

**СОФИЙСКИ УНИВЕРСИТЕТ „СВ. КЛИМЕНТ ОХРИДСКИ”
ЮРИДИЧЕСКИ ФАКУЛТЕТ**

Катедра Гражданскоправни науки

ДАВАНЕ ВМЕСТО ИЗПЪЛНЕНИЕ

АВТОРЕФЕРАТ

на дисертационен труд за придобиване на научната степен
„доктор на юридическите науки”

МЕТОДИ МАРКОВ МАРКОВ

Доктор по право, професор по гражданско и семейно право в
Катедра „Гражданскоправни науки”
Юридически факултет на СУ „Св. Кл. Охридски”

София.2012г.

Председател на научното жури:

Проф. д-р Иван Русчев

Рецензенти:

Проф. д-р Иван Русчев

Проф. д-р Златка Сукарева

Проф. д-р Симеон Тасев

Членове на научното жури:

Проф. д-р Владимир Петров

Проф. д-р Марио Бобатинов

Проф. д-р Георги Стефанов

Доц. д-р Анна Станева

**Публичната защита на дисертационния труд ще се състои на
08.04. 2013 г. от часа в на Ректората
на СУ „Св. Кл. Охридски”, бул. „Цар Освободител” № 15.**

Материалите по защитата са на разположение на интернет-
страницата на СУ „Св. Кл. Охридски”:

[http: //www.uni-sofia.bg/index.php/bul/universitet_t/](http://www.uni-sofia.bg/index.php/bul/universitet_t/)

[nauchna_dejnost/proceduri](#)

[_za_nauchni_stepeni_i_akademichni_dl_zhnosti/](#)

[proceduri_po_pridobivane_na_nauchni_stepeni/pridobivane_na_nauch](#)

[na_stepen_doktor_na_naukite/predstoyaschi_zaschiti/ekaterina_ilieva_](#)

[mateeva_yuridicheski_fakultet](#)

I. Обща характеристика на дисертационния труд

1. Актуалност на темата. Теоретична и практическа значимост на изследването

Даването вместо изпълнение (*datio in solutum*) е алтернатива на изпълнението. Тази правна фигура има важно икономическо значение, особено в стопански условия, в които длъжниците са затруднени да обслужват кредитите, а кредиторите търсят алтернативни начини за удовлетворяване на вземанията си.

На този фон даването вместо изпълнение е средство за облекчено погасяване на задълженията и за осигуряване събирането на вземанията. В по-глобален аспект то може да се използва и за финансово оздравяване на предприятия и банки в условията на икономическа криза, наред с разсрочване, отсрочване, опрощаване и редуциране на задълженията.

Не може да се каже, че засиленият интерес към този погасителен способ от страна на стопанските субекти, а и на гражданите, когато се намират в период на икономически затруднения, води до нарастване на съдебните спорове. Напротив, публикуваните решения на съдилищата във връзка с даването вместо изпълнение са твърде малобройни. Може би това се дължи на удовлетвореността и на двете страни от благополучното (макар и не перфектно) приключване на техните отношения. Все пак, в случаите, когато даденото е с отклонения, спорове между страните не са изключени и в тази връзка са открити редица сериозни въпроси, като този за съдбата на първоначалното задължение при разваляне на договора за даване вместо изпълнение.

Научният интерес към темата от страна на българската цивилистична доктрина е необяснимо слаб – дотолкова, че извън написаното в учебниците може да се посочи една статия, посветена на частен случай на даване вместо изпълнение.

Една от причините за слабия интерес може би е отношението на законодателя (не само на българския) към този договор. Уредбата е крайно лаконична и дори не загатва за множеството възможни проблеми в отношенията.

Сериозно предизвикателство при изследването на явлението е напластяването към съществуващо облигационно отношение на нов договор. Наред с това законодателят предвижда аналогично приложение на правилата на продажбата, което допълнително усложнява фигурата. В тази светлина е лесно обяснимо защо и до днес остават дискуссионни въпросите относно правната същност на договора и отграничаването му от сходни фигури, неговата характеристика (и особено квалификацията му като реален договор), предметът и страните, настъпването на

погасителното действие и наред с това възможността да възникнат нови права и задължения за страните.

2. Предмет, цел и задачи на изследването

Предмет на изследването е договорът за даване вместо изпълнение като един от институтите на общата част на облигационното право и като един от способите за погасяване на задълженията. Цел на изследването е цялостен анализ на договора и на неговата уредба у нас и в някои чужди законодателства.

Непосредствените задачи на изследването могат да бъдат очертани така:

- Да се изясни понятието за този самостоятелен договорен вид, като се разгледат разнообразните становища относно неговата същност;
- Да се осветят дискусиите относно характеристиките на договора, като се изрази позиция по тези въпроси;
- Да се извърши съпоставка на явлението с редица сходни правни фигури (погасителни способности, задължения с неопределеност на престацията, въпросът за обезщетението в натура, съотношение с обезпеченията и сходните фигури в производствата по принудително изпълнение);
- Да се изследват особеностите на предмета на договора – както погасяваното задължение, така и даденото вместо дължимото;
- Да се изяснят особеностите във връзка със страните по договора (кредитор, длъжник и трети лица, които могат да сключат такъв договор вместо тях);
- Да се анализират специалните елементи от фактическия състав на договора – необходимостта от форма и значението на даването като фактически акт;
- Да се изясни погасителното действие на договора и заедно с това – възможните задължения, които могат да възникнат за страните в някои особени хипотези;
- Да се изследват последиците от неизпълнението на договора и да се вземе отношение по един класически спор – има ли обратно действие развалянето на договора поради неизпълнение.

3. Методологическа основа на изследването

В изследването са използвани диалектическият метод в съчетание с индуктивния и дедуктивния методи на анализ на законовата уредба и съдебната практика. При тълкуването на закона се прилагат в съвкупност всички познати

способи. Историческият и сравнителният методи спомагат за изясняване развитието на института. Прилагането на критико-аналитичния метод дава възможност да се открият слабите места в уредбата и да се предложат идеи за усъвършенстването ѝ.

4. Обем и структура на дисертационния труд

Дисертационният труд е в обем от 291 страници

Структурата на дисертационния труд обхваща увод, три глави и заключение. В края е приложен списък на използваната литература, който включва 84 заглавия на български и 19 – на чужди езици. Приложена е декларация за оригиналност.

Изложението във всяка глава е структурирано в параграфи, а последните – в точки и подточки.

II. Съдържание на дисертационния труд

1. Първата глава е посветена на изясняване на понятието и същността на договора, както и на изясняване неговата характеристика. В края е направена съпоставка между договора за даване вместо изпълнение и редица сходни явления.

В първия параграф се разглежда историческото развитие на уредбата, като се започва с понятието за *Datio in solutum* по римското право. Прави се кратък преглед на уредбата на договора по други правни системи по достъпните на автора данни (за френското, италианското, испанското, германското, руското и други законодателства). Разгледано е развитието на уредбата в българското право.

