



РЕПУБЛИКА БЪЛГАРИЯ

ВИСШ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ

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

Изх.

Дата:2020 г.

**ДО
ОБЩОТО СЪБРАНИЕ НА
ГРАЖДАНСКА И ТЪРГОВСКА
КОЛЕГИЯ
НА ВЪРХОВЕН КАСАЦИОНЕН СЪД**

С Т А Н О В И Щ Е

**НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ
ПО ДОПЪЛНИТЕЛНИЯ ВЪПРОС
ПО ТЪЛКУВАТЕЛНО ДЕЛО № 2 / 2020 Г.**

УВАЖАЕМИ ДАМИ И ГОСПОДА ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

С разпореждане от 14.04.2020 г. на председателя на ВКС е допълнено разпореждане от 20.01.2020 г. за образуване на тълкувателно дело № 2/2020 г. по описа на Общото събрание на съдиите от Гражданска и Търговска колегии на ВКС за приемане на тълкувателно решение, като Общото събрание на съдиите от Гражданска и Търговска колегии на ВКС се произнесе по следния допълнителен въпрос, по който е констатирана противоречива практика на състави на ВКС, постановена в производства по чл. 290 ГПК, а именно¹:

¹ Изписаните с италики и поставени в кавички текстове са цитат от съответния посочен документ по делото, нормативен или друг публичен акт, включително литературен източник.

„При направено възражение за прихващане (съдебна компенсация) от кой момент се считат погасени двете насрещни вземания, когато едно от тях или и двете са спорни/неликвидни, респ. от кой момент поражда действие съдебното възражение за прихващане?“

Със същото разпореждане на председателя на ВКС този допълнителен въпрос е позициониран като първи, а първоначално поставените два въпроса са определени като втори и трети.

На основание чл. 129, ал. 4 от Закона за съдебната власт (ЗСВ) Висшият адвокатски съвет е представил становище по първоначалните два въпроса (по-нататък то ще се цитира като Становището по първоначалните въпроси), сега посочени като втори и трети, поради което предлагам на вниманието Ви становище по допълнително поставеният за тълкуване въпрос.

1. ПРОТИВОРЕЧИВАТА ПРАКТИКА:

1.1. В Решение № 103/01.08.2017 г. на ВКС по гр.д. № 61323/2016 г., IV г.о., е прието, че „съдебното прихващане“ има ретроактивен ефект съгласно чл. 104, ал. 2 ЗЗД, защото: „влизането в сила на съдебното решение, с което се установява вземането, има характера на сбъдването на отлагателното условие, под което е направено прихващането и от този момент изявлението за това ще породи действие. Това действие обаче ще има обратна сила, което изрично е посочено в разпоредбата на чл. 104, ал. 2 от ЗЗД, съгласно която двете насрещни вземания се смятат погасени до размера на по-малкото от тях от деня, в който прихващането е могло да се извърши, т. е. прихващането винаги има обратно действие, независимо от това дали се касае до прихващане с безспорно вземане или за такова със спорно вземане, което е поставено под условие, съгласно разпоредбата на чл. 104, ал. 1, изр. 2 от ЗЗД.” **Аргументите на състава на IV г.о. са:** „Този извод следва както от граматическото, така и от систематическото тълкуване на разпоредбата на чл. 104, ал. 2 от ЗЗД. ... При това в ГПК, освен правилото на чл. 298, ал. 4 от ГПК, не се съдържат специални правила по отношение на правото на прихващане и упражняването му, поради което приложение намират тези, установени с разпоредбите на чл. 103 – чл. 105 от ЗЗД. ... Сбъдването на условието настъпва от момента на влизането на решението в сила. Същото обаче не създава ликвидност на вземането (като установено по основание и размер) като предпоставка за прихващането, а само я установява при липса на

посочено в чл. 298, ал. 4 от ГПК изключение не може да се приеме, че тази разпоредба предвижда друг момент за осъществяване на прихващането по отношение на спорните вземания. За да се счете, че при спорните вземания прихващането се извършва със съдебното решение, **то на същото трябва да бъде придадено конститутивно действие** (подчертаването мое). За такова действие е необходима изрична законова разпоредба, каквато в случая не е налице, а с оглед на горното същото не може да бъде изведено и по тълкувателен път от разпоредбите на чл. 298, ал. 4 от ГПК и чл. 104, ал. 1, изр. 2 от ЗЗД. ... Самото решение установява съществуването на вземането не само към момента на приключване на устните състезания, а и с обратна сила към момента на възникването му, което означава, че и ликвидността на същото трябва да се счита установена към този момент.” **Това разбиране е възприето и в актове на други съдилища**, включително районни съдилища, които пряко се позовават на Решение № 103/01.08.2017 г. на ВКС по гр.д. № 61323/2016 г., IV г.о.: в този смисъл влезлите в сила Решение № 392753/24.04.2018 г. на Софийски районен съд по гр.д. № 70387/2014 г. и Решение № 327/16.04.2018 г. на РС – Добрич по гр.д. № 4128/2017 г.

1.2. Обратното разбиране, че „съдебното прихващане“ има действие занапред – от влизане в сила на решението, с което възражението за прихващане е уважено, се поддържа в Решение № 35/25.07.2017 г. на ВКС по т.д. № 3164/2015 г. на I т.о. В него е прието: „*че в хипотезата на съдебно прихващане с неликвидни насрещни вземания /или едно от тях/ правният ефект на съдебното прихващане настъпва с влизане в сила на съдебното решение, с което се установяват насрещните вземания и тяхната изискуемост, така че им се придава занапред качеството на ликвидност“.* В този смисъл са и Решение № 113/09.07.2013 г. на ВКС по гр.д. № 1274/2013 г. на II г.о., Решение № 696/07.07.2004 г. на ВКС по гр.д. № 1911/2003 г. на ТК; Решение № 225/28.05.2011 г. на ВКС по т.д. № 631/2010 г. на II т.о., Решение № 149/30.10.2009 г. на ВКС по т.д. № 79/2009 г. на II т.о. - всички цитирани в Решение по т.д. № 3164/2015 г. на I т.о. **Съдебните състави, които застъпват това разбиране, разграничавайки материалноправното изявление за прихващане от съдебната компенсация, приемат, че последната погасява насрещните вземания занапред и ефектът на прихващането се проявява след установяване с влязло в сила решение на съществуването на насрещните вземания и на тяхната изискуемост.** Това разбиране е възприето и в актове на други съдилища, включително районни съдилища, които пряко се позовават на Решение № 35/25.07.2017 г. на ВКС по т.д. № 3164/2015 г. на I т.о.: в този смисъл влязлото в сила Решение № 189293/12.08.2019 г. на Софийски районен съд по гр.д. № 8582/2017 г.

2. ЗНАЧЕНИЕТО НА ВЪПРОСА ЗА РАЗВИТИЕТО НА ПРАВОТО:

2.1. Следва да се изтъкне, че разбирането, че т. нар. „съдебната компенсация“ има действие от влизане в сила на решението, а не от момента, в който двете вземания са били насрещни и изискуеми, т. е. че чл. 104, ал. 2 ЗЗД не се прилага при съдебна компенсация, присъства като попътно посочване и в **мотивите на някои тълкувателни решения**, макар поставеният за тълкуване въпрос, разрешаван с тези актове, да не се отнася до момента на погасяване на задълженията.

2.1.1. Така в Тълкувателно решение по тълк. д. № 1/2013 г., т. 4 от **мотивите**, е посочено: *„Когато обаче насрещното вземане, с което се прихваща, е спорно /неликвидно/, т. е. негов предмет е едно спорно право, за което съдът се произнася със сила на пресъдено нещо /чл. 298, ал. 4 ГПК/, при което ефектът на прихващането ще се прояви след влизане в сила на съдебното решение, (подчертаването мое) на общо основание /чл. 131, ал. 2, т. 5 и чл. 133 ГПК/ същото може да бъде направено най-късно с отговора на исковата молба и заявяването му по-късно, включително пред въззивния съд, е недопустимо“.*

2.1.2. Също и в **мотивите** по т. 6 от Тълкувателно решение № 1 от 4.01.2001 г. на ВКС по т. гр. д. № 1/2000 г., ОСГК, където е посочено: *„Ако обаче насрещното вземане, с което се прихваща, е спорно, т. е. неликвидно, чрез възражението за прихващане ще се установи компенсируемостта на насрещните вземания след установяване на тяхното съществуване (изискуемост и ликвидност), и ефектът на прихващането ще се прояви след (подчертаването мое) влизане в сила на решението.“*

2.2. Изложеното показва, че поставеният за разрешаване по настоящото дело тълкувателен въпрос относно времевия ефект на т. нар. „съдебно прихващане“ е типичен пример за въпрос, който е от **съществено значение за точното прилагане на закона и развитието на правото** по смисъла на т. 4 от Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по т. д. № 1/2009 г., ОСГТК, според която:

„Правният въпрос от значение за изхода по конкретно дело, разрешен в обжалваното въззивно решение е от значение за точното прилагане на закона, когато разглеждането му допринася за промяна на създадената поради неточно тълкуване съдебна практика, (подчертаването мое) или за осъвременяване на тълкуването ѝ с оглед изменения в законодателството и обществените условия, а за развитие на правото, когато законите са непълни, неясни или противоречиви, за да се създаде

съдебна практика по прилагането им или за да бъде тя осъвременена предвид настъпили в законодателството и обществените условия промени.

