

Prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina prema novelama Ovršnog zakona 2003.

Kunštek, Eduard

Source / Izvornik: **Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2004, 25, 365 - 381**

Journal article, Published version

Rad u časopisu, Objavljena verzija rada (izdavačev PDF)

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:118:405667>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-12-18**

PRAVI

Pravni fakultet Faculty of Law



Sveučilište u Rijeci
University of Rijeka

Repository / Repozitorij:

[Repository of the University of Rijeka, Faculty of Law](#)
[- Repository University of Rijeka, Faculty of Law](#)

uniri DIGITALNA
KNJIŽNICA


DIGITALNI AKADEMSKI ARHIVI I REPOZITORIJI

PRIJENOS PRAVA VLASNIŠTVA RADI OSIGURANJA TRAŽBINA PREMA NOVELAMA OVRŠNOG ZAKONA 2003.

Dr. sc. Eduard Kunštek, docent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.232.3
347.952
Ur.: 4. veljače 2004.
Pr.: 26. veljače 2004.
Prethodno priopćenje

U ovom radu uspoređuju se i analiziraju odredbe Ovršnog zakona glede sudskog i javnobilježničkog osiguranja tražbina prijenosom vlasništva koje su bile na snazi od njegova donošenja 1996. godine i odredaba novela 2003. godine kojima je bitno izmijenjen ovaj institut. Autor je pri istraživanju primijenio povijesnu i poredbenopravnu metodu te predvidio moguće posljedice najnovijeg zakonodavnog zahvata. Pri tome smatra da je u svakom slučaju trebalo unijeti poboljšanja u dosadašnji tekst, što ne znači da je postojala potreba za ovako temeljito provedenom promjenom koja je bitno utjecala na pogoršanje položaja vjerovnika i otvorila pitanje njene ustavnosti. Kao izravnu posljedicu u budućnosti predviđa sve češće korištenje tzv. sale and lease-back pravnih poslova radi osiguranja tražbina u kojima će dužnici imati daleko nepovoljniji položaj od onoga kojega su imali kad su sklapali sporazume o prijenosu prava vlasništva sukladno odredbama Ovršnog zakona koje su važile do 2003. godine.

Ključne riječi: osiguranje, prijenos vlasništva, sale and lease-back, vjerovnik, dužnik, lex commissoria.

1. Opći pregled izmjena i dopuna Ovršnoga zakona

ZIDOZ¹ je druga izmjena i dopuna OZ od njegova donošenja 1996. godine.² Posljednjom novelom, zakonodavac je unio važne novosti koje zahtijevaju temeljitu kritičku analizu s gledišta prihvatljivosti teorijskih polazišta, kakvoće zakonskih propisa i modaliteta praktične primjene.

¹ Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona od 15. listopada 2003. (NN, 173/03., ispr. 194/03.). U nastavku: ZIDOZ.

² Ovršni zakon (NN, 57/96.); Zakon o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona (NN, 29/99.); Odluka Ustavnog suda RH (NN, 42/00.). U nastavku: OZ.

Najvažnije među tim novostima, prema pitanjima na koja se odnose, mogu se razvrstati u sljedećih četrnaest skupina:

1. Odredba prema kojoj je žalba protiv rješenja načelno bila dopuštena, zamijenjena odredbom prema kojoj je žalba dopuštena samo kad je to zakonom izričito dopušteno;³

2. Naglašena je načelna nesuspenzivnost žalbe protiv rješenja o ovrsi;⁴

3. Načelo zbornosti je napušteno i u drugostupanjskom odlučivanju;⁵

4. Remonstrativne ovlasti prvostupanjskog suda u povodu odlučivanja o žalbi su ukinute;⁶

5. Nametnuta je obveza drugostupanjskom sudu da rješenje o žalbi donese i otpremi u roku od trideset dana od dana kada ga je donio.⁷ Tom se odredbom smjeralo unijeti konkretan sadržaj u načelno određenje "hitnosti" ovršnog postupka.⁸ Međutim, i dalje postoji mogućnost da drugostupanjski sud ne postupi sukladno toj odredbi te da ne donese