Във втория параграф се изяснява понятието за договора. В терминологично отношение „даването вместо изпълнение” може да се разглежда като правен институт, договор, погасителен способ и като действие. Даденото вместо изпълнение пък може да се разглежда пък като обект (благо) и като предмет (субективно право), различно от дължимото. При формирането на дефиницията за договора се изхожда от съществените признаци на явлението (доколкото липсва легална дефиниция). Подложено е на критика дефинирането на явлението като „престиране”. Приема се, че съществените признаци на договора са три: 1) каузата - погасяване на съществуващо задължение; 2) че съгласието е съпроводено задължително от предаване (на обект) или прехвърляне (на право); 3) предметът или обектът винаги е нещо различно от дължимото (*aliud*). По този начин се формира следното работно определение: *даването вместо изпълнение е*

договор, по силата на който solvens-ът (длъжникът или трето лице) предава или прехвърля в полза на accipiens-a (кредитора или овластено от него лице) нещо различно от първоначално дължимото, с което се погасява съществуващ дълг. Разглежда се въпросът за съществените елементи на договора: 1) задължението, което се погасява и 2) предметът/обектът на престацията, която се дава вместо първоначално дължимото и е различен от него.

В третия параграф от първата глава се прави характеристика на договора за даване вместо изпълнение. По тези въпроси се срещат множество разнообразни становища, които са обстойно обсъдени в параграф трети. Преди всичко е застъпена тезата, че с договора за даване вместо изпълнение не се променя характеристиката на първоначалното облигационно отношение, задължението по което се погасява. Критикува се разбирането, че даването вместо изпълнение е ненаименуван договор. То е имало основание при действието на отменения ЗЗД, който не е съдържал уредба на договора.

Когато действието на договора се изчерпва с погасяването на съществуващо задължение, задължения от него не възникват за никоя от страните. В такъв случай той не подлежи на квалификация като едностранен или двустранен договор. По изключение е възможно за кредитора, а в някои случаи – за длъжника или и за двамата едновременно да възникнат задължения. Например, ако даденото е на по-висока стойност от размера на погасяваното задължение, кредиторът може да се задължи да доплати тази разлика. Когато с договора се прехвърля собственост върху вещь, която остава у длъжника, за него възниква задължение за предаването ѝ. В тези случаи договорът ще е едностранен или двустранен, в зависимост от това дали само за едната страна има задължения. В тази светлина се обосновава изводът, че една от причините, довели до препращането към правилата на продажбата в чл.65, ал.2 ЗЗД е именно различната характеристика на договора. Без това препращане не би имало основание за прилагане на правилата за продажбата в тези случаи, когато договорът не е двустранен.

Квалификацията на договора като престационен е основание да се поставят въпросите дали този договор е каузален, възмезден и т.н. Споделя се господстващото мнение по въпроса за основанието на договора - че той се сключва с оглед *solvendi causa*, без това да променя основанието на съществуващото облигационно отношение. Наличието на две равностойни блага, които се разменят (погасяваното задължение и даденото насреща) показва, че договорът има възмезден характер. Възмездният характер на даването вместо изпълнение може да се съчетае с безвъзмездност на

първоначалния договор. Тази негова характеристика не се променя, както не отпада и основанието му, което следва да се има предвид при прилагане правилата за продажбата съгласно чл.65, ал.2 ЗЗД.

Обосновава се изводът, че договорът за даване вместо изпълнение има по принцип реален характер. Сключването на договора се свързва с това, че кредиторът се съгласява да приеме даденото от длъжника вместо дължимото, за да настъпи погасителното действие. Когато вместо дължимото кредиторът се съгласява да придобие собственост или друго право върху индивидуално определена вещь, прехвърляното право преминава по силата на договора. Предаването на вещта (или другото благо) е второстепенно задължение, изпълнението на което не пречи настъпването на погасителния ефект. В тези случаи може да се приеме, че договорът е консенсуален, доколкото придобиването на правото от кредитора е достатъчно, за да настъпи погасителното действие на договора. Уредбата на договорите като реални по принцип е императивна, понеже по този начин се защитава правната сигурност. В случая обаче водещ е частният интерес на страните, т.е. налице е диспозитивност на нормата, която при това е изведена чрез тълкуване, а не е изрично закрепена. Кредиторът може да поеме риска от невъзможността реално да получи заместващата престация, както е в хипотезата по чл.65, ал.3 ЗЗД. Отлагането на погасителното действие в случай на цесия вместо изпълнение не е пречка страните да уговорят друго и договорът да има погасителен ефект, без да се чака изпълнение по цедираното вземане. В този случай рискът от неплатежеспособността на цедирания длъжник ще остане да тежи върху кредитора-цесионер. На тази възможност трябва да се гледа като на изключение. Ако се допусне страните свободно да променят характеристиката на един договор като реален или консенсуален, това би застрашило правната сигурност. Налага се изводът, че престация за действие или бездействие по принцип не би могло да бъде предмет на договора за даване вместо изпълнение. Пораждането на ново задължение, което се изпълнява чрез бъдещи действия или бездействия на длъжника, което да замени първоначално дължимото, не представлява нищо друго, освен една обективна новация. Страните биха могли да уговорят, че първоначалният дълг ще се погаси едва при осъществяване на новата престация, в който случай за новация не може да се говори. В тази хипотеза може да се приеме, че е налице договор за даване вместо изпълнение, сключен под отлагателно условие.

Липсата в уредбата изискване за форма на договора показва, че даването вместо изпълнение е по принцип неформален договор. Нуждата от форма може да произтича от

особеностите на предмета (например вещно право върху недвижим имот). Приема се, че в случая не намира приложение правилото на чл.293, ал.6 ТЗ, доколкото не се внася промяна в съществуващ формален договор, а се погасява задължение по него.

Договорът е несамостоятелен (акцесорен). Акцесорността произтича от каузата на договора. Щом длъжникът престава нещо, за да погаси свой дълг, този дълг трябва да съществува. Следователно, трябва да е налице друго (главно) облигационно отношение, за да има договорът основание и възможен предмет. Ако главното отношение не е възникнало, или отпадне с обратна сила, даденото вместо изпълнение се оказва дадено без основание по смисъла на чл.55 ЗЗД - по един нищожен договор за даване вместо изпълнение. Този договор пък ще е нищожен поради невъзможност на предмета и липса на основание по смисъла на чл.26, ал.2 ЗЗД. Друга форма на несамостоятелност на договора е налице, когато той се сключва като част от договор за спогодба – като една от отстъпките. В този случай погасителното основание на договора отстъпва пред по-общата кауза на спогодбата.

В четвъртия параграф от първата глава на съчинението в критичен план са обсъдени срещаните в литературата становища относно същността на договора. Възприема се разбирането, че не може да се постави знак за равенство между даването вместо изпълнение и новацията. Както при подновяването, така и при даването вместо изпълнение се погасява съществуващо задължение. Но докато при новацията това не е единствената последица и по силата на договора възниква ново задължение на мястото на погасеното, то целта на даването вместо изпълнение се ограничава до погасяването на задължението. А когато възникват задължения за някоя от страните, те не идват на мястото на погасеното. Когато не е възможно заместващата престация да бъде осъществена (обектът – предаден, или правото – прехвърлено) още при сключването на договора, той не може да бъде квалифициран като същински договор за даване вместо изпълнение по смисъла на чл.65 ЗЗД. Страните следва да изберат между два варианта: 1) да се погаси съществуващото задължение, като на негово място възникне ново с различен предмет (сключване на новационен договор); или 2) да възникне ново задължение като алтернатива на първоначалното и двете да съществуват паралелно, като с погасяване на едното ще се погаси и другото (подобно на положението при алтернативните задължения, което обаче е създадено по-късно, с нов (ненаименуван) договор. С оглед на това се препоръчва страните да уредят възможно по-пълно възникващите в тази връзка въпроси.

