ПРИХВАЩАНЕТО В МЕЖДУНАРОДНОТО ЧАСТНО ПРАВО

*Боряна Мусева**

Предмет на настоящата статия е определянето на приложимото право към прихващането (компенсацията)[1]. Този институт на облигационното право служи за погасяване на две еднородни насрещни вземания: вземането, с което се прихваща („активно вземане"), и вземането, срещу което се прихваща („пасивно вземане"). Възможно е подлежащите на компенсиране претенции да произтичат от различни основния: договор, деликт, водене на чужда работа без пълномощие, неоснователно обогатяване. Всяко едно от тези основания може само по себе си да се урежда от различно приложимо право, което да установява собствени правила относно допустимостта на компенсацията, предпоставките за извършването ѝ и нейното действие[2].

Ако приложимото по същество право за всяко едно от участващите в прихващането вземания съвпада, то тогава и прихващането ще се урежда от това право. Какво обаче се случва, когато активното вземане се урежда от едно приложимо право, а пасивното — от друго? Несъмнено възниква конкуренция между две правни системи, всяка една от които има основания да претендира, че компенсацията ще се извършва според нейните правила.

Материалноправната уредба на прихващането в отделните държави обаче се различава значително. Следователно от решаващо значение е коя ще бъде държавата, чиито правила за компенсацията ще намерят приложение.

Българското международно частно право не взема страна по така възникналия спор. Кодексът на международното частно право (КМЧП)[3] не съдържа специална стълкновителна норма за прихващането. Също толкова „въздържана" е и Римската конвенция за приложимото право към договорните задължения (Римската конвенция)[4].

Целта на това изложение е на първо място да бъдат разгледани основните материалноправни отлики във връзка с прихващането в различните държави (т. I). След това ще се представят и отделни стълкновителни норми, възприети в някои държави и в правото и съдебната практика на Европейския съюз (т. II). Използваните в тези стълкновителни норми критерии накрая ще се анализират с оглед на аргументите „за" и „против" тяхното прилагане (т. III). Като резултат на анализа се предлага избор на един критерий за определяне на приложимото право към компенсацията, който да може да се използва от българските правоприлагащи органи до приемането на изрична стълкновителна позитивноправна уредба. Това предложение може да има характер и de lege ferenda.

* Асистент в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски".

I. Материалноправна уредба на прихващането в отделни държави

1. Германски правен кръг и България

Прихващането в **Германия** е уредено в § 387 и сл. от Германския граждански законник. То може да се осъществи между две насрещни и еднородни вземания. Вземането, срещу което се прихваща, трябва да е изпълняемо, а вземането, с което се прихваща — да е изискуемо и действително. В германското право не се поставя изискване вземанията да произтичат от едно и също правно основание, т.е. не е необходим конекситет помежду им. Без значение е ликвидността на вземанията. Прихващането в Германия се осъществява чрез волеизявление на една от страните, а не настъпва автоматично (следователно не е познат институтът на т.нар. ipso jure compensatur). Тези волеизявления могат да се направят извънсъдебно и не се нуждаят от каквато и да е форма. Извършената компенсация има обратно действие и може да се отнася и до погасени по давност вземания, ако преди изтичането на давността компенсацията е можела да се извърши.

Немската уредба на прихващането съответства и на уредбата в **Австрия** (§ 1438 и сл. от ABGB), **Гърция** (чл. 441 от гръцкия Граждански кодекс) **и Холандия** (чл. 6: 127 от BW)[5]. Много близка до немското разрешение е и уредбата в **Принципите на Европейското договорно право** (глава 13 от тях)[6]. Особеното при тях е, че се предвижда прихващането да има действие от момента на извършване на волеизявлението за компенсиране (чл. 13:106)[7].

Българската уредба на прихващането в ЗЗД (чл. 103 и сл.) почти напълно съвпада с немското разрешение. Единствената отлика е допълнителното изискване у нас към активното вземане, което трябва да бъде ликвидно.

