

РЕЦЕНЗИЯ

От проф. д-р ЗЛАТКА СУКАРЕВА, член на научното жури за защита на дисертационния труд на проф.д-р МЕТОДИ МАРКОВ МАРКОВ „ДАВАНЕ ВМЕСТО ИЗПЪЛНЕНИЕ” за присъждане на научната степен „доктор на юридическите науки” /заповед № РО 38-597/21.12.2012г. на Ректора на СУ”Кл. Охридски”/

Методи Марков Марков е завършил Юридическия факултет при СУ”Кл. Охридски” през 1984г. През периода 1986- 1995г. е асистент по гражданско и семейно право в Академията на МВР- София. От 1995г. преминава на работа в Юридическия факултет на СУ”Кл. Охридски”, където преподава и до днес и преминава последователно през длъжностите асистент, доцент и професор по гражданско и семейно право. През 1994г. защитава докторска дисертация на тема „Искът за собственост по чл.108 ЗС” и придобива научната степен „доктор по право”. От приложената автобиография се вижда, че има пет монографии и над 150 статии и участие в множество семинари по гражданско и търговско право.

Дисертационната тема е в обем на 290 стр., структурирана е в увод, три глави и заключение. Дадено е кратко съдържание и подробно съдържание на изложението. Приложен е списък на използваната литература.

Авторът в автореферата изтъква значението на темата за гражданския и за търговския оборот т.е. за стопанския живот . Този извод е съвсем основателен, тъй като това е от една страна способ за изпълнение наред с изпълнението, който способ има същия погасителен ефект както изпълнението и познаването на неговата същност и характеристика е необходимо, за да бъде прилаган като един факултативен алтернативен способ за изпълнение при желание на страните да бъдат приключени съществуващи между тях имуществени облигационни и търговски взаимоотношения.

В първа глава „Същност и характеристика на договора” се изяснява правната природа на фигурата „даване вместо изпълнение”, която заанапред ще бъде обозначавана със съкращението на латиница d.i.s. /дацио ин солуцум/.

Правилата, които се отнасят до този правен институт се съдържат в раздела на ЗЗД „Изпълнение”. Правната уредба е лаконична и оскъдна и това е спомогнало да се гледа на него не като на самостоятелна правна фигура , а като на изпълнение по съществуващото правоотношение , но с друг предмет т.е. по- точно да се гледа като на промяна на предмета на съществуващото правно отношение между страните или според други, които приемат , че възниква ново правно отношение, го отъждествяват с продажбата или цесията. Това според мен е причината институтът да не бъде изследван достатъчно задълбочено като способ за изпълнение, различен от традиционното престиране на предмета на задължението, а като престиране на алиуд и приемането му от кредитора, което поражда ново облигационно отношение т.е. не представлява само промяна на предмета. От изследването на автора личи, че тази фигура не е изследвана достатъчно и от чуждата правна доктрина като един самостоятелен погасителен способ и че при изясняване на същността и

най- много се е стигало до това, че *d.i.s.* обхваща две възможни фигури-реален договор с незабавно погасително действие и цесия с отложен погасителен ефект. Авторът посочва, че причина да не бъде изяснявана същността на „даването вместо изпълнение“ е, че липсва дефиниция за него. Считам, че това не е причина, тъй като се посочва съгласието и престирането на нещо различно, а това са основните елементи от фактическия състав, наричан даване в изпълнение и че няма значение, че се акцентира на престирането на нещо различно от дължимото */aliud pro alio/*.