В дисертационния труд се отхвърля тезата, че с договора за даване вместо изпълнение се изменя съществуващото облигационно отношение. Ако това бе така, даденото би представлявало точно изпълнение, а не *aliud*. Приликите на даването вместо изпълнение с продажбата, замяната или друг договор са само външни. Макар че те са основание за прилагане по аналогия на някои от правилата за тези договори, няма как да бъде пренебрегната основната отлика на даването вместо изпълнение - погасителното основание на договора, което не може да се съвмести с продажбата. Замяната на дължимата вещь с друга при даване вместо изпълнение е промяна на дължимото, което все още не е преминало в собственост на приобретателя по първоначалния договор. Когато пък собствеността е преминала, ще е налице замяна. Отрича се и квалификацията на договора като „смесен”, доколкото с този термин се означават вид ненаименувани договори, а даването вместо изпълнение не е от тази група. С оглед на горното се налага изводът, че е налице един самостоятелен договорен вид. Съществените елементи на договора го отличават от останалите уредени договори.

Петият параграф се състои от множество съпоставки и отграничения, с което се откроява самостоятелният характер на изследваното явление. На първо място договорът се отграничава от други способи за погасяване на задълженията, като изпълнението (точно или неточно), опрощаване и прихващане на насрещни задължения.

Сходство с даването вместо изпълнение е налице при някои задължения, при които съществува неопределеност на престацията – алтернативните и факултативните задължения. Съпоставката с алтернативните задължения налага изясняване на хипотезата на договор за даване с оглед изпълнение (*datio pro solvendo*). С него не се създава изрично алтернативност, понеже не е предвидено право на избор между двете престации. Понеже законът не урежда въпроса за съотношението между двете задължения, страните могат да уговорят право на избор както при алтернативността, но могат да създадат и друга структура на отношението – например че се дължи само *aliud*-а. В първия случай следва да намерят съответно приложение правилата на чл.130-132 ЗЗД.

Сходство с даването вместо изпълнение показват и някои особени фигури, които са уредени в закона - престиране на нещо различно при договори за продажба от разстояние, което е уредено като право на търговеца (чл.59 ЗЗП); придобиване на заложеното финансово обезпечение от кредитора, което е особено допълнително

правоомощие на зложния кредитор (чл.11 ЗДФО). Не е налице даване вместо изпълнение и при законно предвидените възможности за простиране на нещо друго - например при „плащане” с компенсаторни инструменти или с непарични платежни средства (хипотези, които в чуждестранната литература се означават като „законово даване вместо изпълнение”).

Диференцирано са разгледани хипотезите, при които обезщетяването на вредите в натура се осъществява чрез даване вместо изпълнение. Така е преди всичко при отговорността за неправомерно увреждане. При договорната отговорност следва да се вземе предвид характерът на престацията – положителна или отрицателна. Само във втория случай е възможно по съгласие с кредитора натуралното поправяне на вредите, което също е договор за даване вместо изпълнение. При уговорен задатък или отнетнина кредиторът може да получи (да задържи) парите или вещта, което се свързва с отказ от договора. Но докато при даването вместо изпълнение е налице равностойност с първоначално дължимата престация, така че интересът на кредитора да бъде удовлетворен с еквивалентна престация, то равностойността на задатъка и отнетнината се ограничава обикновено до размера на очакваните вреди и само за тяхното поправяне изпълняват погасителна функция, подобно на даването вместо изпълнение.

Договорът се сравнява и със сходни фигури в процеса на индивидуалното принудително изпълнение. Такива са: 1) Възлагането на вземане или ценна книга на длъжника в полза на вискателя за събиране или вместо плащане (чл.510 ГПК). Ценните книжа с по-сложно съдържание на инкорпорирани права, каквито са акциите например, не би могло да се “събират”. Затова те могат да се възложат единствено вместо плащане. Именно в хипотезата на възлагане вместо плащане сме изправени пред даване вместо изпълнение; 2) възлагането на движима вещь, когато публичната продажба е приключила неуспешно води до погасяване на задължението чрез прихващане, а не чрез даване вместо изпълнение.

В производството по несъстоятелност пък може да бъде сключен договор за уреждане плащането на паричните задължения между длъжника и кредиторите с предявени вземания (т.нар. извънсъдебно споразумение с кредиторите - чл.740, ал.1 ТЗ). В него може да бъде включена клауза за даване вместо изпълнение, но тя ще е подчинена на общата спогодителна цел и кауза на договора – уреждането на спора. В оздравителния план също може да се предвиди, че длъжникът предоставя на кредитора нещо друго вместо дължимото. За изпълнението на плана обаче длъжникът и

съответният кредитор трябва да сключет нов договор, така че клаузата от оздравителния план има значението на предварителен договор за даване вместо изпълнение. Особен случай на погасяване на прието вземане в производството по несъстоятелност е неговото капитализиране - трансформирането му в част от капитала на дружеството-длъжник и придобиването на дяловете или акциите от кредитора. В този случай сключване на договор за даване (на дялове или акции) вместо изпълнение на дълга не е необходимо. До погасяване на дълга ще се стигне, ако съдружниците извършат необходимите действия за вписване на увеличението на капитала, поради което не е необходимо сключването на договор за даване вместо изпълнение. Обосновава се изводът, че с решението на заключителното събрание на кредиторите относно непродаваемите вещи от масата на несъстоятелността не може да се предвиди определени кредитори да получат тези вещи вместо плащане.

2. Във втората глава на дисертационния труд се разглеждат проблемите, свързани със сключването на договора – относно неговия предмет, страни, форма и други елементи на фактическия състав..

Първият параграф съдържа анализ на възможните обекти и права, които са обект и предмет на договора. На първо място се разглеждат характеристиките на погасяваното задължение като предмет на договора.

Задължението поначало трябва да бъде индивидуализирано чрез посочване на страните, юридическите факти, от които са възникнали, както и техния предмет и размер. Ако това не е направено, не би могло да се определи върху какво се разпростира погасителният ефект на договора. Когато обаче родовата определеност изчерпва целия род, налице е достатъчна индивидуализация.

Чрез даване вместо изпълнение може да се извърши погасяване и на част от задължението. В такъв случай трябва да се определи за каква част става дума.