*Точното прилагане на закона и развитието на правото по смисъла на чл. 280, ал. 1, т. 3 ГПК формират общо правно основание за допускане на касационно обжалване, което е налице във всички случаи, **при които приносът в тълкуването** (подчертаването мое) осигурява разглеждане и решаване на делата според точния смисъл на законите.“*

2.3. Въпросът е от съществено значение за развитието на правото, защото без съмнение е налице **не само противоречива практика, но в ретроспективен план и едно относително константно тълкуване**, според което т. нар. „съдебна компенсация“ действа от влизане в сила на решението на съда, с което се уважава възражението за прихващане, тълкуване, чиято „точност“ ОСГТК на ВКС следва да прецени в настоящото тълкувателно производство и да реши дали са налице основания за **преосмисляне на: „създадената поради неточно тълкуване съдебна практика“**.

Нека посоча още, че последните години ВКС имà мъдростта, а и куража, да изостави немалко „канонизирани“ в предишната практика тълкувания – достатъчни примери са допускането на обезщетение за неимуществени вреди на договорно основание - Тълкувателно решение № 4 от 29.01.2013 г. на ВКС по тълкувателно д. № 4/2012 г., ОСГТК и тълкувателно решение № 1 от 26.06.2018 г. на ВКС по тълкувателно дело № 1/2016 г., ОСНГТК, относно кръга на лицата, имащи право на обезщетение за неимуществени вреди, с които без съмнение беше осъществено **съществено развитие на правото**, изразено в, както е посочено в т. 4 от Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по т. д. № 1/2009 г., ОСГТК: **„промяна на създадената поради неточно тълкуване съдебна практика“**.

3. ПРАКТИЧЕСКОТО ЗНАЧЕНИЕ НА ВЪПРОСА:

3.1. В Становището по първоначалните два въпроса, макар и попътно, се изложиха съображения относно времевия ефект на т. нар. „съдебна компенсация“ – т. 3.1. и т. 3.2., с. 3 – 7 и особено бележки под линия № 5, № 9 и № 14. И понеже, както е посочено в Становището на Висшия адвокатски съвет по допълнителния въпрос по Тълкувателно дело № 2/2017 г. ОСГТК, с. 10: **„В крайна сметка, правото съществува, за да отстранява несправедливостта, а не за да опиянява юристите с конструктивността си на „точна наука“, то трябва да е изкуство за доброто и справедливото, а не математика с правни понятия, защото иначе би било безсилно да изпълнява социалната си функция“**, ще разгледам първо **практическите резултати на тълкуването**, според което

при „съдебна компенсация“ погасяването на двете вземания става от деня на влизане в сила на съдебното решение.

3.2. Ако приемем, че т. нар. „съдебна компенсация“ действа от датата на влизане в сила на решението, защото чак тогава са налице материалноправните предпоставки за компенсиране, в частност ликвидността (безспорността) на активното вземане, ще трябва да приемем още, че:

3.2.1. **Извънсъдебната компенсация е невъзможна при каквото и да е оспорване, включително и очевидно неоснователно, на активното вземане, при което ще трябва да отречем въобще института на извънсъдебното прихващане с едностранно изявление² и да се съгласим, че извънсъдебното прихващане може да бъде единствено договорно, защото кредиторът по пасивното вземане трябва да признае своето задължение по активното (така както при безусловно прихващане с едностранно изявление кредиторът по активното вземане признава задължението си по пасивното), при което ще са налице две насрещни волеизявления насочени към погасяване на двете насрещни задължения до размера на по-малкото, които две насрещни волеизявления представляват тъкмо договор за прихващане³.**

3.2.2. **Компенсацията не може да се извърши, ако активното вземане е погасено по давност към момента на изявлението за**

² Това de lege lata твърди и *Машев, К.* Действие на компенсаторното изявление във времево отношение, публикация от 16.04.2020 г., 8:07, в Lex.bg – News, Научни и практически публикации, Електронно издание ISSN 2682-9606: „Следователно, за да настъпи погасителният ефект на извънсъдебното (материалното) прихващане, поне активното вземане трябва да бъде годно за компенсиране, т.е. да е било установено с влязло в сила съдебно решение или заповед за изпълнение, като двете насрещни изискуеми и ликвидни вземания ще се погасят до размера на по-малкото от тях от деня, в който са били налице условията за компенсируемостта им – „с обратна сила“. В този смисъл е и правната норма, уредена в чл. 104, ал. 2 ЗЗД – двете насрещни вземания се смятат погасени до размера на по-малкото от тях от деня, в който прихващането е могло да се извърши, т.е. в момента, в който поне активното вземане е било годно за компенсиране (установено по безспорен начин – със съдебен или друг правораздавателен акт, по основание и размер).“

³ Така и *Попова, В.* Прихващане. Материалноправни проблеми, в Избрани съчинения в три тома, том първи Прихващане материалноправни и процесуални проблеми, Сиела, С, 2010, с. 72 и Възражението за прихващане в съдебния исков процес, пак там с. 589. Относно двете монографии на Валентина Попова вж. и бележка № 3, с. 3 – 4 от Становището по първоначалните въпроси, но нека и тук повтаря - те: „представяват без съмнение най-задълбоченото и консеквентно изследване на компенсацията у нас, а вероятно и не само, чието добро познаване би спестило противоречия и недоразумения, но в някаква степен и за съжаление изглеждат подценени от читателската аудитория, особено онази, която пише“. Не отричам, че е възможна договорна компенсация – тя се практикува в редица случаи при потвърждаване на салда между контрахенти с трайни отношение, тя е след изменението от 2016 г. и легално уредена в art. 1348-2 от ГК на Франция. У нас договорът за текуща сметка – чл. 419 ТЗ е тъкмо това – договорна компенсация. Въпросът обаче не е дали е възможна договорната компенсация – тя е безспорна, а в това дали въобще е възможна компенсация с едностранно изявление или тя е само съдебна?

прихващане, или според някои дори към момента на влизане в сила на съдебното решение⁴, защото чл. 103, ал. 2 ЗЗД позволява компенсация с погасено по давност вземане, само ако прихващането е било възможно преди изтичането на давността, а то не е било тогава възможно, защото активното вземане не било безспорно – признато от кредитора по пасивното – длъжник по активното или съдебно установено⁵. Отново като краен резултат получаваме, че единствено възможното извънсъдебно прихващане е договорното. Така бидейки се отказали от автоматичната (без действие, без изявление на човека) компенсация и въвели в чл. 104, ал. 1 ЗЗД компенсацията с едностранно изявление⁶, излиза, че всъщност въобще не признаваме никаква компенсация с едностранно изявление⁷, а единствено компенсация по договор и такава извършвана от съда с конститутивно съдебно решение. Намирам, че този извод е от съществено значение за преосмисляне на концепцията за ефектите на т. нар. „съдебна компенсация“, която връща правоприлагането у нас векове назад към една погрешна интерпретация на конституциите на Юстиниан, станала легална заради погрешното разбиране на съставителите на Code civil на текстовете на двама безспорни за тях авторитети – Дома и Потие⁸.

⁴ Това като извод приема *Машев, К.*, цит. съч.: „Именно в този смисъл е и релевантната правна норма, уредена в чл. 103, ал. 2 ЗЗД, която предписва, че материалното (извънсъдебното) прихващане може да бъде извършено и след като вземането е погасено по давност, но само ако е могло да бъде извършено преди изтичането на давността, т. е. „с обратна сила“ – когато преди да изтече погасителната давност възникването, съществуването и изискуемостта на активното вземане е било установено с влязло в сила решение или заповед за изпълнение ...“.

⁵ Вж. и *Попова, В.*, цит. съч., с. 101 – 102.

⁶ Преход, който макар и като намек, е направен в art. 1243, с. 1 Codice civile (1942) – вж. бележка под линия № 18 от Становището по първоначалните въпроси, а от 2016 г. по-смело във Франция – art. 1347, ал. 2, с което и в тези системи е прието онова, което е в Германия, Швейцария и други страни – че компенсацията не настъпва автоматично, а е последица от едностранно изявление. Относно другите страни вж. *Попова, В.*, цит. съч., с. 99.

