
СТАТИИ

ОБХВАТ НА СЪДЕБНАТА ПРОВЕРКА ПРИ ОБЖАЛВАНЕ НА РАЗПОРЕЖДАНЕТО ЗА НЕЗАБАВНО ИЗПЪЛНЕНИЕ ПО ЧЛ. 419 ГПК НА ЗАПОВЕД, ИЗДАДЕНА ВЪЗ ОСНОВА НА ДОКУМЕНТ ПО ЧЛ. 417, Т. 10 ГПК

*Васил Александров**

1. Въведение

Защитата на длъжника в заповедното производство е ограничена. Това е причината за появата на различни практически и теоретични проблеми, които е необходимо да бъдат дискутирани особено внимателно, тъй като изводите в една или друга посока могат да доведат или до разширяване на обхвата на защитата на длъжника, или до неговото ограничаване. Значението на проблемите на защитата на длъжника в заповедното производство се предпоставя и от т. 8 от ТР № 4/18.06.2014 г. по тълк. д. № 4/2013 г. на ОСГТК, в която се предвиди, че заповедното производство е двуинстанционно, като актовете на въззивния съд не подлежат на касационно обжалване. В настоящото изложение са разгледани някои практически проблеми при обжалването и проверката от въззивния съд на разпореждането за незабавно изпълнение в производството по реда на чл. 419 ГПК. Част от изложението е проблемът за обхвата на съдебната проверка, доколкото съгласно чл. 419, ал. 2 ГПК последната се ограничава

* Съдия в Софийския районен съд. Статията е представена като доклад на научна конференция на докторантите в Юридическия факултет на СУ „Св. Климент Охридски“, 2016 г., в памет на доц. д-р Кр. Цончев. Към настоящия момент са съобразени настъпилите в ГПК изменения – обн., ДВ, бр. 102 от 2017 г., в сила от 22.12.2017 г.

само до това дали документът е редовен от външна страна. Макар и на пръв поглед ясна, тази новела предполага дискусия доколко в производството по частната жалба съдът може да се произнесе по валидността на менителничния ефект¹, или трябва да се ограничи само с проверката, че ефектът е нередовен от външна страна, което би довело до отмяна на разпореждането за незабавно изпълнение и обезсилване на издадения изпълнителен лист. Този проблем е предпоставен от обстоятелството, че в зависимост от произнасянето е напълно възможно съответният състав да надскочи обхвата на въззивната проверка и да навлезе в спора по същество. Това би обусловило основание за отвод, ако в рамките на производството по иска по чл. 422 ГПК делото бъде разпределено на същия въззивен състав.

2. Има ли правен интерес длъжникът да обжалва разпореждането за незабавно изпълнение, когато заповедта е издадена въз основа на документ по чл. 417, т. 10 ГПК, с оглед на спирането на изпълнението въз основа на чл. 420, ал. 1 ГПК?

Отговорът на поставения въпрос е особено важен. От една страна, често в отговорите на частната жалба заявителят кредитор прави възражение за липса на правен интерес, тъй като образуваното изпълнително производство е спряно, а от друга страна, доколкото правният интерес е абсолютна положителна процесуална предпоставка, то и съдът следи служебно за нея.

2.1. Типична хипотеза

Обикновено заявителят кредитор подава заявлението за издаване на заповед за изпълнение с документа по чл. 417, т. 10 ГПК, а след издаването ѝ заедно с изпълнителния лист образува изпълнителен процес, като заповедта за изпълнение с отбелязването за издаден изпълнителен лист се връчва от съдебния изпълнител – арг. от чл. 418, ал. 5 ГПК. От момента на това връчване тече двуседмичният срок за подаване на възражение по чл. 414 ГПК и частна жалба

¹ По-долу в изложението изразите „менителница“, „менителничен ефект“ и „запис на заповед“ се ползват като равностойни въпреки някои техни разлики.

срещу разпореждането за незабавно изпълнение – арг. от чл. 419, ал. 2 ГПК. При подаването на възражението по чл. 414 ГПК изпълнителното производство се спира по силата на закона, като актът на съда има само декларативно значение – арг. от чл. 420, ал. 1 ГПК. Дори да не бъде постановено изрично определение, съдебният изпълнител е длъжен да спре производството – арг. от чл. 432, т. 7 ГПК.² Именно спирането на изпълнителното производство е доводът, че длъжникът няма правен интерес от обжалване на незабавното изпълнение, тъй като на практика изпълнението е спряно и не се извършват каквито и да било изпълнителни действия върху имуществото на длъжника. Този довод не може да бъде споделен. Длъжникът има правен интерес от обжалване на разпореждането за издаване на заповед за изпълнение. Формален аргумент за този из-

² Струва ми се, че когато законодателят е предвидил, че изпълнителното производство се спира по силата на изричен съдебен акт, то последното е изрично закрепено в закона. Този извод се подкрепя от правилото на чл. 432, т. 1 ГПК, според което изпълнителното производство се спира от съда в случаите по чл. 245, ал. 1 и 2, чл. 309, ал. 1, чл. 397, ал. 1, т. 3, чл. 438 и 524 ГПК. Тук трябва да се вземе предвид и още един довод – в чл. 432, т. 7 ГПК в други случаи, предвидени в *закон*. Това е индичия за законодателната воля, че когато са налице такива „други случаи“, освен ако друго не е предвидено, то спирането е по силата на закона. В посочената по-горе хипотеза обаче, ако съдебният изпълнител е недобросъвестен и не спре изпълнителните действия, длъжникът би могъл да претърпи вреди, след което да ангажира отговорността на съдебния изпълнител – арг. от чл. 441 ГПК, въпреки очевидната презумпция, че съдебният изпълнител винаги ще действа добросъвестно най-малко под страх от отговорност за вреди. Считаю, че това разрешение не е уместно, като *de lege ferenda* обхватът на защитата срещу процесуалната законосъобразност на действията на съдебния изпълнител по чл. 435 ГПК понастоящем е разширен, като на длъжника се предостави възможност да обжалва отказа за спиране и прекратяване на изпълнителното производство – арг. от чл. 435, ал. 2, т. 6 ГПК. Обратно вж. **Пунев, Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балевска, К. Топалов, Кр. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, Ст. Кюркчиев**. Граждански процесуален кодекс. Приложен коментар. Проблеми на правоприлагането. Анализ на съдебната практика. С.: Труд и право, 2012, 951–952, където се поддържа, че чл. 432, т. 1 ГПК не съдържа изчерпателно изброяване на обезпечителните хипотези, което е и основен аргумент. Това мнение не може да бъде споделено, тъй като на практика повечето случаи на спиране, предвидени в различните закони, имат обезпечителен характер, което до известна степен би обезсмислило чл. 432, т. 2 ГПК.