Авторът разглежда „даването вместо изпълнение“ като самостоятелен договор с погасителен ефект. Следователно той го разглежда като единен правен акт, който по правната си природа е договор, а не едностранно действие на длъжника изразено в престирането на алиуда. Прави характеристика на договора: че е наименуван договор и не се сключва на основание чл.9 ЗЗД, че е едностранен или двустранен договор, може да поражда и задължения т.е. действието му не винаги приключва с погасяването, че е каузален договор, че каузата е *solvendi* и това не променя каузата на първоначалното облигационно отношение, че има акцесорен характер спрямо първоначалното отношение и този признак предопределя и дали договорът е възмезден или безвъзмезден, че е реален договор по правило, защото е необходимо даване на *aliud*, че по изключение може да бъде и консенсуален и посочва пример, когато кредиторът се съгласява да придобие в собственост друго право, което ще премине по силата на договора, което е налице при прехвърляне на собственост върху индивидуализирана вещь също и при цесия на вземане като предмет на даването, че ако предмет на даването са права, прехвърляни с формален договор в квалифицирана писмена форма, то и *d.i.s.* трябва да бъде в тази форма. Не считам, че формата на *d.i.s.* зависи от това дали първоначалното задължение е трябвало да бъде в определена форма. Считам, че формата му се предопределя от предмета му- дали има за предмет права, прехвърляни с формален прехвърлителен договор, което ще предопредели и неговата форма. Или считам, че формата на *d.i.s.* не зависи от предмета на първоначалното облигационно отношение, а от неговия предмет. Дисертантът в монографията си привежда редица примери, за да изясни формата на „даването вместо изпълнение“ и разглежда различни хипотези по въпроса за формата. Споделям, че определящ за формата е предметът на *d.i.s.* Считам, че разглеждайки този въпрос авторът е трябвало да бъде по-категоричен в изводите си и обобщенията.

Считам също, че правилно е посочил, че *d.i.s.* не променя предмета на първоначалното облигационно отношение, а ако то е договорно- на първоначалния договор, че сключеният нов договор има друг предмет, че новото облигационно отношение е насочено към погасяване на първоначалното задължение. Правейки такава характеристика на договора *d.i.s.* авторът обосновава, че се касае за самостоятелен вид договор и изяснява неговата същност. Така той прави теоретично обобщение на базата на извършено изследване относно същността и характеристиката на даването вместо изпълнение, като аргументира, че се касае за единен правен акт, по своята същност договор, по правило реален с някои изключения, които посочва. Това аргументирано теоретично обобщение се прави на фона на картина от различни становища и обяснения по въпроса за правната същност на даването вместо изпълнение като правна фигура. В това се състои и най-

същественият му принос от гледна точка на теорията, което води до съответните практически резултати.

Изследвайки и характеризирайки d.i.s. като самостоятелен договор, авторът прави характеристика и на други фигури от облигационното право и допринася за попълване на тяхната характеристика, например за ненаименуваните договори, за факултативните задължения, по които не е писано много. Той надгражда теорията за тях. Същевременно разграничава „даването вместо изпълнение” от сходни правни фигури. Считам, че в чл.99 ЗЗП не се урежда „даване вместо изпълнение”, а факултативно задължение.

Приносен момент има и в сравненията, които прави с други институти – задатъка, отметнината, възлагателен акт при принудително изпълнение, актове в хода на търговската несъстоятелност и др.

В монографията се разглежда приложното поле на договора, който изследва, като анализира различни възможни хипотези например при още невъзникнало задължение или при недействително основание или погасено по давност вземане. Анализите, които прави изразяват умение за абстрактна мисъл, за анализ и заключение. Но на места изобилието от хипотези като че ли отклонява мисълта от целта на разсъжденията - да се докаже дали договорът „даване вместо изпълнение” има своето място при тях.

Интересна е позицията му, че с d.i.s. може да се погаси и задължение, което вече е присъдено със съдебно решение и че неговият облигационен характер не се променя. Това е важно, защото има и други виждания, че присъденото със съдебно решение вземане губи своя облигационен характер. Считам, че този извод е важен не само при „даването вместо изпълнение”. Изрично трябва да личи каузата на договора, да има доказателства за това, че се касае до *causa solvendi*.