⁷ Този извод е направен още средата на 60-те на миналия век – *Цончев, К., В. Гоцев.* За ликвидността при прихващането на насрещни вземания, сп. Социалистическо право, 1966, кн. 10, с. 64: „Ако ще бъде необходимо ликвидността на вземането да се установява в отделен процес, не ще ли е по-правилно да преминем към съдебна компенсация. ... Каква по-нататъшна нужда ще има от волеизявлението по чл. 104, ал. 1 ЗЗД, ако е необходимо за негова предпоставка да послужи едно предварително съдебно разбирателство и установяване на насрещното вземане.“

⁸ Може да се каже, че нито един от тези автори не е казал това, в което ликвидността е превърната в Code civil – материалноправна предпоставка за прихващането. За *Domat*, Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus, Premiere partie (Des engagements), Liv. IV, Tit. II, Sect. II, 2, Paris, M DCCXIII (1713), p. 285, ликвидността все още е процесуален въпрос – той обяснява, че макар вземането, с което се компенсира, да трябва да е ликвидно, от разума на съдията зависи да прецени кое е ликвидно и малко ще забави процеса, като в бележка „b“ цитира целия първи параграф на конституцията на Юстиниан (C.J. 4.31.14.1) – вж. бележка № 5 на с. 4 от Становището по първоначалните въпроси. За *Pothier*, Traité des obligations, № 592, Tome second, Paris, Orleans, M DCCLXI (1761), p. 154 -155, въпросът също остава процесуален. Сочейки конституцията (C.J. 4.31.14.1), той казва, че спорният дълг не е ликвиден и с него не може да се компенсира, освен ако компенсацията разполага с доказателства, като обяснява, че дори ако е констатирано, че се дължи, ако не е констатирано колко се дължи и изясняването (ликвидацията) зависи от изчисления, за които е необходимо дълго обсъждане, дългът не е ликвиден и не може да се противопостави (срещу иска, пред съда) за компенсация. *Pothier*

3.2.3. Въпреки, че двете парични (или за еднородни и заместими вещи) вземания са си противостоели като изискуеми, съответно изпълняеми, ако те или едното от тях е лихвоносно или късното му изпълнение води до други санкционни последици, натрупването на тези последици се прекратява едва след влизане в сила на съдебното решение, при което до тогава са дължими всички изтекли лихви и неустойки за забава, включително и тези текли през време на процеса. Освен очевидната си несправедливост, това разрешение позволява на ищеца чрез поддържане на висиящността на процеса, да не кажа чрез шиканьозното му протакане, да увеличава дълга на ответника и така да постигне уважаване на иска за по-голяма сума след уважаване на възражението за прихващане, макар измама да е да искаш това, което веднага трябва да върнеш.⁹

3.3. Вярвам, че абсурдността на изложените практически последици, изключващи напълно ефективността на единствения легално уреден в ЗЗД способ за прихващане и неговите ефекти, е в състояние да стимулира преосмислянето на едно погрешно разбиране за предпоставките на прихващането с едностранно извънсъдебно изявление¹⁰ и последиците на т. нар. съдебна компенсация с конститутивен ефект¹¹, съответно преосмислянето на, както се казва в т. 4 от Тълкувателно решение № 1 от 19.02.2010 г. на ВКС по т. д. № 1/2009 г., ОСГТК: „сздадената поради неточно тълкуване съдебна практика“. Нека посоча още, че практиката от първото десетилетие на прилагане на действащата уредба е приемала, че съдебната компенсация с неликвидно вземане е възможна само при насрещен иск, теза, която вече е преодоляна.¹²

4. ДОКТРИНЕРНИТЕ СТАНОВИЩА У НАС:

По отношение поставения на разглеждане въпрос, доктрината у нас по действащата материалноправна (чл. 103 – чл. 105 ЗЗД) и процесуална

обаче, не твърди, че признатото от съд прихващане няма обратно действие. Напротив, той обяснява, че станалата по право компенсация следва да бъде съобщена при спор на съдията, защото той няма иначе от къде да знае, че ответникът е насрещен кредитор, без да е нужно предявяване на насрещен иск (№ 599, р. 166), но лихвите ще престанат да текат от датата на насрещността на вземанията (№ 600, р. 170), с което още веднъж подчертава, че ликвидността не е материалноправна предпоставка на компенсацията, а относително процесуално условие за разглеждане от съда на твърдяното от ответника с възражение насрещно вземане.

⁹ D 50.17.173.3 (Paulus): Dolo facit, qui petit quod redditurus est.

¹⁰ Вж. т. 3.1. и т. 3.2. от Становището по първоначалните въпроси.

¹¹ Вж. бележка под линия № 14, с. 8 от Становището по първоначалните въпроси.

¹² Критика на тази практика вж. у *Силяновски Д.* Процесуални аспекти на прихващането с насрещни вземания. сп. Правна мисъл, 1961, кн. 4, с. 51.

(чл. 298 ГПК, аналогичен на чл. 221, ал. 2 ГПК - отм.) уредба, е разделена, както разделена се оказва и съдебната практика:

4.1. Според една група автори т. нар. „съдебно прихващане“ действа занапред – от влизане на решението в сила, защото едва оттогава вземанията ставали ликвидни и едва оттогава били налице материалноправните предпоставки за прихващане по чл. 103, ал. 1 ЗЗД, към които препращал чл. 104, ал. 2 ЗЗД. **Така приемат Сталев¹³, Корнезов¹⁴, Калайджиев¹⁵ и Машев¹⁶.**

4.2. Според друга група автори, както при прихващането с едностранно изявление, така и при съдебното прихващане, погасителното действие настъпва с обратна сила към момента, в който двете вземания са си противостоели и активното е било изискуемо, а пасивното изпълняемо. **Така приемат: Кожухаров¹⁷, Силяновски¹⁸, Валентина Попова¹⁹, Конов²⁰, Кунчев²¹, а вероятно и други²².**

¹³ **Сталев, Ж.** Българско гражданско процесуално право, седмо издание, Сиела, С, 2001, с. 428. По-нататък това издание ще бъде цитирано като „**Сталев, Ж.** Българско ..., 2001“, а цитирането на това по-старо издание се налага от обстоятелството, че то е последното, което съдържа автентичен авторов текст, който не е допълван, изменян или адаптиран от колектив, каквито са следващите за сега две издания – осмо и девето, а и в интересуващите ни част спрямо предшестващите издания от 2001 г. издания разлика няма, но поради включване на нови и отпадане на някои материи има разлика в номерацията на параграфите и точките, поради което и не ги соча. Може да се мисли, че въобще при действащата уредба на прихващането тезата за липса на обратното действие при съдебната компенсация се опира на авторитета на учебника на Сталев – за него вж. т. 5.1.3., с. 15 – 17.

¹⁴ **Корнезов, Л.** Гражданско съдопроизводство, том първи исков процес, Софи – Р, С, 2009, с.389.

¹⁵ **Калайджиев, А.** Облигационно право обща част, Сиби, С, 2016, с. 567 – 560.

¹⁶ **Машев, К.** Действие на компенсаторното изявление във времево отношение, публикация от 16.04.2020 г., 8:07 в Lex.bg – News, Научни и практически публикации, Електронно издание ISSN 2682-9606.

¹⁷ **Кожухаров, А.** Облигационно право общо учение за облигационното отношение, Наука и изкуство, С, 1958, с. 418.

¹⁸ **Силяновски, Д.** цит. съч., с. 52 - 53: „С оглед разглеждането на неликвидното вземане то не ще се превърне в ликвидно, както се приема в по-горе цитираното решение на ВС, но съдът само ще обяви ликвидността, която е съществувала още преди процеса, въпреки неоснователното оспорване.“

¹⁹ **Попова В.** цит. съч., с. 572 – 606, с подробна аргументация и по-кратко в **Сталев, Ж., А. Мингова, О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова,** Българско гражданско процесуално право Девето преработено и допълнено издание Първо по действащия ГПК, Сиела, С, 2012, с. 442, която основателно критикува обособяването в отделен вид на т. нар. „съдебна компенсация“. По-нататък това издание ще бъде цитирано като „**Сталев, Ж.** Българско ..., 2012“.

²⁰ **Конов, Т.** Aliquid novi et/vel animus novandi?, в: THEO NOSTER, Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, С, 2014, с. 172 – 173.

²¹ **Кунчев, К.** „Спорни въпроси в практиката по възражението за прихващане и техните разрешения“, публикация от 15 юли 2019, 7:15, в електронно издание Lex.bg – News, ISSN 2682-9606, Научни и практически публикации.

