това е материалноправна норма, която съответно обвързва договарящите държави, независимо от начина, по който се третира приложимото право към задължението за издръжка.

181 Текстът на тази разпоредба като цяло е същият като текста на член 11, параграф 2 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), но включва две основни новости:

182 Първата разлика се основава на факта, че член 14 е обхванат от отделна разпоредба, независима от разпоредбата, свързана с обществения ред, за разлика от член 11, параграф 2 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право). Това решение бе прието на заседанието на Дипломатическата сесия след дълго обсъждане в рамките на РГПП и специалната комисия. То поражда едно важно последствие: въпросната материалноправна норма не представлява просто ограничение на прилагането на чуждо право, а следва да се прилага от органите на договарящата държава, дори ако определеното съгласно протокола право в конкретния случай е правото на сезирания съд.

183 Следва да се отбележи, че вземането под внимание на нуждите и финансовите възможности не включва непременно правомощие за оценка на органа в конкретния случай, а место това може да се основе непряко на начина, по който се изчислява размерът на издръжката, произтичаща от приложимото право, например чрез определяне на размера на издръжката, дължима на кредитор при конкретни обстоятелства посредством таблици, които са достатъчно гъвкави, за да може да се вземат предвид нуждите и финансовите възможности на страните. Тази точка е важна във

връзка с административни системи, които могат също да се основават на нуждите на кредитора и финансовите възможности на длъжника, дори когато тези критерии се вземат под внимание по по-абстрактен начин в сравнение със съдебните системи.

184 Втората разлика от член 11, параграф 2 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) се основава на позоваване в член 14 на „всички компенсации, предоставени на кредитора вместо редовните плащания на издръжката“. Този нов текст също бе въведен на заседанието на Дипломатическата сесия по предложение на делегацията на Европейската общност⁶⁷. По-специално той е насочен към случаи, в които към момента на развода единият от съпрузите е получил изплащане на еднократна сума или разпределение на част от имуществото (недвижимо или лично), принадлежащо на другия от съпрузите (каквото е случаят например в някои юрисдикции по общото право), с цел уреждане на всички негови или нейни иски, включително за издръжка. Това решение се използва в няколко национални системи с цел да се благоприятства окончателното уреждане на съответните иски на съпрузите към момента на развода и така тяхната връзка да приключи бързо и категорично, поне по отношение на имуществото. В такъв случай следва да се избягва внасянето на последващи иски за издръжка от единия от съпрузите, което е несъвместимо с уреждането на по-ранен етап въз основа на право, което не признава тази форма на компенсация: ако в правото, определено съгласно протокола, се вземат под внимание настоящите нужди на кредитора без оглед на получената преди това компенсация, резултатът може да бъде несправедлив. В резултат на това материалноправната норма в член 14 може, ако е приложимо, да се използва за коригиране на решения, произтичащи от приложимото право към исковете за издръжка.

Членове 15 – 17 Държави с повече от една правна система

185 Тези членове съдържат разпоредби, свързани с прилагането на протокола в държави с повече от една правна система. Такива разпоредби са обичайни в Хагските конвенции, но нуждите, във връзка с които се изготвят, трябва да бъдат приспособени към материалноправното приложно поле на всяка конвенция. По отношение на протокола проектът на членовете беше изготвен от Постоянното бюро⁶⁸. Тези членове бяха приети с много малко промени от Дипломатическата сесия. В член 15 се предвижда, че протоколът не се прилага при строго вътрешноправни стълкновения в дадена договаряща държава, докато членове 16 и 17 са свързани с прилагането на протокола в рамките на правни системи, които не са уеднаквени на лична или териториална основа.

Член 15 Неприложимост на протокола при вътрешноправни стълкновения

Параграф 1 – Договаряща държава, в която към задълженията за издръжка се прилагат различни правни системи или правни режими, не е задължена да прилага нормите на протокола единствено към стълкновения между такива различни системи или правни режими.