вод е буквалното и систематично тълкуване на чл. 419 и 420 ГПК. Законодателят е предвидил два различни способа за защита на длъжника, като не ги е предпоставил един спрямо друг.³ В този смисъл длъжникът може да избере единия или и двата способа за защита на правата си. На следващо място трябва да се вземе предвид обстоятелството, че при двата способа за защита резултатът е различен. В случая спирането на изпълнението се постига по силата на закона – с подаване на възражението по чл. 414 ГПК, но обжалването на разпореждането за незабавно изпълнение, ако е проведено успешно, води със себе си до обезсилване на издадения изпълнителен лист, а оттам и до прекратяване на изпълнителното производство – арг. от чл. 433, ал. 1, т. 3 ГПК. Това само по себе си води както до отпадане на наложените обезпечителни мерки от съдебния изпълнител – например вдигане на изпълнителния заповед върху вземане или наложена изпълнителна възбрана върху имот, така и до отпадане на отговорността на длъжника за заплащане на разноски в изпълнителното производство – арг. от чл. 79, ал. 1, т. 1 ГПК. Следователно за длъжника е налице правен интерес от обжалване на разпореждането за незабавно изпълнение въпреки спирането на изпълнителното производство.

2.2. Атипична хипотеза

В случая се касае за частна жалба против разпореждането за незабавно изпълнение, подадена още преди да е образувано изпълнителното производство, съответно – да е връчена покана за доброволно изпълнение и препис от заповедта за изпълнение.⁴ Това обстоятелство не пречатства пътя за защита на длъжника. Фактът, че е вече е налице издадена заповед за изпълнение и изпълнителен лист, сам по себе си обуславя правния интерес от подаване на възражение по чл. 414 и частна жалба по чл. 419 ГПК. Преждевремен-

³ Вж. Сталев, Ж., О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова. Българско гражданско процесуално право. С.: Сиела, 2012, 890–900; Пунев, Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балевска, К. Топалов, Кр. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, Ст. Кюркчиев. Цит. съч., 910–914.

⁴ Длъжникът може да научи, че срещу него е подадено заявление за издаване на заповед за изпълнение, от водения в съда азбучник – вж. чл. 42 от Правилника за администрация в съдилищата.

ното им подаване не може да изключи правния интерес на длъжника, тъй като неговият патримониум е вече застрашен от потенциалната възможност да претърпи принудително изпълнение. Всъщност би могло да се твърди, че кредиторът също има интерес от подобна преждевременна проверка дори само поради опасността, че ще трябва иначе при успешно проведена частна жалба по чл. 419 ГПК да заплати таксите по прекратеното изпълнително дело. В този смисъл преждевременното подаване на възражение и частна жалба не препятства възможността на кредитора да образува изпълнително производство, доколкото той все още има годен изпълнителен титул, но изпълнителното производство ще трябва да бъде образувано и спряно веднага.

2.3. Междиен извод

За длъжника е налице правен интерес от обжалването на разпореждането за незабавно изпълнение по чл. 419 ГПК както когато изпълнителното производство е спряно въз основа на чл. 420 ГПК, така и когато изпълнително дело все още не е образувано, респ. не му е връчена покана за доброволно изпълнение и препис от заповедта за изпълнение, издадена въз основа на документ по чл. 417, т. 10 ГПК.

3. Обжалване на разпореждането за незабавно изпълнение при заповед за изпълнение, издадена въз основа на документ по чл. 417, т. 10 ГПК – хипотези

Тази част от изложението е ограничена до две нетипични хипотези. Първата е свързана с прехвърлянето на запис на заповед не чрез типичния за това способ – джирото, а чрез цесия. Втората хипотеза е свързана с менителничен ефект, който е подписан без представителна власт и е авалиран. И двете хипотези предпоставят възражения и доводи, които са свързани с ефекта, но стоят и извън него. Разглеждането на тези две хипотези ще обуслови и част от изложението в следващия раздел.

3.1. Обжалване на разпореждането за незабавно изпълнение от длъжника при запис на заповед, прехвърлен чрез цесия. Проблеми на падежа на предявяване

При спазване на императивната материалноправна норма на чл. 535 ТЗ съдът проверява дали процесният запис на заповед отговаря на императивните правила на закона, поради което, ако е налице валидно поето менителнично задължение за заплащане на сумата по ефекта от издателя в полза на ремитента, то последният – ремитентът цесионер, е активно материално легитимиран по процесния менителничен ефект, но извършената цесия трябва да е надлежно съобщена на длъжника, т.е. на издателя – арг. от чл. 99, ал. 3 ЗЗД. Записът на заповед е опростена форма на менителницата, като двете разкриват сходни правни характеристики на ценна книга, инкорпорираща в себе си едностранна абстрактна сделка, представляваща налична ценна книга на заповед, в която е материализирано парично вземане.⁵ Това обуславя извода, че и двете ценни книги се прехвърлят чрез идентични прехвърлителни способности, които по правната си същност могат да доведат до универсална или сингуларна сукцесия. Един от тези способности е цесията. Последната е напълно допустима при прехвърлянето на менителнични ефекти, като понякога тя е и единственият възможен способ, за да се прехвърли ефектът.⁶ Единствената разлика между цесията и традиционния способ за прехвърляне на заповедни ценни книги – джирото, е, че когато ценната книга е прехвърлена чрез цесия, цедентът прехвърля само правата, които той самият има, а не правата по ценната книга такива, каквито са обективирани в нея, както е при джирото. Това означава, че се изгубва гаранционният ефект на джирото, изразяващ се в това, че джиратарят придобива правата по ценната книга, така както последните

⁵ Вж. **Герджиков, О.** Търговски сделки. 3. прераб. и доп. изд. С.: Труд и право, 2008, с. 322; **Павлова, М.** Записът на заповед и менителницата. С.: Софи-Р, 1998, 109–112; **Диков, Л.** Курс по търговско право. Том 2. С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 1992, 936–940; **Джидров, П.** Коментар на Търговския закон. Том 5. С.: УИ „Св. Климент Охридски“, 1996, с. 74; **Найденев, Б.** Специфични търговски сделки. С.: Феня, 2007, с. 89 и сл.

⁶ **Герджиков, О.** Цит. съч., 308–309; **Капаров, К.** Систематичен курс по българско търговско право. С.: ДП „Георги Димитров“, 1990, 581–582; вж. и решение № 218/2013 г. по т. д. № 1008/2011 г. на ВКС, II т. о.