Основанието, от което е възникнало задължението, може да има характер на договорен или извъндоговорен източник на облигационни отношения. Задължението може да има акцесорен характер - например за неустойка или задатък. При различните дружествени договори (за създаване на гражданско или търговско дружество, включително и уставите, които имат договорна същност), се пораждат задължения за вноски. Те в повечето случаи също биха могли да се погасят чрез даване вместо изпълнение (изключения са налице при дружествата, подчинени на особени режими, като банки, застрахователни дружества и др.). Погасяването на задължението за вноска

с апортирането на друг предмет може да се извърши без ограничение преди вписването на дружеството в търговския регистър. Ако съдружниците или акционерите решат да променят дружествения договор или устава, предвиждайки замяна на паричната с непарична вноски за определен съдружник, за внасянето ѝ трябва да бъде спазен редът по чл.72, ал.2 ТЗ. Във всички случаи заместването на паричната с непарична вноски следва да бъде отразено в дружествения договор или устава. Особен вид задължение за съдружниците в ООД е за допълнителна парична вноски. С оглед особените ѝ функции, дължимата парична сума не би могла да бъде заместена с друго благо. Имуствените права на съдружниците и акционерите също по общо правило могат да се погасяват чрез даване вместо изпълнение - такива са правото на дивидент (на част от печалбата) и правото на ликвидационен дял. Изложени са допълнителни аргументи в подкрепа на тезата, че е възможно съдружниците или акционерите да бъдат принудени да получат ликвидационните си дялове в натура. Въпреки липсата на изрично уредена възможност за това, тя произтича от необходимостта от ефективно приключване на ликвидационното производство в разумен срок.

Задълженията от едностранни сделки и от извъндоговорни източници също могат да се погасяват чрез даване вместо изпълнение.

Няма ограничение във вида на престацията, вместо която страните могат да се съгласят да се даде нещо различно. Чрез даване вместо изпълнение може да се погаси задължение както за положителна, така и за отрицателна престация. Без значение е дали престацията е заместима, делима, за фактически или за правни действия, с еднократно или с трайно изпълнение. Престацията може да бъде за резултат или за средство. Задълженията за даване обаче не бива да бъдат индивидуално определени, а само родово определени, или с право на избор. Когато престацията е индивидуално определена задължението се изпълнява автоматично, а прехвърлянето и предаването на друга вещь би било замяна.

Чрез даване вместо изпълнение безспорно могат да се погасяват съществуващи задължения. Това предполага на първо място, че задължението вече е възникнало. Авансово изпълнение на задължения по бъдещи договори няма как да бъде оформено като даване вместо изпълнение, понеже при сключването на договора даденото ще се посочи като дължима престация и авансово даденото ще се окаже в съответствие с уговореното.

Акцесорността на договора за даване вместо изпълнение поставя действителността му в зависимост от съществуването на погасяваното задължение, а

този въпрос е неделимо свързан с аналогичния - за валидността на основанието за възникване на това задължение. Разглежда се значението на даване вместо изпълнение с оглед погасяване на „задължение“ по привиден договор, както и по търговска сделка, за която не е била спазена формата за действителност (във връзка с правилото на чл.293, ал.3 ТЗ, което изисква оспорване на действителността). Понеже даването вместо изпълнение е доброволен акт, чрез него длъжникът изразява недвусмислено намерението си да погаси дълга, въпреки че знае за унищожаемостта на правното основание. Чрез престирането, макар и на нещо друго, длъжникът се отказва от правото си да иска унищожение и сделката се санира. Изпълнението или даването вместо изпълнение от страна на мнимо представлявания на задълженията по висящо недействителната сделка, също има значението на мълчаливо потвърждаване (когато не е необходима форма). Обявяването на сделката за относително недействителна ще доведе до непротивопоставимост спрямо кредитора и на договора за даване вместо изпълнение за погасяване на дълг по сделката.

Отбелязва се, че ако задължението е било погасено преди сключването на договора (чрез изпълнение, прихващане, подновяване, опрощаване, невиновна невъзможност за изпълнение, както и поради автоматичното настъпване на вещно-прехвърлителното действие по чл.24, ал.1 ЗЗД), неговият предмет би бил невъзможен. Погасеното по давност задължение обаче може да бъде предмет на договора за даване вместо изпълнение. Разгледани са различни хипотези на отпадане на задължението с обратна сила – при разваляне или унищожаване на сделката. При отказ от договор са налице разнообразни разрешения относно действието му във времето, някои от които изрично уредени в закона, а в останалите случаи действието на отказа се извежда чрез тълкуване на целта и на основанието, от което възниква правото на отказ. Когато отказът има обратно действие, отпадането на погасеното чрез даване вместо изпълнение задължение води до отпадане на основанието за даденото по договора за даване вместо изпълнение.

Извън приложното поле на договора остават задължения по договорите за обществени поръчки, концесии и за приватизация, понеже определената по специален ред престация не би могла да се изменя по взаимно съгласие на страните. Критикува се разбирането, изразено в съдебната практика, че след влизане в сила на съдебното решение, с което длъжникът е осъден да изпълни с определена престация, е невъзможно страните да сключат договор за даване вместо изпълнение.

На следващо място се поставя въпросът за предмета и обекта на престацията, която замества дължимата. Прогласеният принцип “всичко вместо всичко” създава илюзорната представа за пълната свобода на страните да заместят дължимата престация с всяка друга. Дали наистина е така? В чл.65 ЗЗД се говори изрично само за придобиване в собственост и за прехвърляне на вземане вместо плащане. В изследването се приема, че вместо дължимото може да се прехвърли и друго право, а може да бъде дадена и друга престация. Налице са и някои ограничения, които следват от характеристиките на договора.

Плащането на парична сума вместо реалното изпълнение на непарично задължение не представлява даване вместо изпълнение, тъй като по същество е компенсаторно обезщетение, което се дължи вместо изпълнение на договорно задължение (чл.79, ал.1 ЗЗД). Възприемането на разбирането, че даването вместо изпълнение е реален договор (освен при прехвърляне на собственост), не позволява сключването на такъв договор, когато осъществяването на заместващата престация изисква относително продължително време. За да настъпи погасителният ефект на договора, обектът трябва да бъде доставен на кредитора веднага. Преценката следва да бъде конкретна - доколко е възможно действията (когато задължението е за средство) или резултатът да се предоставят на кредитора веднага - със сключването на договора. Безспорно това е възможно, когато действието по осъществяване на престацията е еднократно и може да се извърши с постигането на съгласие - например да се предаде на кредитора определена вещ за ползване, или да се извърши еднократно действие или услуга. Когато кредиторът не може да получи заместващата престация при сключване на договора, са възможни няколко варианта:

- да се извърши подновяване, при което старият дълг ще се погаси веднага, за да възникне на негово място нов;

- да се поеме ново задължение, без да се погасява старото. Ако не е уговорено друго, между двете задължения ще възникне алтернативност. С изпълнението на едното от задълженията ще се погаси и другото;

- извършването на работата да бъде уговорено като условие за настъпване на погасителното действие на договора (подобно на хипотезата по чл.65, ал.3 ЗЗД – при – цесия вместо изпълнение);

- да се сключи предварителен договор за даване вместо изпълнение, като условие за сключването на окончателния договор ще бъде извършване на

необходимото, за да се осъществи новата престация - например построяването на сградата, която ще бъде прехвърлена в собственост на кредитора вместо дължимото.

Не е налице престиране и когато длъжникът е дал пълномощно на кредитора да продаде негов имот. Учредената представителна власт не е престация, която да замести дължимата.

На практика най-често длъжникът прехвърля на кредитора собственост вместо плащане на дължима сума. Прехвърлянето или учредяването на друго вещно право също е възможно при спазване на съответните изисквания (например при сервитутите – кредиторът да е собственик на господстващия имот).