²² Имам предвид **Цончев, К., В. Гоцев,** цит. съч. с. 64, които приемат, че ликвидността, схваната като предварителна съдебна установеност на активното вземане не може да бъде предпоставка за прихващането, като заявяват: „Така поставен, въпросът показва неиздържаността на изискването на ВС насрещното вземане да е предварително установено по съдебен ред“, а малко по-горе на същата страница подчертават, че с това изискване: „се затруднява уточняването на момента, в който настъпва прихващането.“

5. ТЕОРЕТИЧНИТЕ ПРЕДПОСТАВКИ НА ТЪЛКУВАНЕТО ЗА ДЕЙСТВИЕ НА ПРИХВАЩАНЕТО СЛЕД ВЛИЗАНЕ В СИЛА НА СЪДЕБНОТО РЕШЕНИЕ:

За да се приеме, че при т. нар. „съдебна компенсация“ погасяването на двете задължения до размера на по-малкото се осъществява за напред, а не с обратна сила към момента, в който двете вземания са си противостоели като възникнали, насрещни²³ и активното е било вече изискуемо, е необходимо да сме убедени в кумулативното съществуване на две теоретични предпоставки: първо, че т. нар. „ликвидност“ на вземанията, схваната като безспорност (съдебна установеност), е материалноправна предпоставка на компенсацията наред с насрещността и изискуемостта на активното вземане, съответно изпълняемостта на пасивното, и второ, че съдебното решение, което отхвърля изцяло или отчасти иска заради погасяване на вземанията чрез компенсация има материалноправно – конститутивно действие, тъй като променя материалноправното качество на активното вземане добавяйки липсващото материалноправно качество „ликвидност“.

Отхвърлянето на която и да е от тези две теоретични предпоставки, би ни довело до извод, че т. нар. „съдебна компенсация“ има ефект еднакъв с извънсъдебната – ретроактивно действие и въобще не съществува като отделен вид компенсация, а дори да приемем и двете посочени теоретични предпоставки за верни, пак не ще бъде правилно да се твърди, че т. нар. съдебна компенсация няма обратното действие, предвидено в чл. 104, ал. 2 ЗЗД.

5.1. Изискването за ликвидност на активното вземане:²⁴

5.1.1. Без съмнение то е част от текста на чл. 103, ал. 1 ЗЗД: „... ако вземането му е изискуемо и ликвидно ...“, но също така е вярно, че добавянето му там е плод на законодателна грешка, която в ЗЗД (отм.) не е била допусната. Невъзпроизвеждането на изискването за ликвидност в чл. 192 ЗЗД (отм.) не е нито въпрос на пропуск, нито е причинено от трудности при превеждането на италианската или френската дума, а възприемане на категоричното настояване на тогавашния министър на правосъдието Димитър Тончев още през 1890 г.,²⁵ който познавайки

²³ Тук няма да бъдат разглеждани усложненията във връзка с изключенията от изискванията за насрещност.

²⁴ Вж. и *Попова, В.*, цит. съч., с. 62 – 104.

²⁵ *Тончев, Д.* Коментар на Закона за задълженията и договоритѣ, томъ седми, Книжарница Ц.Н.Чолаков, С, 1930, с. 116, бележка под линия № 1. Вж. също и *Меворах, Н., Д. Лиджи и Л. Фархи*, Коментаръ на Закона за задълженията и договоритѣ. чл. чл. 1 – 333, Кооперативна печатница „Фотиновъ“, С, 1924, с. 393 – 394.

добре и източниците на тогавашния френски текст – art. 1291, и критиката на това изискване в тогавашната френска доктрина,²⁶ е дал да се разбере, че това изискване е плод на грешка и не бива да бъде част от българския закон. И наистина, след като компенсацията е ставала автоматично (по право), дори и без страните да знаят за задълженията си – т. е. изцяло обективно, какво значение има това те да са наясно с основанието и размера, след като могат да не знаят, че си дължат взаимно?²⁷ Легалното преминаване на действащия ЗЗД от автоматична към компенсация с едностранно изявление също не налага въвеждането на такова материалноправно изискване, то си остава чисто процесуално, както е било създадено от Юстиниан и обяснено от Дома и Потие, тъкмо като процесуално. То не съществува и в системите на страните, приели преди нас системата на компенсация с извънсъдебно едностранно изявление.

5.1.2. В Становището по първоначалните въпроси, макар и попътно беше разгледана историята на изискването за ликвидност (т. 3.1., с. 3 – б) – то е въведено от Юстиниан с С.Ј. 4.31.14.1 с чисто процесуална роля – да не се бави процесът при късно заявено възражение за прихващане с вземане, което е трудно установимо: *si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata*, при което това изискване не е материалноправна предпоставка, а относителна процесуална²⁸, защото дори и неликвидно, вземането, с което се компенсира, може да бъде зачетено от съда, ако възражението не е направено твърде късно, че да забави процеса,²⁹ както и защото наличието или възможността за спор³⁰ – липсата на ликвидност, не означава липса на задължение. Едно задължение може да е ликвидно – да е признато със сила на пресъдено нещо и въпреки това да не съществува към момента на изявлението за прихващане, защото след решението е изпълнено или по друг начин погасено, и обратно, едно задължение може да се оспорва и въпреки оспорването да съществува, поради което оспорването не може да бъде пречка за компенсацията,³¹

²⁶ Вж. **Тончев, Д.**, цит. съч., № 128 - № 131, с. 111 – 118, както и по-горе бележка № 4.

²⁷ Вж. **Тончев, Д.**, цит. съч., № 128, с. 115, който сочи изказване на Demolombe в същия смисъл.

²⁸ Вж. и бележка № 9, с. 5 – 6 от Становището по първоначалните въпроси.

²⁹ Вж. **Тончев, Д.**, цит. съч., № 128, с. 112 – 113 и бележка под линия № 5, на с. 4 от Становището по първоначалните въпроси, а така също по-горе бележка № 8.

³⁰ Вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 72 – 73.

³¹ Тъкмо това казва швейцарският текст - art. 120, II OR: *Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Le débiteur peut opposer la compensation même si sa créance est contestée; Il debitore può opporre la compensazione sebbene il suo credito sia contestato)*. Що се отнася до § 390 BGB: *Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden* (вземане, на което е противопоставено възражение, не може да бъде прихванато), текстът еднозначно се разбира като основателно материалноправно възражение, че задължението по заявеното за прихващане вземане не съществува, защото вече е погасено чрез изпълнение (ако се допусне прихващане, ще се получи второ плащане на един и същи дълг), или основателно материалноправно възражение, което прави вземането неизискуемо, защото парализира претенцията – например

нито да обуславя момента на нейния погасителен ефект. **Ето защо идеята, че липсата на ликвидност, схваната като оспорване на активното вземане, е пречка за компенсацията следва категорично да бъде отречена.**

5.1.3. Неликвидността понякога се схваща като неяснота относно размера на задължението, която пречи на неговото изпълнение и поради това го прави неизискуемо³². Като примери се дават задължения, за които обикновено няма подписан от длъжника документ – задължения от неоснователно обогатяване, обезщетения и др. **Да се приеме това, означава да се съгласим, че кредиторът по такова вземане не може да го претендира, докато то не бъде установено по размер от съда. Но как да предяви този кредитор иск за осъждане по вземането, което не може още да претендира? Вероятно трябва да предяви първо установителен иск, като обоснове интереса си с това, че за да може да претендира вземането си с осъдителен, неговият размер трябвало да бъде предварително определен от съд – звучи ми абсурдно.**

5.1.4. Ликвидността, схваната като съдебна установеност на вземането по основание и размер, няма как да е материалноправна предпоставка за каквото и да е, в това число и за прихващане. Материалните права и правоотношения са несетивни, те се пораждат от някакви факти, като извод за съществуването им се прави въз основа на

възражение за неизпълнен договор - § 320, с някои изключения и право на задържане - § 273, но не и погасяване по давност - § 215 BGB (до 2002 г. § 390 S. 2) - *Palandt, Otto*, Bürgerliches Gesetzbuch, bearbeitet von Peter Bassenge, Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 7, 51. Aufl., C.H. BECK, München 1992, S. 442; *Medicus, D.* Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 12. neubearbeitete Auflage, C.H. Beck München 2000, S. 134. Възражението не се разбира като общо оспорване в процесуален смисъл, нито като неустановеност от съд, макар отделни автори да посочват при изброяване на предпоставките за прихващане наред с изискуемост и ликвидност (Flussigkeit), като обясняват, че вземането, което е парализирано от материално възражение, не било ликвидно – липсва му „Flussigkeit“ – *Hedemann*, Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., Walter de Gruyter & Co. Berlin 1949, S. 123, където авторът в рубриката „двустранна изискуемост и ликвидност“ (*Beiderseitige Fälligkeit und Flüssigkeit*) обяснява, че който не може да иска, не е може да прихваща и ако принципно изискуемостта му вземане е парализирано от възражение, му липсвала ликвидност: „*es fehlt ihm die Flussigkeit (§390)*“, след което на следващата страница преминава без други обяснения към тогавашното второ изречение на § 390 BGB, уреждащо прихващането с погасено по давност вземане. Следователно BGB не третира липсата на ликвидност (термин, който и не употребява), като наличие на спор или неустановеност със съдебно решение, нито като пречка за компенсацията или причина за неприлагане на обратното действие по § 389. Ако се стигне до съд, пред него страните ще доказват и оспорват вземанията и съответно материалните възражения срещу тях, а съдът ще прецени какво е установено в процеса и ще приеме за осъществено или не погасяването чрез прихващане, настъпило с обратна сила – не от изявлението, а от компенсируемостта, чиято предпоставка не е и безспорността на вземанията – система, която изглежда логична и е освободена от „родилните петна“ на прихващането в Code civil и следващите го кодекси, система, която и действителният ЗЗД е приел, но е допуснал грешката да вмъкне необмислено като предпоставка ликвидността на активното вземане – вж. по-горе бележки под линия № 8 и № 22, по-долу бележка № 36 и бележки № 9 и № 14 от Становището по първоначалните въпроси, а по-старата ни съдебна практика е задълбочила тази грешка.