³ V. članak 11. stavak 1. OZ i članak 6. stavak 1. ZIDOZ. Također vidi navod u Obrazloženju pojedinih odredaba prijedloga Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona, Ministarstvo pravosuđa, lokalne uprave i samouprave, Zagreb, veljača 2003. (dalje Obrazloženje)... "Mogućnost izjavljivanja žalbe u ovršnom postupku treba svesti na najmanju mjeru, da bi se, koliko god je moguće, vodeći računa samo o najnužnijoj zaštiti ovršenikovih prava, ubrzao postupak i spriječila zlouporabe procesnih prava na ovrhovoditeljevu štetu."

⁴ V. članak 11. stavak 4. OZ i članak 6. stavak 2. ZIDOZ. Međutim, valja imati u vidu da će žalba i dalje u niz slučajeva imati suspenzivni učinak. Tako će se npr. utvrđivanju vrijednosti nekretnine pristupiti tek nakon što rješenje o ovrsi postane pravomoćno premda ovrhovoditelj može predložiti da se tome ipak pristupi - no tada mora predujmiti potrebna sredstva i izjaviti da će snositi troškove utvrđivanja vrijednosti i za slučaj da ovrha bude obustavljena (članak 87. stavak 2. OZ); nekretnina na kojoj se provodi ovrha može se predati kupcu tek nakon što ovaj položi kupovninu i nakon što rješenje o dosudi postane pravomoćno (članak 101. stavak 1. OZ); sud će pristupiti namirenju vjerovnika - ovrhovoditelja nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu i polaganja kupovnine (članak 104. OZ); ročište za diobu kupovnine na kojem se konačno i zadovoljava tražbina vjerovnika sud će odrediti nakon pravomoćnosti rješenja o dosudi nekretnine kupcu (članak 117. stavak 1. OZ); žalba protiv rješenja o namirenju odgađa isplatu (članak 118. stavak 4. i članak 56. stavak 2. ZIDOZ); ako se ovrha provodi na pokretninama, od pravomoćnosti rješenja o ovrsi ovisi prodaja zaplijenjenih stvari izuzev u nekim slučajevima (članak 140. stavak 1. OZ i članak 99. ZIDOZ - pokretnine podložne kvarenju, ovršenik pristane na prodaju, postoji opasnost od pada vrijedosti, ako ovrhovoditelj dađe jamčevinu za štetu koju bi bio dužan naknaditi ovršeniku u slučaju da rješenje o ovrsi ne postane pravomoćno) itd.

⁵ V. članak 10. stavak 1. OZ i članak 5. ZIDOZ. Očito je kako je namjera ubrzati postupak premda razlog naveden u Obrazloženju ne možemo prihvatiti... "U ovršnom postupku vijeće ne treba odlučivati ni o čemu." Dakako da je svrsishodnije i ekonomičnije da sud ne odlučuje u vijeću no sasvim je sigurno da bi u nekim slučajevima bilo korisno i takvo rješenje. U stvarnosti se radi o potrebi ispunjenja aktualnog važnog pravno-političkog cilja za što je moguće bržim provođenjem postupka.

⁶ V. članak 47. stavak 1. i 2. OZ i članak 23. ZIDOZ. V. Obrazloženje uz članak 23. ZIDOZ koje je glede ukidanja remonstrativnih ovlaštenja suda prilično neodređeno.. "s obzirom na izmjenu članka 46., nema razloga da prvostupanjski sud odlučuje o žalbi protiv rješenja o ovrsi", te .. "najvažnije je, ipak, da odredbe sadašnjih stavaka (1), (2) i (4) omogućuju neograničeno odugovlačenje postupka i kompliciraju ga bez potrebe." Ne bi se moglo kazati da je izmjena odredbe koja se odnosi na žalbu protiv rješenja o ovrsi automatski izazvala potrebu ukidanja ove ovlasti prvostupanjskog suda premda je i inače malo vjerojatno da će se on njome koristiti. Napose je teško kazati da je prethodno zakonodavno rješenje omogućavalo neograničeno odugovlačenje postupka.