Във връзка с приложното поле на изследвания договор не разбирам защо приема, че когато задължение за реално изпълнение се погаси чрез плащане на парична сума, не е налице „даване вместо изпълнение”, а компенсаторно обезщетение или друг акт. Ако плащането погасява освен задължението и цялото облигационно отношение, то не следва да се квалифицира като компенсаторно обезщетение или друг акт, но трябва да личи причината на плащането и намерението за погасяване на дълга. Когато в съгласието това личи и се погаси дълга чрез плащането, слага се край на съществуващата облигационна връзка, то в никакъв случай не е налице посоченото по-горе обезщетение. Плащането на компенсаторно обезщетение запазва облигационната връзка и ако има и насрещното задължение.

За компенсаторното обезщетение не е необходимо съгласие, а и длъжникът може да предложи първоначално дължимото и да се противопостави на искането за обезщетение. Налице е едностранен акт, а не договор. Инициативата е от кредитора, който иска компенсаторно обезщетение за вредите, които претърпява от забавата на длъжника при загуба на интерес от реалното изпълнение и съдът ще преценява оправдано ли е това. А при „даването вместо изпълнение” действията даване и приемане се развиват между двамата. Същото се отнася и за плащане с чужда валута. Освен това при даването вместо изпълнение размера на дадената парична сума се определя от стойността на дължимата престация по първия договор, а компенсаторното обезщетение- от размера на вредите, които претърпява кредиторът.

Причината за плащането е различна.

Приносен момент според мен е и разглеждането на обекта, който може да има договорът „даване вместо изпълнение“. От ЗЗД може да се направи извод за вещи и вземания, но обектите не са ограничени до това. Интересна е хипотезата за прехвърляне на дружествен дял на 3 л. срещу задължение на дружеството. Приема, че дялът се придобива срещу апорт на вземането на кредитора, което има срещу дружеството. Но апортирането на обект срещу придобиване на дял когато е в резултат на „даване вместо изпълнение“, то тази конструкция ще се отрази на имуществото, ще намалее пасивът, но как ще се отрази върху капитала и дяловете на съдружниците би могло да бъде посочено.

Интересни са хипотезите, които изследва, при които се престира същия обект т.е. същото благо, но различно право върху него, вместо собственост право на ползване или обратно и др.. Тук разглежда гранични хипотези с новацията.

В § 2 на глава втора са разгледани страните на договора. И тук разглежда редица хипотези, при които договорът може да се сключи от друго лице, но от името на кредитора. Обсъжда и интересни хипотези, при които кредитор е банка, търговец- юридическо лице, държавата или община.

Елемент от фактическия състав на договора е даването или престирането. Даването се състои в престиране на *aliuda*. Пояснява, че даването може да се изрази в различни действия в зависимост от неговия предмет и обект. Разглежда също предаването на съвкупности при прехвърляне на наследство или търговско предприятие. За мен възниква въпрос защо посочва, че с предаването на отделните елементи на предприятието договорът „даване вместо изпълнение“ може да се счита за сключен/стр.214/. Договорът има за предмет право върху правна съвкупност и предаването на елементите от съвкупността не е елемент от сключването на договора и следователно не е елемент и от сключването на *d.i.s*. По друг начин е разгледал този въпрос при наследството .

Във връзка с даването и изследвани хипотези стига до извода, че когато предмет на даването са права, прехвърлими чрез формален договор, то „даването вместо изпълнение“ и формалният прехвърлителен договор съвпадат, са едно и също нещо. Споделям, защото ако се разглеждат отделно, то ще значи, че *d.i.s* се сключва като условен договор и погасителният ефект е отложен до настъпване на условието- прехвърляне на обекта на даването със съответната формална сделка.

Интересен въпрос е този за недействителността на договора. Разглеждайки хипотеза за липса на задължение, което да се погаси, авторът приема, че се дублират две основания за нищожност - невъзможен предмет и липса на основание. Счита, че в конкретната хипотеза се касае за липса на основание, щом не съществува задължение, което да се погаси. То е предмет на предходното облигационно отношение. Липсата му изключва качеството длъжник на една от страните, т.е. не е налице този елемент от ФС на договора, качеството, което трябва да има една от страните и дългът.. Споделям разбирането му, че крайната нужда не може да бъде основание за унищожаване на договора „даване вместо изпълнение“. Интересни са разсъжденията му и аргументите в полза на тезата за принудителното изпълнение, до което може да се дойде относно обекта, станал предмет на договора. Споделям аргументите му и за заплахата.