2. Романски правен кръг

Във **Франция** съществуват три вида прихващане: compensation volontaire (двустранна компенсация), compensation judicaire (процесуална компенсация) и compensation légale. Последната форма на прихващане, уредена в чл. 1290 на френския Граждански кодекс, настъпва автоматично и за нея не е необходимо страните да извършват каквито и да е волеизявления[8]. Това обаче може да се

случи само при строго определени предпоставки. Вземанията трябва да са насрещни, еднородни, но и ликвидни и изпълняеми[9]. Френските учени и съдебната практика обаче считат това разрешение за прекалено строго, поради което се приема, че прихващането поражда правно действие само ако ответникът се позове на него пред съд. Следователно условие за автоматичното проявление на прихващането е то да бъде осъществено по съдебен ред[10].

Френското разрешение на прихващането лежи в основата на уредбата в **Испания** (чл. 543 Ley de Enjuiciamento Civil) и **Италия** (чл. 1242 Codice civile)[11].

3. Англия

В **Англия** прихващането (set-off) е допустимо за вземания, които са насрещни, еднородни и изискуеми[12]. Активното вземане е необходимо да бъде и ликвидно. За разлика от континенталната правна система, компенсацията в английското право не е институт на материалното, а на процесуалното право[13]. Това означава, че извън случаите на компенсация по взаимно съгласие не е възможно извънсъдебно едностранно прихващане. А когато то се осъществи по съдебен ред, неговите последици настъпват от момента на постановяването на съдебното решение. Следователно компенсацията не може да се отнася към момент в миналото, когато двете вземания за пръв път са могли да бъдат прихванати, а има единствено действие ex nunc. Резултатът от това е, че до постановяването на съдебното решение ответникът, въпреки компенсирането, се намира в забава. Както вече бе посочено, и Принципите на европейското договорно право предвиждат прихващането да има действие от момента на извършване на изявлението за компенсиране (чл. 13:106).

II. Стълкновителна уредба на прихващането в някои правни кръгове, в българската доктрина и в правото и съдебната практика на ЕС

1. Уредба в отделни държави и българската доктрина

В **Германия и Австрия** няма изрична стълкновителна уредба на приложимото право към прихващането. Според доктрината и съдебната практика в тези държави то следва да се урежда от **правото на държавата, което е приложимо към вземането, срещу което се прихваща, т.е. по правото на пасивното вземане**[14]. В **Швейцария** съществува изрична позитивноправна уредба в същия смисъл — чл. 148, ал. 2 от швейцарския Закон на международното частно право.

В романския правен кръг, в частност във **Франция**, се застъпва кумулативната теория. Според нея прихващането е допустимо и се осъществява само ако това е възможно както според **правото на активното, така и според правото на пасивното вземане**[15].

Процесуалната квалификация на прихващането в Англия предпоставя **прилагането на lex fori**[16].

У нас има становище, според което **приложимото по същество право** ще урежда допустимостта, начина на извършване и правните последици на прихващането[17]. Съдебното прихващане обаче се препоръчва да се урежда от **правото на сезирания съд**[18].

2. Уредба в правото на Европейския съюз

2.1. Римската конвенция за приложимото право към договорните задължения

Римската конвенция за приложимото право към договорните задължения не съдържа изрична уредба на приложимото право към прихващането. Според чл. 10, ал. 1, б. d договорният статут обхваща и различните начини на погасяване на задълженията. Оттук може да се заключи, че приложимото право за договора урежда и неговото погасяване чрез прихващане. Това е възможно, когато и двете вземания се уреждат от едно и също право. Когато обаче пасивното вземане е подчинено на едни правен ред, а активното — на друг, посочената разпоредба не може да бъде приложена.

В потвърждение на това, че Римската конвенция не е в състояние да разреши този въпрос, може да се посочи представената през 2003 г. от Комисията Зелена книга за международното договорно право[19]. В този документ се изтъква, че при бъдещото трансформиране на Римската конвенция в регламент е необходимо да се предвиди изрична уредба на приложимото право към прихващането на вземания, подчинени на различни правни системи[20].

Член 10 от Римската конвенция е рецепиран в чл. 102 КМЧП. Поради това направените изводи във връзка с Римската конвенция могат да се пренесат и към състоянието на българската позитивноправна уредба.