⁷ Loc cit.

⁸ V. članak 13. stavak 1. OZ.

rješenje i otpremi ga u navedenom roku, pa se samo po sebi postavlja i pitanje kakav će to imati učinak u postupku? Strankama očito nije ne raspolaganju bilo kakvo postupovno sredstvo da utječu na rad suda sukladno toj odredbi. Dakako, uvijek imaju mogućnost tužiti Republiku Hrvatsku za naknadu štete koja im je nastala zbog nezakonitog ili nepravilnog rada suca u obnašanju službene dužnosti.⁹ No u tom postupku trebaju dokazati postojanje štete i njenu visinu te bi u svakom slučaju valjalo razmisliti o nekim postupovnim sredstvima kojima bi se omogućio utjecaj stranaka na ispunjenje ove obveze suda;

6. Položaj treće osobe u povodu njena prigovora je bitno nepovoljniji,¹⁰ što se može reći i za položaj ovršenika u povodu njegova prijedloga za odgodu ovrhe;¹¹

7. Ukinuta je odredba prema kojoj je postojala mogućnost trećeg ročišta za prodaju nekretnine u kojem se slučaju nekretnina mogla prodati ispod polovine procijenjene vrijednosti;¹²

8. Ovrhovoditelj koji je kupio nekretninu na ročištu za njenu prodaju u određenim okolnostima ovlašten je prebiti svoju tražbinu s kupovninom koju je dužan uplatiti.¹³

10. Posebno valja upozoriti na novine koje se odnose na ovrhu radi zadovoljenja novčane tražbine na pokretninama u kojem je slučaju moguće da se zaplijenjene pokretnine prodaju putem Financijske agencije ili javnih komisionih prodavaonica;¹⁴

11. Kakvoćom dvojbenu novost koja je motivirana "usklađenjem sa Zakonom o platnom prometu u zemlji" predstavlja odredba prema kojoj je ovrhovoditelju koji nije korisnik Internet Explorer pretraživača, banka koja vodi Jedinostveni registar računa

⁹ V. članak 67. Zakona o sudovima (NN, 3/94., 100/96., 131/97. i 129/00.).

¹⁰ V. članke 38. do 42. ZIDOZ. U dosadašnjoj primjeni je bio čest slučaj zlorabljenja ove postupovne mogućnosti treće osobe koja je kao faktički saveznik ovršenika onemogućavala provedbu ovrhe. Zbog toga je razlog naveden u Obrazloženju uz članak 38. sasvim opravdan. "ne smije biti iznimaka od pravila da se samim podnošenjem prigovora treće osobe ne sprječava provođenje ovrhe."

¹¹ V. članak 45. ZIDOZ. I u povodu prijedloga za odgodu ovrhe se može kazati da su zloporabe u prošlosti bile redovita pojava a glede bivše odredbe o nasilju kao razlogu za odgodu svaki komentar je suvišan. Naime, upravo je ovršenik bio jedini koji bi imao bilo kakav interes za nasiljem, a dosadašnje rješenje mu je omogućavalo da zbog takve mogućnosti traži odgodu. V. Obrazloženje uz članak 45.

¹² Članak 52. ZIDOZ. V. Obrazloženje.... "Odredbe, brisanje kojih se predlaže, omogućuju da se nekretnina na trećoj dražbi proda čak i za jednu kunu. To je nepravedno i nerazumno, a ujedno omogućuje razne zloporabe. Ako na trećoj dražbi ovrhovoditelj kupi nekretninu, ovršenik će je izgubiti, ali duga se neće osloboditi. Ako ima još osoba koje imaju pravo na namirenje iz kupovnine, niti jedna od njih u ovakvom slučaju neće moći ni djelomično namiriti svoju tražbinu. Ovršenik se može dogovoriti s osobom kojoj dovoljno vjeruje da ona kupi njegovu nekretninu za jednu kunu ili neku veću, ali još uvijek premalu, cijenu s namjerom da mu je kasnije vrati. Tako će ovršenik izigrati ovrhovoditelja i, ako nema nikakve druge imovine, konačno spriječiti namirenje ovrhovoditeljeve tražbine. Suprotan je članku 48. st. 1. Ustava Republike Hrvatske propis koji omogućuje da netko, bez pristanka vlasnika, gotovo besplatno stekne pravo vlasništva na njegovoj stvari."