Разглеждайки действието на d.i.s. акцентира върху погасителното действие на договора и върху задълженията, които може да възникнат за страните.

По- широко разглежда d.i.s. с предмет вземания, при който се прилагат правилата на цесията. Интересен въпрос е станал ли е титуляр на вземането кредиторът, комуто се цедира. По правилата на цесията прехвърлителното действие настъпва със сключването на договора. Навлиза във въпроси, които следват от особения характер на цесията. Разглежда хипотези, при които кредиторът, придобил чуждото вземане ще може да търси отговорност от цедента за забава на длъжника на общо основание. Не разбирам какво има предвид под общо основание – по общите правила за отговорност при забава или по правилата на цесията. Длъжникът, цедирал своето вземане ще отговаря по общите правила при забава в събирането на вземането или той ще отговаря като цедент по правилата на цесията? Да се приложат нейните правила означава той да отговаря при несъбиране на вземането т.е. неплатежоспособност на длъжника по цедирането вземане. Необходимо ли е да има изрична уговорка за това, както е по правилата на цесията или когато тя е предмет на d.i.s., извършена с погасителна цел, това следва и без уговорка? Вероятно под общо основание има предвид общите правила на договорната отговорност, а не правилата за отговорност при цесията. Ако под общо основание има предвид именно общите правила на договорната отговорност, считам, че изводът му е логичен, защото в случая цесията има специфична кауза, а нейните правила при липса на изрична уговорка за неплатежоспособност не гарантират удовлетворяване на кредитора. До настъпване на погасителното действие на цесията след събиране на вземането, кредиторът продължава да бъде кредитор по вземането по основния договор и същевременно е титуляр и на цедираното вземане. Затова правото му на избор между общите правила на отговорност и тези на цесията за отговорност при неплатежоспособност ако има уговорка за такава е основателно, защото в единия случай имаме вина, а в другия такава не е необходима при наличие на уговорка. Това е от съществено значение за практиката.

Авторът поставя интересен въпрос, дали „даването вместо изпълнение” прекъсва теченето на давността, тъй като в сключването му се съдържа признание, че такъв дълг съществува. В ЗЗД няма изискване за формата на признанието и дали трябва да бъде изрично или и чрез конклюдентни действия. Признанието, което съдържа „даването вместо изпълнение” в зависимост от предмета на даването, ще бъде формално или неформално. Признанието при него може да бъде изрично, но няма пречка да бъде и чрез конклюдентни действия, престиране с оглед съществуващ дълг спрямо кредитора.

Интересна хипотеза е при погасено по давност вземане. След като „даването вместо изпълнение” е равностойно на изпълнението, то и при погасено по давност вземане то ще има погасително действие. Правилно в цялата си работа авторът ратува за еднозначно тълкуване на изпълнението и на „даването вместо изпълнение” и да се отчитат специфичните последици от това, като дава пример с разширяване на приложното поле на законната суброгация и по отношение на трети лица, които са дали нещо на кредитора, за да погасят чуждия дълг, имайки правен интерес за това.. Но не приемам, че *de lege lata* може да се счита, че е допустима и договорната суброгация. Ако се

приеме това означава да се признае суброгация и на лица, които дават нещо вместо длъжника и без да имат правен интерес. А това означава намеса в облигационни отношения, която не е оправдана и затова законът не я урежда. Това би променило функцията на суброгацията. Тя е гаранция, но за това лице, което има правен интерес да изпълни чуждия дълг. В останалите случаи законът урежда достатъчно обезпечителни способности за лицето, платило чуждия дълг, преследвайки други цели. Правният интерес, изразяващ се в заплахата за имуществото на третото лице, ще се замени с други интереси. Облигационното право не толерира неоправданата намеса в чужди правни отношения. Ако има някакви други интереси, които да провокират едно трето лице да изпълни чуждия дълг, те ще разполагат с други правила, за да си възстановят даденото на договорно или извъндоговорно основание. Законът не урежда такава, а от моя страна приемайки, че при суброгацията има една фикция за запазване на правата на кредитора и след удовлетворяването му, а такава може да се създава само със закон, считам, че без изрична уредба на договорната суброгация не може да има такава.