186 В този член се предвижда, че държава, в която към задълженията за издръжка се прилагат две или повече правни системи или правни режими, не е задължена да прилага нормите на протокола с цел уреждане на произтичащите вътрешноправни стълкновения. Това важи както за конфликти между лица (т.е. когато прилагането на различните правни системи се основава на личностен критерий, например религията на съответните лица), така и за конфликти между териториална компетентност (когато в отделните териториални единици се прилагат различни системи или правни режими).

187 Ако желае, съответната държава може по изцяло доброволен и едностранен начин да вземе решение да прилага протокола за уреждане на вътрешноправни стълкновения. Това решение определено може да се проучи като вариант за конфликти между териториална компетентност, но изглежда неподходящо за конфликти между лица.

Параграф 2 – Настоящият член не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция.

188 Съгласно параграф 2, член 15 не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция (РОИИ). Държавите, които влизат в състава на такива организации, са независими държави и следователно не могат да се третират като териториалните единици на една държава, съставена от няколко единици.

Член 16 Държави с повече от една правна система – териториално разделение

Параграф 1 – Спрямо държава, в която в различни териториални единици се прилагат две или повече правни системи или правни режими към въпросите, уредени от настоящия протокол –

Буква а) – всяко позоваване на правото на държава се разбира като позоваване, ако е подходящо, на правото, действащо в съответната териториална единица;

Буква б) – всяко позоваване на компетентните органи или публични институции на тази държава се разбира като позоваване, когато е подходящо, на тези упълномощени да действат в съответната териториална единица;

Буква в) – всяко позоваване на обичайното място на пребиваване в такава държава се разбира като позоваване на обичайното място на пребиваване в съответната териториална единица;

⁶⁷ Вж. работен документ № 2, протокол № 1, точки 64 и следващите, както и протокол № 2, точки 1 и следващите.

⁶⁸ Работен документ № 12.

Буква г) – всяко позоваване на държавата, граждани на която са и двете страни, се разбира като позоваване на териториалната единица, определена от правото на тази държава, или при липсата на съответни норми – на териториалната единица, с която задължението за издръжка е най-тясно свързано;

Буква д) – всяко позоваване на държавата, гражданин на която е дадено лице, се разбира като позоваване на териториалната единица, определена от правото на тази държава, или при липсата на съответни норми – на териториалната единица, с която лицето е най-тясно свързано.

189 В този член се посочва процедурата, която следва да се прилага, когато в рамките на международна ситуация определеното съгласно протокола право е правото на държава с повече от една правна система, в която към задълженията за издръжка в отделните териториални единици се прилагат две или повече правни системи или правни режими. Следва да се отбележи, че този въпрос възниква не само в държави, съставени от няколко единици, но може да възникне във всички договарящи държави по протокола, когато съгласно протокола се определи за приложимо правото на държава, съставена от няколко единици. Ако например съгласно протокола се определи правото на държава А, тъй като това е държавата по обичайното място на пребиваване на кредитора, и това е държава с повече от една правна система, сезираният орган в държава Б (страна по протокола) ще трябва да определи нормите на коя от различните териториални единици на държава А са приложими.

Параграф 2 – За целите на определянето на приложимото право съгласно настоящия протокол, когато една държава се състои от две или повече териториални единици, всяка от които има собствена правна система или правен режим относно въпросите, обхванати от настоящия протокол, се прилагат следните норми:

Буква а) – ако в такава държава действат норми, които определят правото на коя териториална единица е приложимо, се прилага правото на тази единица;

Буква б) – при липсата на такива норми се прилага правото на съответната териториална единица, както е определено в параграф 1.