¹³ Članak 55. ZIDOZ. V. Obrazloženje. "U ovakvim slučajevima sada se postupa apsurdno: ovrhovoditelj mora položiti kupovninu, makar se unaprijed zna da će mu je sud vratiti nakon dosude nekretnine (on će se jedini namirivati iz kupovnine). A zbog inertnosti službeničkog sustava ovrhovoditelj često nakon dosude mora tjednima čekati da mu se vrati kupovнина, odnosno onaj njen dio koji je jednak svoti njegove ovršne tražbine."

¹⁴ V. članak 63. ZIDOZ.

poslovnih subjekata dužna na njegov zahtjev bez odgađanja dostaviti podatke o svim ovršenikovim računima za obavljanje platnog prometa.¹⁵ Ona je trebala biti na to obvezana neovisno o postojanju ove okolnosti. Prema sadržaju ove odredbe čini se da to banka nije dužna u slučaju da je ovrhovoditelj korisnik rečenog računalnog programa. Pitanje je kako će se i u kom postupku utvrđivati ova činjenica te koje je pravno sredstvo na raspolaganju ovrhovoditelju za slučaj da mu banka odbije dati tražene podatke?¹⁶

12. S druge strane valja pohvaliti brisanje dvadeset druge glave OZ. Ona je naime, izazivala brojne probleme u judikaturi koja je u nekim slučajevima umjesto postupka predviđenog Zakonom o zemljišnim knjigama provodila ovrhu sudskih presuda kojima se utvrđuje pravo vlasništva na nekretninama;¹⁷

13. Uvođenje posebnog četvrtog dijela OZ glede sudjelovanja javnih bilježnika u ovrsi zaslužuje zasebnu analizu koju ne možemo dati u okviru ovoga rada. U svakom slučaju ovakva novina se *prima facie* može pozdraviti.¹⁸

14. Novosti koje će izazvati najveće doktrinarne sporove, ali i praktične teškoće, jesu izmjene koje se odnose na prijenos prava vlasništva radi osiguranja tražbina. Stoga ćemo im u ovome radu posvetiti posebnu pažnju.

2. Nastanak i poredbeni prikaz instituta

Fiducijarni prijenos prava vlasništva predstavlja povijesno najstariji oblik osiguranja tražbina u rimskom pravu. Dužnik je na vjerovnika prenosio pravo vlasništva odgovarajućim pravnim poslom (*mancipatio, in iure cessio*) uz koji je slijedio poseban uglavak kojim se vjerovnik obvezivao na isti način vratiti mu

¹⁵ V. Obrazloženje i članak 70. stavak 3. ZIDOZ.

¹⁶ Osim toga nije primjereno u zakonski tekst unositi naziv računalnog programa jednog poznatog svjetskog proizvođača kad se internet može pretraživati i korištenjem programa drugih proizvođača.