2.2. Европейски регламент относно процедурите по несъстоятелността

Изрична стълкновителна уредба на прихващането може да бъде открита в Регламент № 1346/2000 относно процедурите по несъстоятелност. Според чл. 4 производството по несъстоятелност и неговото действие се уреждат от правото на държавата, в която е открито производството по несъстоятелност (т.нар. lex fori concursus). Според чл. 4, ал. 2, б. d това право урежда и предпоставките за действителност на прихващането. От този принцип обаче се допуска изрично изключение. То се съдържа в чл. 6, ал. 1 от регламента, според който правото на кредитора да извърши прихващане със свое вземане срещу вземането на длъжника не се засяга от откриването на производството по не-

състоятелност, ако това прихващане е допустимо според правото, уреждащо вземането на несъстоятелния длъжник.

Съотношението между чл. 4 и чл. 6 от регламента поражда множество теоретични спорове[21]. Според преобладаващото мнение трябва да се извърши двойна проверка, за да може да се стигне до прихващане. По принцип прихващането ще се урежда от lex fori concursus. Ако според него не може да се извърши прихващане, се прилага разпоредбата на чл. 6 от регламента. Това може да стане обаче само при следните предпоставки: 1) вземанията трябва да съществуват преди откриването на производството по несъстоятелност; 2) възможността за прихващане трябва да е била налице преди откриването на производството по несъстоятелност; 3) приложимото право спрямо вземането на несъстоятелния длъжник е различно от lex fori concursus; и 4) според приложимото право за вземането на несъстоятелния длъжник прихващането трябва да е допустимо. Съчетанието между чл. 4 и чл. 6 от регламента в крайна сметка водят до облагоприятстване на кредитора. Той ще може да извърши прихващане винаги, когато това му е позволено от lex fori concursus, а ако не е — стига прихващането да е възможно според правото на несъстоятелния длъжник. На практика тази уредба се оказва подчинена на принципа in favorem compensationis.

3. Практика на Съда на *Европейските общности* (СЕО)

СЕО е имал възможност да изрази своето становище по повод приложимото право към прихващането в решението си по делото *Commission/CCRE*[22]. Страни в производството са Комисията на Европейските общности и Conseil des communes et régions d'Europe (CCRE). Фактическият състав, по повод на който се е произнесъл СЕО, е следният:

CCRE, представляващо сдружение, подчинено на френското право, е сключило договори с Комисията в рамките на програма за регионално сътрудничество в средиземноморското пространство, по които за приложимо е било избрано изрично белгийското право. Във връзка с този договор Комисията претендира извънсъдебно от CCRE да заплати сумата от почти 200 000 евро, поради това, че френското сдружение е нарушило договорното си задължение да не надхвърля уговорения бюджет без предварително съгласие от страна на Комисията. CCRE отказва да плати претендираната сума. В същото време Комисията дължи на CCRE определени субсидии. При тази фактическа обстановка Комисията приема решение, с която уведомява CCRE, че извършва прихващане. На основание на чл. 230, ал. 4 от Договора за създаване на Европейската общност (ДЕО) CCRE сезира Първоинстанционния съд (ПИС) с искане за отмяна на решението на Комисията. ПИС уважава иска и отменя незаконосъобразния акт. Комисията обжалва решението на ПИС пред СЕО. Той отме-

ня решението на ПИС и разрешава спора по същество, като в крайна сметка също отменя решението на Комисията, но на основания, различни от тези, използвани от ПИС.

По повод на това произнасяне СЕО преценява, че вземането на Комисията като произтичащо от договора се урежда от белгийското право, което подобно на френското допуска едностранното прихващане по съдебен ред. Според това право двете подлежащи на прихващане вземания трябва да са безспорни. Но тъй като CCRE е оспорил вземането на Комисията, това прихващане би било недопустимо според белгийското право. Вземането на CCRE от своя страна се урежда от общностното право, което не съдържа правила за предпоставките, при които се допуска прихващане. Въпреки тази празнота, СЕО приема, че: *„Тъй като извънсъдебното прихващане на вземания, които се уреждат от различни правни системи, води до едновременно погасяване на двете вземания, то може да се осъществи само когато са изпълнени предпоставките на двете правни системи“*[23]. Следователно СЕО е предпочел прилаганата в романските правни система теория за кумулацията. Тъй като не са спазени изискванията на белгийското право, което е приложимо към едно от подлежащите на прихващане вземания, прихващането не следва да бъде зачетено.