³² Ср. посоченото у *Попова, В.*, цит. съч., с. 97.

нормативно определените правни последици на тези факти. Субектите съобразяват поведението си, в частност **претендират права, изпълняват задължения или не изпълняват претендирани срещу тях задължения**, ръководейки се от собствената си преценка за съществуващите в тяхна полза или тежест права и задължения, като понякога питат и консултанти, но **никога не питат предварително съда**, като поемат риска, че може да действат неправомерно и съответно да понесат последиците от това, ако се окаже, че тази тяхна преценка е била неправилна. **Няма друг случай, в който текст на закона изрично да предпоставя упражняването на самопомощ³³ от предварително съдебно признаване на това право.** Нима за да се упражнява възражение за неизпълнен договор или право на задържане законът изисква вземането на ретинента първо да е съдебно признато, а после да се упражни ретенцията? **Напротив**, ретиненът **твърди**, че има изискуемо вземане от онези, посочени в чл. 91, ал. 1 ЗЗД, и отказва да предаде вещта. **Длъжникът твърди**, че има неудовлетворено изискуемо вземане от същото правно отношение и отказва да изпълни своето задължение по същото правно отношение – чл. 90, ал. 1 ЗЗД. **Нима в тези случаи се търси някакво признание (ликвидност) на вземанията?** Нима ако другата страна оспорва правата на задържащия по чл. 90 или чл. 91 ЗЗД той ще трябва тукъкси да върне вещта или да изпълни? Явно не, но при предявен срещу него иск ще трябва да сезира съда с възраженията си и ако се окаже, че не съществуват материалните му права, на които той разчита – било защото неправилно е квалифицирал правопораждащите възраженията факти и въобще няма вземане, било защото законът забранява в този случай самопомощта – чл. 91 *in fine* ЗЗД, ще бъде осъден и ще понеса последиците от едно неправомерно поведение. **Твърдя**, че не мога да изпълня задължението си поради **непреодолима сила** и **съобщавам това на кредитора си** – чл. 306, ал. 3 ТЗ, но кредиторът ми отвърща, че събитието **не било непреодолима сила**, защото било предвидено в клаузата за форсмажор в договора, а непреодолимата сила съгласно някои теоретици изисквала двете предпоставки – непредвиденост и непредотвратимост да са **кумулятивно дадени**, тълкувайки поправително текста – **трябва ли първо да тичам в съда и да го питам какво е непреодолима сила?** Очевидно не, но ако при спор се окаже, че събитието, на което се позовавам, не е непреодолима сила и неизпълнението се дължи на причини, за които аз отговарям – **ще отговарям**. Същото е и при **прихващането** – **твърдя**, че имам изискуемо насрещно вземане, с което **компенсирам**, и **заявявам**, че няма да платя. **Дали наистина имам и дали наистина моето едностранно изявление за**

³³ За извънсъдебното упражняване на потестативни права, като проява на самопомощ вж. **Таджер, В.** Гражданско право на НРБ обща част Дял С, Софи-Р, С, 2001, с. 434; за прихващането като самопомощ изрично **Павлова, М.** Гражданско-правна обща част, Софи-Р, С, 2002, с. 225 -226.

прихващане е довело до погасяване на двете вземания до размера на по-малкото, при спор ще реши съдът, но от никъде не следва, че ако длъжникът ми оспорва задължението си, аз трябва да платя моето. И двамата поемаме риск, но това е нормално в обмена³⁴. Да продължавам ли с примерите? И докъде ще стигнем, ако във всеки случай първо трябва да питаме съда, а след това да предприемаме действия? А и длъжен ли е съдът да отговаря предварително на въпроса имам ли право да действам така или иначе?³⁵

5.1.5. Накрая, не са никак малко писателите юристи у нас, които намират изискването за ликвидност като материалноправна предпоставка за погрешно или излишно.³⁶ Ликвидността, както се каза, изначално е въведена като относителна процесуална предпоставка и не може да има никакво място като материалноправно изискване - в материалното право тя е просто безсмислена. Материалното право урежда последиците от определени факти, описани с общи белези в хипотезите на нормите, хипотетично – ако такива факти са се случили в действителността, а дали наистина са се случили (фактически въпрос) и дали наистина се квалифицират под хипотезата на правилото, чиято диспозиция някой претендира (правен въпрос) се решава от съда, който установява, а не създава фактите, и прилагайки към установените в процеса факти релевантните правни норми (квалифицирайки ги правно), установява, а не създава субективните права и задължения, за които е налице спор, заради който спор някой е предявил иск и е образувано делото.

³⁴ Така и *Цончев, К., В. Гоцев*, цит. съч., с. 66.

³⁵ Ето защо мисля, че няма друг разумен изход, освен безрезервно да се съгласим с *Попова, В.*, цит. съч., с. 590: „Дали направеното прихващане ще бъде признато от съда е отделен въпрос и то зависи не от това дали е имало спор по двете вземания или по едното от тях, а от това дали ответникът ще успее да обоснове основателността на възражението си, като докаже твърденията си. Спорът във връзка с потестативните права, за които не е предвидено, че се упражняват по съдебен ред, не превръща процеса в конститутивен и не обосновава конститутивно правомощие на съда.“

³⁶ *Тончев, Д.*, цит. съч. № 128, с. 116; *Меворах, Н., Д. Лиджи и Л. Фархи*, цит. съч., с. 393 – 394; *Апостолов, И.* Облигационно право Част първа Общо учение за облигацията, С, 1947, с. 355; *Кожухаров, А.* Облигационно право общо учение за облигационното отношение, Наука и изкуство, С, 1958, с. 411, където авторът посочва, че изискването за ликвидност не е било включено в проекта за действащия ЗЗД, а неправилно е добавено в последствие, без да сочи по чие настояване; *Попова, В.*, цит. съч., с. 65 – 67, с. 94 – 104 и с. 604 - 606; *Калайджиев, А.* Облигационно право обща част, Сиби, С, 2016, с. 565; *Голева, П.* Облигационно право, Нова звезда, С, 2015, с. 120 – 121; *Конов, Т.* Aliquid novi et/vel animus novandi?, в: THEO NOSTER, Сборник в памет на гл. ас. Теодор Пиперков, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, С, 2014, с. 172 – 173; *Кунчев, К.* „Спорни въпроси в практиката по възражението за прихващане и техните разрешения“, публикация от 15 юли 2019, 7:15, в електронно издание Lex.bg – News, ISSN 2682-9606, Научни и практически публикации, а вероятно и други. На обратното, че ликвидността е необходима предпоставка на извънсъдебното прихващане, настояват най-вече двама - *Сталев, Ж.* Българско ..., 2001, с. 428 и *Машев, К.*, цит. съч.

5.2. Конститутивен характер на съдебното решение по компенсацията.³⁷

5.2.1. Колкото и да е странно, **никой** от онези, които в познатата ми българска литература приемат, че съдебното прихващане има действие от влизане в сила на решението, **не твърдят, че решението е конститутивно**. Това прави според мен тезата вътрешно противоречива – хем се приема, че решението **създава нещо ново в материалноправен смисъл** – ликвидност на вземането, хем това създадено с решението **ново материално правно положение не се признава за конститутивен ефект на създаващото го решение**. Такова непризнаване на конститутивния характер на решението е особено впечатляващо при онези, които приемът, че **съдът извършва прихващането**,³⁸ защото ако съдът прекратява брака например, решението е конститутивно, също, когато унищожава сделка.

5.2.2. Съдебното решение, с което се уважава възражението за прихващане **няма конститутивно действие**, защото **не създава нищо ново** в материалноправния свят, а **„открива“**, **установява съществуващото и с това решава спора**. Установяването на съществуването и размера на спорни вземания **няма конститутивен ефект**³⁹, дори в често сочените хипотези на обезщетения, включително на обезщетения за неимуществени вреди⁴⁰. **Материалните правоотношения**

³⁷ Вж. **Попова, В.**, цит. съч. с.572 – 596.