190 В член 16, параграф 2 се предвижда, че за целите на определянето на приложимото право съгласно протокола в такива случаи първо се прилагат действащите норми в съответната държава, които определят правото на коя териториална единица е приложимо (член 16, параграф 2, буква а). В нашия пример органът в държава Б съответно ще се позове първо на приложимите норми в държава А за уреждане на конфликти между териториална компетентност; това може да доведе например до прилагане на правото на териториална единица, различна от територията по обичайното място на пребиваване на кредитора (например правото на територията по обичайното място на пребиваване на

длъжника, ако в държава А се използва този критерий).

191 Единствено при липсата на такива норми и следователно изцяло на субсидиарна основа приложимото право ще се определи съгласно нормите на протокола (член 16, параграф 2, буква а). За тази цел в член 16, параграф 1 се посочва как следва да се тълкуват използваните в протокола понятия; тази разпоредба се прилага само ако се прилага параграф 2, буква б). Общата идея на тази разпоредба е да се определят пространствените елементи на избраната съгласно протокола връзка в териториалната единица, в която са разположени в действителност.

192 По този начин всяко позоваване на правото на държава представлява позоваване на действащото право в съответната териториална единица, ако е приложимо (член 16, параграф 2, буква а); например „правото на сезирания съд“ ще се разбира като действащото право в териториалната единица, в която е разположен сезираният съд). По подобен начин всяко позоваване на компетентните органи или публични институции на тази държава следва да се разбира, когато е подходящо, като позоваване на компетентните органи или публични институции, които са упълномощени да действат в рамките на съответната териториална единица (например правото на публична институция да иска възстановяване на изплатени помощи на кредитора съгласно член 10 се урежда от действащото право в териториалната единица, в която е упълномощена да действа институцията). По същия начин всяко позоваване на обичайното място на пребиваване в тази държава следва да се тълкува, когато е подходящо, като позоваване на обичайното място на пребиваване в съответната териториална единица (в резултат на това приложимото право съгласно член 3 ще бъде действащото право в териториалната единица по обичайното място на пребиваване на кредитора).

193 В някои разпоредби от протокола се използва понятието за гражданство (член 4, параграф 4, член 6 и член 8, параграф 1, буква а), който не е подходящ за уреждане на вътрешноправни стълкновения поради простата причина, че териториалните единици на държава, съставена от няколко единици, обикновено не предвиждат отделно гражданство от гражданството на въпросната държава. Ето защо в такива случаи в член 16, параграф 1, букви г) и д) се предвижда, че при липсата на съответните норми във въпросната държава приложимото право е правото на териториалната единица, с която лицето е най-тясно привързано. На практика не е много лесно да се прилага това решение, но то обикновено успява да преодолее блокирането.

Параграф 3 – Настоящият член не се прилага към регионални организации за икономическа интеграция.

194 В съответствие с параграф 3, член 16 не се прилага към РОИИ. Държавите, които влизат в състава на такива организации, са независими

държави и поради това не могат да се третират като териториалните единици на държава, съставена от няколко единици.

Член 17 Държави с повече от една правна система спрямо лицата – конфликти между лица

За целите на определянето на приложимото право съгласно настоящия протокол, когато в една държава се прилагат две или повече правни системи или правни режими към различни категории лица за въпросите, обхванати от настоящия протокол, всяко позоваване на правото на такава държава се разбира като позоваване на правната система, определена от действащите норми в тази държава.

195 Този член е свързан със ситуация, в която определеното съгласно протокола право е правото на държава с различни правни системи или правни режими, приложими към различни категории лица (например въз основа на религия). В този случай единственият използван критерий е позоваването на вътрешноправните стълкновителни норми на съответната държава. Това решение отразява решението, прието във всички Хагски конвенции, при които е бил проучван този въпрос. То е необходимо, тъй като нормите на протокола, които обичайно се основават на териториален критерий, са неподходящи за уреждане на конфликти между лица. За разлика от други конвенции в протокола не се предвижда субсидиарен критерий за случаи, в които в съответната държава няма предвидени вътрешноправни норми. На заседанието на Дипломатическата сесия бе предложено държавите с няколко правни системи, приложими към различни категории лица в областта на задълженията за издръжка, и без свързани национални стълкновителни норми, да бъдат длъжни да приемат такива норми преди да станат договарящи държави по протокола.