По повод на това съдебно решение възниква въпросът за неговото значение: създава ли то стълкновителна норма с общностноправен характер, която трябва да се прилага към прихващане на вземания, които се уреждат от различни правни системи?

Отговорът на този въпрос може да се даде въз основа на съобразяването на компетентността, с която разполага СЕО, и на предоставената на другите органи правомощия. Според чл. 65, б. „б“ ДЕО мерките за уеднаквяване на международното частно право са от компетентността на Общността и на основание на чл. 67 ДЕО те могат да се осъществяват само от Съвета според процедурата за съвместно вземане на решения, уредена в чл. 251 ДЕО. Съдът не разполага с нормотворчески правомощия. Той може да се произнася само по повод на тълкуването на правото на общностите или по повод на прилагането на договора (чл. 220 ДЕО). Друг е въпросът, че постановеното решение на Съда на ЕО представлява прецедент, който може да бъде повторен при следващ подобен спор и на практика да се окаже с решаващо правно значение. Независимо от това обстоятелство, Комисията, Парламентът и Съветът на ЕО не са обвързани от това произнасяне и могат свободно да изберат в бъдещия регламент за приложимото право към договорните задължения стълкновителната норма, която да определя приложимото право към прихващането.

III. „Pro et contra“ на съществуващите стълкновителни разрешения

В тази част на изложението са разгледани трите възприети от законодателите и съдебната практика в отделните държави и в правото на ЕС разрешения, а именно: прилагането на закона на сезирания съд (т. 1), прилагането на правото, приложимо към пасивното вземане (т. 2) и прилагането на изискванията, които установява правото както на пасивното, така и това на активното вземане (т. 3).

Теоретично би могло да се мисли за още два възможни критерия за определяне на приложимото право към препращането: 1) да се съобразява статутът на активното вземане и 2) да се отчита алтернативно или статутът на активното, или статутът на пасивното вземане. Тези две разрешения еднозначно предпочитат интереса на активния кредитор — този, който прави волеизявлението за прихващане. Това би поставило другата страна по прихващането в изключително неблагоприятна ситуация. Именно поради тази подчертана дебалансираност в защитата на интересите нито един съд или законодател не настоява за прилагането на тези привръзки. Поради това в настоящата статия тези два критерия за определяне на приложимото право към прихващането също няма да бъдат обсъждани.

1. Lex fori

Подчиняването на приложимото право към прихващането на правото на сезирания съд поражда в съзнанието на юрист, възпитан в традициите на континенталните правни системи, естествен скептицизъм. Компенсацията в континенталните правни системи е **институт на материалното право. Следователно приложимото към него право трябва да бъде определено чрез методите на международното частно право.** Ако беше процесуален институт, то този въпрос изобщо не би бил предмет на такава интересна дискусия — в този случай сезираният съд автоматично би прилагал своите процесуални правила. Наред с това, прилагането на lex fori към компенсацията **би позволило „пазаруване на съд“ и би облагоприятствало винаги ищеца**. Защото ищецът в рамките на предоставените му процесуални възможности избира кой съд да сезира, а оттук — и неговите правила за прихващането. В зависимост от своето желание или опасение от прихващането ищецът би могъл да се обърне към този съд, който е съответно по-малко или повече благосклонен към прихващането. Освен това, ако всяко от вземанията се урежда от различно право, ще е доста изненадващо за ответника погасяването на насрещните задължения да се окаже подчинено на правото на държава, която няма нищо общо със статута на нито едно от вземанията. Не трябва да се забравя и че в повечето континентални държави не е нужно прихващането да

се реализира по съдебен ред. Подчиняването на прихващането на правото на сезирания съд, при положение че за компенсацията не трябва да се сезира съд, прилича на **юридическа безсмислица** („non sequitur“), която определено не трябва да се споделя от законодателя.

В подкрепа на прилагането на закона на сезирания съд може да се изтъкне само **удобството за правоприлагащия орган**. Но в съвременното общество, в което държавата не трябва да мисли толкова за себе си, колкото за своите граждани, една такава мотивация при възприемане на дадено позитивноправно разрешение би била неоправдана.