³⁸ **Сталев, Ж.** Сила на пресъдено нещо в гражданския процес, Наука и изкуство, С, 1959, с. 197-198: „Що се касае до предявеното за компенсация вземане СНП важи независимо от това, дали компенсацията е настъпила във от процеса, или пък се извършва от съда, (подчертаването мое) след като той установи съществуването и размера на насрещото вземане на ответника (т. нар. съдебна компенсация).“ **Сталев, Ж.** Българско ..., 2001, с. 372 – 376, не сочи решението, с което се уважава възражение за компенсация, като такова с конститутивно действие, което вероятно индикира логическо противоречие с твърденията му от с. 428 за липса на обратно действие.

³⁹ **Брайков, С.**, цит. съч., с. 51 -52.

⁴⁰ Определеният в тези случаи от съда размер винаги е в рамките на поисканото – на иска (иначе съдът недопустимо би постановил plus petitio), с което е прието отколешното решение, че всеки иск за обезщетение е астиматорен, оценъчен, а не със законно фиксиран, както е било в древността – например Дванадесетте таблици, размер, както е посочил Гай - G. 3, 224: Sed nunc alio iure utimur permittitur enim nobis a praetore ipsis iniuriam aestimare, et iudex uel tanti condemnat, quanti nos aestimauerimus, uel minoris, prout illi uisum fuerit (Сега обаче друго право ни е дадено от претора, сами инюриата да оценим, и съдията или присъжда толкова, колкото ние сме оценили, или по-малко, както той прецени). Ярък пример за тази възможност е правилото на чл. 162 ГПК: „Когато искът е установен в своето основание, но няма достатъчно данни за неговия размер, съдът определя размера по своя преценка или взема заключението на вещи лице“, аналогичен на чл. 130 ГПК (отм.) и чл. 168 ЗГС (отм.): „Когато представеното от страните доказателство за установяване размера на доказана вреда или загуба, или на друго в основата си неоспорено или доказано вземане, не е дало задоволителен резултат, или е явно, че няма да даде такъв резултат, съдът определя този подлежащ на съдебно установяване размер по свободна оценка с оглед всички обстоятелства по делото, отнасящи се за същия предмет.“ Никой обаче не се съмнява, че ако става дума за деликтна отговорност се прилага чл. 84, ал. 3 ЗЗД, никой не се съмнява, че ще се начисляват и мораторни лихви от предявяването на иска, ако са поискани разбира се, нито че могат да се претендират такива лихви от изпадането в забава и извън хипотезата на деликтно обезщетение, макар размерът да е определен с решението въз основа на събраните по делото доказателства и собствената „преценка“ на съда, никой не твърди, че решението в тези хипотези има

съществуват във от процеса, като функцията на съда е да даде защита, чрез създаване на безспорност и възможност за принудително изпълнение на права и задължения, които съществуват в материалноправния мир и без него, не да създава нови права и задължения. Това е вярно, дори при осъждането за деловодни разноски.

5.2.3 Случаят с извънсъдебното прихващане е аналогичен на извънсъдебното изявление за разваляне на двустранен договор поради неизпълнение – чл. 87 и сл. ЗЗД⁴¹. И в двете хипотези е налице **извънсъдебно упражняване на оспорвано потестативно право**, като при съдебен спор относно последиците от упражняването му – иск за изпълнение на разваления договор, съответно за кондикциране на извършената престация, или иск за плащане на погасеното чрез извънсъдебно прихващане вземане, **съдът ще разгледа въпроса** съществува ли вземането по договор, за който ответникът твърди, че е развален или вземането на ищеца по чл. 55, ал. 1, хип. 3 ЗЗД, **независимо от това, че правото на разваляне се оспорва, съответно съществува ли вземането, срещу което ответникът е направил изявление по чл. 104, ал. 1 ЗЗД, или то е погасено чрез прихващане, отново независимо от това, че извършеното прихващане се оспорва.**⁴² А какво ще решим, ако ищецът оспорва не „ликвидността“ на активното вземане, а само изискуемостта, която наистина е релевантна материалноправна предпоставка за материалноправния ефект на изявлението за прихващане? Решението, с което съдът установява неоснователността на това оспорване на ищеца, като приема, че активното вземане е изискуемо и отхвърля изцяло или отчасти иска, ще има ли конститутивен ефект и ще действа ли прихващането само ех пипс, или ще приложим тук чл. 104, ал. 2 ЗЗД, и ако го приложим, от къде, освен от инерция в мисленето, може да дойде разликата?

Въобщо, на т. нар. „съдебно прихващане“ не бива да се гледа като на самостоятелен вид прихващане, защото у нас (за разлика от други страни) такава легална разлика няма и не бива да му се приписват ефекти, противни на уреденото в материалния закон – чл. 104, ал. 2 ЗЗД,⁴³ както никой не разглежда споровете относно последиците от извънсъдебно разваляне на двустранните договори поради неизпълнение, като „съдебно

конститутивно действие, защото ще излезе, че всяко съдебно решение има конститутивен ефект, понеже установява нещо, което до този момент е било спорно. Защо тогава при прихващането да решаваме различно – вж. и *Попова, В.*, цит. съч., с. 573 – 573; *Силияновски, Д.*, цит. съч., с. 52 - 53: „С оглед разглеждането на неликвидното вземане то не ще се превърне в ликвидно, както се приема в по-горе цитираното решение на ВС, но съдът само ще обяви ликвидността, която е съществувала още преди процеса (подчертаването мое), въпреки неоснователното оспорване.“

⁴¹ Така и *Цончев, К., В. Гоцев*, цит. съч., с. 65 – 66; *Брайков, С.*, цит. съч., с. 52.

⁴² Вж. и *Брайков, С.* Преобразуващи искове и преобразуващи решения, Наука и изкуство, С, 1974, с. 50 – 59.

⁴³ Така и *Попова, В.*, цит. съч., с. 590.

разваляне“, защо тогава да схващаме „съдебното прихващане“ като отделен вид прихващане – заради традицията в теорията и практиката по прилагане на романските кодекси ли, която теория и практика е търсила път към смекчение на погрешно въведеното като материалноправна предпоставка законово изискване за ликвидност, породено от неразбиране дори на текстовете на „учителите“ на френските кодификатори,⁴⁴ смекчение легализирано като възможност за съдебно прихващане с неликвидно вземане в art. 1243 Codice civile (1942)⁴⁵, а от 2016 г. във Франция - art. 1348 и art. 1348-1 Code civil?⁴⁶

5.2.4. На решението по т. нар. „съдебно прихващане“ не може да се признае конститутивно действие и заради едно много ясно процесуално положение – **без съмнение конститутивно решение се постановява по конститутивен иск, който от своя страна представлява съдебно упражняване на потестативно право** – това изглежда е безспорно, което според материалния закон не може да бъде упражнено извънсъдебно.⁴⁷ **Същото така обаче е безспорно, че съдът няма обща компетентност да разглежда конститутивни иски, а само такива посочени в закон, днес това е изрично уредено в чл. 124, ал. 3 ГПК⁴⁸.** Материалният закон

⁴⁴ Вж. по-горе бележка под линия № 8.

⁴⁵ При което практиката приема, че погасяването не ретроагира както е при законното прихващане, а настъпва от датата на ликвидността - Cassazione civile Sez. I sentenza n. 2037 del 5 giugno 1976, защото спорният дълг не бил ликвиден. Независимо от близостта на италианската практика, до извода за липса на обратно действие на съдебната компенсация у нас, не мисля, че съдиите и теоретичите които у нас мислят иначе, не следва да бъдат чути, нито, че практиката на българския ВКС е обвързана или по друг начин зависима от тази в Италия.

⁴⁶ Обоснована и твърде настойчива критика на новите текстове на Code civil относно компенсацията вж. у *Mignot, M.* Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (XI), Petite affiches. Gazette du Palais. La loi. Le quotidien juridique, 13 mai 2016, p. 6 – 19. Според автора (професор в университета в Страсбург), сега кодексът разграничава прихващането по право (без съд, но вече не автоматично, а с едностранно изявление - art. 1347 al. 2), и съдебно прихващане - art.1348 и art.1348-1, но не ставало ясно, дали съдебното прихващане е частна хипотеза на извънсъдебното, в който случай съдията само ще установява (ликвидира, изяснява) вземанията, или хипотеза на истинско съдебно прихващане, при което компенсацията се извършва от съдията и мисията му би била по-обширна, отколкото в миналото, когато решението е било считано за декларативно и следователно с обратно действие. Правилото на art. 1348 казва, че ако съдията не е посочил друга по-ранна дата, компенсацията действа от деня на решението, но така предвидената като изключение ретроактивност можела да се обяснява по два начина: или решението на съдията е наистина конститутивно, но той желае и му е позволено да му придаде ретроактивен ефект, или е декларативно и следователно винаги с ретроактивен ефект, както се приемало и преди измененията при ликвидиране (изясняване) на вземанията пред съда – Arrêt n° 1499 du 13 octobre 2016 (15-23.437) - Cour de cassation - Deuxième chambre civile, което прочее съответства и на изложеното от *Pothier*, op.cit., № 600, p. 167 – 170, който изяснява, че станалата компенсация следва да бъде съобщена при спор на съдията, защото той няма иначе от къде да знае, че ответникът е насрещен кредитор, без да е нужно предявяване на насрещен иск (№ 599, p. 166), но лихвите ще престанат да текат от датата на насрещността на вземанията (№ 600, p. 170).