Член 18 Координираност с предишни Хагски конвенции за издръжка

В отношенията между договарящите страни настоящият протокол заменя Хагската конвенция от 2 октомври 1973 г. за приложимото право към задълженията за издръжка и Хагската конвенция от 24 октомври 1956 г. за приложимото право към задълженията за издръжка на деца.

196 В този член се посочва, че целта е протоколът да замени Хагските конвенции за издръжка от 1956 г. и 1973 г. в отношенията между договарящите държави. Това правило възпроизвежда *mutatis mutandis* правилото, което се съдържа в член 18 от конвенцията от 1973 г.

197 Замяната възниква само в отношенията между договарящи държави, което означава, че предишните конвенции продължават да се прилагат, дори в държави, които са станали страни по протокола, в отношенията с други държави, които са страни по тези инструменти и не са подписали протокола.

198 Хагската конвенция за издръжка от 1956 г. е приложима само когато води до прилагане на правото на договаряща държава. В съответствие с това тя не поражда действие *erga omnes*⁶⁹. В допълнение към това в член 18 се предвижда, че „в отношенията между договарящи държави“ протоколът заменя конвенцията от 1956 г., без да изисква нейното денонсиране. В съответствие с това тази разпоредба води до предимство в прилагането на протокола пред предишната конвенция, поне между държавите – страни и по двата инструмента. Несъмнено от член 18 може да се заключи, че той позволява на държава – страна и по двата инструмента, да се отклони от прилагането на протокола в отношенията си с държава – страна по конвенцията от 1956 г., която не е обвързана от протокола. Такава ситуация във всеки случай би била рядкост, но преди всичко ще бъде трудна за преодоляване при липсата на специфичен критерий, който да определи в кои случаи има проблем при отношенията с такава държава. С оглед на тази неяснота целта на член 18 може да се използва като стимул да се предпочете използването на протокола и в такива случаи.

199 Координираността с Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право) е по-сложна, тъй като подобно на протокола този инструмент е с универсален характер⁷⁰. Подобно на случая с Хагската конвенция за издръжка от 1956 г., действието на член 18 е, че поне „в отношенията между договарящите държави“ протоколът е с предимство, без да се изисква денонсиране на конвенцията от 1973 г. Освен това може да се заключи, че тази разпоредба позволява на държава – страна по протокола и конвенцията от 1973 г., да се отклони от прилагането на протокола в своите отношения с държава – страна по конвенцията от 1973 г., но не и страна по протокола. Това обаче не решава проблема с конфликт на инструменти в ситуации, в които на практика двата инструмента водят до различни решения при липсата на критерий да се определи кога проблемът е „в отношенията между договарящите държави“. Такива случаи вероятно ще възникват по-често от случаите по предходния параграф поради универсалния характер на двата инструмента. С оглед на това затруднение е още по-разумно целта на член 18 да се използва като стимул да се предпочете използването на протокола – една по-съвременна система, която следва да замени действието на нормите на конвенцията 1973 г. – пред прилагането на последната. Това заключение може да се подкрепи допълнително от член 19 от конвенцията от 1973 г., съгласно който „настоящата конвенция не засяга други международни инструменти, съдържащи разпоредби по въпроси, които се уреждат от настоящата конвенция, по които договаряща държава е или става страна“.

⁶⁹ Сrv. член 6 от тази конвенция.

⁷⁰ Сrv. член 3 от конвенцията от 1973 г. и член 2 от протокола.

Член 19 Координираност с други инструменти

Параграф 1 – Настоящият протокол не засяга други международни инструменти, по които договарящите държави са или ще станат страни и които съдържат разпоредби по въпроси, уредени в протокола, освен ако държавите, страни по такъв инструмент, не са направили декларация за обратното.

200 Координираността с други инструменти е полесна: съгласно член 19 протоколът не засяга други международни инструменти, по които договарящите държави са или ще станат страни и които съдържат разпоредби относно приложимото право към задължения за издръжка. Протоколът е с предимство пред такива предходни или последващи инструменти само в случай на декларация в обратен смисъл от държавите, обвързани от такива инструменти.

Параграф 2 – **Параграф 1 се прилага и спрямо еднородни закони, основавани на специални връзки от регионално или друго естество между съответните държави.**

201 Следва да се изтъкне, че съгласно член 19, параграф 2 това решение се прилага и към отношения между протокола и еднородни правни системи, основани на съществуването на специални връзки между съответните държави, по-специално от регионално естество. От това следва например, че протоколът би бил с по-малко предимство пред бъдещ регионален инструмент, който урежда същия въпрос, ако това е приложимо.

Член 20 Единно тълкуване

При тълкуването на настоящия протокол се отчита неговият международен характер и необходимостта да се насърчава единното му прилагане.

202 С тази разпоредба, която стана традиция във всички инструменти за еднородно право, държавите – страни по протокола, се съгласяват при тълкуването на протокола да отчитат неговия международен характер и необходимостта да се насърчава единното му прилагане. Това *inter alia* предполага задължение за органите на договарящите държави доколкото е възможно да вземат предвид решенията, постановени по силата на протокола, в други договарящи държави. Естествено тези решения са необвързващи, тъй като органите на другите държави не са длъжни да ги спазват.

Член 21 Преглед на практическото действие на протокола

Параграф 1 – Генералният секретар на Хагската конференция по международно частно право свиква при необходимост Специална комисия за преглед на практическото действие на протокола.

203 С оглед осигуряване на мониторинг в член 21 се предвижда, че генералният секретар може да свиква при необходимост Специална комисия за преглед на практическото действие на протокола.

Параграф 2 – За целите на този преглед договарящите страни си сътрудничат с Постоянното бюро на Хагската конференция по международно частно право при събиране на съдебна практика по прилагането на протокола.

204 Със същата цел и с оглед да се улесни достъпът на органите на договарящите държави до решенията, постановени в други държави по силата на протокола, договарящите страни се съгласяват да си сътрудничат с Постоянното бюро при събиране на съдебна практика по прилагането на протокола.

Член 22 Преходни разпоредби

Настоящият протокол не се прилага за издръжка, искана в договаряща държава за период, предхождащ влизането в сила на протокола в тази държава.

205 В съответствие с този член протоколът не се прилага за издръжка, искана в договаряща държава за период, предхождащ влизането в сила на протокола в тази държава. Целта на тази разпоредба е да се избегне ситуация, в която нови норми оказват въздействие върху правата и задълженията на страните, предхождащи влизането в сила на нормите. Това решение отговаря на решението, съдържащо се в член 12 от Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право)⁷¹.

206 За разлика от конвенцията (срв. член 56, параграф 1), протоколът съответно не се прилага към производства, образувани след влизането му в сила; в противовес на това прилагането му не се изключва, ако производството е било образувано преди тази дата. От друга страна, и в двата случая ще трябва да се определи *за кой период* се иска издръжка. Ако се иска издръжка за период преди влизането в сила на новия инструмент (например ако кредиторът иска изплащане на просрочени задължения), протоколът няма да се прилага дори ако производството е образувано след влизането му в сила. Задължението за издръжка за този период ще продължи да подлежи на нормите на международното частно право (въз основа на конвенция или национални източници), които са били приложими в държавата на сезирания съд преди влизането в сила на протокола. От друга страна, даден орган, който след влизането в сила на протокола трябва да се произнесе във връзка с издръжка, дължима в бъдеще, ще трябва да прилага този инструмент, въпреки че производството е било образувано преди влизането му в сила.