са обективирани в нея, а не придобива правата на джиранта, съответно на последния по правило не може да се правят възражения *in personam*, произтичащи от джирото като едностранна абстрактна сделка, каквито обаче са напълно допустими спрямо цесионера.⁷

В този смисъл възражението, че записът на заповед е нищожен, тъй като падежът не е определен, съобразно чл. 486 ТЗ, включително с оглед на цесията, не може да бъде уважено. Падежът, когато например е определен на предявяване, е в съответствие с чл. 486, ал. 1, т. 1 ТЗ, следователно, независимо дали ефектът е прехвърлен чрез цесия, или чрез джиро, това само по себе си не води до неопределеност на срока. Определянето на срока с уговорка „на предявяване до дата Х“ е напълно допустимо с оглед на разпоредбите на чл. 487, ал. 1 ТЗ във вр. с чл. 537 ТЗ, като така определеният срок обуславя крайния срок за предявяване на записа на заповед.⁸

Менителничните задължения са парични, но за разлика от общото правило на чл. 68 ЗЗД, не са носими, а търсими поради това, че менителничният длъжник не знае кой ще бъде неговият менителничен кредитор. По тази причина менителницата, респ. записът на заповед, винаги трябва да се предяви за плащане – от легитимирания приносител. Хоноруването на ефекта по правната си същност е поканата за изпълнение на поетото от издателя на записа на заповед задължение за плащане.⁹ Предявяването за плащане може да бъде извършено и неформално в законния едногодишен срок, определен в чл. 487, ал. 1 ТЗ, или в друг срок, като то е от значение само за изпадане на длъжника в забава, съответно за отговорността му за обезщетение за забава.¹⁰ В този смисъл при направеното генерално възражение за липса на редовно предявяване на записа на заповед съ-

⁷ За подробно разграничение между джирото и цесията и техните ефекти вж. **Павлова, М.** Цит. съч.; **Калайджиев, А.** Облигационно право. Обща част. С.: Сиби, 2013, 506–508. Не споделям тезата на последния автор за договорния характер на джирото и се присъединявам към критиката на **Павлова, М.** Цит. съч., 121–126.

⁸ Така определение № 776/05.11.2010 г. по ч. т. д. № 733/2010 г. на ВКС, II т. о.; определение № 254/22.04.2009 г. по т. д. № 102/2009 г. на ВКС, I т. о.

⁹ Вместо всички за хоноруването на менителницата вж. **Грюнхут, К. С.** Менителнично право. Част втора. С.: Печ. „Ив. К. Божинов“, 1925, 1–27.

¹⁰ Така решение № 61/30.01.2009 г. по гр. д. № 6485/2007 г. на ВКС, IV г. о.

щото включва в себе си и факта, че записът на заповед е предявен след предвидения краен срок. Възражението ще е неоснователно, ако записът на заповед е бил предявен в предвидения от страните срок. В тази насока – за възможността да се уговори срок между страните, аргумент се черпи от правилото на чл. 487, ал. 1, изр. 3 ТЗ. Въпреки това следва да се отбележи, че непредявяването на записа на заповед за плащане в посочения срок не рефлектира върху възможността на ремитента принудително да реализира вземането си от издателя – пряк длъжник по записа. Тоест непредявяването на записа на заповед в срока за предявяване не рефлектира върху възможността за принудително събиране на вземането от поемателя, ако не е изтекъл срокът по чл. 531, ал. 1 ТЗ. Тригодишният срок на погасителната давност съгласно разпоредбата на чл. 531, ал. 1 ТЗ тече от изтичането на срока за предявяване, като непредявяването на записа на заповед в посочения срок води до загубване на правата по него по отношение на регресно отговорните лица – джирантите и техните авалисти, но не и спрямо издателя на записа на заповед и неговия авалист.¹¹

3.2. Обжалване на разпореждането за незабавно изпълнение от длъжника при запис на заповед, издаден без представителна власт

Записът на заповед в природата си на правна сделка представлява едностранно абстрактно волеизявление, по силата на което едно лице, което е издател и платец, задължава едностранно себе си, че на определен съгласно правилото на чл. 486, ал. 1 ТЗ падеж безусловно ще заплати сумата, за която се е задължило на ремитента. Тази правна характеристика на записа на заповед като модулация на менителницата предопределя и специалния режим на менителничните сделки спрямо общия режим на търговските сделки. Съгласно правилото на чл. 537 ТЗ за записа на заповед *се прилагат съответно* (курс. мой – В. А.), доколкото са съвместими с естеството

¹¹ Така т. 3 от ТР № 1/28.12.2005 г. по т. д. № 1/2004 г. на ОСТК; решение № 132/23.06.2016 г. по т. д. № 2316/2015 г. на ВКС, I т. о.; решение № 378/30.11.2011 г. по гр. д. № 314/2011 г. на ВКС, III т. о.; определение № 278/28.03.2016 г. по т. д. № 2316/2015 г. на ВКС, I т. о.; определение № 128/10.02.2016 г. по т. д. № 1800/2015 г. на ВКС, I т. о.

му, разпоредбите за менителницата. В разпоредбата на чл. 462 ТЗ е предвидено, че който подпише менителница като представител, без да има представителна власт или като превиши властта си, се задължава лично по менителницата и ако плати, има същите права, каквито би имал представляваният.¹² Това правило е специално по отношение на разпоредбата на чл. 301 ТЗ, който е приложим към търговските сделки като цяло, но не и към менителничните такива.¹³ В този смисъл акцентът пада върху обстоятелството, че макар и менителничните сделки да намират своята систематична регламентация в ТЗ, то последната се ползва с относителна самостоятелност по отношение на общите разпореждания за търговските сделки, тъй щото за разлика от общите разпоредби, регламентиращи търговските сделки, а и в отлика от тях менителничното право се отличава с определена формалност и менителнична строгост, които принципи в крайна сметка гарантират менителничния оборот. В този смисъл единствената мислима възможност да се приложат общите правила за действия без представителна власт или при превишаване на пределите ѝ е само в случая, когато кредиторът е бил добросъвестен, каквато добросъвестност в случая не е дори индицирана. В този случай общите правила се изключват от императивната разпоредба на чл. 462 ТЗ, с оглед на която следва да се направи заключението, че менителничните задължения са самостоятелни и независими едно от друго, което правило се прилага независимо дали задължението по ефекта е било поето при неговото издаване, или след това – при циркулирането на менителницата, вкл. при поемането на менителнично поръчителство. Следователно, когато е приложим чл. 462 ТЗ, са неприложими чл. 301 ТЗ и чл. 42, ал. 2 ЗЗД.¹⁴ Първата разпо-

¹² Вж. **Герджиков, О.** Цит. съч., с. 305; **Павлова, М.** Цит. съч., 40–41.

¹³ Решение № 231/17.03.2004 г. по гр. д. 898/2003 г. на ВКС, II г. о; решение № 13/06.04.2011 г. по т. д. № 333/2010 г. на ВКС, I т. о. (постановено по реда на чл. 290 ГПК); определение № 104/13.02.2015 г. по т. д. № 1773/2014 г. на ВКС, I т. о.