Недостатъчната убедителност на прилагането на lex fori към прихващането е осъзната дори във Великобритания, където се препоръчва компенсацията да се квалифицира като институт на материалното право, съответно спрямо нея да се прилагат самостоятелни стълкновителни норми[24].

2. Приложимото право към пасивното вземане

Основният аргумент **в подкрепа** на това разрешение е **същността на института на прихващането**. При него са срещуположени двама кредитори: извършващият волеизявлението за прихващане е кредитор по активното вземане, а търпящият прихващането — кредитор по пасивното вземане. Кредиторът по активното вземане се е възползвал от преимуществото на атаката, извършвайки пръв едностранната правна сделка по компенсиране. Той е избрал момента и мястото на компенсиране — пред съд или извънсъдебно. Направеното волеизявление, стига да е достигнало до насрещната страна, поражда действие. Прихващането не изисква постигане на съгласие. То може да се осъществи независимо от волята на пасивния кредитор. Пасивният кредитор само търпи прихващането. В резултат на едностранното волеизявление на другата страна той „губи“ своето вземане, а едновременно с това и гаранционната функция, която то изпълнява[25]. От двамата кредитори той се намира в относително по-неизгодната позиция. Поради това **неравномерно разпределение на силите между двамата кредитори** при определянето на приложимото право към компенсацията **международното частно право би могло да предостави на пасивния кредитор „оръжието“ на собственото приложимо право**. Така на ниво „приложимо право“ ще се постигне по-голям баланс в сравнение с този, който материалното право предоставя. И като цяло се предполага, че така ще се стигне до най-справедливото крайно разрешение по повод на прихващането. В крайна сметка чрез прилагането на правото на пасивното вземане неговият кредитор няма да бъде лишен от защитата, която това право му предоставя.

Освен това би могло да се твърди, че извършвайки прихващането, кредиторът по активното вземане **конклудентно „приема“ статутът на прихва-**

щането да зависи от правото на пасивното вземане[26]. Наред с това той има възможност **да предвиди**, че за прихващането ще се прилага правото на пасивното вземане. Което допринася за увеличаване на правната сигурност между страните и като цяло в гражданския оборот.

Срещу така изтъкнатите аргументи в подкрепа на прилагането на правото на пасивното вземане се изтъкват **две основни възражения**[27]. Според първото посоченото по-горе разрешение **не би могло да се прилага при прихващането, което настъпва автоматично въз основата на закона** (разрешението, познато в романските държави — вж. т. I.2). Тази невъзможност произтича от една друга невъзможност: да се определи кое е активно и кое — пасивно вземане. Второто възражение е свързано със **случайността, която е свързана с извършването на волеизявлението за прихващане.** Всеки кредитор има право да го стори, но който е пръв, определя и приложимото право. Като се има предвид, че ако насрещното лице би действало малко по-рано, резултатът би бил много по-различен.

Смятам, че **тези две възражения не могат да се възприемат напълно**. Могат да им бъдат противопоставени следните аргументи. Както вече беше посочено, автоматичната компенсация в държавите от романската правна система се възприема от самите тях като не особено удачна и поради това се изисква допълнително волеизявление за нейното осъществяване, което трябва да бъде направено по съдебен ред (вж. т. I.2.). Следователно **и тук има лице, което е активно, и такова, което е пасивно**. Поради това ще може да се определи кое от вземанията е пасивно и кое — активно. Отново ще се стигне до дебалансиране на иначе равностойните права на кредиторите. А този дисбаланс може да се поправи, като се използва механизмът на международното частно право, и по-точно — на приложимото право.

Що се отнася до становището за случайността на волеизявлението — не мисля, че е работа на правото да пази субектите от собственото им нехайство. Щом едно лице се е възползвало от предоставените му права или е бездействало, то е било длъжно да съобрази всички плюсове и минуси на своето поведение. Ако не го е сторило — това е за негова сметка. **Юридическите действия не могат да се определят никога като случайни**.