Член 23 Подписване, ратификация и присъединяване

Параграф 1 – Настоящият протокол е открит за подписване от всички държави.

Параграф 2 – Настоящият протокол подлежи на ратификация, приемане или одобрение от подписалите го държави.

⁷¹ Доклад Verwilghen (цитиран по-горе, бележка 14), точки 182 и следващите.

Параграф 3 – Настоящият протокол е открит за присъединяване от всички държави.

Параграф 4 – Инструментите за ратификация, приемане, одобрение или присъединяване се депозират в Министерството на външните работи на Кралство Нидерландия, депозитар на протокола.

207 Тази разпоредба отговаря на разпоредбата, включена в повечето Хагски конвенции. Нормите, които се установяват за подписване, ратификация и присъединяване, са в съответствие с традиционните решения и съответно не изискват специални коментари⁷².

208 В случай обаче че даден инструмент използва наименованието на протокола, тази разпоредба е от особено значение, тъй като с нея се установява принципът на автономия на този инструмент във връзка с конвенцията, с оглед която е изготвен. Както вече беше отбелязано, всяка държава може да подпише, ратифицира или да се присъедини към протокола, дори да не е подписала, ратифицирала или не се е присъединила към конвенцията. Това решение бе прието след известно колебание на заседанието на Дипломатическата сесия, като по мнение на делегатите не бе обосновано да се променя наименованието от протокол на конвенция (вж. по-горе точка 15 и следващите).

Член 24 Регионални организации за икономическа интеграция

Параграф 1 – Регионална организация за икономическа интеграция, която е съставена само от суверенни държави и има компетентност по някои или по всички въпроси, уредени от настоящия протокол, може също така да подпише, приеме, одобри или да се присъедини към протокола. В такъв случай регионалната организация за икономическа интеграция има правата и задълженията на договаряща държава, доколкото организацията има компетентност по въпроси, уредени от протокола.

Параграф 2 – При подписването, приемането, одобрението или присъединяването регионалната организация за икономическа интеграция нотифицира писмено депозитаря за въпросите, уредени от настоящия протокол, относно които ѝ е била прехвърлена компетентност от нейните държави членки. Организацията нотифицира незабавно депозитаря в писмена форма за промените в компетентността ѝ така, както тя е определена в последното по време уведомяване, извършено съгласно настоящия параграф.

Параграф 3 – При подписването, приемането, одобрението или присъединяването регионалната организация за икономическа интеграция може да декларира в съответствие с член 28, че има компетентност по всички въпроси, уредени от настоящия протокол, и че държавите членки, които са ѝ прехвърлили компетентност по тези въпроси са обвързани от протокола по силата на подписването, приемането, одобряването или присъединяването на организацията.

Параграф 4 – За целите на влизането в сила на протокола, всеки инструмент, депозирани от регионална организация за икономическа интеграция, няма да бъде взет предвид, освен ако регионалната организация за икономическа интеграция не направи декларация съгласно параграф 3.

Параграф 5 – Всяко позоваване на „договаряща държава“ или „държава“ в протокола се прилага също така, ако е подходящо, към регионална организация за икономическа интеграция, която е страна по него. Когато регионална организация за икономическа интеграция е направила декларация съгласно параграф 3, всяко позоваване на „договаряща държава“ или „държава“ в настоящия протокол се прилага също така, ако е подходящо, към държавите членки на организацията.

209 Подобно на конвенцията (срв. член 59), протоколът съдържа разпоредба, определяща условията, съгласно които РОИИ може да стане страна по него. Това представлява окончателна клауза със скорошен произход, който се среща само в най-новите инструменти, приети от Хагската конференция⁷³. Припомня се, че уставът на Хагската конференция също беше изменен през 2007 г. с оглед да се позволи на РОИИ да стават членове на конференцията⁷⁴. Това развитие е свързано най-вече с развитието, настъпило в рамките на Европейския съюз съгласно Договора от Амстердам, съгласно който Европейската общност придоби вътрешни и външни правомощия по отношение на международното частно право. Европейската общност стана член на конференцията на 3 април 2007 г. Естествено член 24 е изготвен по общ начин и при необходимост може да се прилага към други РОИИ, които могат да разполагат с правомощия по урежданите с протокола въпроси.