¹⁴ Не мога да се съглася с тезата на **Герджиков, О.** Цит. съч., с. 305, и **Павлова, М.** Цит. съч., 40–41, че е налице възможността за ратификация по чл. 42, ал. 2 ЗЗД. Освен чисто практическите трудности, очертани по-горе, посочените автори трудно биха изпълнили изискването на ЗЗД, според което за ратификацията (потвърждаването) се изисква същата форма. Идеята на законодателя е липсващият юридически факт да бъде облечен в същата форма,

редба е неприложима по логиката на закона, тъй като е налице съотношението обща към специална норма, а втората разпоредба е неприложима, тъй като потвърждаването по ЗЗД изисква последното да бъде извършено в същата форма, което е правно и житейски невъзможно. „Същата форма“ би означавало да се издаде менителница към менителницата, което не може да се преодолее и чрез издаване на дубликат към ефекта по реда на чл. 525 и сл. ТЗ, доколкото тези разпоредби целят улеснение на менителничния оборот, а не преодоляване на представителната власт. Освен това, доколкото логиката на ефекта е да циркулира в оборота, то ратифициращият се изправя пред непреодолимата трудност да узнае къде се намира ефектът, доколкото задълженията по менителничните ефекти са търсими, а не носими.

По отношение на авалистите съдът следва да вземе предвид, че съгласно чл. 537 ТЗ във вр. с чл. 485, ал. 2 и 3 ТЗ задължението на поръчителя е действително и когато задължението, за което е дадено, е недействително по каквато и да било причина освен поради недостатък във формата. Поръчителят, който е платил менителницата, встъпва в правата по нея срещу лицето, за което е поръчителствал, и срещу всички, които отговарят към това лице по менителницата. Приложението на посочените разпоредби обаче е предпоставено от валидното поемане на менителнично задължение. В случая с оглед на разпоредбата на чл. 462 ТЗ във вр. с чл. 484, ал. 3 ТЗ, в която е посочено, че когато поръчителят не посочва за кого поръчителства, се смята, че поръчителството е за издателя, то следва да

която е *ad solemnitatem*. Тази трудност е била забелязана от **Диков, Л.** Цит. съч., 901–902, който твърди, че потвърждаването е неформално. Струва ми се, че при настоящата правна уредба това съждение отговаря на текста на закона. Съгласен съм обаче с този автор, че действието на чл. 462 ТЗ (съотв. чл. 634 ТЗ – отм.) е предпоставен от добросъвестността на менителничния кредитор, тъй като целта на разпоредбата е защита на менителничния оборот, а не произволното поемане на менителнични задължения. В този смисъл правилно **Джидров, П.** Цит. съч., 381–386, приема, че мнимият представител остава лично задължен, което защитава добросъвестния кредитор. Според мен това е причината практическите аргументи да надделяват над доктринерните в този смисъл – ако мнимо представляваният желае толкова да плати по менителницата, той всякога може да го стори, респ. да се задължи като авалист или да извърши атипично хоноруване, или пък сам да издаде ефект в полза на кредитора.

се приеме, че не са налице валидно поети задължения по менителнично поръчителство. Тези задължения са нищожни поради липса на основание. В този смисъл съдът взема предвид факта, че авалът е абстрактна сделка дори в по-голяма степен от основната менителнична сделка¹⁵, но това само по себе си не може да обуслови отговорност на авалистите към авалата. Отделно от това, като се вземе предвид разпоредбата на чл. 485, ал. 3 ТЗ, ако се приеме тезата, че менителничните поръчители следва да платят на длъжника по мени-

¹⁵ В този смисъл е решение № 26/24.04.2014 г. по т. д. № 1027/2013 г. на ВКС, II т. о.: „Уреденото в чл. 483–485 ТЗ менителнично поръчителство (авал) има самостоятелен и неакцесорен характер спрямо главното задължение, което обезпечава, и поради това авалистът не може да противопоставя на приносителя на менителничния ефект възражения, които би могъл да му предостави самият хонорат (издател на записа на заповед) (*прецизната терминология е „авалат“, тъй като терминът „хонорат“ се ползва при менителничното посредничество, но е напълно възможно да се направи и погрешна аналогия с хонорирането на менителница – бел. моя*) – както абсолютни възражения за недействителност на ефекта (с изключение на възражението относно формата), така и лични възражения, произтичащи от каузално правоотношение между приносителя и хонората. Противопоставянето на лични възражения от авалиста, основани на каузално правоотношение между приносителя и хонората, е допустимо само ако авалистът също е страна по каузалното правоотношение или ако приносителят е недобросъвестен, или е извършил злоупотреба с право, знаейки за наличието на лични възражения по каузалното правоотношение с хонората. Установената недобросъвестност на приносителя изключва правото на последния да иска изпълнение от авалиста в случаите, когато може да му бъдат противопоставени личните възражения на хонората, в това число и възражението му за наличие на съдебно признато изпълняемо право в полза на приносителя. В тези случаи, както и в случаите на доказана злоупотреба с право авалистът може да противопоставя успешно на приносителя и личните възражения по каузалното правоотношение, по което не е страна, макар това право по принцип да не му принадлежи“. Вж. и решение № 1569/18.02.2004 г. по гр. д. № 2576/2002 г. на ВКС, II т. о.; решение № 1270/20.10.1999 г. по гр. д. № 564/1999 г. на ВКС, където е застъпена тезата, че когато страните на менителничната сделка съвпадат с тези по каузалната, възраженията, произтичащи от каузалната сделка, представляват лични възражения срещу носителя на менителничното право. Такова е и възражението относно гаранционното издаване на записа на заповед. Щом на недобросъвестния приносител може да се правят всички възражения, включително и произтичащи от каузалната сделка, то същите може да се направят с още по-голяма сила на поемателя по менителницата, който се явява и кредитор по каузалното задължение.

телницата – в хипотезата на чл. 462 ТЗ, то ще следва, че последните няма срещу кого да встъпят в правата, тъй като ще трябва да претендират заплатените суми от лицето, на което са заплатили и за което са поръчителствали едновременно. Като се вземе предвид, че авалирането на хонорувани и нехонорувани менителнични ефекти има за кауза запазване на търговските (вътрешните, включително правни отношения) между авалист и авалат, както и възможността в крайна сметка авалистът да има възможност да претендира заплатените суми от лицето, за което е поръчителствал, независимо дали ще проведе успешно предварително изпълнение, то следва да се приеме, че когато никоя от тези две възможности не е налице, то не е налице и валидно поето менителнично поръчителство. В този смисъл за авалиста не е безразлично за кого поръчителства. Ето защо задълженото лице по менителницата, включително в хипотезата на чл. 462 ТЗ, няма претенция спрямо собствените си авалисти, т.е. за него не е налице притезание, което да се инкорпорира в изпълнителния лист. Поради това, че се касае за императивни правни норми, които са част от проверката на документа по чл. 417 ГПК от външна страна – арг. от чл. 419, ал. 2 ГПК, то и съдът счита, че при приложението на закона следва да се приеме, че процесните менителнични поръчителства са нищожни, поради което въз основа на тях не може да бъде разпоредено незабавно изпълнение.¹⁶

¹⁶ В тази хипотеза е напълно възможно аргументацията да тръгне и в друга посока. Дори да не се приеме, че се касае за нищожност на авалите, то би могло да се аргументира тезата, че когато лицето, подписало се за издател, е едновременно и ремитент по менителницата, то е налице нередовност във формата на ефекта, която нередовност води и до отпадане на отговорността на поръчителите. Всъщност тази нередовност има резон, като се направи извод за нищожност на записа на заповед, но ако говорим за класическа менителница, тогава би могло да се аргументира, че менителницата е теглена спрямо себе си, но дори в тази хипотеза ремитентът е различен, тъй като при менителницата, теглена срещу себе си, издателят и платецът съвпадат – това е причината в практиката да се казва, че подобна менителница на практика е запис на заповед. Против тази линия на разсъждения, разбира се, може да се противопостави формалният довод от чл. 466, ал. 3 ТЗ, като се каже, че сливането на качествата „кредитор“ и „длъжник“ невинаги погасява менителничното задължение. Струва ми се, че този аргумент е неотносим към настоящата хипотеза, доколкото последният текст касае прехвърлянето на менителнични ефекти чрез джиро. Това означава, че посочената разпоредба е по-скоро част от гаранционната функция и ефект на джирото, а не на ефекта сам по себе си.

4. Обхват на проверката на документа по чл. 417, т. 10 ГПК при подадена частна жалба по реда на чл. 419 ГПК

Член 419, ал. 1 и 2 ГПК предвиждат, че разпореждането, с което се уважава молбата за незабавно изпълнение, може да се обжалва с частна жалба в двуседмичен срок от връчването на заповедта за изпълнение.¹⁷ Частната жалба срещу разпореждането за незабавно изпълнение се подава заедно с възражението срещу издадената заповед за изпълнение и **може да се основе само на съображения, извлечени от актове по чл. 417 ГПК.**¹⁸ Тази формулировка на закона е причината практиката да е възприела, че в производството по реда на чл. 419 ГПК съдът се произнася само по това дали документът е редовен от външна страна (в случая при ментелничните ефекти – дали последният притежава изискуемото от закона съдържание – арг. от чл. 455 и 456 ТЗ, съответно чл. 535 и 536 ТЗ). Преди обаче да пристъпи към проверка на документа от външна страна, съдът трябва да провери дали в двуседмичния срок

¹⁷ След измененията на чл. 418, ал. 5, изр. 2 ГПК – обн., ДВ, бр. 50 от 2015 г., съдебният изпълнител незабавно изпраща до съда копие от съобщението, с което е връчена заповедта за изпълнение. Това обстоятелство е важно, тъй като двуседмичният срок е преклузивен и за него съдът следи служебно, като срокът по арг. от чл. 414, ал. 2 ГПК не подлежи на продължаване. В този смисъл, ако съдебният изпълнител не изпълни задълженията си, считам, че съдът е длъжен да събере доказателства по свой почин, доколкото съгласно принципа за служебното начало, обективиран в чл. 7, ал. 1 ГПК, съдът **служебно извършва необходимите процесуални действия** по движението и приключването на делото и следи за **допустимостта и надлежното извършване на процесуалните действия от страните**. А спазването на преклузивния процесуален срок е именно от значение за надлежното извършване на процесуалното действие – обжалване на разпореждането за незабавно изпълнение и подаване на възражение по реда на чл. 414 ГПК.

¹⁸ Аналогични по съдържание са били разпоредбите на чл. 156м ЗГС: „Жалбата може да се основава само на съображения от самото съдържание на документа“; и на чл. 244, ал. 2 ГПК (отм.): „Жалбата може да се основе само на съображения, извлечени от актовете по чл. 237“. Вж. и определение № 118/27.01.2010 г. по ч. т. д. № 784/2009 г. на ВКС, I т. о., както и **Сталев, Ж., О. Стамболиев, В. Попова, Р. Иванова**. Цит. съч., 891–892; **Пунев, Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балевска, К. Топалов, Кр. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, Ст. Кюркчиев**. Цит. съч., с. 911.

частната жалба е подадена заедно с възражението по чл. 414 ГПК, тъй като длъжникът няма правен интерес от частната жалба, ако не оспорва самото вземане¹⁹, респ. ако признава, че последното съществува.²⁰ В противен случай частната жалба се оставя без разглеждане поради липсата на абсолютната положителна процесуална предпоставка – наличие на правен интерес.

Проверката от външна страна не само проверява дали клаузите на документа съответстват на императивните правни норми – в случая при менителничните задължения това са правила, които касаят формата на документа и налице ли е изпълняемо вземане. Следователно при буквалното тълкуване на чл. 419, ал. 2 ГПК *in fine* трябва да се направи изводът, че за въззивният съд не е задължен да проверява:

- дали документът е подписан от длъжника, въпреки изричен довод в тази насока;
- дали вземането, инкорпорирано в ефекта, действително съществува, респ. дали не е погасено;
- възражения, черпени от каузалната сделка.

Принципно всички тези обстоятелства подлежат на проверка

¹⁹ Така определение № 158/28.02.2011 г. по ч. т. д. № 73/2011 г. на ВКС, I т. о.; определение № 32/14.01.2011 г. по т. д. № 903/2010 г. на ВКС, I т. о.; определение № 65/26.01.2011 г. по ч. т. д. № 48/2011 г. на ВКС, I т. о. Това дава резон и на отклонението в чл. 419, ал. 1 ГПК от общото правило на чл. 275, ал. 1 ГПК (и чл. 279 ГПК), според което частните жалби против определения и разпореждания се подават в едноседмичен срок. Тук обаче е налице и още една хипотеза – ако възражението и жалбата са подадени в срок, но *post factum* заповедта за изпълнение бъде обезсилена поради неподаване на иск в едномесечния срок по чл. 415, ал. 1 ГПК, то тогава с обезсилването на заповедта отпада и правният интерес от подадената частна жалба. В този случай практически е спорно дали заповедният съд трябва служебно да съобщи на окръжния съд, който разглежда частната жалба. Струва ми се, че е удачно служебно да бъде изпратено такова уведомление. Разбира се, дори такова да не е изпратено, в крайна сметка ще се постанови един недопустим акт, който няма да има реално правно действие, защото ще е безпредметен. В този смисъл служебното съобщаване гарантира процесуалната икономия.

²⁰ В този смисъл вж. т. 10а от ТР № 4/18.06.2014 г. по тълк. д. № 4/2013 г. на ОСГТК: „Оспорване на вземането е налице при всяка изразена форма на несъгласие с вземането по издадената заповед за изпълнение“.

във функционално свързания със заповедното производство исков процес.²¹

4.1. Проверява ли се легитимацията на кредитора по менителничния ефект, или последната е само по твърдения?

При внимателно разглеждане на очертаната по-горе първа хипотеза (**вж. т. 3.1.**) ще трябва да направим извода, че на проверка подлежат не само всички реквизити за действителност на менителничното волеизявление като сделка, а и редовността на легитимацията на приносителя. Това произтича от обстоятелството, че при издаването на заповедта за изпълнение и разпореждането за незабавно изпълнение заповедният съд трябва да провери дали лицето, което твърди, че е кредитор, е такова с оглед на обективизираните върху менителницата или алонжа прехвърлителни сделки, доколкото при систематичното тълкуване на чл. 535, т. 5, респ. чл. 455, т. 6 във вр. с чл. 469 във вр. с чл. 471, ал. 1 ТЗ джирото прехвърля всички права по менителницата, като легитимиран да получи плащане по менителницата е законният ѝ приносител, който се смята за такъв, ако правото му следва от непрекъснатия ред на джирата, дори и когато последното джино е бланково. Зачертаните джира се смятат за ненаписани. Когато бланковото джино е последвано от друго джино, се смята, че подписалият е придобил менителницата с бланковото джино. Установяването на този правнорелевантен факт не представлява проблем, доколкото императивната правна норма на чл. 468, ал. 1, изр. 1 ТЗ досежно формата на индосамента предвижда, че последният трябва да бъде написан върху менителницата или върху прикрепен към нея лист (алонж).

Проблемът, който се поражда, е когато ефектът е прехвърлен чрез цесия, като в случая се изключва следпротестното джино, доколкото по силата на чл. 474, ал. 1, изр. 2 ТЗ последното има значението на цесия, съответно ректа джирото – с аналогично действие като цесията. В този случай е необходимо документът, в който е обективирана цесията, да отговаря на изискванията по чл. 417 ГПК, т.е. договорът за цесия да е с нотариална заверка на подписите. При

²¹ Така Пунев, Бл., В. Гачев, Г. Хорозов, Д. Митева, Д. Танев, Е. Кръшкова, Е. Балева, К. Топалов, Кр. Влахов, М. Златарева, М. Обретенова, М. Бобатинов, Ст. Кюрчиев. Цит. съч., с. 911.

това положение заповедта за изпълнение и изпълнителният лист се издават въз основа на ефекта, а нотариално завереният договор за цесия служи само за да се легитимира заявителят като надлежен ремитент.²² Струва ми се обаче, че е напълно възможно цесията да е обективирана върху алонжа например, при което няма да е нужно тя да бъде нотариално заверена и ще породи прехвърлителното си действие. И в двата случая обаче е необходимо длъжникът да бъде уведомен за цесията, което също попада в обхвата на проверката.

4.1.1. Проверява ли се действителността на джирата и/или цесиите?

Отговорът на поставения въпрос се предпоставя от правилото на чл. 419, ал. 2 ГПК. По отношение на джирото следва да се приеме, че проверката се заключава само в това дали са спазени императивните правила на чл. 467–469 ТЗ. Всички други възражения по отношение на джиратаря, които са извън абсолютните, т.е. тези, свързани с формата на ефекта или джирото, може да се реализират при условията на чл. 465 ТЗ, но само в рамките на исковия процес, а не и по реда на частната жалба по чл. 419 ГПК.

Не толкова очевидно седи обаче въпросът по отношение на цесията. По правило цесията като способ за прехвърляне на вземания се постига чрез един консенсуален договор, към чиято форма и съдържание разпоредбите на чл. 99 и 100 ЗЗД не поставят особени

²² Тази особеност е важна, тъй като, в случай че това обстоятелство не е надлежно описано в заявлението за издаване на заповедта за изпълнение, е напълно възможно съдът да отхвърли заявлението поради нередовност, тъй като не е ясно на основание на кои от представените документи се иска издаването за заповедта за изпълнение. В случая съдът трябва да тълкува волята на заявителя, което беше особено важно с оглед на т. 1 от ТР № 4/18.06.2014 г. по тълк. д. № 4/2013 г. на ОСГТК, в която е предвидено, че „заповедният съд не е длъжен при констатирана нередовност на заявлението по чл. 410, ал. 2 ГПК съобразно с изискванията на чл. 127, ал. 1 и 3 и чл. 128, т. 1 ГПК да дава указания на заявителя за поправянето му, а отхвърля заявлението. Даване на указания на заявителя се дължи само в изрично уредената в чл. 425, ал. 2 ГПК хипотеза, както и при невнесена в пълен размер държавна такса за заявлението“. Това разрешение понастоящем с оглед на разпоредбата на чл. 411, ал. 2, т. 1 (доп. – ДВ, бр. 86 от 2017 г.) е загубило значение, тъй като заповедният съд дължи пълни, ясни и точни указания при нередовно заявление.

изисквания – такива, каквито поради менителничната строгост са налице за менителничните сделки. Това е причината, която би обусловила приложението на чл. 26 ЗЗД, съответно при проверката по аналогия трябва да намери приложение чл. 411, ал. 1, т. 2 ГПК, т.е. съдът ще дължи единствено проверка дали цесията не противоречи на императивните правила на закона и добрите нрави.²³ В този смисъл всички други възражения, включително релативните възражения, свързани с вземането, които за разлика от прехвърлянето с джиро може да се черпят при прехвърлянето на притезателното право с цесия, отново ще бъдат предмет на изследване в рамките на исковото производство, а не в това по обжалване на разпореждането за допускането на незабавно изпълнение.

4.1.2. Междинен извод

Проверката на легитимацията на заявителя по ефекта е част от проверката на менителницата от външна страна. Съдът дължи проверка и на това обстоятелство, включително по отношение на тяхната действителност от външна страна, като в случай че се установи, че заявителят и лицето, което следва от реда на джирата или цесиите, са различни, частната жалба трябва да бъде уважена, като се отмени разпореждането за незабавно изпълнение.

4.2. Проверка на представителна власт по менителничния ефект и проблемът с адиектните клаузи

При разглеждане на очертаната по-горе втора хипотеза (**вж. т. 3.2.**) трябва да се отграничат две възможни хипотези. Първата е проблемът на проверката на представителната власт на лицето, респ. лицата, които са подписали документа. Втората включва в себе си комплексен проблем – поемането на менителнично поръчителство²⁴, така и допълнителни добавки, направени от страните.

²³ Основанията за нищожност, за които съдът следи служебно, се свеждат до противоречие със закона, липса на форма *ad solemnitatem* и флагрантни нарушения на правилата на добрите нрави (вж. чл. 26, ал. 1, пр. 1 и 3 и ал. 2, пр. 3 ЗЗД). За другите основания, както и за част от тези, включително поради доброто прикриване на факти или тяхното успешно завоалиране, съдът трудно би могъл да следи служебно, т.е. следи, но трудно би установил обстоятелството, което да приложи служебно.

²⁴ Въпросът за менителничното посредничество няма да бъде разглеждан, доколкото последното не намира практическо приложение и би натоварило изложението.

4.2.1. Проверката на автентичността на ефекта, проблемът с представителната власт и авала

С оглед на казаното дотук следва генералният извод, че принципното оспорване на автентичността на менителничния ефект не може да бъде разгледано в рамките на производството по чл. 419 ГПК. Менителницата, респ. записът на заповед, представлява частен диспозитивен документ, който притежава формална доказателствена сила. Когато не са сочени, респ. не са събрани доказателства, които да оборят неговата автентичност, последният обвързва издателя, съответно поемателя по менителнична сделка, с обективирания в нея неизгодни факти – волеизявления за поемането на задължения – арг. от чл. 180 ГПК. В рамките обаче на производството по проверка на разпореждането за незабавно изпълнение е изключена възможността страната да оспори автентичността на документа по реда на чл. 193 ГПК.²⁵

Струва ми се, че от това правило е налице едно изключение, което беше разгледано и в посочената по-горе втора хипотеза – когато в отговора на частната жалба заявителят признава, че подписът под записа на заповед не е на лицето, посочено като издател, респ. платец. В този случай, доколкото признанието на факти е едно от най-сигурните доказателства в гражданския процес, което, преценено в съвкупност с другите доказателства, води до разкриване на действителното положение между страните (арг. от чл. 175 и чл. 10 ГПК), то ми се струва, че е разумно да се приеме, че самият заявител признава, че не е налице изпълняемо право спрямо това лице, което в крайна сметка е и целта на производството по чл. 419 ГПК. В конкретния случай хипотезата е с аргумент за по-силното основание, че вместо от издател ефектът е подписан от лице, което е реми-

²⁵ Вариантите за оспорване на автентичност са или да бъде оспорен подписът, или оспорващият да въведе доводи, че подписът е негов, но съдържанието не съответства на действителната воля, респ. не е написано от страната, което по същността си са съображения досежно автентичността на документа – например казва, че никога не е написал подобен запис на заповед, а се е касае за т.нар. кражба на подпис. Този детайл е изключително важен, тъй като диспозитивните документи може да са автентични или неавтентични, но не и верни или неверни – такива могат да бъдат само удостоверителните документи, в които се инкорпорира факт от обективната действителност с правно значение.

тент. В този случай се очертават хипотезите, които бяха разгледани в т. 3.2. и *a priori* е изключено изпълняемостта на правото към издателя и/или платеца, а струва ми се – и към неговите авалисти: в хипотезата, че те не са посочили за кого поръчителстват, то по арг. от чл. 484, ал. 3 ТЗ се счита, че поръчителстват за издателя. Тук обаче е налице и едно различие – ако при записа на заповед издателят и платецът съвпадат, то това не е задължително при менителницата. Ето защо, ако е издадена менителница, в рамките на производството по чл. 419 ГПК съдът ще трябва да изследва за кого са поръчителствали авалистите. Тук също важи казаното по отношение на оспорването на автентичността на авала. Това обаче не изключва проверката от съда на императивните изисквания на чл. 484 ТЗ и чл. 485, ал. 2 ТЗ. В този смисъл регламентираното в разпоредбите на чл. 483–485 ТЗ поръчителство е самостоятелно, неакцесорно, от главното задължение. Единственото изключение от този принцип на самостоятелност на авала е предвидено в чл. 485, ал. 2 ТЗ *in fine*, според който липсата на редовен от външна страна менителничен ефект е основание за недействителност и на задължението на авалиста. Това произтича от обстоятелството, че за разлика от поръчителството в гражданското право, при авала един и същ документ материализира волеизявленията, които пораждат и обезпеченото и обезпечаващото задължение. Ето защо недостатъците във формата са едновременно основание за недействителност и на едното, и на другото задължение.²⁶ Правните последици от волеизявлението на авалиста са, че за него се поражда задължение, което по вид, съдържание и предпоставки за принудително осъществяване се определя от обезпеченото задължение, като авалистът дължи същата по вид престация, както и авалатът, предвид разпоредбата на чл. 485, ал. 1 ТЗ. Отговорността на авалиста за заплащане на сумата по записа на заповед е обусловена от настъпването на изискуемостта на вземането. Ето защо е необходимо да е настъпил падежът на менителницата сделка.²⁷

²⁶ Вж. решение № 120/30.07.2010 г. по т. д. № 988/2009 на ВКС, II т. о. Авалистът не може да черпи релативни възражения срещу ремитента, освен ако последният е недобросъвестен или не злоупотребява с право – така решение № 17/21.04.2011 г. по т. д. № 213/2010 г. на ВКС, II т. о.

²⁷ Така определение № 906/30.12.2013 г. по ч. пр. д. № 4614/2013 г. на ВКС.

4.2.2. Проблеми на адиектните клаузи

Адиектни (добавъчни) са онези клаузи в менителничния ефект, с които страните правят препратки към съществуващите между тях каузални отношения, въз основа и по отношение на които е издаден ефектът.

Принципната допустимост на такива клаузи беше призната с т. 4д от ТР № 4/18.06.2014 г. по тълк. д. № 4/2013 г. на ОСГТК, където беше прието, че не е допустимо издаване на заповед за незабавно изпълнение по чл. 417, т. 9 ГПК, когато в записа на заповед е направена добавка относно наличието на каузално правоотношение само ако направената добавка отрича безусловния характер на поетото задължение, т.е. нарушава съдържанието, предвидено в разпоредбите на чл. 455, т. 2 и чл. 535, т. 2 ТЗ. Ако добавката, сочеща на каузалното правоотношение, не засяга реквизитите на менителничния ефект, същата следва да се счита за неписана и не опорочава формата му. Следователно на проверка в производството по чл. 419 ГПК подлежат и адиектните клаузи, и то по-специално доколкото последните не нарушават императивните правила за съдържанието на менителницата и записа на заповед – чл. 455, т. 2 и чл. 535, т. 2 ТЗ.²⁸ В случай че е налице такова нарушение, т.е. задължението по ефекта е условно, съдът е длъжен да признае, че не е налице изпълняемо право, доколкото ефектът не е редовен от външна страна.²⁹ Извън тази хипотеза наличието на адиектна клауза в

²⁸ Вж. в този смисъл и решение № 21/04.07.2014 г. по т. д. № 1348/2013 г. на ВКС, I т. о.

²⁹ Струва ми се, че по-щекотливият въпрос тук е доколко съдът може инцидентно в мотивите си в това производство да направи извода за нищожност на менителничния ефект – например последният не е именуван като запис на заповед и в съдържанието му никъде не се съдържа фразата „запис на заповед“ (вж. ТР № 1/28.12.2005 г. по тълк. д. № 1/2004 г. на ОСТК). Струва ми се, че в случая, дори да употребим думите „*нередовен от външна страна*“, то това е правен евфемизъм. По-важното тук е дали ако въззивният съд се е произнесъл в подобен смисъл, е налице основание за отвод, ако по реда на случайното разпределение следва да разгледа функционално обусловения исков процес. Този въпрос е изключително деликатен, като отговорът не може да бъде даден *a priori*, а винаги трябва да бъде изследван *ad hoc*, в зависимост от това доколко в производството по чл. 419 ГПК решаващият състав е навлязъл в съществуването на спора. В този смисъл ми се струва, че макар теоре-

ефекта не дава възможност на длъжника, нито правомощие на съда да проверява релативните възражения, които са релевирани на основание на каузалното отношение. Те са предмет на исковия процес.