3. Приложимото право към активното и към пасивното вземане — кумулативната теория

В подкрепа на теорията, че приложимото право към прихващането трябва да се урежда от правото на пасивното, но и от правото на активното вземане, се изтъква чл. 10 от Римската конвенция (съответстващ на чл. 102 КМЧП). В тази разпоредба е заложен принципът, според който **възникването, действието и основанията за погасяване на вземането се уреждат**

от едно и също право. Прихващането представлява основание за погасяване на двете вземания и поради това то може да се допусне само тогава, когато са изпълнени предпоставките за прихващане както на едното приложимо право, така и на другото приложимо право[28]. Освен това се счита, че това разрешение допринася за **правната сигурност** и **не води до предпочитане на единия кредитор пред другия**. Приема се още, че кумулативната теория може **да се прилага безпроблемно и в случаите на законово прихващане**[29].

В германската теория на международното частно право кумулацията се разделя на два подвида — „тежка“ и „лека“[30]. В настоящия случай кумулацията би била „тежка“, ако се изисква за всяко едно от вземанията да са спазвани изискванията и на двете правни системи (т.е. правото на активното и правото на пасивното вземане). При „леката“ кумулация всяко едно от вземанията се подчинява само на предпоставките на „своето“ приложимо право и не е необходимо да отговаря на условията, които правото на другото вземане поставя. Очевидно е, че чл. 10 от Римската конвенция и чл. 102 КМЧП са по-близко до „леката“ кумулация — всяко вземане се погасява по правилата на приложимото към него право.

Срещу кумулативната теория може да се възрази, че тя **затруднява осъществяването на прихващането** в гражданските и търговски отношения, имащи международен елемент. Причината е ясна — **прихващащият кредитор е ограничен във възможността си да компенсира не само от приложимото за пасивното вземане право, но и от неговото собствено**. В крайна сметка **това разрешение води също до предпочитане на една от страните** — и парадоксално — това е кредиторът по пасивното вземане. Прихващането се осъществява без неговата воля, но то може да настъпи не само когато правото на неговото вземане го позволява, но и ако едновременно с това прихващането е възможно и според правото на активното вземане. Кредиторът по пасивното вземане се явява защитен не само от собственото си право, но и от правото на насрещното вземане, и в крайна сметка прекалено защитен — до степен да се окаже допустима само доброволната (двустранна) компенсация. Основателно в тази връзка може да се направят и следните логически разсъждения: ако отношението нямаше международен елемент, кредиторът по пасивното вземане би бил защитен само от собственото си право, а ако има международен елемент — правото на още една друга държава се грижи за неговата сигурност! Не сме ли изправени пред хипотеза, много сходна на поговорката: „Царят дава, пъдарят — не“? Мисля, че кумулативната теория защитава повече, отколкото е нужно, което е за сметка на динамиката на оборота. Правната система, която предвижда най-тежки предпоставки към прихващането, ще се окаже и най-властното приложимо право. Което означава, че либералните правни системи в частноправните отношения с международен

елемент ще трябва да отстъпят. А в развитието на международната търговия се наблюдава тъкмо обратното — стремеж към максимална бързина и опростеност в общуването между стопанските субекти. Международното частно право не съществува изолирано от тези процеси. Поради което при избора на привръзка, която да определя приложимото право към прихващането, този аргумент не трябва да бъде подценяван.

Що се отнася до аргумента за **повишаването на правната сигурност**: тя се постига, когато всички държави използват една и съща двустранна стълкновителна норма. Не е необходимо тази стълкновителна норма да бъде непременно кумулативна и да се опитва да насочва едновременно към няколко правни системи.

На последно място, срещу прилагането на кумулативната теория може да се възрази, че тя твърде вероятно може да доведе до **вътрешно противоречие между материалноправни разрешения** на едновременно прилаганите правни системи. Например ако едното приложимо право предвижда действие ex tunc, а другото — ex nunc. В такава ситуация съдът ще бъде в невъзможност да съчетае несъвместимите последици и ще бъде отново принуден да избира. Това не би се случило, когато приложимото право е само едно.