210 Разпоредбите на този член са абсолютно същите като разпоредбите на член 59 от конвенцията. В съответствие с това за коментар се позоваваме на точки 695 – 700 от доклада Borrás – Degeling.

⁷² Срв. член 58 от конвенцията и точки 689 – 694 от доклада Borrás – Degeling.

⁷³ По-специално член 29 от *Хагската конвенция от 30 юни 2005 г. за споразуменията относно избор на съд*; член 18 от *Хагската конвенция от 5 юли 2006 г. за правото, приложимо към някои права по отношение на ценните книжа, държани при посредник*.
⁷⁴ Срв. член 3 от устава.

Член 25 Влизане в сила

Параграф 1 – Настоящият протокол влиза в сила на първия ден от месеца следващ изтичането на срок от три месеца след депозиране на втория инструмент за ратификация, приемане, одобрение или присъединяване, посочен в член 23.

211 Що се отнася до влизането в сила на протокола, съгласно член 25, параграф 1 се изисква да се депозират два инструмента за ратификация, приемане, одобрение или присъединяване. Това решение, което е същото като използваното в конвенцията (срв. член 60) и в други инструменти, приети наскоро от Хагската конференция⁷⁵, е особено благоприятно за влизането в сила на инструмента. То се обосновава от съображението, че няма слабости във връзка с прилагането на протокола само между две държави, ако те желаят да го прилагат. Припомня се, че независимо от броя на държавите страни по него, протоколът е приложим *erga omnes* (срв. член 2).

Параграф 2 – Впоследствие настоящият протокол влиза в сила:

Буква а) – за всяка държава или регионална организация за икономическа интеграция, посочена в член 24 която впоследствие го ратифицира, приема, одобри или присъедини към него – на първия ден от месеца следващ изтичането на срок от три месеца след депозиране на инструмента за неговата ратификация, приемане, одобрение или присъединяване;

Буква б) – за териториална единица, за която настоящият протокол се прилага в съответствие с член 26 – на първия ден от месеца следващ изтичането на срок от три месеца след нотифициране на декларацията, посочена в същия член.

212 Другите норми в член 25 са същите като нормите в член 60 от конвенцията, както и в другите инструменти, приети от Хагската конференция.

Член 26 Декларации при повече от една правна система

Параграф 1 – Ако дадена държава се състои от две или повече териториални единици, в които се прилагат различни правни системи към въпросите, уредени с настоящия протокол, тя може при подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването, да декларира в съответствие с член 28, че протоколът се прилага във всички териториални единици или в една или повече от тях и може да промени тази декларация, като направи друга декларация по всяко време.

Параграф 2 – Всяка такава декларация се нотифицира на депозитаря и в нея изрично се посочват териториалните единици, в които се прилага протоколът.

Параграф 3 – Ако дадена държава не направи декларация по настоящия член, протоколът се прилага във всички териториални единици на тази държава.

Параграф 4 – Настоящият член не се прилага към регионална организация за икономическа интеграция.

213 В съответствие с традиционния подход член 26, параграф 1 позволява на дадена страна, съставена от две или повече териториални единици, в които се прилагат различни правни системи към въпросите, уредени с протокола, да декларира, че този инструмент се прилага във всички териториални единици или в една или повече от тях. При липсата на такава декларация протоколът ще се прилага на цялата територия на тази държава (член 26, параграф 3).

Член 27 Резерви

По настоящия протокол не могат да се правят резерви.