⁴⁷ Така изрично: *Сталев, Ж.* Българско ..., 2001, с. 372 -373; *Брайков, С.*, цит. съч., с. 33.

⁴⁸ Но и в режима на ГПК(отм.), чийто чл. 97 не съдържа изрично ограничение това беше безспорно - *Сталев, Ж.* Българско ..., 2001, с. 206: „За това с КИ ищецът може да си послужи само в случаите предвидени в закона“. Това беше безспорно и в съдебната практика.

не предвижда потестативното⁴⁹ право на компенсация да бъде предявявано съдебно, за да се мисли, че е допустим конститутивен иск или конститутивно възражение, с което се предявяват потестативни права, за чието упражняване е необходим процес (чл. 32, ал. 3 ЗЗД). **Ако това е така, няма как да признаваме конститутивно действие на т. нар. „съдебно прихващане“, защото то всъщност не е никакво особено „съдебно прихващане“, а процес, образуван по осъдителен или установителен иск, с който се оспорват последиците на едно извънсъдебно прихващане, като се твърди че такова не е извършено, съответно се оспорва вземането на ищеца, като се твърди, че то не съществува изцяло или до определен размер, защото е погасено чрез материалноправно изявление за прихващане. При липсата на такова конститутивно действие, няма основание да игнорираме правилото за обратното действие по чл. 104, ал. 2 ЗЗД.** Нима, ако по иск за парично вземане и лихви от забавата ответникът твърди, че е платил и установява това с допустими свидетели или с банкови извлечения, а ищецът оспорва факта на плащане, като твърди, че то се отнася за друг дълг, решението на съда, с което плащането се признава и искът се отхвърля, ще има конститутивен ефект и понеже то признава плащането, ще бъдат присъдени лихви за забава до влизането му в сила, защото до тогава погасяването се оспорвало? **Правилото на чл. 298, ал. 4 ГПК няма как да обоснове в противоречие с чл. 124, ал. 3 ГПК аргумент за конститутивния характер на решението и за изключване на чл. 104, ал. 2 ЗЗД, с всички негативни последици от такъв извод във връзка с аксесорните задължения, за времето от компенсиремостта до влизане в сила на решението, защото неговият смисъл не е да създаде особен вид прихващане – „съдебно“, а да създаде сигурност и непрекъснатост на въпроса относно погасяването на насрещното вземане на ответника изцяло или до определен размер чрез прихващане и да изключи възможността това погасено чрез прихващане вземане на ответника да бъде претендирано в друг процес⁵⁰ – нищо повече.**

6. СЪДЕБНО ПРИХВАЩАНЕ И СЪДЕБНО РАЗВАЛЯНЕ:

Никой не се съмнява, че дори съдебното разваляне на двустранен договор поради неизпълнение – чл. 78, ал. 3 ЗЗД, въпреки конститутивния му ефект, настъпва с обратна сила и не твърди, че чл.

⁴⁹ Че материалното право да се извърши прихващане с едностранно изявление е потестативно, също изглежда безспорно: *Кожухаров, А.*, цит. съч., с. 406; *Брайков, С.*, цит. съч., с. 51; *Попова, В.*, цит. съч., с. 42; *Калайджиев, А.*, цит. съч., с. 560; *Голева, П.*, цит. съч., с. 123.

⁵⁰ Вж. т. 3.2., с. 8 – 9 и т. 4.4.2., с. 13 от Становището по първоначалните въпроси.

88, ал. 1, изр. 1, хип. 1 ЗЗД (за обратното действие на развалянето), не се прилага при съдебно разваляне, защото при съдебното разваляне имало спор относно право на разваляне, или защото това право на разваляне трябвало да бъде предварително установено от съда и той с конститутивното си решение да постанови развалянето. След като съдебното решение по иска по чл. 87, ал. 3 ЗЗД е необходимо за настъпване на ефекта „разваляне“, защо този ефект да е ретроактивен, и защо след като чл. 104, ал. 2 ЗЗД придава на прихващането въобще (без да споменава за съдебно прихващане) ретроактивен ефект да не признаваме такъв, щом и ретроактивният ефект на развалянето също е уреден общо в чл. 88, ал. 1 ЗЗД, а и не е повторен изрично при съдебното разваляне по чл. 87, ал. 3 ЗЗД? Ами съдебното унищожаване на унищожавема сделка? Ако въобще идеята, че унищожаването винаги предполага съд е основателна⁵¹, защо след като съдът първо трябва да установи порока във волята и след това да постанови конститутивно решение за унищожаване, на това решение се придава обратно действие? **Отговорът на всички тези въпроси е един – защото този ретроактивен ефект е посочен в материалния закон, а той е посочен там, защото иначе би се стигнало до неудържими последици, но също така неудържима е и последицата от това да приемем, че при „съдебното прихващане“ дълговете се погасяват от деня на влизане в сила на решението и до този момент е налице забава за плащане на дълга на ответника и той дължи лихви и всякакви други последици от тази несъществуващата забава.**

7. ВЪПРОСЪТ ЗА УСЛОВИЕТО ПО ЧЛ. 104, АЛ. 1 ЗЗД:

7.1. В редица съдебни решения, в това число и в Решение № 103/01.08.2017 г. на ВКС по гр.д. № 61323/2016 г., IV г.о., в което се приема, че и съдебното прихващане има обратно действие, се споменава режимът на условието по чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД: *„Затова по силата на чл. 104, ал. 1, изр. 2 от ЗЗД е възможно действието на прихващането да бъде поставено под условие, а именно спорът да бъде отнесен до съда и спорното вземане да бъде установено със съдебно решение. В тези случаи влизането в сила на съдебното решение, с което се установява вземането*

⁵¹ За съмненията вж. *Малчев, М.* Унищожаваност на гражданскоправните сделки, второ преработено издание, Сиела, С, 2013, с. 205 – 207 и там посочените други автори. Вж. и *Танчева, Х.*, Предпоставки на развалянето на договорите поради неизпълнение. сп. Търговско право, 2020, кн. 1 - наистина, нищо, дори и текстът на чл. 32 ЗЗД, който споменава за иск чак в третата алинея, при това не за иск за унищожаване, а за изпълнение, за да изведе унищожаване с безсрочно възражение, не налага съдебното упражняване на потестативното право на унищожаване като обща клауза, а изведеното общо правило в литературата и съдебната практика може основателно да се критикува дори и *de lege lata*. Разбира се, подлежащите на вписване договори ще правят изключение, но за останалите, особено онези на малка стойност, съдебното унищожаване, както основателно сочи и Малчев, би довело до разходи, които надхвърлят интереса от унищожаването.

има характера на сбъдването на отлагателното условие, под което е направено прихващането и от този момент изявлението за това ще породи действие.“ Макар от мотивите на решението да не може да се направи извод, че съставът свързва обратното действие на условието по чл. 25 ЗЗД с обратното действие на съдебното прихващане – мисля, че по-скоро такъв аргумент правилно не е използван, намирам, че следва категорично да се изясни и смисълът на допустимото условие по чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД, още повече, че в много случаи погрешно се приема, че т. нар. „съдебна компенсация“ е винаги условна – евентуална.

7.2. Това беше изяснено и в т. 5.2.2., с. 17 -18 от Становището по първоначалните въпроси, а и на други места там – бележка под линия № 20, с. 10. Рискувайки повторение, ще припомня, че условието „*че предявеното пред съд вземане ще бъде уважено*“ се отнася само до пасивното вземане и обуславя материалноправния ефект на материалноправното изявлението за прихващане от установяване на съществуването на това пасивно вземане, давайки възможност на прихващания да оспорва задължението си и да не жертва насрещното си (активното) вземане в случай, че не дължи⁵².

7.3. В литературата обаче се поддържа и неправилният възглед, че условието се отнасяло до вземането на прихващания – до активното вземане.⁵³ Неоснователността на приемането, че условието по чл. 104, ал. 1 ЗЗД се отнасяло до активното вземане се вижда ясно – излиза, че прихващаният сам оспорва своето (активното) вземане и признава насрещното (пасивното), което е меко казано нелогично. Прихващаният твърди, че има вземане и оспорвайки чуждото (пасивното) вземане иска запазването на своето до установяване пред съд на оспореното чуждо, поради което и сезирането на съда с прихващането при иск по пасивното вземане е евентуално, но ако прихващането не е направено под условието по чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД евентуалност не е налице, а ответникът по същество признава (твърди неизгодни за себе си факти), че вземането по иска е възникнало, но твърди, че е погасено с компенсация, тогава и процесуалното възражение няма да бъде евентуално.