В изложението се спрях на основни моменти в монографичния труд на автора, които дават представа за предмета на изследването, за правната същност, характеристиката и действието на този алтернативен на изпълнението правен способ, имащ същите негови последици, а именно „даването вместо изпълнение“. Основните достойнства на работата са следните:

- В монографията се изследва и изяснява правната същност на един алтернативен на изпълнението способ, който не измества важноста на основния принцип за реалното изпълнение на задълженията, а дава възможност на длъжника да престира нещо различно от дължимото и на кредитора да го приеме, ако отговаря на неговите интереси и да се погаси един съществуващ дълг. Ако длъжникът е затруднен в изпълнението, за кредитора остава възможността да търси отговорност или ако са налице предпоставките за това, да търси обезщетение вместо изпълнение. Освен като способ за изпълнение „даването вместо изпълнение“ е самостоятелен погасителен способ, който води до предпочитани последици в сравнение с тези от неизпълнението. Този правен способ и правна фигура по своята същност договор е от значение за нормалното функциониране на гражданския оборот и на търговския оборот, защото правилата на ЗЗД относно изпълнението и неизпълнението са субсидиарен източник на търговското право. Затова считам, че избраната тема на дисертационния труд е капитална и има важно научноприложно значение.
- Авторът базира изследването си на различни казуси и хипотези, някои от които вече са били предмет на съдебни спорове, на чиито дела се позовава, но и сам прогнозира възможни и реални хипотези, които представляват теоретичен и практически интерес и му служат да предложи решения, в които практикуващите юристи могат да намерят отговор на редица въпроси.
- Анализът на различните хипотези му служи да направи важни теоретични изводи, които представляват принос в правната теория и наука, като на първо място се посочи самият факт, че темата за „даването вместо изпълнение“ не е разработвана

монографично. Причината е, че това не е злободневен правен проблем, а въпрос с важно теоретично и практическо значение и съответна трудност.

- Приносните моменти, които могат да се посочат са много- правната същност на „даването вместо изпълнение”, което е спорен въпрос в теорията, елементите от фактическия състав, отграничаването му от други способи за погасяване на задълженията, предмета и обектите на договора, последиците от сключването му, приложното поле. Причината за подценяване на този проблем е липсата на фундаментално научно изследване поради неразграничаването на тази правна фигура, представляваща договор макар и акцесорен, от изпълнението и лаконичната правна уредба в закона. В изложението съм посочила основните приноси моменти, но освен тях такова приносно значение има почти всеки извод на автора именно поради това, че не са правени по-обхватни изследвания, а само по някои страни от този погасителен способ.
- Искам да изтъкна освен теоретичното значение на изследването, което само по себе си представлява принос в правната наука, но и практическото му значение особено при актуалната гражданска и междуфирмена задължнялост. Затова считам, че тази тема има съществено значение и като че ли и по- голямо значение за търговския оборот.
- Темата не повтаря темата на дисертацията за придобиване на научната степен „доктор по право”, видно от документите на конкурса, която е била по вещно право.

С оглед на изложеното предлагам на почитаемото жури по конкурса, след като се убеди в наличие на предпоставките, посочени в чл.12 от Закона за развитие на академичния състав на Република България, че дисертационният труд съдържа важни теоретични обобщения по капитален научен и приложен проблем, което представлява принос в теорията на гражданското право и в частност облигационното право и съдържа решения по редица важни и спорни проблеми в теорията и практиката, да присъди на Методи Марков Марков научната степен „доктор на юридическите науки”.

М. март 2013г.

Рецензент: