

III. Правен обичай и съдебна практика

1. Правният обичай във виртуалното пространство

Особено значение за съвременния етап на развитие на правното регулиране на отношенията във виртуалното пространство има правният обичай. Той встъпва в ролята на специфичен регулатор на поведение на различните субекти, установен в следствие на фактическото му прилагане в течение на продължителен период от време (обичай да се разменят благодарствени писма след сключване на сделки в Интернет) като социалните норми на обичая се установяват тогава, когато по силата на продължително прилагане се трансформират в поведенческа привычка. Обичаят допълва, развива един или друг закон, като отразява продължителната и еднообразна практика, както в действията, така и бездействията на субектите и въплъщава неотложна и разумна потребност от правно регулиране на ситуациите.

Държавното санкциониране на обичая се осъществява или в съдебен процес или в административната дейност, когато обичаят служи като основание за разрешаване на спорове (Англия) или по пътя на включването на обичая в издаваните нормативни актове. Той не се презюмира в съда, а е необходимо да бъде доказан.

При отсъствието на необходими законови разпоредби, регулиращи в цялост виртуалното пространство е необходимо да бъде признато важното значение, което има правният обичай като източник на право в това пространство, основан на последователното и продължително прилагане на едни или други правила.

В българското право обичаят заема ограничено място като правен източник. Проф. Р.Ташев го определя като “правило за поведение, намиращо се в социална среда, действащо в рамките на ограничена територия или социална група, установено и придобило задължителност по пътя на дълготрайна употреба и притежаващо правна санкция”¹

В българската правна система обичаят като неписано право, скрепено с правна санкция е субсидиарен по отношение на закона

¹ Ташев, Р. Цит. съч. С. 78

източник на право. Законът препраща към обичайното правило за поведение, което по силата на препращането става част от правната система.²

С последните изменения на Закона за задълженията и договорите от (ДВ,бр.19, от 2003г.) е създадена нова “Част трета”, в която се уреждат въпросите свързани с приложимо право към договори с международен елемент. Тези разпоредби допускат прилагане на обичая, който е известен на страните или би трябвало да им е известен, ако е широко известен в международната търговия и постоянно спазван от страните по договори от същия вид в съответната област на търговия. Ако не е уговорено друго се смята, че страните са приели за приложим обичая (чл.437,ал.2 ЗЗД). Позоваване на обичая има в чл. 20 на ЗЗД във връзка с тълкуването на договорите.³

Друг случай на субсидиарна приложимост на правните обичаи е уреден в чл.300 от ТЗ при допълване на търговски договор от съда, той се съобразява и с “ търговския обичай”.

Според Правилника на арбитражния съд при БТПП: “арбитражният съд решава споровете въз основа на правилата на приложимото материално право, като се имат предвид условията на договора и търговските обичаи”.

Правният обичай е основен източник на правото в системата на международното право, чиито източници, разгледани по – горе заемат особено важно място в правното регулиране на отношенията във виртуалното пространство. Правилото съдържащо се в международния обичай, действа само за тези държави, които в определена форма (например със споразумение или деловия оборот) са го признали. Той се прилага дотолкова, доколкото отделна държава го е възприела по един или друг начин. Обичаите в основата на които стоят принципите на суверенитета и равенството на държавите, по принцип са задължителни за всички страни. Що се отнася до други обичаи, те могат да бъдат обвързващи спрямо една или друга държава в случаите, когато в една или друга форма са признати.

² Пак там , С. 82

³ Кутиков, В., Международно частно право на РБ,1993г., ред. Тодоров,Т.,стр137-140;

Освен международноправните обичаи, във виртуалното пространство имат място и *обичаите на информационния обмен*. Възприетите в информационната практика обичаи могат да се използват в арбитражните съдилища в случаите, когато това е указано в договора, от който възниква интернет спора и тогава, когато към обичая препраща правна норма, подлежаща на прилагане в спорното дело, или ако обичая се основава на положения в международен договор, действащ в отношения между държави, към които принадлежат страните в спора. Освен това в арбитражната практика се допуска прилагането на информационни обичаи в случаите когато в нормите на правото, подлежащо на прилагане в спорното дело не се съдържат необходими указания и препратката към обичая произтича от характера на условията, отнасящи се към спора.

С оглед задачите на настоящото изследване е необходимо да се разгледа и определи мястото, което има обичайното право при регулирането на виртуалното пространство. Характерно за обичайните норми е това, че при тях липсва правна санкция. Санкцията при тях, като вид социални норми се осъществява от социалната група като цяло. Предвид характера и спецификата на виртуалното пространство поведенческите модели създадени от обичайните норми следва да имат общоприложим и масов характер.

Виртуалното пространство може да се разглежда като свободен пазар на блага, отразяващ определени ценности и изразяващ следните предпочитания на различни социални групи. На първо място на тези, които управляват неговата архитектура при помощта на мрежовите протоколи и технически спецификации. На второ, на ползвателите при избора на мрежата, към която те се обръщат съблюдавайки съответните правила за поведение. На трето, на тези, които не попадат под никоя форма на регулиране (това произтича от децентрализираното управление на Мрежата и възможността да бъде избегната териториалната власт).

Предвид моделите на децентрализирано регулиране и собствените за виртуалното пространство електронни документи, може да бъде проведена аналогия с обичайното право, в частност с *lex mercatoria*.

Д.Пост вижда в това пример за свободно и спонтанно създаване на правила, освободени от всякакъв контрол от страна на държавата.⁴

Известно е, че в териториално отношение исторически обичайното право встъпва като право в определен град и се развива спонтанно и корпоративно. Образуването на обичаите носи стихийен характер. Социалните норми на обичая се установяват тогава, когато по силата на продължително прилагане се трансформира в поведенческа привичка. Обичаите се санкционирани с решения на съда. Увеличаването на ролята на съда произтича най-вече във връзка с разширяването на търговията и необходимостта от намирането на средства за регулиране на разногласията по друг начин, освен позовавайки се на локалното местно обичайно право.

Необходимо било общо и унифицирано признание на някои правила на поведение. Постепенно се появява юридическия прецедент и статутното право. Съществува и още един способ за санкциониране на обичаите- чрез закрепването им или препращане към тях в текстовете на закона. *Lex mercatoria* се разглежда като един от моделите на обичайното право. Тук става дума за право, основано на обичаите, ползващо се с признание и достатъчен авторитет, за да му бъде придадена обвързваща (задължителна) сила в сферата на стоково-паричните отношения. Заедно с това неговия нормативен характер е бил ограничен в рамките на определена територия.⁵

За признаването на обичая е било необходимо широка подкрепа от населението и продължително съществуване.

Обичайното право отдава значение на договора в качеството на механизъм на фиксиране на съгласието на субектите и му придава юридическа сила. Неговото възникване, изменение и прекратяване не се свързва с необходимостта от съществуване на централна власт. Международното публично право, което признава обичая в качеството на източник на правото, потвърждава това. Процесът на сключване на

⁴ Post D. G. Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace. P

⁵ Goldsmith J., Lessig L. Grounding the Virtual Magistrate.
<http://www.law.vill.edu/ncair/disres/groundvm.htm>. P2

международни договори, илюстрират формиране на широко съгласие, което се отразява често в нормите на международното обичайно право.⁶

Възниква въпросът може ли да се установи правно регулиране без законодателстване . В тази връзка Голдсмит и Лесиг казват “ за да притежават реална изпълнителна сила, юридическите рамки на виртуалното пространство трябва да черпят своята власт и авторитет от правото на реалното пространство”. Или иначе казано от вече съществуващите и признати норми на международното договорно право.⁷ Този механизъм обаче, трябва да съответства на позитивисткото изискване – наличието на фундаментална власт и формални източници на право. В този смисъл задължението при правния обичай получава своята сила от това, че то е самоустановено от една страна и от друга страна за това , че то придобива своето значение от възможността за принудително изпълнение.⁸ В традиционната правната доктрина се приема, че обичаят в съвременното общество загубва своето значение като правен източник. “Той е обективен и неорганизиран източник на правото, който се обляга на съзнателна или несъзнателна традиция на социалната група, а не на вилевия акт на една власт”.⁹

Проф Т. Колев отбелязва , че като интуитивен и спонтанен източник, обичаят не може да бъде прецизно формулиран и формално определен. “Това е причина той да не може да постигне сигурност при уреждане на обществените отношения, а оттук – и стабилност при утвърждаване на правния ред.”¹⁰

За разлика от традиционно правната мисъл, теоретиците изследващи въпросите, свързани с регулиране на отношенията във виртуалното пространство приемат, че при формиране на новата правна култура свързана с това пространство и особено в неговия преходен период именно обичаите могат да придобият съществено значение при отчитане

⁶ Menthe D. Jurisdiction in Cyberspace: A Theory of International Spaces. Michigan, 1998
<http://www.law.umich.edu/mttlr/volfour/menthe.html.P.42>

⁷ Goldsmith J., Lessig L. Grounding the Virtual Magistrate.
<http://www.law.vill.edu/ncair/disres/groundvm.htm.P2>

⁸ Goldsmith J., Lessig L. Grounding the Virtual Magistrate.
<http://www.law.vill.edu/ncair/disres/groundvm.htm.P2>

⁹ Бержел, Ж.Л., Обща теория на правото , 1993, с. 69-70

¹⁰ Колев, Т., Въведение в правото, 2005, С.47.

на факта, че исторически правният обичай предшества нормативното регулиране.

2. Съдебна практика

Позитивното право има за свои основни източници закона, като общонормативен акт установен от държавата, правният обичай и прецедента (съдебното решение). Какво е мястото на последния като източник на регулиране на отношенията във виртуалното пространство.

По принцип под съдебна практика като източник на право се разбира провежданите в постановените решения възгледи на съда по какъвто и да е правен въпрос, имащи ръководно значение при решаването от съдилищата на аналогични въпроси в бъдеще. Този източник на право е характерен за страните от Общото право (Великобритания и частично САЩ).

В българската правна наука няма единно становище по въпроса дали съдебната практика да се разглежда като източник на правото. Като цяло не се приема, че тя представлява източник на право в прекия смисъл на думата.¹¹

Проф Р.Ташев определя съдебната практика като “новите правни мотиви от влезлите в юридическа сила в дадена правна система съдебни решения, които са придобили известност сред практикуващите юристи”.¹² Съдебната практика от една страна се приема като съвкупност от съдебни актове, а от друга – трайно тълкуване от съдилищата или определен съд на дадена правна норма.¹³

Според проф. М. Павлова тълкувателните съдебни актове по конкретни спорове, както и трайната съдебна практика не могат да се считат за източници на право. Източници на право могат да бъдат решенията на Конституционния съд и тълкувателните решения на ВКС и ВАС, тъй като съдържат общи и абстрактни правила за поведение, които

¹¹ Кутиков, В. Международно частно право на РБ, Обща част, ред.

¹² Ташев, Р. Обща теория на правото, 2005, С. 92 Тодоров, Т., 1993г.

¹³ Таджер, В., Гражданско право, Обща част.

са задължителни за всички или по отношение на неопределен кръг правни субекти.¹⁴

В този смисъл в България не може да се говори за съдебна практика при решаването на спорове, свързани с Интернет. Необходимо е да бъде приета нормативната база за използване на електронния документ в съдилищата въпреки, че ЗЕДЕП дава реална възможност да бъдат използвани като доказателства в процеса на документи подписани с усъвършенстван или универсален електронен подписи и съдът не може да откаже да ги допусне като доказателства в процеса на основание на това, че са съставени в електронна форма (правило инкорпорирано в българския закон от Директива на ЕС 1999/93 за електронния подпис)

По принцип съдебната практика не е източник и на международното частно право, но тя има значение при тълкуването на нормите , в процеса на тяхното прилагане, а в областта на “интернет – сделките”, значението на арбитражната практика е несъмнено. Към момента значителен дял от “интернет – споровете, създаващи арбитражната практика в тази област имат тези, свързани със защита на интелектуалната собственост в Интернет и по- специално спорове за регистрация и използване на домейни.

От изнесената статистика на WIPO Arbitration and Mediation Center¹ упълномощена от ICANN организация¹⁵, за разглеждане на спорове за домейни зони – по- нататък подробно ; WIPO (World Intellectual Property Organization)- за периода 1999г. – март 2003г. е разгледал над 4000 спора.

Съдебната практика по мнението на различни теоретици, изследващи правото на виртуалното пространство не представлява особен интерес за изследването на този феномен по силата на това, че основната цел е разработване на нова правна доктрина.

¹⁴ Павлова, М. За ролята на съдебната практика. Съвременен право, 1998, кн.3, С.85

¹⁵ <http://arbiter.wipo.int/center/11pd>