IV. Изводи

В българското международно частно право няма позитивноправна уредба на приложимото право към прихващането. До създаването ѝ българските правоприлагащи органи ще трябва да запълнят тази празнота чрез спазването на чл. 2, ал. 2 КМЧП, а именно: като дирят критерии, които да посочат държавата, с която отношението се намира в най-тясна връзка. В случая отношението на прихващане се състои от две „под-отношения" — отношението, свързано с активното вземане, и отношението, свързано с пасивното вземане. Когато двете вземания се уреждат от едно и също приложимо право, разрешението е тривиално — ще се прилага именно това право. Ако обаче активното вземане се регламентира от едно приложимо право, а пасивното — от друго — правоприлагащият орган ще трябва да се замисли. Основание да приложи собственото си право няма. Той ще трябва да избере дали да предпочете едно от тези отношения и да приложи „неговото" право, или да не избира, а да приложи „на куп" и двете приложими правни системи. Второто разрешение (кумулативната теория) мами със своята простота, идеща от всяка примирителна концепция. Но тя води към дебрите на успоредното прилагане на две правни системи и към несправедливостта на прекомерното предпочитане на кредитора по пасивното вземане. Първото разрешение изисква избор. Изборът е труден, когато има прекалено много равностойни аргументи за всеки от предметите на избор. Направеното изложение показа, че при предпочитане на едното от двете вземания преобладаващият брой основания насочват към **правото на пасивното вземане. Именно то трябва да се прилага към прихващането (към неговата допустимост, предпоставките за извършването му и към неговото действие)**[31].

Позитивноправното разрешение на въпроса за приложимото право към прихващането ще бъде дадено съвсем скоро. То ще дойде от правото на ЕС и по-точно от ревизираната Римска конвенция — която ще се превърне в прилагащ се непосредствено в държавите-членки регламент. До неговото приемане обаче българското международно частно право не трябва да чака безмълвно, а да има собствена позиция, която да може аргументирано да защити.

БЕЛЕЖКИ

[1] Тук се разглежда класическата хипотеза на компенсацията, осъществявана едностранно от единия кредитор. Договорната компенсация не е включена в изследването.

[2] Съществуването на вземанията се урежда от приложимото за всяко едно от тях право, поради което този въпрос е извън предмета на изследването.

[3] Обн., ДВ, бр. 42 от 17 май 2005 г.

[4] От 19.06.1980 г., пълен текст, декларации и приложения в OJ, C 27/1998.

[5] Вж. сравнителноправно **Zimmermann, R.** Die Aufrechnung. —In: Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, 1999, S. 718.

[6] Текстът на английски и български може да бъде открит в сп. „Търговско право", бр. 1 от 2005 г.

[7] Вж. **Таков, К.** Принципите на европейското договорно право (Principles of European Contract Law) — кратко представяне. — Търговско право, 2005, № 1.

[8] Такава е била уредбата и у нас според чл. 191 от стария ЗЗД — вж. по-подробно **Кожухаров, А.** Облигационно право. Общо учение за облигационното отношение. Книга втора. Нова редакция, Герджиков, О., 1992, с. 6.

[9] Ако вземанията не са ликвидни или изпълняеми компенсацията може да се осъществи само по съдебен ред, но тогава ще е необходим и конекситет между вземанията.

[10] За уредбата във Франция вж. **Terré, Simler, Lequette.** Droit civil — Les obligations. 8 éd. 2002, Rz. 1390 ff, както и **Zimmermann, R.** Op. cit., S. 712.

[11] Вж. **Zimmermann, R.** Op. cit., S. 718.

[12] Вж. **Derham, S.** The law of set-off. 3rd ed. 2003, p. 23ff.

[13] Вж. **Goode, R.** Legal Problem of Credit and Security. 2 ed. 1988, p. 138, **Zimmermann, R.** Op. cit., S. 710.

[14] За Германия вж. **Staudinger, M.** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Art. 27—37.13 Auflage. 2002, Art. 32, Rz. 61, **Kegel, S.** Internationales Privatrecht. 9 Auflage. 2004, S. 752, **Siehr, K.** Internationales Privatrecht. 2001, S. 223, както и решенията на BGH, in: Neue Juristische Wochenschrift, 1994, S. 1416, за Австрия — вж. **Rummel, S.** Internationales Privatrecht. 3. Auflage. 2001, S. 67.

[15] Вж. **Lagarde, P.** — Rev. crit. dr. int. pr., 1991, p. 334 — цитирано по **Staudinger, M.** Op. cit., S. 494.

