



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

СТ А Н О В И Щ Е

НА ВИСШИЯ АДВОКАТСКИ СЪВЕТ
по тълкувателно дело № 2 / 2020 г.

УВАЖАЕМИ ДАМИ И ГОСПОДА ВЪРХОВНИ СЪДИИ,

С разпореждане от 20.01.2020 г. на председателя на ВКС е образувано тълкувателно дело № 2/2020 г. по описа на Общото събрание на съдиите от Гражданска и Търговска колегии за приемане на тълкувателно решение по следните въпроси, по които е констатирана противоречива практика на състави на ВКС, постановена в производства по чл. 290 ГПК, а именно¹:

„1. При произнасяне на съда (с уважаване, съотв. отхвърляне) по заявено възражение за прихващане с вземане на ответника, надвишаващо по размер исковата претенция, силата на пресъдено нещо цялото вземане на ответника ли обхваща или само тази част, съответстваща на размера на иска?

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.

2. При уважаване на възражението в хипотезата на т. 1 може ли ответникът да претендира разликата до пълния размер на своето вземане в последващ процес?*

На основание чл. 129, ал. 4 от Закона за съдебната власт (ЗСВ) предлагам на вниманието Ви становище по поставените за тълкуване въпроси.

1. ПРОТИВОРЕЧИВАТА ПРАКТИКА²:

1.1. Според **една част** от съдебните състави – Решение № 229/21.03.2005 г. по т. д. № 494/2004 г. по описа на ВКС, Второ ТО; Решение № 707/13.07.2011 г. по гр. д. № 1787/2009 г. по описа на ВКС, Трето ГО, съгласно чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.), аналогичен на чл. 298, ал. 4 от действащия ГПК, формираната с влязлото в сила съдебно решение сила на пресъдено нещо обхващала цялото насрещно вземане на ответника срещу ищеца и това препятствало възможността той да предяви по друго дело срещу същия ищец ново възражение за прихващане за разликата над извършеното по предходното дело прихващане, за което е постановено и е влязло в сила съдебното решение. **Нов процес относно разликата, според тези състави, бил недопустим.** В тези решения се приема, че **ответникът сам се бил съгласил по този начин да упражни своето вземане** (когато предявеното с възражение насрещно вземане е по-голямо от това на ищеца) като защитно средство срещу предявен срещу него иск с по-малък размер. В същия смисъл са и постановените по чл. 274, ал. 3 ГПК Определение № 782/30.12.2009 г. по ч.т.д. № 590/2009 г. на ВКС, Първо ТО, и Определение № 112/23.02.2015 г. по ч.т.д. № 3685/2014 г. на ВКС, Второ ТО.

1.2. Според **друга част** от съдебните състави не можело да бъде споделено становището, че за дължимостта на остатъка от вземането на ответника е създадена сила на пресъдено нещо и той не може да бъде пререшаван (Определение № 665/30.07.2015 г. по т. д. № 2749/2014 г. по описа на ВКС, Първо ТО). Съдебните състави, които поддържали това становище, **изхождали от разбирането, че спорът се развива в съотношение главно – евентуално вземане** (евентуално било това, което е заявено за прихващане). В случай, че претенцията по иска е основателна, съдът пристъпвал към преценка на насрещното вземане и при основателност и на насрещното вземане постановявал прихващане. **Тази обусловеност на евентуалното вземане била не само по отношение основателността, а и по отношение размера на главното вземане.** Това било така, тъй като

² Описанието на противоречивата практика е съгласно Разпореждане от 20.01.2020 г. на Председателя на ВКС за образуване на 20.01.2020 г., което от своя страна се базира на Искането на Председателя на Висшия адвокатски съвет.

релевантен и отгук ликвиден бил такъв размер на насрещното вземане, който е до размера на първоначалния иск. **Дори насрещното вземане да е по-голямо от първоначалното, над неговия размер то нямало самостоятелно съществуване в рамките на процеса, в който е предявено, тъй като то е единствено средство на защита срещу иска.** Или предявеното насрещно вземане било правно релевантно само до размера на първоначално заявеното. Тези съдебните състави отричат становището, че предявеното насрещно вземане във всички случаи е цялото съществуващо вземане на ответника дори и то да надвишава по размер първоначалното и **приемат, че разликата до пълния размер на вземането, с част от което е извършено прихващане, може да бъде предмет на самостоятелен процес,** било като се предяви иск за неприхванатата част от вземането, било като с неприхванатата част от вземането се извърши друго прихващане.

2. ВРЪЗКАТА МЕЖДУ ДВАТА ВЪПРОСА:

Двата въпроса могат да се схващат като две страни на един и същ проблем, защото ако на първия се отговори, че силата на пресъдено нещо обхваща цялото по-голямо вземане на ответника, елементарният отговор на втория би следвало да е отрицателен, с аргумент от чл. 299, ал. 2 и чл. 126, ал. 2 ГПК – отвод за сила на пресъдено нещо, съответно висящ процес, и обратно, ако се приеме, че силата на пресъдено нещо не обхваща горницата, няма основание за отвод за сила на пресъдено нещо, както и за прекратяване на делото, по което е предявена разликата. Поради тази причина двата въпроса ще бъдат разгледани заедно.

3. ИЗТОЧНИЦИТЕ НА ПРОБЛЕМИТЕ ПРИ ПРИХВАЩАНЕТО:

3.1. Проблемите около прихващането са до голяма степен плод на недоразуменията при тълкуването на Юстиниановата конституция С.Ј.4.31.14. С нея Юстиниан решава няколко въпроса: генерализира прихващането и премахва свободата на съдията да разгледа или не³

³ За състоянието на нещата преди Юстиниан вж. *Girard*, История и система на римското право, Часть II, облигационно право (превод на Симеон Ангелов), издание на СУ, С, 1915, с. 1012 – 1019; *Zimmerman, R.* The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Juta & Co. Ltd 1992, p. 761 – 765; *Попова, В.*, Прихващане. Материалноправни проблеми, СЮБ, 1993, Фенея, С, 2002; Избрани съчинения в три тома, Сиела, С, 2010, том първи, Прихващане материалноправни и процесуални проблеми, с. 17 – 22. Следва да се подчертае, че двете монографии на Валентина Попова – посочената тук Прихващане. Материалноправни проблеми и *Попова, В.* Възражението за прихващане в съдебния исков процес, Фенея, С, 2002; Избрани съчинения в три тома, Сиела, С, 2010, том първи, които за удобство по-нататък ще бъдат цитирани като цит. съч. по това последно издание от 2010 г., което е и най-достъпно днес, представляват без съмнение най-задълбоченото и консеквентно изследване на компенсацията у нас,

заявеното за прихващане ответниково вземане (т. нар. *liberum iudicium*) – С.Ж.4.31.14 пр.⁴; ограничава в интерес на ищеца възможностите за шиканиране и тормозене на процеса – С.Ж.4.31.14.1⁵; изключва правото на компенсация на онзи, срещу когото се претендира отнета с насилие вещ – С.Ж.4.31.14.2, а с С.Ж.4.34.11 отрича правото на компенсация на влогоприемателя срещу иска на влогодателя за изтегляне на влога, дори и при неправилен влог.

Объркването настъпва, когато глосаторите, макар и с изключения⁶, както и техните тълкуватели, приемат, че С.Ж.4.31.14 пр. въвежда автоматично (по право – *ipso iure*, без действие на човек – *sine facto hominis*)

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.