Обосновава се възгледът, че поради изчерпателния характер на изброените в чл.43 ЗДС разпоредителните способности, които могат да се използват по отношение на частната държавна собственост (върху недвижими имоти), законът не допуска сключването на договор за даване вместо изпълнение, с който се прехвърля държавна собственост върху имоти, но е възможно разпореждане с движими вещи – частна държавна собственост. Допустимо е и придобиването на собственост от държавата по договор за даване вместо изпълнение. Общинският съвет може да вземе решение за прехвърляне на общински имот вместо изпълнение на общински дълг, доколкото в ЗОС не се съдържа ограничително изброяване, каквото има в ЗДС.

Прехвърлянето на идеална част от недвижим имот вместо изпълнение следва да стане при спазване особените изисквания на чл.33 ЗС, когато се погасява парично задължение. Особените изисквания на закона за разпореждане с вещ, която е съпругеска имуществена общност също трябва да бъдат изпълнени, когато обект на договора е такава вещ.

Разглеждат се особеностите на договора, когато предмет на прехвърлянето е вземане – чрез цесия *solvendi causa*. Прави се разграничение от случаите, при които цесията представлява точно изпълнение (например при отчетната операция по договор за поръчка).

Когато длъжникът отстъпва на кредитора за определен срок ползването на построения с кредит недвижим имот, вместо връщането на заема с някои уговорки може да се приеме, че е налице даване вместо изпълнение. Вещта трябва да бъде предадена със сключването на договора, но облагата, която получава кредиторът, не може да бъде извлечена веднага. Тя ще бъде налице в пълнота едва след изтичането на срока. Погасителното действие на договора следва да бъде отложено по някой от следните начини:

- да се поеме ново задължение, без да се погасява старото при условията на алтернативност;

- ползването през уговорения срок да бъде условие за настъпване на погасителното действие на договора (като по чл.65, ал.3 ЗЗД);

- да се сключи предварителен договор за даване вместо изпълнение.

Предмет на престацията могат да бъдат права на индустриална собственост, правни очаквания и естествени права.

Разглеждат се особеностите на даденото, когато става въпрос за поземлен имот, сграда или застроен обект в сграда, други обекти и съоръжения. Когато вещта е заложена или ипотеккирана, ограничението на чл.152 ЗЗД няма приложение, щом договорът е сключен след учредяването на обезпечението. Върху имуществото може да има учреден залог по реда на ЗОЗ. Налице са специфични въпроси и когато даденото е валута, различна от уговорената, електронни пари или други платежни средства. Прехвърлянето на различни видове ценни книжа, включително държавни и общински ценни книжа се извършва по съответния начин, в зависимост от вида на ценната книга – налична или безналична, поименна, на заповед или на приносител. В практиката е изразено негативно отношение към възможността за съчетаване на увеличаване на капитала под условие с увеличаването му с непарична вноска, представляваща вземане на кредитор срещу дружеството. Това разбиране се основава на едно тясно тълкуване на разпоредбата на чл.195 ТЗ. Привеждат се аргументи в подкрепа на разбирането, че новоиздадените при увеличаване на капитала акции могат да се придобият не само чрез продажба, но и чрез даване вместо изпълнение за погасяване на задължение на дружеството. Изследват се хипотезите на придобиване на собствени акции, на облигации, на дялове от търговски дружества. Могат да бъдат прехвърлени и дялове в ООД, а когато дружествения договор допуска това – и дялове от събирателно дружество, както и от гражданско дружество. Във всички случаи, когато чрез придобиването се установява или се увеличава контрола върху предприятие, сделката следва да бъде разрешена от КЗК поради наличието на концентрация между предприятия (при условие, че са надхскочени праговете за уведомяване на комисията). Държавни и общински ценни книжа също могат да се прехвърлят вместо изпълнение. Обект на прехвърлянето може да бъде и съвкупност, като наследство или търговско предприятие.

Характерен признак на договора за даване вместо изпълнение е наличието на различие в предмета или обекта на даденото в сравнение с първоначалното

задължение. Различието може да се отнася и до вида на престацията, но не и до основанието. Възможно е разминаване между стойностите на дължимото и на даденото.

Вторият параграф е посветен на страните по договора. С оглед на това, че качеството на страните в погасяването облигационно отношение не е с водещо значение при сключването на договора за даване вместо изпълнение, а такова обстоятелство е престирането и получаването на престацията, най-общо страните следва да бъдат означени като *solvens* и *accipiens* (даващ и получаващ).

Обикновено кредиторът е *accipiens*. Когато е физическо лице, то трябва да е дееспособно. Когато е юридическо лице, за сключването на договора е необходимо решение на съответно компетентния орган. Съпоставени са аргументите за и против възможността кредитни институции и в частност банки да приемат вместо изпълнение на парично задължение други материални блага. Когато по отношение на кредитора е открито производство по несъстоятелност, нито той, нито синдикът могат да дават съгласие и да получат нещо друго вместо плащане. Застъпва се разбирането, че държавата и общините също могат да прибегнат до този способ за погасяване на вземанията си.

По отношение на *solvens*-а също се изисква дееспособност. Разгледани са едни от най-често срещаните хипотези – когато длъжникът е в ликвидация или в производство по несъстоятелност. Подкрепя се тезата, че не винаги е необходимо решение на общото събрание по чл.268, ал.2 ТЗ, когато длъжникът е в производство по ликвидация. Когато длъжникът е в производство по несъстоятелност, сключените от него договори за даване вместо изпълнение биха били недействителни. За държавата и общините съществуват известни ограничения да погасяват дълговете си чрез даване вместо изпълнение. Бюджетните учреждения имат обаче възможност да се разпореждат с предоставеното им имущество по предвидения в закона ред.

Договорът за даване вместо изпълнение може да бъде сключен и от трети лица, различни от кредитора и длъжника. Когато трето лице приема нещо различно от дължимото, то трябва да бъде овластено за това от кредитора. По същия начин следва да се прецени и представителната власт на лицето, което сключва договора от името на кредитора.

В третия параграф се обсъжда въпросът за формата на договора. Той поначало е неформален, но в зависимост от предмета е възможно да бъде и формален. С оглед доказването на погасяването на дълга кредиторът е длъжен да върне на длъжника

документа, ако е бил издаден такъв. Писмена форма за доказване е нужна и с оглед разпоредбата на чл.164 ГПК. В някои случаи е необходимо и вписването на договора в съответен регистър (имотен, търговски, Централен регистър на особените залози) или в Централния депозитар.

Реалното предаване на престацията е друг необходим елемент от фактическия състав на договора, който се разглежда в следващия **четвърти параграф** от глава втора. Предаването на вещта, чиято собственост се прехвърля, може да бъде отложено за по-късен момент. Нуждата от предаване на вещь отпада и когато предметът се намира вече на друго основание у кредитора. Предаването на документ е необходимо при прехвърляне на ценна книга на приносител или на заповед. При цесия, извършена *solvendi causa*, предаването не е елемент от фактическия състав на договора. Предаването на съвкупности (наследство и търговско предприятие) включва предаването на отделните елементи от съвкупността.