Това принципно разрешение на ТР № 4/18.06.2014 г. по тълк. д. № 4/2013 г. на ОСГТК има своята нормативна реалност, от една страна, в разпоредбата на чл. 418, ал. 3 ГПК, който предвижда, че когато според представения документ изискуемостта на вземането е в зависимост от изпълнението на насрещно задължение или от настъпването на друго обстоятелство, изпълнението на задължението или настъпването на обстоятелството трябва да бъдат удостоверени с официален или с изходящ от длъжника документ. На практика при менителничните задължения е трудно да се създаде подобен документ. От друга страна, разпоредбата на чл. 455, т. 2 и чл. 535, т. 2 ТЗ не допускат задължаването на издателя, респ. платеца, да е под условие. *Per argumentum a contrario*, след като липсва условие, изискването за безусловно плащане е налице.³⁰

Въпреки принципната правилност на тълкувателното решение последното търпи критика в т. 4д *in fine*, където е прието, че ако добавката опорочава реквизитите, т.е. условността на ефекта, последната „се счита неписана и не опорочава формата му“. Това е от особено значение, тъй като води до извода, че има разлика между

тично да е обосновано, че целта на жалбата срещу разпореждането за незабавно изпълнение е друга, а не решаване на спора по същество, то практически при произнасянето на въззивния състав по жалбата, особено когато тя бъде уважена, се навлиза по съществуващото на спора. Това е предпоставено дори от проверката на документа от външна страна. Действително констатацията, че последният страда от пороци, не обвързва исковия съд. Факт е обаче, че последният лесно може да провери и най-вероятно да сподели изводите на въззивната инстанция; в този смисъл произнасянето на последната е своеобразна правна консултация досежно абсолютните възражения, а в някои случаи – и досежно релативните такива, които длъжникът би могъл да обоснове в исковия процес. А доколкото менителничният ефект е доказателство и основание за задължението на длъжника, то, след като в заповедното производство се проверява именно вземането, инкорпорирано в заповедта за изпълнение, издадена въз основа на ефекта, последният се явява и главният факт в производството – в този смисъл са и решение № 17/16.02.2015 г. по т. д. № 116/2014 г. на ВКС, II т. о.; решение № 38/07.04.2015 г. по т. д. № 1008/2014 г. на ВКС, I т. о.

³⁰ Вж. т. 2 от ТР № 1/28.12.2005 г. по тълк. д. № 1/2004 г. на ОСТК.

нищожната клауза и тази, която се счита за неписана.³¹ В този смисъл, ако клаузата, водеща до условност, беше нищожна при условията на чл. 26, ал. 4 ЗЗД, то от нея не би могло да се черпят възражения поради принципа *ex nihilo nihil fit*. Този извод обаче се променя, тъй като още *ex definitione* от тълкувателното решение неписаната клауза е такава, която не опорочава формата на ефекта, *per argumentum a contrario* обаче последната не е изключена от всякакъв правен ефект. Тук възниква резонният въпрос за това какъв е той. С оглед на настоящото изложение е редно да се отбележи, че последният не може да се изследва в рамките на производството по чл. 419 ГПК, тъй като е изключен *a priori* от тълкувателното решение. Струва ми се, че правният ефект на подобни клаузи е, че всички субекти по веригата на джирата стават недобросъвестни, тъй като субективната недобросъвестност при менителничните ефекти е знанието, че е налице конкретно каузално отношение. Именно това е логиката на чл. 465 ТЗ – длъжникът да може да противопостави на недобросъвестните лица по веригата на джирата възражения от конкретното каузално отношение, за което те знаят.³² Това означава,

³¹ Действително такава разграничение е налице и не е случайно. То е застъпено и в по-старата практика – решение № 615/20.08.2007 г. по т. д. № 283/2007 г. на ВКС, ТК. Разграничението се изразява в това, че докато нищожната клауза не поражда никакво действие, тя е правно нищо, а при менителницата това е от особено значение за т.нар. съществени менителнични клаузи (онези, без които менителницата би била нищожна), то при клаузите, които се считат за неписани, последните не пораждат действие във връзка със съществените менителнични клаузи, т.е. те са несъществени клаузи, чиято липса или наличие не е от значение за действителността на ефекта. Те обаче представляват своеобразно признание за каузалните отношения (което в крайна сметка е от значение в гражданския процес във връзка с ефекта), които стоят в основата на менителницата и има за цел да предпази акцептанта, съответно платеца да не плаща сумата по менителничната сделка, докато не бъде авизиран от издателя, тъй шото ако плати, той ще го прави под риска, че е знаел каузалните отношения, откъдето ще може да се правят релативни възражения, вкл. за плащане – така **Диков, Л.** Цит. съч., 911–912; **Кацаров, К.** Цит. съч., 556–557.

³² В този смисъл, вкл. по отношение на авалистите, решение № 230/11.08.2014 г. по т. д. № 383/2012 г. на ВКС, II т. о. Вж. и решение № 21/04.05.2012 г. по т. д. № 1091/2010 г. на ВКС, II т. о.: „Връзката между записана заповед и каузалното правоотношение като причина за неговото изда-

че при подобна адиектна клауза не се опорочава формата на ефекта, а се изключва гаранцията, която относителната му абстрактност дава на ремитента, съответно на добросъвестните джиратари – длъжникът да има възможност да прави релативни ексцепции, но само по изключение.

5. Заключение

Разгледаните в настоящото изложение хипотези илюстрират само малка част от проблемите, които ежедневно се поставят при проверката на разпорежданията за незабавно изпълнение. Освен чисто процесуалните проблеми тук се включват и проблеми на материалното менителнично право, които обаче са тясно свързани с гражданския процес, респ. с това докъде стига обхватът на проверката на съда при произнасянето по предмета на подадената частна жалба в производството по чл. 419 ГПК.

ване подлежи на изследване в отношенията между издателя и поемателя на записа на заповед при възникнал между тях спор и направено възражение от страна на издателя, докато в отношенията между издателя на записа на заповед и джиратаря тази връзка е от значение, ако джиратарят е бил недобросъвестен към момента на придобиване на менителничния документ. Издателят може да противопостави на приносителя на менителничния ефект (джиратаря) освен абсолютните си възражения срещу ефекта, така и възраженията, които са основани на личните му отношения с поемателя (джиранта), само ако приносителят (джиратарят) е бил недобросъвестен към момента на придобиване на менителничния документ“.