[16] Вж. **Dicey, M.** The Conflict of Laws. 13. ed. Vol. I. 2000, Rn. 7—031.

[17] Вж. **Тодоров, Т.** Международно частно право. Субекти, имущества задължения. С., 1993, с. 399.

[18] Вж. **Тодоров, Т.** Цит. съч., с. 399.

[19] Вж. Зелена книга за трансформиране на Конвенцията от Рим за приложимото право към договорните задължения в инструмент на общността, както и за нейното актуализиране — 14.01.2003, КОМ (2002), 654.

[20] Вж. въпрос № 20 от Зелената книга, с. 50—51.

[21] Вж. **Jud, B.** Die Aufrechnung im internationalen Privatrecht. — IPRax, 2/2005, S. 106.

[22] Commission/CCRE, решение от 10.07.2003 г. по дело C-87/01 P, Rec. 2003, p. I-7617, цитирано по неофициалната версия, публикувана на електронната страница на СЕО (www.curia.eu.int).

[23] Comission/CCRE, т. 61.

[24] В този смисъл вж. **Dicey and Morris.** The Conflict of Laws. 13th ed. Vol. 2, 2000, p. 1268.

[25] Вж. **Кожухаров, Ал.** Цит. съч., с. 5.

[26] **Kegel, S.** Op. cit., S. 753.

[27] Вж. **Jud, B.** Op. cit., S. 107.

[28] Вж. **Jud, B.** Op. cit., S. 108, **Mayer, H.** Droit international privé. 7 éd. 2002, Rz. 749.

[29] Вж. **Jud, B.** Op. cit., S. 107 и 108.

[30] Вж. **Jud, B.** Op. cit., S. 108.

[31] Естествено, съществуването на участващите в прихващането вземания ще се урежда от приложимото към тях по същество право.

COMPENSATION IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

By Boryana Mousseva

Summary

Bulgarian international private law does not contain positive legal regulation of the law applicable to compensation. The article herein recommends the application of the law regulating the "passive" debt (i.e. debt subject of compensation). Such an arrangement considers the less favourable position of the debtor against whom a compensation statement is made. The debtor who is making compensation has the advantage of the "attack"; therefore the debtor who sustains the compensation shall be defended by his applicable law. Besides, by making compensation the debtor of the "active" debt tacitly agrees to the applicability of the law of the "passive" debt. It could be sustained that this applicable law is predictable and acceptable for both parties. In any case it's better than the other ways for determining the applicable law (the cumulative application of both the law of the "passive" debt and that of the "active" one would overcomplicate the compensation; as regards their alternative application or the application of the law regulating the "active" debt, would have disregard the interest of the "passive" creditor.

ПРОБЛЕМИ НА ЗАКОНОДАТЕЛСТВОТО

ПОСТРАДАЛИЯТ ПО НОВИЯ НПК

*Маргарита Чинова**

I. Новият НПК легално разреши спора в доктрината и практиката дали нашето процесуално право познава фигура „пострадал". Според чл. 74, ал. 2 НПК „пострадал е лицето, което е претърпяло имуществени или неимуществени вреди от престъплението". Поставя се въпросът дали пострадалият е физическо лице или може да е и юридическо лице. Аргументите, че **пострадал е само физическо лице**, са два и са почерпени от самия закон: първо, според чл. 74, ал. 2 НПК при смърт на лицето, претърпяло вреди от престъпление, правото на пострадалия преминава върху неговите наследници. Само физическо лице има наследници. Юридическите лица не умират, тяхното съществуване може да се прекратява и те имат не наследници, а правоприемници. Втори аргумент — когато се предоставят процесуални права на юридическо лице, пострадало от престъпление, НПК си служи с друг израз — „ощетеното юридическо лице", а не употребява същото понятие — „пострадал".

Пострадалият и ощетеното юридическо лице имат права само на досъдебната фаза. В **съдебната фаза ощетеното юридическо лице** може да вземе участие в процесуалното качество на **граждански ищец**, а **пострадалият** — като **частен обвинител** или като **граждански ищец**, или и в **двете процесуални качества** едновременно. Затова е верен **изводът**, че поня-

* **Професор в ЮФ на СУ „Св. Климент Охридски", доктор по право.**