В петия параграф се изследва възможността за сключването на предварителен договор за даване вместо изпълнение. Сключване на предварителен договор за даване вместо изпълнение е необходимо преди всичко в случаите, когато обект на договора е недвижим имот и особено в сграда, която все още не е изградена до етап на груб строеж. Приема се разбирането, че когато договорът е реален, към него е неприложим редът по чл.19, ал.3 ЗЗД за обявяване на окончателния договор за сключен. Решението, с което се уважава един иск по чл.19, ал.3 ЗЗД не може да бъде годно средство, за да замести целия фактически състав на един реален договор. То е замислено като способ да бъде зачетено само постигнатото предварително съгласие.

В параграф шести са обсъдени особеностите във връзка с недействителността на договора. Като специфично основание за нищожност се разглежда липсата на задължение, което да бъде погасено. В практиката е поставян и въпросът за относителна симулация, при която даването вместо изпълнение е прикрита сделка.

Разгледани са и различните основания за унищожаемост. Липсата на състояние на крайна нужда е причината, поради която се отрича приложимостта на това основание за унищожаемост към даването вместо изпълнение. Във връзка със заплашването пък се коментира предупреждението от страна на кредитора, че ще пристъпи към принудително реализиране на вземането си. То не може да се счита за заплаха. По повод на грешката във връзка със съотношението между стойностите на дълга и на даденото се възприема тезата, че тя може да бъде основание за унищожаемост.

При нищожност или при унищожаване на договора неговото погасително действие се счита за ненастъпило. Даденото в изпълнение се оказва дадено без основание или с оглед на отпаднало основание, поради което се дължи връщането му. Фактическото възстановяване на предишното положение е възможност, която настъпва само при упражняване на реституционното право.

3. В третата глава от дисертационния труд са обособени въпросите на действието на договора. Преди всичко – неговото погасително действие, но също така и проблемите на изпълнението и неизпълнението, когато са възникнали задължения за страните.

В първия параграф от тази глава се поставят на обсъждане някои общи въпроси. Отрича се разбирането, че договорът води до изменение на предмета на облигационното отношение, с което то се прекратява и възниква ново. В зависимост от вида на заместващата престация и волята на страните е възможно договорът да има и правопораждащо действие.

Както погасителното, така и правопораждащото действие могат да бъдат обусловени от различни модалитети. Разглежда се въпросът за действието и на модалитетите по първоначалния договор.

Вторият параграф е посветен на погасителното действие на договора. Доколкото не е уговорено друго, този ефект е пълен, но може да се ограничи само за част от задължението. Погасяват се и принадлежностите на вземането – вземането за лихва, обезпеченията и т.н. Относително самостоятелният характер на обезщетението за вреди и неустойката налага тяхното погасяване да се преценява отделно.

Погасителното действие настъпва със сключването на договора, но може да бъде отложено, както е в хипотезата на чл.65, ал.3 ЗЗД. Това създава известна несигурност за длъжника, който остава отговорен и за двете престации. А кредиторът не се задължава да положи грижата на добър стопанин, за да събере прехвърленото вземане. Затова при мълчанието на закона е уместно тези въпроси да бъдат уредени в договора. При липса на такива уговорки кредиторът има на разположение две претенции, които може да упражни по свой избор, т.е. може да потърси реално изпълнение на първоначално дължимото, вместо да положи усилия за събиране на цедираното вземане. От друга страна, за длъжника също няма пречка да предложи изпълнение на първоначалната престация и кредиторът не би могъл да откаже да я приеме. Погасителен ефект като този на събирането на вземането следва да има и прехвърлянето или залагането му на трето лице. Сходни въпроси се поставят и при

прехвърляне на ценна книга вместо плащане. Отговорите им не се различават, когато в ценната книга е инкорпорирано парично вземане. Но при ценните книги, които удостоверяват други права (например акция), придобиването им от кредитора е достатъчно за настъпването на погасителното действие.

Когато за доказване на договора е необходима писмена форма, длъжникът няма интерес от разписка, отделна от документа, в който е оформен договорът. Но когато няма такъв документ, длъжникът има право на разписка по смисъла на чл.77, ал.1 ЗЗД, понеже е налице изпълнение, макар и с *aliud*. Тя може да бъде доказателство за сключения договор.

Погасителното действие на договора се разпростира по отношение на всички солидарни длъжници (чл.123, ал.1 ЗЗД), а за длъжника, който е престира нещо друго на кредитора, за да погаси дълга, възникват регресни права срещу останалите солидарни длъжници за принадлежащите им се части. Погасителното действие засяга и поръчителите както и лицата, дали като обезпечение свои вещи в залог или ипотека. Погасителното действие може да се разпростре и върху задължения на кредитора към трето лице, на което е дадена заместващата престация.

В параграф трети са разгледани задълженията, които биха могли да възникнат за страните по договора. Задължения за кредитора могат да възникнат: 1) когато е била отстъпена вещь за ползване вместо изпълнение - за поддържане на вещта, а при прекратяване на ползването - и за връщането ѝ; 2) когато страните са уговорили - например да доплати разликата в стойностите, когато даденото е с по-висока стойност от размера на дълга. Отстъпеното при даване вместо изпълнение ползване е възмездно. Това доближава отношението до наемното и с това може да се обоснове съответното прилагане на правилата за наема по аналогия. За кредитора ще възникне задължение да се грижи за запазването на вещта и за нейното връщане след изтичане на срока. По сходен начин ще възникнат задължения за кредитора и когато той е получил ползването на нематериално благо, което е обект на индустриална собственост (задължения, сходни с тези на лицензополучателя).

Когато предмет на договора е прехвърлянето или учредяването на вещни права, за длъжника възниква задължение от типа *dare*. Сходно задължение възниква и когато с договора се прехвърлят или учредяват други субективни права - например дялове в търговско дружество, права на индустриална собственост, имуществени права на автора и други. Такова задължение очевидно ще е налице, когато вещнопрехвърлителното действие е отложено по волята на страните - например,

защото вещта, която е обект на прехвърляне, още не е изработена. В тези случаи се отлага и погасителният ефект на договора. Задължението възниква, дори правото да се прехвърля или учредява по силата на договора - автоматично и веднага, без да е необходимо каквото и да е действие от страна на длъжника (чл.24, ал.1 ЗЗД). В тези случаи неговото съществуване е необходимо, за да бъде обусловено вещното действие на договора. Ако предаването на вещта е отложено, за длъжника възниква съответното задължение. Длъжникът има задълженията на цедент, когато е прехвърлил вземане вместо плащане. За длъжника може да възникнат и задължения като на наемодател, когато с договора се отстъпва на кредитора временното ползване на вещь (да осигури спокойното ползване на вещта и да поеме част от разноските за поддържането ѝ). При отстъпване ползването на обекти на индустриална собственост длъжникът ще има задължения като лицензодател.

Четвъртият параграф обхваща проблематиката на неизпълнението на задълженията (когато такива възникват) и отговорността на всяка от страните. Дори и когато договорът е сключен като реален и за длъжника не възникват на практика задължения, е възможно да е налице неизпълнение - например прехвърлената вместо изпълнение вещь е чужда, или да е налице отклонение в дължимото качество на предадената вещь.