7.4. Вероятно, под влияние на авторитета на учебниците по облигационно право⁵⁴ практиката понякога неправилно приема, че всяко съдебно прихващане било евентуално. Прихващането в процеса е

⁵² Вж. *Попова, В.*, цит. съч., с. 119 – 132; *Сталев, Ж.* Българско ..., 2001, с. 428 - 429.

⁵³ *Кожухаров, А.*, цит. съч., с. 411, *Калайджиев, А.*, цит. съч., с. 566 и особено бел. № 36.

⁵⁴ Вж. предишната бележка.

евентуално само, ако така е заявено, като защита на ответника наред и по-точно след другите му възражения, и както всяко друго евентуално искане е обусловено от събдването на процесуално условие (в случая другите възражения на ответника да се приемат за неоснователни), и ще бъде разгледано само, ако се събдне условието. Ако искът е отхвърлен на друго основание, различно от прихващането, съдът не дължи произнасяне по предявеното от ответника вземане, така както не дължи произнасяне по евентуалния иск на ищеца, когато уважава основния.

7.5. Идеята, че евентуалността се отнасяла до или и до активното вземане, защото активното не било ликвидно и предявяването му за прихващане било под условието, че съдът го признае, е неправилна и на още едно основание: ще излезе, че всеки иск и всяко възражение са евентуални, защото не се знае при предявяването им дали искът или възражението са основателни. Тогава ще трябва да отречем всяко кумулативно съединяване⁵⁵, а и държейки сметка за това, че евентуалните искания се разглеждат само при събдване на процесуалното условие, ще стигнем до неудържимия извод, че тъй като всяко искане е евентуално, то може и да не се разглежда – така ли трябва да разбираме традиционната фраза от исковите молби: „моля Ви, след като се уверите във верността и основателността на твърденията и претенциите ми, да уважите иска“, или „моля Ви, ако намерите иска за основателен да го уважите, заедно със законните последици от това.“ Ето защо мисълта, че съдебното прихващане е винаги евентуално и тази евентуалност се свързва с неликвидността на активното вземане, следва да бъде категорично отречена. Напротив, компенсацията е евентуална, само в случай, че компенсиращият оспорва чудото (пасивното) вземане и желае да компенсира само ако се установи, че това чуждо вземане съществува.⁵⁶

⁵⁵ Такова виждане вж. у *Стамболиев, О.* Обективно съединяване на искове, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, С, 1999, с. 51 – 52, където авторът дискутира въпроса, дали съединяването от ищеца на иск за главница и иск за изтекли преди предявяването на исковата молба мораторни лихви е кумулативно или евентуално, щом вземането за лихви е аксесорно спрямо главницата и поради това обусловено от нейното съществуване, и следователно искането за лихви е евентуално – ако бъде уважен искът за главница. Практиката правилно се е ориентирала към обратното – искът за лихви, макар неговата основателност да е предопределена частично (защото главницата може да е дължима, а лихвите не) от основателността на иска за главница, е съединен кумулативно, подлежи на разглеждане и ако е неоснователен – на отхвърляне с решението.

⁵⁶ Така изрично *Сталев, Ж.* Българско ... 2001, с. 428 – 429. Вж. също и *Попова, В.*, цит. съч., с. 120 – 132.

8. ДРУГИТЕ ПРЕДПОСТАВКИ НА ПРИХВАЩАНЕТО:

При отговора на въпроса:

„При направено възражение за прихващане (съдебна компенсация) от кой момент се считат погасени двете насрещни вземания, когато едно от тях или и двете са спорни/неликвидни, респ. от кой момент поражда действие съдебното възражение за прихващане?“

следва да бъдат съобразени другите, извън ликвидността, за която се посочи, че не е материалноправна предпоставка на прихващането, материалноправни предпоставки: насрещност на двете вземания, със съответните изключения, изискуемост на активното и изпълняемост на пасивното вземане, които не бяха разгледани, тъй като не изглежда да повдигат спорове в практиката, а и такъв въпрос не е зададен. Така, приемайки извода, че съгласно чл. 104, ал. 2 ЗЗД и при съдебно прихващане ефектът - погасяване на двете вземания до размера на по-малкото, настъпва с обратна сила към момента на компенсируемостта, този момент следва да се определи спрямо посочените материалноправни предпоставки, без ликвидността – например, ако насрещността на вземанията е последица от правоприемство, относно вече съществуващи вземания, които до правоприемството, съответно дълговото приемство не са били насрещни, обратното действие на компенсацията ще настъпи към момента на правоприемството, което обуславя насрещността, дори двете вземания да са били изискуеми по-рано. Това не изключва разбира се извод за погасяване и на лихвите, изтекли до този момент, тъй като и те са станали насрещни и компенсируеми към момента в който е настъпила насрещността.

9. ПЕРЕДАКТИРАНЕ НА ВЪПРОСА:

Понастоящем въпросът е формулиран така:

„При направено (подчертаването мое) възражение за прихващане (съдебна компенсация) от кой момент се считат погасени двете насрещни вземания, когато едно от тях или и двете са спорни/неликвидни, респ. от кой момент поражда действие съдебното възражение за прихващане?“

Действителният смисъл е при „уважено“ възражение за компенсация, защото направеното възражение, както и предявеният иск

могат и да не бъдат основателни и като така да не бъдат уважени (без това по необходимост да ги прави евентуални – вж. предишната точка), в който случай въпросът за момента на погасяване е безпредметен. Поради това намирам, че е полезно, този действителен смисъл на въпроса да бъде отразен в редакцията му.

10. ИЗВОДИ:

Имайки предвид важното практическо значение на въпроса (по-горе т. 3), от чийто отговор зависи и това, дали признаваме или отричаме ефективността на единствения уреден в закона способ на прихващане – с едностранно изявление, или приемаме обратно, че едностранната компенсация е възможна само като „съдебна“; отчитайки парадоксалността на извода, че всяко оспорване е пречка за компенсацията с едностранно извънсъдебно изявление, което ни води до приемането, че извънсъдебната компенсация е само договорна; съобразявайки, изключването на изрично уредената в закона възможност за компенсиране с погасено по давност вземане; отчитайки допускането ищецът да увеличава дълга на ответника, чрез отлагане на влизането на решението в сила, а оттам и на датата на компенсацията (по-горе т. 3.2.3.); съобразявайки ясният извод, че изискването за ликвидност е създадено от Юстиниан единствено с чисто процесуални цели (т. 3.1., с. 3 – 6 от Становището по първоначалните въпроси), а превръщането му в материалноправна предпоставка е плод на откровена грешка на съставителите на френския кодекс (по-горе т. 3.2.1.), която е била избегната в ЗЗД (отм.), а в действащия изискването за ликвидност е било добавено в последния момент и е критикувано като погрешно и излишно от мнозинството автори (по-горе т. 5.1.5.); давайки си сметка, че това изискване, схванато неправилно като безспорност, установена със съдебен акт, води до абсурдния извод, че за упражняване на изрично уредена в закона самопомощ е необходимо предварително съдебно признание на правото на самопомощ (по-горе т. 5.1.4.); отчитайки, че всеки, който разчита на ефекта на своите права, носи риска от това при спор да се окаже, че неоснователно е разчитал на несъществуващи или недоказуеми права; отчитайки също, че с приемането, че съдебната компенсация действа за в бъдеще придаваме несъществуващ и не твърдя от никого у нас конститутивен ефект на съдебното решение, който директно противоречи на чл. 124, ал. 3 ГПК (по-горе т. 5.2.), **намирам, че единствено правилното решение е ВКС да изостави ясно по-старата си практика и да приеме категорично, че материалноправният ефект на компенсацията е винаги ретроактивен, независимо от това дали вземанията или някое от тях се оспорва, което означава и оспорване**

на погасяването им до размера на по-малкото чрез заявената с едностранно изявление компенсация, което е довело до образуване по осъдителен или установителен иск на съдебен процес, който предвид липсата на конститутивен иск, а и неговата недопустимост - чл. 124, ал. 3 ГПК, може само да установи погасяването чрез компенсация или липсата на такова погасяване, но не и да създаде нещо ново в материалноправен смисъл.

Ето защо, единственият правилен отговор на въпроса:

„При направено възражение за прихващане (съдебна компенсация) от кой момент се считат погасени двете насрещни вземания, когато едно от тях или и двете са спорни/неликвидни, респ. от кой момент поражда действие съдебното възражение за прихващане?“

БИ СЛЕДВАЛО ДА БЪДЕ:

При направено (уважено) възражение за прихващане (съдебна компенсация) двете вземания се считат погасени до размера на по-малкото с обратно действие - от момента, в който те са били насрещни и активното е било изискуемо, а пасивното изпълняемо, независимо от това, че едно от тях или и двете са били тогава спорни/неликвидни, съответно уваженото съдебно възражение поражда действие от същия момент, дори и когато е заявено като евентуално.

**ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВИСШИЯ
АДВОКАТСКИ СЪВЕТ:**

РАЛИЦА НЕГЕНЦОВА