⁴ С.Ж. 4.31.14 пр.: *Compensationes ex omnibus actionibus ipso iure fieri sancimus nulla differentia in rem vel personalibus actionibus inter se observanda* (Компенсации от всички искове по право нареждаме без разлика в нещото (предмета) или лицата, между които исковете се разглеждат). При тълкуването на текста някои са схващали „*rem*“ като вещ, което е довело до извод, че компенсацията е възможна и при вещни (*in rem*) искове. Това не е изключено относно паричното осъждане при арбитражни искове, но при съществуващата по времето на Юстиниан процедура, допускаща осъждане за самата вещ и съответно принудително изпълнение чрез отнемането ѝ, изглежда странно – вж. **Girard**, цит. съч., с. 1021, бел. 5. Днес това е по-скоро без практическо значение, освен ако не го свържем с правото на задържане – вж. по-долу бел № 15.

⁵ С.Ж. 4.31.14.1: *Ita tamen compensationes obici iubemus, si causa ex qua compensatur liquida sit et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare* (Така компенсациите са допускани, ако основанието, от което се компенсира е ликвидно и не много оплетено (вързано на възел), а да може съдията лесно своя извод да осъществи). Следващите две изречения съдържат аргументите – много жалко би било, ако в края на процеса, след множество битки, ответникът, който явно губи, да може да поиска прихващане и с това да отложи във времето решението по едно изяснено вече вземане на ищеца, до изясняване на неговото насрещно, поради което и съдиите трябва да внимават да не допускат компенсациите твърде лесно или да ги приемат с твърде голямо снизхождение, и да спазват въведеното вече ограничение за прихващане срещу иска на влогодателя – *Satis enim miserabile est post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae iam paene convicta est, opponi compensationem iam certo et indubitato debito et moratoris ambagibus spem condemnationis excludi. Hoc itaque iudices observent et non procliviores in admittendas compensationes existant nec molli animo eas suscipiant, sed iure stricto utentes, si invenerint eas maiorem et amplioem ecere indaginem, eas quidem alii iudicio reservent, litem autem pristinam iam paene expeditam sententia terminali componant: excepta actione depositi secundum nostram sanctionem, in qua nec com pensationi locum esse disposuimus.* Заслужава да се посочи, че приложимата тогава процедура, наричана служебен когнитивен процес – вж. **Андреев, М.**, Римски граждански процес лекции, в Михаил Андреев Избрани трудове, Библиотека „Университетско наследство“, Университетско издателство „Св. Климент Охридски“, С, 2013, с. 168 и сл., за разлика от предшестващите процедури – легисакционна и формуларна, се е развивала без производство пред заклет съдия – само пред магистрат, каквато е и модерната процедура, което е позволявало и последващо заявяване на възражението (защото вече не е било нужно то да бъде включено в издаваната от магистрата до заклетия съдия формула) – така и Андреев, М., цит. съч., с. 183 – 184, така че е малко вероятно за Юстиниан да е било от значение: „да освободи компенсацията от специалните формули, в които е било необходимо тя да се предявява във формуларния процес“ – вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 106, които и без това са били вече неприложими, по-вероятно е истинският смисъл на изискването за ликвидност да е бил насочен към късното предявяване на възражение за прихващане с недостатъчно ликвидно вземане, което новата процедура е позволявала.

⁶ Сочи се, че *Azo* е изисквал компенсацията да бъде заявена от някой от кредиторите, а *Bartolus* предлагал *ipso iure* да се разбира като извън съдебно изявление на единия от кредиторите, което е достатъчно за компенсиране – вж. **Dernburg, H.**, *Geschichte und Theorie der Compensation nach romischem und neuerem Rechte*, Heidelberg 1868, S. 284 – 285. Според Дернбург на израза *ipso iure* не бива да се придава друг смисъл освен този, че съдията съобразява факта на прихващането по силата на закона, а не по свое усмотрение – S. 311 – 312, също и **Girard**, цит. съч., с. 1021. И според **Попова, В.**, цит. съч., с. 106, *Azo* бил разбирал по-правилно смисъла на конституцията.

извънсъдебно компенсиране⁷, което превръща процесуалния римски институт в материалноправен⁸, а чрез господстващите през 17 и 18 век във Франция (Дома и Потие) възгледи води до автоматична (по право) компенсация в романските граждански кодекси, а оттам и в първия български ЗЗД (отм.), като на замисленото с чисто процесуални цели изискване на Юстиниан предявеното за компенсация вземане да е ликвидно (C.J.4.31.14.1)⁹ е започнало да се гледа като на материалноправна

⁷ За което вероятно допринеся и текстът на Институциите на Юстиниан – Inst. 4, 6, 30, където той обяснява, че неговата конституцията била разширила приложимостта на компенсацията, така че исковете по право да се намаляват – *ut actiones ipso iure minuant*, което вероятно изключва пълното отхвърляне на иска, независимо от размера на насрещното вземане, каквото е било прието по-рано относно ефекта на *exsertio doli* – защото с измама действа онзи, който претендира това, за което веднага е длъжен да се отчете (да върне) – Павел, D 50.17.173.3 *Dolo facit, qui petit quod redditurus est*. Относно пълното отхвърляне на иска вж. и **Girard**, цит. съч., с. 1018 - 1019. **Martinus** дори е аргументирал прихващането без действие на човека (*sine facto hominis*) чрез аналогия със сливането – както погасителният ефект при сливане между кредитор и длъжник действа без нечия воля или действие, така и ситуацията, в която длъжникът става кредитор на кредитора си би следвало да действа без нечия воля или действие – **Dernburg, H.**, *op. cit.*, S. 284.

⁸ Това „превръщане“ създава проблем и при прихващането с извънсъдебно изявление, защото довежда до две изявления – материалноправно за прихващане и процесуално – за сезиране на съда с ефекта на материалноправното изявление – погасяване на двете вземания до размера на по-малкото, при което се поставя въпросът, доколко неразглеждането на процесуалното възражение влияе върху ефекта на материалноправното изявление – вж. по-долу т. 3.4.

⁹ Анализ на изискването за ликвидност вж. у **Попова, В.**, цит. съч., с. 62 – 104; **Dernburg, H.**, *op. cit.*, S. 554 – 566, който сочи и едно ограничение на продължителността на първоинстанционния процес от 530 г. – до три години – S. 562, и посочва, че **Donellus** приемал, че в C.J.4.31.14.1 се има предвид само късно заявеното възражение за прихващане, когато основното вземане е вече практически установено – S. 564. Заслужава да се подчертае, че ВКС, ОСГК в Тълк. р. № 1 от 4.01.2001 г. на ВКС по тълк. гр. д. № 1/2000 г., се е ориентирал по-добре от теорията относно смисъла на изискването за ликвидност – да не бъде тормозен процесът при несвоевременно заявяване на възражение за прихващане, чието основание е така комплицирано, че не позволява съдът лесно да постанови. Днес и ГПК е съобразил този процесуален смисъл на изискването за ликвидност чрез преклузията на възраженията – чл. 133; чл. 370; чл. 371 ГПК. Последният текст (чл. 371 ГПК) обаче поражда спорове – дали е изключение от принципа на чл. 133 и чл. 370 ГПК и като така позволява предявяване на възражение за прихващане, което е могло да бъде заявено своевременно, или подчинявайки се на общите правила на чл. 133 и чл. 370 ГПК допуска късно заявяване на възражение за прихващане при допълнителното процесуално изискване за ликвидност, само като процесуално сезиране на съда с едно прихващане, което е станало възможно след подаването на отговора на исковата молба, защото тогава, след срока за отговор ответникът е придобил насрещното си вземане; защото тогава след срока за отговор двете вземания са станали поради правоприемство насрещни и тъкмо тук най-често е възможна хипотезата на установено със съдебно решение или заповед за изпълнение насрещно вземане, защото тогава ответниковото вземане е станало изискуемо – все причини, поради които преди изтичане на срока за отговор вземанията явно не са били компенсируеми – така приема и **Попова, В.**, 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. 445 (понататък това издание ще бъде цитирано като „**Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012“). Точка 4 от Решение по тълк. д. № 1/2013 г. ВКС като че ли клони към това, но аргументът: „*Възражението за прихващане с ликвидно изискуемо вземане е правопогасяващо възражение, което се основава на новонастъпил факт – направеното изявление за прихващане*“ е в състояние да породни съмнения, че късното заявяване на процесуалното възражение е оправдано с новия факт – материалноправно изявление за прихващане, при което до неговото извършване са налице особени непредвидени обстоятелства, които пречат съдът да бъде процесуално сезиран. При режима на ГПК (отм.), където преклузиите не бяха така категорично определени, както в действащия, същото приема и **Попова, В.**, Преклудиращото действие на силата на пресъдено нещо при непредявяване на възражение за прихващане. – Пазар и право, 2001, № 8, с. 35 – 39 и цит. съч., с. 567 – 572. Но кога, при съществуваща компенсируемост, ще направи материалноправното си изявление ответникът зависи изцяло от него, поради което късното му предприемане едва ли е факт по чл. 133 in fine; чл. 147; чл. 266 или чл. 370 in fine ГПК, и „концентрационното“ начало вероятно би трябвало

предпоставка за автоматичното прихващане, откъдето идва и погрешната идея за два вида прихващане – автоматично (по право) и съдебно – при неликвидно вземане, като на последното се приписва и материалноправен (конститутивен) ефект.

3.2. Известно е, че съвременното българско право е изоставило „автоматичната“ романска компенсация, за сметка на по-модерния и по-съответстващ на житейската и правна логика, механизъм за компенсация чрез извънсъдебно едностранно изявление на единия кредитор като източник на последиците – чл. 104, ал. 1 ЗЗД, така както е възприето в германското право¹⁰. Тази промяна би следвало да изключи и изискването за ликвидност¹¹, защото въвн от процеса то няма процесуален смисъл и самото то става „неликвидно“¹², но за съжаление присъства като изискване

да надделее. Не мога обаче да се съглася с **Кунчев, К.**, „Спорни въпроси в практиката по възражението за прихващане и техните разрешения“, публикация от 15 юли 2019, 7:15, в електронно списание Lex.bg – News, Научни и практически публикации, с. 31 – 37, че чл. 371 ГПК следвало да се прилага и в общия исков процес (с. 36), с аргумента, че: „Предвиденото правило в разпоредбата на чл. 371 ГПК е приложимо при търговските спорове, правилата за които би следвало да са по-стриктни от общия исков процес, а се получава точно обратното. Получава се така, че професионалистът търговец има по-голям срок да предяви в процеса извършеното прихващане, а гражданите в общия исков процес ще бъдат притискани от по-кратки срокове за същото процесуално действие.“ Макар изложеното да изглежда като преразказ на мотивите по т. 4 от Решение по тълк. д. № 1/2013 г. ВКС, ОСГТК: „Формален аргумент в подкрепа на тази теза е и разпоредбата на чл. 371 ГПК, която независимо от систематичното ѝ място в Глава 32 /„Производство по търговски спорове“/ следва да намери приложение изобщо и в общия исков процес“, мисля, че аргументът не държи сметка за правилата за преклузия на възраженията – анализ и критика на уредбата на преклузията на възраженията на ответника по ГПК вж. у **Костов, И.**, Преклузията на възраженията на ответника в общия исков процес, Сиби, С, 2017, с. 380. Ако съобразим изложеното тук по-горе, ще стане ясно, чл. 371 ГПК създава при търговски дела допълнителни (по-стриктни) процесуални изисквания за ликвидност (каквато – чисто процесуална, въобще е ролята на ликвидността) на вземането, заради което се предявява процесуалното възражение за компенсация, когато компенсацията е станала възможна след изтичане на срока за отговор, и не касае хипотезата на процесуални възражения, които просто са заявени по-късно, макар да са могли да бъдат заявени в срока за отговор – тогава за граждански дела чл. 371 ГПК няма да се прилага и възражението, което не е могло да бъде заявено навреме, ще трябва да бъде разгледано, без значение дали трябва или не трябва да се събират нови доказателства (обратно Решение № 509 от 18.06.2010 г. на ВКС по гр. д. № 1538/2009 г., III г. о., ГК), а при заявяването му пред втората инстанция – съгласно Тълк. р. № 1 от 4.01.2001 г. на ВКС, ОСГК по тълк. гр. д. № 1/2000 г., във връзка с Решение по тълк. д. № 1/2013 г. ВКС, ОСГТК. Всъщност, категоричното изискване на чл. 371 ГПК „когато за доказването му не се налага събиране на нови доказателства“ е трудно разбираемо – едва ли са много хипотезите, в които би могло да се мине без никакво ново доказателство за насрещното вземане – например документ, та бил той и съдебно решение или заповед за изпълнение, ще излезе, че чл. 371 ГПК е по-либерален към заявяване на възражението пред втората инстанция, отколкото пред първата, след отговора на исковата молба. Следователно, ограничението за нови доказателства би следвало да се тълкува по-либерално, като доказателства, чието събиране би довело до отлагане на делото – например експертиза, поискана от прихващащия ответник, но без да отчитаме отлагането, предизвикано от заявеното от ищеца оспорване на документите, установяващи насрещното вземане на ответника. Предвид проблема с влиянието на неразгледаното процесуално възражение върху извършеното материалноправно изявление и неговия погасителен ефект – по-долу т. 3.4., правилата за късното заявяване на процесуално възражение трябва да са ясни и да се тълкуват еднозначно, за да може ответникът да прецени дали да направи материалноправно изявление или не.

¹⁰ Вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 24 – 26, с. 31 – 32.

¹¹ Вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 65 – 67 и с. 94 – 104. De lege ferenda това предлага и **Калайджиев, А.**, Облигационно право обща част, Сиби, С, 2016, с. 565.

¹² Ликвидно (от лат. liquide, liquido) означава ясно, определено, решително – вж. **Войнов, М., А. Милев**, Латинско български речник с предговор от проф. д-ръ В Бешевлиевъ, Книгоиздателство

в чл. 103, ал. 1 ЗЗД, макар да не е присъствало в ЗЗД (отм.), въпреки присъствието му в неговите източници¹³. За тази грешка на законодателя и аргумента, който тълкувателите му теглят от нея, вероятно наред с инерцията и недооценяване на промяната е допринесъл и ГК на Италия от 1942 г.¹⁴, който, видимо е следван като пример в много отношения при изготвяне на проекта за действащия ЗЗД.

„Казанлъшка долина“, С, 1937, с. 348. За неяснотите относно това какво да се разбира под „ликвидно“ вж. **Попова, В.**, цит. съч. с. 68 – 88, където авторката с осезаемо забавление анализира определенията за ликвидност, като изискване при прихващането. Тъкмо тази решителна неяснота (неликвидност) на понятието и споровете около него, ме карат да приема, че изискването за ликвидност е „неликвидно“.

¹³ За възможните причини вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 64 и посочените там автори. За промяната в тогавашната съдебна практика вж. и **Кожухаров, А.**, Закон за задълженията и договорите чл.чл. 1 – 216 систематичен синтез на юриспруденцията, Издателство при „Общ фонд за подпомагане на студентите от висшите учебни заведения в България“ - № 103, С, 1948, с. 702 – 707.

¹⁴ Според **Попова, В.**, цит. съч., с. 32, аналог са § 440 – § 444 от ГК на Гърция. Наистина, прегледът на уредбата на прихващането по ГК на Гърция (Αστικός Κώδιξ в сила от 1949 г., но като проект известен още от началото на 40-те) – текстовете на чл. 440 – чл. 452, показва определено сходство, особено между чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД и чл. 444 ГК на Гърция относно допустимото условие, какъвто текст не се съдържа в BGB, чийто § 388 формално изключва всяко условие (което не пречи на доктрината и практиката да приема валидността на условие, аналогично на това по чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД – вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 125 и с. 131 и там сочените автори), както разбира се и между други текстове, което изглежда неизбежно, но връзката между италианската уредба и българската доктрина относно извънсъдебната, но с изявление, и т. нар. „съдебна компенсация“ е очевидна, въпреки, че днес у нас извънсъдебната компенсация не става автоматично – вж. **Сталев, Ж.**, Българско гражданско процесуално право, седмо издание, Сиела, С, 2001, с. 426 – 431 (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 материали има разлика в номерацията на параграфите и точките, поради което и не ги соча); **Калайджиев, А.**, цит. съч., 569, според когото при съдебна компенсация чл. 104, ал. 2 ЗЗД не се прилага, защото ликвидността настъпвала с влизане на решението в сила. Art. 1243 Codice civile (1942) озаглавен Compensazione legale e giudiziale (компенсация законна и съдебна) легализира тогавашната френска доктрина, като в първата алинея (art. 1243, с. 1), касаеща законната (автоматична) компенсация изисква ликвидност на двете вземания, но все пак посочва в края на първата алинея на предишния текст (art. 1242, с. 1), че съдът не следи служебно за станалата извън процеса (автоматична) компенсация. В случай, че активното вземане не е ликвидно, поради което не е настъпила автоматична компенсация, втората алинея (art. 1243, с. 2) допуска съдебна компенсация, в който случай на решението, с което се признава компенсацията се приписва конститутивен ефект и компенсацията действа занапред. Неправилната идея за такова конститутивно действие е разделила както доктрината, така и съдебната практика у нас. Според една група автори **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 428; **Корнезов, Л.**, Гражданско съдопроизводство, том първи исков процес, Софи – Р, С, 2009, 389; **Калайджиев, А.**, цит. съч., с. 567 - 568, т. нар. „съдебно прихващане“ действа занапред – от влизане на решението в сила, когато вземанията ставали ликвидни, обратното – че и „съдебната компенсация“ има действието по чл. 104, ал. 2 ЗЗД приемат: **Кожухаров, А.**, Облигационно право общо учение за облигационното отношение, Наука и изкуство, С, 1958, с. 418; **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 ..., 2012, с. 441, която основателно критикува обособяването в отделен вид на т. нар. „съдебна компенсация“; **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, също и **Кунчев, К.**, цит. съч., с. 10. Що се отнася до практиката, освен цитираните в **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012, с. 443, решения, може да се посочи и цитираното от **Кунчев, К.**, цит. съч., с. 1, Решение № 103 от 01.08.2017 г. на ВКС, IV г.о. по гр. д. № 61323/2016 г., в което еднозначно е прието: „Това действие обаче ще има обратна сила, която 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

3.3. В чисто процесуален план източник на объркване може да се види и в неправилно разбиране на текста на чл. 298, ал. 4 ГПК (съответно чл. 221, ал. 2 ГПК – отм.), който формално приравнява ефектите на решението при заявено пред съда възражение за прихващане с тези на възражение за право на задържане¹⁵, а техните процесуални измерения са различни – решението, 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“, практиката в обратния смисъл е известна и е излишно да бъде посочвана. Погрешността на идеята, че при т. нар. „съдебно прихващане“ вземанията в противоречие с чл. 104, ал. 2 ЗЗД се погасяват занапред, което придава на съдебното решение конститутивно действие е очевидна – ще излезе, че всяко съдебно решение има конститутивен ефект, защото установява нещо, което до този момент е било спорно. Случаят с извънсъдебното прихващане е аналогичен на извънсъдебното изявление за разваляне на двустранен договор поради неизпълнение – чл. 87 и сл. ЗЗД. 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 – вж. и **Брайков, С.**, Преобразуващи иски и преобразуващи решения, Наука и изкуство, С, 1974, с. 50 – 59. 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, приема изискуемостта на активното вземане и отхвърля изцяло или отчасти иска, ще има ли конститутивен ефект и ще действа ли прихващането само ex nunc, или ще приложим тук чл. 104, ал. 2 ЗЗД, и ако да – от къде, освен от инерция в мисленето, може да дойде разликата? Никой не се съмнява, че дори съдебното разваляне на двустранен договор поради неизпълнение, въпреки конститутивния му ефект, настъпва с обратна сила и не твърди, че чл. 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. Защо тогава да не прилагаме чл. 104, ал. 2 ЗЗД при „съдебното прихващане“? От текста на чл. 298, ал. 4 ГПК няма как да се тегли 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 компенсируемостта до влизане в сила на решението, защото както ще се види по-долу, силата на пресъдено нещо относно възражението за прихващане надхвърля по предмет отхвърлянето на иска изцяло или отчасти, защото е нужно да обхване и погасяването – изцяло или отчасти на предявеното за прихващане активно вземане, така че то да не може да се претендира отново в погасената си чрез прихващане част. Интересно е, че **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. Въобще, 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, както основателно аргументира и **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“, вж. също посочените от нея други автори и с. 368. Днес при „ликвидния“ текст на чл. 124, ал. 3 ГПК, това би трябвало да е два пъти по-ясно, дори ако липсата му в чл. 97 ГПК (отм.) е могла да подхранва теоретични илюзии.

¹⁵ Това смешение е познато отдавна. Безспорно общата основа на развитие на двата института е exsertio doli – вж. **Кожухаров, А.**, Право на задържане, „Художник“, С, 1941, с. 12 – 28, което му позволява да определи компенсацията като: „едно усилено право на задържане“ – **Кожухаров, А.**, Облигационно право общо учение, с. 411, бел. № 537, усилено, вероятно заради перемпторния му ефект, в сравнение с дилаторния на правото на задържане. Това смешение е подпомогнато и от С.Г. 4.31.14 рг.: „nulla differentia in rem“ – вж. по-горе бел. № 4, както и **Girard**, цит. съч., с. 1021. Все пак обаче, не бива да се пропуска, че компенсацията дава перемпторно възражение с материалноправен погасителен ефект, за разлика от дилаторния характер на възражението за задържане, свързан с отричане на изискуемостта на

което се уважава възражение за право на задържане е условно, и по необходимост трябва да установи цялото вземане на ответника, защото неговото пълно заплащане е условието, при чието сбъждане решението ще прояви изпълнителната си сила относно условно уважения с него иск (чл. 243, ал. 1 изр. 2 ГПК – отм.)¹⁶, и поради това силата на пресъдено нещо върху целия размер на вземането, заради което се упражнява право на задържане (съответно насрещното вземане в хипотеза на чл. 90 ЗЗД) изглежда необходима в своя позитивен ефект – установяване на съществуването на изискуемо вземане в определен размер, което подлежи на изпълнение от ищеца, като предпоставка за издаване в негова полза на изпълнителен лист по условно уважения осъдителен иск, за това и възможността за издаване на изпълнителен лист за вземането за подобрения в полза на ответника, не бива да бъде априори изключвана¹⁷, макар да признавам, че по-модерният, а вероятно и по-правилен възглед, е обратният¹⁸.

Обратно, при възражението за прихващане ролята на силата на пресъдено нещо е в практически план негативна¹⁹, да установи погасяването (несъществуването от определен момент) на предявеното за прихващане вземане в размера, с който е извършено прихващането (чл. 104, ал. 2 ЗЗД) и така да отрече възможността тази погасена част от насрещното вземане да бъде предмет на друго дело, друго прихващане или да се претендира по друг начин от ответника или негов правопреемник срещу ищеца, което не налага цялото вземане да бъде установено със сила на пресъдено нещо, а само частта, която е погасена. Неотчитането на тази разлика, вероятно е в състояние да подведе към извод, че ролята и предметът на силата на пресъдено нещо в двата случая са еднакви.

3.4. Накрая, съществува напрежение между материалноправния ефект на изявлението за прихващане – погасяване на двете вземания с обратна сила – чл. 104, ал. 2 ЗЗД, в случай, че те са били обективно компенсирани, и неразглеждането на процесуалното възражение за прихващане с аргумент, че то не е заявено навреме, или при късното му заявяване не е достатъчно ликвидно, в който случай искът ще бъде уважен изцяло, макар

вземането, срещу което задържането се предявява, което поне относно ефекта на решението и предмета на силата на пресъдено нещо е достатъчно съществено различие.

¹⁶ Днес частичен аналог на отменения текст е чл. 418, ал. 3 ГПК, който макар да е отнесен систематично и формално до издаването на заповед за незабавно изпълнение, е единственият намек, че едно осъдително решение може да бъде условно, обстоятелство, което не буди съмнение в доктрината по действащия ГПК – **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012, с. 192, а и в практиката – Определение № 583 от 19.07.2012 г. на ВКС по т. д. № 1014/2011 г., I т. о., ТК, в което е казано: „*Ето защо на първия от релевираните в изложението на касатора въпроси цитираната непротиворечива съдебна практика отговаря, че решението по обратния иск представлява "условно изпълнително основание" и само в този смисъл следва да се схваща препратката в обжалваното решение към разпоредбата на чл. 418, ал. 3 ГПК, която е в материята на заповедното производство*“.

¹⁷ **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 696; **Конов, Т.**, Възражение за неизпълнен договор и право на задържане, Регули, С, 1996, № 112, с. 127 – 129.

¹⁸ Вж. **Попова, В.**, в **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012, с. 924.

¹⁹ Вж. и по-долу т. 4.2.2.

материалноправният ефект на прихващането да е настъпил²⁰. Проблемът се състои не толкова в неатакуемостта на едно обективно неправилно решение – такава хипотеза е принципно валидна при всяка процесуална преклузия, която изключва късното предявяване на факти²¹, а във въпроса, след като материалноправният ефект на прихващането не е зачетен от съда и искът е уважен изцяло, „възстановява“ ли се „материалноправно“ погасеното чрез неотменимото материалноправно изявление за прихващане вземане на ответника и може ли длъжникът по него (ищецът) да се позове на това материалноправно погасяване, при бъдещ иск на ответника за реализиране на това материалноправно погасено вземане, или срещу изявление за прихващане с друго задължение на ответника към ищеца или негови правоприемници, а и как да обясним такова материалноправно „възстановяване“, защото ако не го приемем, ответникът ще претърпи двойна загуба – ще бъде осъден изцяло и ще е загубил своето вземане при едно извънсъдебно прихващане, което не е било процесуално зачетено от съда, без да е установено несъществуването на вземането му²².

²⁰ При възприетата по времето на Юстиниан система на прихващане, когато принудителното прихващане изглежда е било само съдебно, а извънсъдебното – договорно, този проблем като че ли не стои, както не стои и при системата на „автоматично“ прихващане, защото отказът на съда да зачете прихващането, както и непозоваване на ответника на автоматичната компенсация отрича погасителния ефект спрямо двете вземания и възстановява техното съществуване – вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 110 – 111. Поради неоттегляемостта на изявлението по чл. 104, ал. 1 ЗЗД – пак там с. 118 – 119; **Кожухаров, А.**, Облигационно право общо учение, с. 413 – 415 и непроменимостта на избраното за погасяване вземане, у нас нещата изглеждат различни – вж. и **Попова, В.**, цит. съч., с. 112, като дори допустимото по чл. 104, ал. 1 in fine ЗЗД условие предявеното пред съд пасивно вземане да бъде уважено – вж. **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 428 – 429; **Попова, В.**, цит. съч., с. 124 - 132; **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012, с. 446 – 447, изглежда не помага в случая. Обратното и неправилно виждане, че условието се отнасяло до активното вземане, поддържат: **Кожухаров, А.**, Облигационно право общо учение, с. 411, **Калайджиев, А.**, Облигационно право обща част, Сиби, С, 2017, с. 565 – 566 и особено бел. № 36, на с. 566, за тях вероятно разглежданият проблем не стои, щом активното вземане (за което според тях се отнасяло условието), не е уважено от съда, без да е отречено по същество. Обаче, 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 вземане и признава насрещното (пасивното), което е 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 ответникът не оспорва вземането на ищеца на друго основание, различно от твърдяното прихващане, възражението няма да бъде евентуално – така и **Попова, В.**, цит. съч., с. 129 и с. 626, от което ясно се вижда, че не е задължително процесуалното искане за съобразяване на прихващането да е винаги евентуално, съответно, че идеята т. нар. съдебна компенсация да е винаги и само евентуална, е неправилна.

²¹ Така и **Попова, В.**, Преклудиращото ..., с. 34 и цит. съч., с. 565 – 566; вж. и **Костов, И.**, цит. съч., с. 302 – 315. **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено нещо в гражданския процес, Наука и изкуство, С, 1959, с. 122 – 124 и с. 208, успява да смачка проблема за неправилните решения и въздействието им върху материалните правоотношения, позовавайки се на извънредните средства за отмяна на влезли в сила решения, като средство за постигане на принципа на „обективната истина“ (с. 26 и с. 28), който дълбоко отличавал социалистическия от буржоазния състезателен граждански процес (с. 29). В учебника му това е само загатната – **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 478, където е посочен и критерият за обективния характер на неправилното решение.

²² **Попова, В.**, Преклудиращото..., с. 33 и цит. съч., с. 564, макар и с оглед друга хипотеза – иск по чл. 255 ГПК (отм.) – принципно аналогичен в разглежданата от нея хипотеза на чл. 439, ал. 2 ГПК, приема, че преклудиращото действие на силата на пресъдено нещо води до: „макар и косвено отменяне на валидно извършено прихващане на двете насрещни вземания“, като на следващата страница (Преклудиращото..., с. 34 и цит. съч., с. 566) постулира като подразбиращо се че: „Когато ответникът е

След този кратък, за някои вероятно излишно дълъг, преглед на общите проблеми и предполагаемите техни причини, нека се върнем към въпросите.

4. СТАНОВИЩАТА НА ДОКТРИНАТА:

Трябва да се посочи, че доктринерните спорове у нас имат дълга история, чието представяне тук е вероятно излишно, още повече, че част от тях са провокирани от коренно различна материалноправна система на прихващане, както и при различен процесуален закон, поради което тук ще бъдат представени основно съвременните становища, за които може да се предположи, че са повлияли повече върху изграждане на противоречивата практика²³.

4.1. Становището, че формираната с влязлото в сила съдебно решение сила на пресъдено нещо обхващала цялото насрещно вземане на ответника срещу ищеца и това препятствало възможността ответникът да предяви по друго дело срещу същия ищец иск или ново възражение за прихващане за разликата над извършеното по предходното дело прихващане, за което е постановено и е влязло в сила съдебното решение, което прави нов процес относно разликата недопустим (актовете по-горе т. 1.1.), при съвременния материалноправен – чл. 103 – чл. 105 ЗЗД и процесуалноправен – чл. 298 ГПК, аналогичен на чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.), режим на компенсацията **е лансирано у нас от Сталев**.²⁴

4.1.1. Според него правилото на чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.) се прилага само ако ответникът не е предявил насрещен иск, в който случай би била приложима първата алинея, като: *„Общото и на двете възражения (за*

пропуснал да предяви възражение за прихващане, извършено преди приключване на устните състезания, след които се формира силата на пресъдено нещо, обаче не се преклудира възможността му да предяви иск за своето вземане“, без да излага аргументи за причината за материалноправното „възкресяване“ на вече погасеното чрез материалноправното едностранно изявление на ответника за прихващане негово вземане. Дали обаче това „макар и косвено отменяне на валидно извършено прихващане на двете насрещни вземания“ е достатъчно да „възкреси“, „макар и косвено“, погасеното, при това с изявление на титуляра му, вземане без материалноправен текст? Вероятно е полезно в чл. 104 ЗЗД да се създаде нова алинея трета: „Смята се, че изявлението по алинея първа не е направено, ако вземането, срещу което е прихванато, бъде предявено пред съд и възражение за прихващане не бъде разгледано“, а до това евентуално допълнение в материалния закон, ще трябва да приемаме, че косвената отмяна на прихващането, чрез уважаване на иска по пасивното вземане изцяло, следва да се разбира и като косвена отмяна на неразгледаното изявлението за прихващане по чл. 104 ЗЗД, доколкото другото би създало крайно несправедлив резултат – двойна загуба на ответника, което позволява да се конструира празнина в правото – относно този критерий за откриване на празнините – вж. **Конов, Т.**, Още веднъж за съотношението между договорна и деликтна отговорност и обезщетяването на неимуществени вреди. – Търговско право, 2012, № 3, с. 8 – 9. Вж. обаче и **Попова, В.**, цит. съч., с. 126, където авторката изглежда приема, че условието по чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД решава и материалноправните въпроси с „възстановяването“ на погасеното вземане на ответника при неотчетено в процеса извънсъдебно прихващане.

²³ По-пълен и детайлен преглед на становищата, в исторически и сравнителноправен план може да се види у **Попова, В.**, цит. съч., с. 540 – 572.

²⁴ **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ..., с. 197 – 199.

задържане и прихващане) е, че чрез тях ответникът предявява срещу ищеца свои на срещни права (вземания). Именно тези права на ответника стават по силата на чл. 221, ал. II ГПК предмет на СНП, макар че не са предявени иск и не са станали предмет на делото, а по тях съдът се произнесъл в мотивите на решението.²⁵ Вижда се, че Сталев търси обяснение на ефектите по чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.) чрез приравняване на двете там уредени хипотези – задържане и прихващане (виж по-горе т. 3.3.), и приравняване към последиците на решението по насрещен иск, макар такъв да не е бил предявен, което според Сталев било причина насрещното вземане да не бъде предмет на делото, при което изглежда консеквентно да приеме, че: „Когато насрещното вземане на ответника е по-голямо по размер от вземането, предявено от ищеца, то се смята за съдебно признато или отхвърлено не до размера на ищцовото вземане, а в пълния си размер“, като под линия подчертава, преимуществото на това решение²⁶ в сравнение с разрешението в Германия²⁷. Приравнявайки ефекта на решението по насрещен иск и при възражение по 221, ал. 2 ГПК (отм.), Сталев отново консеквентно прави и следващата крачка – щом силата на пресъдено нещо се простира върху цялото вземане на ответника, част от което е предявено за прихващане: „Едва ли е оправдано при това положение да се отрича възможността да бъде издаден на ответника изпълнителен лист за разликата, като бъде той принуждаван да води един безцелен исков осъдителен процес само защото е пропуснал да предяви чрез

²⁵ **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ... , с. 197, въпреки принципно отрицателното му отношение към идеята, че мотивите могат да индивидуализират решеното с диспозитива и да попълват неговите празнини – с. 172 – 174. Както е известно, днес идеята, че в сила влизат и „решаващите“ мотиви е изоставена. Това сочи и **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 352 – 354; Българско ..., 2012, с. 349 – 350. Това без съмнение налага преосмисляне на тезата, че по възражението за прихващане, съответно задържане, съдът се произнася в мотивите и да се приеме, че това произнасяне задължително трябва да бъде в диспозитива, а така също и тезата, че тези заявени пред съда насрещни права не ставали предмет на делото, а само на силата на пресъдено нещо. Макар в Българско ..., 2001, с. 354, Сталев да не повтаря извода от Сила на пресъдено ..., с. 197, за произнасяне в мотивите на решението, той не се дистанцира изрично от него. Тезата за влизане в сила на мотивите е обстойно разгледана, критикувана и отречена от **Силяновски Д.**, Законната сила и мотивите на решението, в сб. Правни изследвания посветени на професор Венелин Ганев по случай 30 годишната му академична дейност, Придворна печатница, С, 1939, с. 205 – 215. Там авторът посочва, че идеята за законна сила на т.нар. „обективни“ мотиви е предложена от Савини (с. 206 – 208), който разглеждайки и хипотезата на отхвърлено възражение за прихващане (с. 207 – 208) стигал до положителен извод. Нататък Силяновски аргументирано оспорва тази идея и сочи, че тя се натъква и на забраната за решаване plus petitio (с. 212), и че и по преюдициалните въпроси мотивите нямат сила (с. 213), а силата на решението обхваща преюдициалните въпроси само, ако те са били предмет на самостоятелно искане – на предварително решение – чл. 450 ЗГС (с. 214), чийто аналог днес е инцидентният установителен иск, и заключава, че ако някогашният ВКС приема, че мотивите влизат в сила, той трябва да признае тяхната самостоятелна обжалваемост (с. 215). Признаването, че по възражението за прихващане и право на задържане съдът трябва да се произнесе в диспозитива пък, показва, че тези насрещни права стават предмет на делото, макар да не са заявени с насрещен иск, което е и смисълът на чл. 298, ал. 4 ГПК, съответно чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.).

²⁶ **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ..., с. 198 и бел. № 242.

²⁷ За уредбата по ZPO вж. **Попова, В.**, цит. съч., с. 540 – 552.

насрещен иск своето вземане²⁸, от което като че ли следва, че дори признавайки на решението изпълнителна сила, Сталев не изключва допустимостта за осъдителен иск за горницата, а само го смята за излишен, макар да не разглежда хипотезата на прихващане и последващ осъдителен иск за горницата като липса на обективен идентитет²⁹.

4.1.2. В учебника си обаче, Сталев изрично посочва: „Със СНП се смята признато или отречено цялото насрещно вземане на ответника предявено за прихващане, а не само тази негова част, която е равна на вземането, предявено с иска (368-58 I 155). За това относно разликата е недопустим нов процес“³⁰. Тезата на Сталев търпи още едно тихо развитие – в учебника, за разлика от монографията, Сталев не признава изпълнителна сила на решението, с което със сила на пресъдено нещо се установявало цялото насрещно вземане на ответника, за горницата над погасената чрез прихващане част, като този ефект е признат само на решението по възражение за право на задържане.³¹

4.1.3. Пряка последица от изложението на Сталев е изводът, че според Сталев, предявявайки в процеса възражение за прихващане с по-голямо от предявеното с иска вземане, ответникът жертва горницата какъвто и да е нейният размер, извод до който и съставите постановили актовете по по-горе т. 1.1. достигат, а и използват като аргумент.

4.2. Становището, че силата на пресъдено нещо обхваща само частта от насрещното вземане, която е погасена чрез компенсация и че иск за горницата е допустим (актовете по по-горе т. 1.2.), при действащия материалноправен и процесуален режим е подробно аргументирано от Валентина Попова.³²

4.2.1. За разлика от Сталев, Попова приема, че: „Предмет на възражението за прихващане и предмет на делото е само тази част от вземането, която е предявена. Именно в тази част то става и предмет на решението. Горницата е ирелевантна за прихващането, поради което тя не може да бъде предявена с възражение и да стане предмет на делото

²⁸ Сталев, Ж., Сила на пресъдено ..., с. 198, като се разграничава от обратното становище на Силяновски. Нека още тук посоча, че разграничаването от тезите на Силяновски е една от целите на по-раните изложения на Сталев.

²⁹ Сталев, Ж., Сила на пресъдено ..., с. 215 – 223.

³⁰ Сталев, Ж., Българско ..., 2001, с. 354.

³¹ Сталев, Ж., Българско ..., 2001, с. 696.

³² Попова, В., цит. съч., с. 552 – 557.

и на решението.³³ Според нея, когато насрещното вземане на ответника е по-голямо от ищцовото, с предявяването му в процеса с възражение ответникът предявява само частта необходима за прихващане, така като се получава и при частичен иск, като казва, че: „Утвърдено е като безспорно разбирането, че когато частичният иск се уважава, силата на пресъдено нещо се простира само върху предявената част“.³⁴

4.2.2. Според Попова силата на пресъдено нещо по отношение на предявеното с възражение за прихващане вземане има и **негативна функция**, доколкото правилото на чл. 221, ал. 2 ГПК (отм.) – сега чл. 298, ал. 4 ГПК било реципирано от § 322 II ZPO³⁵, според която, ако ответникът е предявил за прихващане насрещно вземане, решението, че насрещното вземане не съществува до размера на сумата, за която прихващането е било направено, има (материална) юридическа сила³⁶, за необходимостта от каквато негативна роля на материалната юридическа сила, наричана от Сталев „сила на пресъдено нещо“, Сталев изглежда не се е сетил, наблягайки на установяването на съществуването и размера на предявеното за компенсация вземане на ответника.³⁷ Тази негативна роля на силата на пресъдено нещо обаче е изключително важна – тя зачита материалноправния ефект на компенсацията и пречи погасената чрез компенсация част от ответниковото вземане да бъде предмет на друго дело, друго прихващане или да се претендира по друг начин от ответника или негов правопреемник срещу ищеца или негов правопреемник³⁸.

4.2.3. Попова приема, че наред с посочената в т. 4.2.2., отричаща съществуването на погасената чрез прихващане част от ответниковото вземане, силата на пресъдено нещо имала и положително установително действие – установявала съществуването на насрещното вземане към

³³ **Попова, В.**, цит. съч., с. 404 – 405 и с. 553. За разлика от **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ..., с. 197, който приема, че насрещните права на ответника не стават предмет на делото, а само на силата на пресъдено нещо, Попова основателно настоява, че възражението за прихващане става предмет на делото и на решението и следователно е част от диспозитива, като отнесено към насрещното вземане на ответника като предмет на делото и на диспозитива това се отнася до частта от вземането му, необходима за прихващане, но не и до частта, надвишаваща този размер.

³⁴ **Попова, В.**, цит. съч., с. 553, подобно и в **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2012, с. 439. Към времето на писане на книгата това безспорно е било безспорно. По-късно обаче беше обоснована и обратната теза – вж. **Цолова, К.**, Частичния иск, Сиби, С, 2012, с. 182 – 188, и консеквенциите относно материалноправните ефекти на предявяване на частичен иск (с. 111 – 122), и съдебните актове, които последваха тази теза и доведоха до тълк. д. № 3/2016 г. ВКС, ОСГТК – решено с решение от 22.04.2019 г., както и до изменения и допълнения по ЗИДГПК (ДВ бр. 42 от 22.05.2018 г.) § 1 в чл. 126, ал. 1 ГПК и § 11 в ЗЗД – нов чл. 116а.

³⁵ **Попова, В.**, цит. съч., с. 514 – 544.

³⁶ § 322 II Hat der Beklagte die Aufrechnung einer Gegenforderung geltend gemacht, so ist die Entscheidung, dass die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für den die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, der Rechtskraft fähig.

³⁷ **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ..., с. 198; Българско ..., 2001, с. 354.

³⁸ **Попова, В.**, цит. съч., с. 555.

релевантния за прихващането момент³⁹, както и неговата изискуемост⁴⁰, а така също и съществуването му до размера, за който е заявена компенсацията⁴¹ и съществуването на компенсационното право⁴², като обхващането на всички тези установявания от силата на пресъдено нещо осигурявали стабилност и избягвали противоречиви решения.⁴³

5. ИЗВОДИ:

5.1. Изложеното по-горе в т. 4.1. и 4.2., което в някаква степен аргументира двете групи противоречиви съдебни актове, ни поставят **пред избора – Сталев или Попова.**

5.1.1. Посочените по-горе в т. 4.1.1. противоречия в теорията на Сталев, така както е изложена в монографията му, и нейното доразвитие в учебника му – по-горе т. 4.1.2., пълното игнориране на негативната функция на силата на пресъдено нещо - да отрече съществуването на погасената чрез прихващане част от ответниковото вземане – по-горе т. 4.2.2., а така също неудържимите практически резултати, до които следването на теорията на Сталев води – жертване на горницата, ясно показват, че **тази теория следва да бъде отречена.**

5.1.2. Тезата, че силата на пресъдено нещо се простира върху цялото заявено за прихващане ответниково вземане, не се съобразява и с правилата на **родовата подсъдност** и съединяване на исокове – чл. 211 ГПК. Как ще процедираме при предявен пред районния съд иск за вземане от 24 999 лв., срещу което ответникът заявява прихващане със свое вземане срещу ищеца за 25 001 лв., дори да приемаме, че ответникът е склонен и е избрал да жертва горницата?⁴⁴

5.1.3. Макар да приемам, че посоченото по-горе в т. 5.1.1. и т. 5.1.2. е достатъчно да мотивира извод относно поставения въпрос, предмет на

³⁹ *Попова, В.*, цит. съч., с. 545.

⁴⁰ *Попова, В.*, цит. съч., с. 549.

⁴¹ *Попова, В.*, цит. съч., с. 553 – 556.

⁴² *Попова, В.*, цит. съч., с. 557 – 560.

⁴³ *Попова, В.*, цит. съч., с. 550.

⁴⁴ Според *Сталев, Ж.*, Българско ..., 2001, с. 427: „С ВП ответникът ще си послужи и когато спорът по неговото вземане не е подведомствени или родово подсъден на сезирания съд“. Дали обаче е така, щом ефектът от разглеждане на възражението според Сталев надхвърля отхвърлянето на иска? И дали опониращата му теза, че силата на пресъдено нещо се простира само върху необходимата за прихващане част не спестява и това главоболие? Според *Попова, В.*, цит. съч., с. 464, идеята, че ефектите на решението обхващат цялото насрещно вземане на ответника, т. нар. „недоразвит насрещен иск“ би следвало да отрече допустимостта на възражението в такава хипотеза. При възражение за задържане проблемът стои не така драматично, заради житейското предположение, че вещта е по-скъпа от стойността на подобренията, разноските и вредите, заради които се задържа, но и там, ако възражението за подобрения и разноски е родово подсъдно на по-горен съд, то няма да бъде разглеждано от съда по иска – така *Цончев К.*, Подобренията, Библиотека на практикуващия правник, Наука и изкуство, С, 1971, с. 320.

настоящото тълкувателно дело, не мога да спестя нещо, което считам за важно в много отношения. При цялото ми уважение към ерудицията на Сталев, и както се казва „с Ваше позволение“, намирам че в някаква степен неговата роля в изграждането на модерната българска процесуална теория не е изцяло безпротиворечива. Така едва ли може да не се осъзнава, че творчеството му и особено учебникът му през последните пет десетилетия се разглежда в много отношения като истина от последна инстанция, като ненадминат и непреодолим авторитет. Това освен на всичко друго се дължи и на уникалността му. Повече от три десетилетия Сталев беше единственият авторитет – без сериозен опонент. Не беше така в областта на материалното право – там алтернативи и спорове имаше. И без да анализирам причината за това историческо положение, ще посоча, че за близо три десетилетия другите учени в областта на гражданския процес работиха в периферни спрямо основните проблеми на процеса материи – конститутивни искиове, изпълнителен процес, международен граждански процес, участие на прокурора, което доведе едва ли не до забравяне на максимата: *errare humanum est*⁴⁵, за щастие последните две десетилетия и половина нещата се промениха. Без съмнение Сталев е човек и като учен не е безгрешен. Ценността на всяка теория е и в това да провокира съмнение, като тъкмо това съмнение аргументира или отрича всяко решение. А що се отнася до учебника, той видимо е организиран около идеята да бъде потвърдено, че централният проблем на процесуалната теория е „силата на пресъдено нещо“ – термин използван преди Сталев само инцидентно – „пресъдено нещо“ като синоним на материална сила на решението, а за Сталев представляващ обединяване на пресъденото⁴⁶ (присъденото)⁴⁷ нещо – *res iudicata*, със силата на решението⁴⁸, термин, който така дълбоко навлезе в юридическия ни език, че провокира дори питането, дали съдебен акт, който не се ползва с такава сила на пресъдено нещо, е проява на правораздаване⁴⁹, както и обособяването на отделна и неуредена общо като производство в ГПК категория „спорна съдебна администрация“, чиято диференция специфика била липсата на сила на пресъдено нещо⁵⁰, като усилията на автора на учебника изглежда са били концентрирани основно върху постигането на консеквентност спрямо изложеното в монографията му, а

⁴⁵ Заслужава да се посочи, че изразът *errare humanum est* (да се греша човешко е) е само част от по-дълго изречение, приписвано на Сенека: *errare humanum est, perseverare autem diabolicum, et tertia non datur* (да се греша е човешко, повтарянето на грешката е дяволско, и трети [шанс] не се дава), който омокотил фраза на Цицерон, която звучала още по директно, да не кажа обидно.

⁴⁶ Чл. 226, ал. 3 ГПК.

⁴⁷ Чл. 121, ал. 3 ГПК (отм.).

⁴⁸ Вж. **Сталев, Ж.**, Сила на пресъдено ..., с. 10 – 14.

⁴⁹ Вж. например Искане на Пленума на ВАС за даване на задължително тълкуване на чл. 121, ал. 2 от Конституцията, по което е образувано Конст. д. № 11/2019 г. Нека посоча, че терминът сила на пресъдено нещо е, доколкото ми е известно, непознат на наказателнопроцесуалната ни теория, а едва ли може да се мисли, че присъдите и решенията на наказателните съдилища не са правораздавателни актове.

⁵⁰ Вж. **Сталев, Ж.**, Българско ..., 2001, с. 60 – 61 и с. 375.

това понякога неизбежно води и до недоразумения. Не искам да бъда рецензент на учебника, но като илюстрация ще посоча само тезата на Сталев, че погасителната давност погасявала процесуалното право на иск, поради което искът следвало да бъде отхвърлен като „недопустим“, при това преди съдът: „да навлезе в съществуването на спора“⁵¹ – изглежда с определение, теза, която, както добре е известно, въпреки авторитета на автора, не обърка практиката, а само някои други писатели.⁵² Позволих си да направя предходното изложение, единствено за да подчертая, че прекланянето пред авторитети е пагубно за всеки юрист, а съмнението в основателността на чуждото мнение – основа на идеята, че правото е изкуство за добро и справедливо, основа на всяко правно развитие.

5.2. Аргументацията от мотивите на Определение № 665/30.07.2015 г. по т. д. № 2749/2014 г. на ВКС, Първо ТО:

5.2.1. Основният мотив на Определението според мен е: „Дори насрещното вземане да е по-голямо от първоначалното, над неговия размер то няма самостоятелно съществуване в рамките на процеса в който е предявено тъй като то е единствено средство на защита срещу иска“⁵³ и още: „Липсва логика в становището, че предявеното насрещно вземане във всички случаи е цялото съществуващо вземане на ответника дори и то да надвишава по размер първоначалното и за основателността на надвишаващата част също се създава сила на присъдено нещо при условие, че тя не служи за защита срещу иска ...“. **Този аргумент е без съмнение правилен.**

5.2.2. В предложението за образуване на тълкувателно дело (по-горе т. 1.2.) обаче на първо място е посочен друг логически извод: „В случай че първоначалното вземане е основателно, съдът пристъпва към преценка на евентуалното и при основателност и на насрещното вземане постановява прихващане. Тази обусловеност на евентуалното вземане не е само по отношение основателността, а и по отношение размера на главното вземане“. Мисля, че не бива да се генерализира – това е вярно само ако възражението за прихващане е заявено като евентуално⁵⁴, т. е. когато ответникът е заявил и други оспорвания на иска⁵⁵, като ако прихващането не е направено под условието на чл. 104, ал. 1, изр. 2 ЗЗД евентуалност не е

⁵¹ Сталев, Ж., Българско ..., 2001, с. 185.

⁵² Например: Таджер, В., Гражданско право на НРБ обща част дял I, Софи – Р, С, 2001, с. 392 – 399; Таджер, В., Гражданско право на НРБ обща част дял II, Софи – Р, С, 2001, с. 683.

⁵³ Така и Попова, В., цит. съч., с. 553: „Горницата е ирелевантна за прихващането, поради което тя не може да бъде предявена с възражение и да стане предмет на делото“.

⁵⁴ Попова, В., цит. съч., с. 626.

⁵⁵ В конкретният случай по гр. д. № 22014/2010 г. на СРС, 59 с-в, възражението за прихващане е било единствена защита на ответника.

налице, а ответникът по същество признава, че вземането по иска е възникнало, но твърди, че е погасено с компенсация – тъкмо за това чл. 103, ал. 1 ЗЗД не изисква ликвидност на пасивното вземане, защото безусловното изявление за прихващане съдържа твърдението на прихващачия, че той дължи, но и нему се дължи – в първата си част това е твърдение за неизгоден факт, а във втората твърдение, което при спор подлежи на доказване. Поради тази причина, аргументът за евентуалност не е решаващ за крайния извод относно пределите на силата на пресъдено нещо по размера на предявеното за прихващане вземане.

5.3. Както се вижда от изложеното по-горе в т. 3, поставените на разглеждане в настоящото тълкувателно дело въпроси не изчерпват проблемите, свързани с прихващането – налице са още спорни в практиката и теорията въпроси относно: смисълът на изискването вземането на прихващачия да е ликвидно; действието на решението в случай на т.нар. „съдебна компенсация“ и прилагането на чл. 104, ал. 2 ЗЗД и въобще има ли две различни по ефект компенсации – извънсъдебна и съдебна – по-горе т. 3.2. и бел. № 14; ефектът от материалноправното изявление за прихващане, когато процесуалното възражение не е разгледано и искът е уважен изцяло – по-горе т. 3.4. Тези, свързани помежду си и с въпросите по настоящото тълкувателно дело въпроси, се нуждаят от самостоятелно решаване, дори да намерят решение в мотивите на настоящото тълкувателно решение.

6. ПРЕДЛАГАН ОТГОВОР:

С оглед изложеното намирам, че правилният отговор на въпросите е:

„1. При произнасяне на съда (с уважаване, съотв. отхвърляне) по заявено възражение за прихващане с вземане на ответника, надвишаващо по размер исковата претенция, силата на пресъдено нещо цялото вземане на ответника ли обхваща или само тази част, съответстваща на размера на иска?“

2. При уважаване на възражението в хипотезата на т. 1 може ли ответникът да претендира разликата до пълния размер на своето вземане в последващ процес?“

еднозначно е:

1. При произнасяне на съда (с уважаване, съотв. отхвърляне) по заявено възражение за прихващане с вземане на ответника, надвишаващо по размер исковата претенция, силата на пресъдено нещо обхваща само тази част, съответстваща на размера на иска.

2. При уважаване на възражението в хипотезата на т. 1 ответникът може да претендира разликата до пълния размер на своето вземане в последващ процес.

ПРЕДСЕДАТЕЛ НА ВИСШИЯ
АДВОКАТСКИ СЪВЕТ:

РАЛИЦА НЕГЕНЦОВА