В чл.65, ал.2 ЗЗД се предвижда, че когато се дава в собственост нещо друго вместо дължимото, при съдебно отстранение или при скрити недостатъци на полученото се прилагат съответно правилата за продажбата. Тази отговорност е обусловена от: 1) предмета на даденото (прехвърляне на собственост, прехвърляне или учредяване на вещни права); 2) характера на първоначалния договор - съответното приложение на правилата за продажбата е неприемливо в случаите, когато основният договор има едностранен и безвъзмезден характер, което пък се определя от неговото основание. Накратко са представени особеностите на отговорността за евикция и за недостатъци, които следва да намерят съответно приложение. И в двата случая за кредитора възниква правото да развали договора. Когато вещьта е предадена при сключване на договора, отговорността за недостатъци обхваща само скритите такива (както сочи и буквата на закона). Но ако предаването е отложено, би следвало да възникне отговорност за всички (явни и скрити) недостатъци.

При цесия вместо плащане е налице договор за цесия, който е сключен *solvendi causa*, затова няма нужда да се обосновава аналогия, а правилата на цесията за отговорността на цедента ще намерят пряко приложение. Понеже договорът е

възмезден, цедентът (solvens-ът) ще отговаря за съществуване на вземането. Поставя се въпросът ще отговаря ли цедентът, ако договорът-основание на вземането бъде развалян от цедирания длъжник - понеже цедентът не е изпълнил свое насрещно задължение по договора. Може да се приеме, че и в този случай ще възникне отговорност, доколкото отпадането на вземането с обратна сила е резултат от виновното поведение на цедента. Тази отговорност възниква и в случай че цедираният длъжник разполага с възражения, противопоставими на цесионера, за които цедентът не го е уведомил, или които са възникнали в резултат от поведението на цедента – но само за тези възражения, които са перемпторни (например за прихващане), но не и за отлагателните (например за неизпълнен договор). Отговорност за платежоспособността на цедирания длъжник не възниква, доколкото погасителното действие на договора е отложено и това е гаранцията за кредитора.

При отстъпване временното ползване навещ вместо плащане съответно приложение намират правилата за наема и отговорността на страните за неизпълнение на техните задължения.

Интерес представлява и въпросът за съдбата на обезщетителни уговорки по първоначалния договор – неустойка и задатък. Ако не е уговорено друго, те следва да се погасят поради акцесорния им характер.

Специално внимание е отделено на въпроса за развалянето на договора поради неизпълнение. Основните въпроси във връзка с развалянето на договора за даване вместо изпълнение са дали настъпва изобщо неговото погасително действие и ако да – дали при разваляне на договора с обратно действие предишното задължение се възстановява, „възкръсва“. Аргументирано се подкрепя виждането, че договорът поначало поражда погасителното си действие, но ако кредиторът го развали поради недостатъци или съдебно отстранение, се възстановява първоначалното задължение. То е съобразено с правото да се развали договора в тези случаи и действието на развалянето според чл.88 ЗЗД.

В отменения ЗЗД е съществувало изрично правило, според което поръчителят се освобождава, макар кредиторът и да е претърпял съдебно отстранение от дадената в изплащане вещь (чл.665). Не бива да се прави прибързан извод, че изоставянето на този текст от действащия закон означава непременно възприемането на противоположното разрешение. До такъв извод обаче ни води правната логика. В литературата се е гледало на правилото на чл.665 ЗЗД (отм.) като на изключение. То се е прилагало само за поръчителството и само в случай на евикция. Следователно, общото правило е, че

погасяването на дълга не освобождава поръчителя, когато задължението се възстанови с обратна сила. За да се избегне този неблагоприятен за поръчителя ефект, е необходима клауза в договора за поръчителство, която да предвижда отпадане на неговата отговорност в разглежданата хипотеза. При реалните обезпечения обаче разрешението следва да е по-различно. За собствениците на заложи и ипотекирани вещи отпадналата веднъж тежест няма как да се възстанови, без това да застраши правната сигурност. Върнатата заложила вещь трябва да бъде предадена отново на кредитора, което изисква съгласието на собственика. Заличената ипотека няма как да бъде вписана отново без съгласието на собственика на имота. Дори вещта да не е била върната, а ипотека да не е била заличена, погасителното действие е настъпило и заложното, респективно ипотечното право е отпаднало.

В петия параграф от третата глава са визирани и някои допълнителни последици на договора. Когато погасителното действие на договора не настъпва веднага, остава открит въпросът за броенето на давностния срок по отношение на задължението, предмет на договора. Може да се приеме, че в договора е инкорпорирано едно признаване на дълга от страна на длъжника, с което давността се прекъсва. Признанието е неформално изявление. Необходимо е то да изхожда от длъжника и да е насочено към кредитора. Може да бъде извършено и чрез представител.

Когато договорът е бил сключен от трето лице вместо от длъжника, за последния възниква регресна отговорност пред третото лице. Тази отговорност може да почива на различни фактически състави (договор, неоснователно обогатяване и др.). Наред с това, възможно е да бъде сключен суброгационен договор с удовлетворения кредитор. Обосновава се разбирането, че даването вместо изпълнение е изпълнение по смисъла на чл.74 ЗЗД и може да бъде предпоставка за законна суброгация. То се извежда от сходството между реалното изпълнение и даването вместо изпълнение, които водят до удовлетворяване на кредитора. В подкрепа на това разбиране се привеждат и съображения, почерпани от историческото развитие на уредбата. В тази връзка се поставя и въпросът дали третото лице може да иска от длъжника първоначално дължимото, даденото вместо него, или пък паричната равностойност на някоя от двете престации. Възприема се виждането, че предметът на вземането на кредитора не се променя и остава същият, а предмет на регресните права е парична сума.

Сключването на договор за даване вместо изпълнение може да има последиците на конклюдентно действие, с което едно наследство се приема мълчаливо.

В последния **шести параграф** накратко се представят усложненията, свързани с изменението на облигационното отношение след сключването на договора. Разгледани са хипотезите на промяна на предмета, на правата и задълженията, на основанието и на страните.

III. Научна новост и по-важни приноси на дисертационния труд

И най-беглият преглед на библиографията показва, че настоящото изследване е първото у нас на договорния институт „даване вместо изпълнение“. При това положение всички изводи, до които е довела разработката, биха могли да се представят като научни приноси.

Един от значимите изводи е този, че уредбата на даването вместо изпълнение има своето логично систематично място в раздела за изпълнението, а не при останалите способи за погасяване на облигационното отношение.

В резултат от изясняването на съществените признаци на явлението, даването вместо изпълнение се дефинира като договор, по силата на който solvens-ът (длъжникът или трето лице) предава или прехвърля в полза на accipiens-a (кредитора или овластено от него лице) нещо различно от първоначално дължимото, с което се погасява съществуващ дълг.

Интерес представляват характеристиките на договора, които в някои отношения не са еднозначни. На първо място, когато действието на договора е само погасително, той не подлежи на квалификациите „едностранен“ или „двустранен“, което е общото положение. Наред с това, възможно е задължения да възникнат за едната или и за двете страни. Договорът е каузален (solvendi causa), но това не води до промяна на основанието на първоначалното облигационно отношение. По тази причина и възмездността на договора не води до изменение на характеристиката на първоначалното отношение. Аргументира се разбирането за реалния характер на договора, с изключение на случаите на „dare“ вместо изпълнение и когато страните са поставили погасителното действие под отлагателно условие. Важна характеристика на договора е неговата акцесорност спрямо погасяваното задължение.