214 Този член е много важен, тъй като с него се установява принципът, че по протокола не могат да се правят резерви. Както бе посочено по-горе (срв. по-горе точка 25), това решение е много различно от решението в Хагската конвенция за издръжка от 1973 г. (приложимо право), която позволява на държавите да ограничат прилагането на конвенцията до определени задължения за издръжка (например тези между съпрузи и бивши съпрузи и/или тези спрямо лице, ненавършило 21 години, което няма сключен брак; срв. член 13) или да изключват нейното прилагане към определени задължения за издръжка (между лица с родство по непряка линия или по сватовство или в определени случаи между съпрузи, които са се развели или разделили, или чийто брак е бил обявен за унищожен или анулиран; срв. член 14). В допълнение към това член 15 от тази конвенция позволява да се правят резерви по прилагането на правото на сезирания съд, когато кредиторът и длъжникът са граждани на съответната държава и ако това е държавата по обичайното място на пребиваване на длъжника. Няколко договарящи държави декларираха резерви. Благодарение на член 27 приложното поле на протокола не може да се ограничава и не се предвиждат изключения по решенията, определени в този инструмент по отношение на приложимото право.

⁷⁵ Срв. член 31 от Хагската конвенция от 30 юни 2005 г. за споразуменията относно избор на съд и член 19 от Хагската конвенция от 5 юли 2006 г. за правото, приложимо към някои права по отношение на ценните книжа, държани при посредник.

Членове 28 – 30 Декларации, денонсиране, нотификация

Член 28 Декларации

Параграф 1 – Декларациите, посочени в член 24, параграф 3 и член 26, параграф 1 могат да бъдат направени при подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването или по всяко време след това и могат да бъдат изменени или оттеглени по всяко време.

Параграф 2 – Декларациите, измененията и оттеглянията се нотифицират на депозитаря.

Параграф 3 – Декларация, направена при подписването, ратификацията, приемането, одобрението или присъединяването поражда действие едновременно с влизането в сила на настоящия протокол за съответната държава.

Параграф 4 – Декларация, направена впоследствие, както и всяко изменение или оттегляне на дадена декларация, поражда действие на първия ден от месеца следващ изтичането на срока от три месеца след датата, на която нотификацията е получено от депозитаря.

Член 29 Денонсиране

Параграф 1 – Всяка договаряща държава по настоящия протокол може да го денонсира като нотифицира писмено депозитаря. Денонсирането може да бъде ограничено до някои териториални единици на държава с повече от една правна система, в които протоколът се прилага.

Параграф 2 – Денонсирането поражда действие на първия ден от месеца следващ изтичането на срок от 12 месеца след датата, на която нотификацията е получена от депозитаря. Когато в нотификацията е посочен по-дълъг срок за пораждаване на действие на денонсирането, денонсирането поражда действие при изтичането на този по-дълъг срок след датата, на която нотификацията е получена от депозитаря.

Член 30 Нотификация

Депозитарят нотифицира членовете на Хагската конференция по международно частно право и други държави и регионални организации за икономическа интеграция, които са подписали, ратифицирали, приели, одобрили или присъединили в съответствие с членове 23 и 24 за следното:

Буква а) – подписванията, ратификациите, приеманията, одобренията и присъединяванията, посочени в членове 23 и 24;

Буква б) – датата, на която настоящият протокол влиза в сила в съответствие с член 25;

Буква в) – декларациите, посочени в член 24, параграф 3 и член 26, параграф 1;

Буква г) – денонсиранията, посочени в член 29.

215 Тези членове следват традиционни решения. Те не изискват специални коментари.

Лозана, 26 август 2009 година.

Хагската конференция по международно частно право
Постоянно бюро
Churchillplein 6b
2517 JW Хага
Нидерландия
Телефон: +31 70 363 3303
Факс: +31 70 360 4867
Електронна поща: secretariat@hcch.net
Уебсайт: www.hcch.net

DS-02-14-736-BG-N



ISBN 978-92-79-39251-1



doi : 10.2838/20481