След анализ на предлаганите в литературата обяснения за същността на договора се приема, че той е самостоятелен вид договор (а не обективна новация,

изменение на първоначалния договор, продажба или смесен договор). В тази връзка са направени отграничения от редица сходни фигури: погасяването на задължението чрез точно или неточно изпълнение, чрез опрощаване и прихващане; обезщетението в натура; задатъка и отметнината; както и с други сходни фигури при принудителното изпълнение и несъстоятелността. Сравнението със задълженията за алтернативни престации води до извода, че се налага уредба на въпроса за съотношението между двете задължения, както в хипотезата на чл.65, ал.3 ЗЗД, така и при даване с оглед изпълнението (когато погасителното действие на договора е отложено по волята на страните).

Изяснява се приложното поле на договора като способ за погасяване на различни видове задължения (договорни и извъндоговорни), в това число и за вноска в търговско дружество и за изплащане на ликвидационен дял на съдружник или акционер. Условие за действителност на договора е погасяването задължение да е съществуващо и да е действително. Последващото отпадане на задължението с обратна сила също се отразява върху действителността на договора. Не могат да се погасяват чрез даване вместо изпълнение задълженията по договори за обществени поръчки, концесии и приватизационни договори.

Редица въпроси се поставят във връзка с обекта и предмета на даденото. Без съмнение новата престация може да бъде от типа *dare*, но не и *facere*. Вместо изпълнение най-често се прехвърлят вещни права и вземания. Прехвърленото имущество може да бъде заложено или ипотекано. Може да се отстъпи ползването на вещи и на обекти на интелектуалната или на индустриалната собственост. Парично задължение може да бъде погасено чрез плащане в чуждестранна валута или с електронни пари. Ценните книжа са друг възможен обект на договора – както налични, така и безналични, търговски и инвестиционни. Интерес представлява хипотезата на прехвърляне на новоиздадени акции по повод увеличаване на капитала. Обосновава се възможността за съчетаване на увеличаване на капитала под условие с увеличаването му с непарична вноска, представляваща вземане на кредитор срещу дружеството, както и допустимостта вместо изпълнение да бъдат придобити собствени акции. Държавни и общински ценни книжа също могат да бъдат дадени вместо изпълнение. Разглеждат се особеностите при прехвърляне на дял в ООД, търговско предприятие и наследство вместо изпълнение. Доколкото основно изискване при договора е наличието на разлика между дължимо и дадено, обсъдени са възможните различия във вида на престацията,

в предмета и в обекта. Разликата в стойността може да бъде отразена от страните по различни начини.

Страни по договора (*solvens* и *accipiens*) могат да бъдат преди всичко кредиторът и длъжникът. Както кредиторът, така и длъжникът трябва да бъдат дееспособни. Когато са юридически лица, се поставя въпросът за компетентния орган, който може да вземе решение за сключване на договора. Специалната уредба за дейността на БНБ и кредитните институции внася известни особености при погасяване на вземанията им чрез даване вместо изпълнение, което не е изрично забранено. Когато кредиторът или длъжникът са в производство по несъстоятелност, нито те, нито синдикът могат да дават съгласие и да получат нещо друго вместо плащане. Предвидената в чл.268, ал.2 ТЗ възможност имуществените права на дружество в ликвидация да се прехвърлят на кредиторите, съответно на съдружниците, представлява даване вместо изпълнение. Държавни и общински вземания и задължения също могат да се погасят по този начин при спазване изискванията на специалното законодателство (ЗДС и ЗОС). Когато договорът се сключва от трето лице, различно от кредитора, изисква се изрично упълномощаване или овластяване.

Договорът е неформален и само с оглед на предмета на даденото може да се наложи спазването на определена форма за действителност. При условията на чл.164 ГПК договорът трябва да бъде в писмена форма с оглед доказването му. Предаването на обекта поначало е елемент от фактическия състав на договора. Затова по принцип не може да бъде сключен предварителен договор за даване вместо изпълнение. Смисъл от предварителен договор може да има, когато окончателният договор е консенсуален и формален. Недействителността на договора се свързва с някои особености – например релевантност на грешката в размера на задължението и неприложимост на крайната нужда като основание за унищожаемост.

Приема се, че действието на първоначалното задължение и на даването вместо изпълнение могат да бъдат обусловени от различни модалитети. Основното действие на договора е погасителното. То обхваща главница и лихви (с изключение на мораторните), при условията на чл.76 ЗЗД. Възможността страните да отложат настъпването на погасителното действие се извежда от разпоредбата на чл.65, ал.3 ЗЗД. Посочват се и сериозните затруднения, които може да доведе такова отлагане. Обосновава се изводът, че прехвърлянето на ценна книга вместо изпълнение не винаги води до отлагане на погасителния ефект по аналогия с чл.65, ал.3 ЗЗД. При доказването на погасяването следва да се има предвид и правилото на чл.77 ЗЗД. Даването вместо

изпълнение освобождава и останалите солидарни длъжници, както и поръчителите и собствениците на заложен и ипотекирани вещи.

Задължения за страните могат да възникнат: 1) за кредитора – когато е била отстъпена вещь за ползване вместо изпълнение (по аналогия с наема) и когато страните са уговорили такива (за доплащане на даденото); 2) за длъжника – за *date*, за предаване на вещь, във връзка с отстъпеното ползване на вещь, при отстъпване ползването на обекти на индустриалната собственост, при прехвърляне на вземане и други уговорени от страните.

Във връзка с отговорността за неизпълнение законът препраща към правилата за продажбата. Приложението им обаче е обусловено както от предмета на даденото, така и от характера на първоначалното облигационно отношение. Освен това, при цесия вместо плащане цедентът отговаря за съществуването на вземането и за платежоспособността на длъжника. Когато вместо изпълнение пък е отстъпено ползването на вещь, при неизпълнение ще намерят съответно приложение правилата за наема. Доколкото е допустимо да се уговори и изработване на нещо вместо плащане, в тези случаи ще се прилагат правилата на изработката.

В определени случаи договорът може да бъде развален поради неизпълнение. В такъв случай, когато действието на развалянето е с обратна сила, погасителното действие на договора се заличава и първоначалният дълг се възстановява. Обратното действие не бива да засяга обаче настъпилото освобождаване на поръчителите и собствениците на заложен и ипотекирани вещи.

Наред с погасителното действие, договорът може да има и други последици, като: прекъсване на погасителната давност, възникването на регресна отговорност на длъжника към третото лице, простирало вместо него, включително и суброгирането му в правата на удовлетворения кредитор.

Най-общият извод е, че запазването на лаконичната уредба изправя страните пред необходимостта да уредят редица въпроси в договора, за да избегнат несигурността в отношенията си.

IV. Публикации по темата на дисертационния труд

1. М.Марков, Едностранен или двустранен договор е даването вместо изпълнение, Търговско и облигационно право, 2013, кн.1
2. М.Марков, Отказ от договор, Търговско и конкурентно право, 2012, кн.6
3. М.Марков, Консенсуален или реален договор е даването вместо изпълнение, Търговско и конкурентно право, 2012, кн.9