¹⁷ V. članak 81. ZIDOZ i Obrazloženje. "Glava dvadesetdruge suvišna je s obzirom na odredbe Zakona o zemljišnim knjigama ("Narodne novine" broj 91/96.). Naime, u članku 55. stavku (1) točki b) ZZK propisano je da se uknjižba može dopustiti i na temelju sudske odluke koja se po propisima o ovrsi smatra ovršnom ispravom. Dakle, na temelju ovršne sudske odluke upis u zemljišnu knjigu određuje se i provodi izravno, u zemljišnoknjižnom postupku. Primjenom odredaba Glave dvadesetdruge Ovršnog zakona postupak se bez ikakve potrebe i razumnog razloga komplicira: prvo treba provesti ovrhu, a zatim, na temelju pravomoćnog rješenja o ovrsi, zemljišnoknjižni postupak. To izaziva ne samo odugovlačenje postupka nego i povećanje ovrhovoditeljevih izdataka. Takvo stanje je apsurdno: na temelju, na primjer, ugovora o prodaji nekretnina uknjižba se može ishoditi izravno, primjenjujući samo propise o zemljišnoknjižnom postupku, a kad se radi o pravomoćnoj i ovršnoj presudi, koja je nesumnjivo akt veće pravne snage od ikogaj ugovora, treba provoditi dva postupka - prvo ovršni, a zatim zemljišnoknjižni. Ovršni zakon stupio je na snagu 16. kolovoza 1996., a ZZK 1. siječnja 1997. Primjenom načela: "*lex posterior derogat legi priori*", trebalo bi smatrati da je samim stupanjem na snagu ZZK prestala vrijediti Glava dvadesetdruge OZ. Ali u praksi naših sudova to se načelo primjenjuje prilično bojažljivo i neredovito, pa su tako neki općinski sudovi, s pravom, počeli ignorirati Glavu dvadesetdruge OZ, a neki još uvijek primjenjuju njene odredbe." Vidi i Kunštek Eduard, Pogrešna praksa sudova, Poslovni tjednik, Zagreb, br. 5, 2002., str. 47.

¹⁸ V. članak 94. ZIDOZ.

vlasništvo nakon što dužnik ispuni svoju obvezu koja je dovela do potrebe njenog osiguranja (*pactum fiduciae*). Prava i obveze strana u svezi s ovim pravnim poslom su se u različitim vremenskim razdobljima razvoja rimskoga prava bitno drugačije uređivala. U početku dužnik nije imao nikakvo pravno sredstvo za slučaj da je vjerovnik odbio vratiti mu vlasništvo ili za slučaj da je upotrebljavao stvar.¹⁹ Nije sasvim sigurno kako se odvijao razvoj ovoga instituta, ali se može pretpostaviti da je u početku vjerovnik u slučaju neispunjenja dužnikove obveze mogao stvar zadržati u punopravnom vlasništvu (*dominium ex iure quiritum*). Smatra se da je ovaj pravni posao sadržavao implicitan sporazum o prepuštanju vlasništva na stvari vjerovniku (*lex commissoria*), koji je kasnije postao nedopušten.²⁰ Kasnije je dužniku ipak omogućeno pravno sredstvo da traži povrat vlasništva (*actio fiduciae directa*). S druge strane vjerovnik je imao na raspolaganju *actio fiduciae contraria*, a u slučaju neispunjenja obveze dužnika mogao je stvar prodati i namiriti se iz dobivene cijene.²¹

U engleskom pravu valja razlikovati *legal mortgage* od *equitable mortgage*. U prvom slučaju dužnik zadržava posjed stvari ali presnosi na vjerovnika vlasništvo koje uključuje pravo na prodaju stvari te pravo da traži njenu predaju u posjed za slučaj da dužnik ne izvrši svoju ugovornu obvezu. Dakako, dužnik ima pravo tražiti povrat vlasništva za slučaj da je namirio vjerovnikovu tražbinu. Vanjska obilježja ovoga instituta upućuju na zaključak da se ne radi o založnom pravu već fiducijarnom prijenosu prava vlasništva, koji je jako sličan onome koji je u Hrvatskoj postojao do zadnjih novela 2003. godine.²² S druge strane *equitable mortgage* predstavlja ovršan sporazum prema kojemu se dužnik obvezuje vjerovniku dati *legal mortgage*. Dakle, u ovom slučaju dužnik je ostao vlasnik pa bi vjerovnik, u slučaju da mu dužnik nije namirio tražbinu, trebao prvo provesti postupak stjecanja *legal mortgage* kako bi stvar mogao prodati ili preuzeti njen posjed.²³ Prema francuskom pravu sporazum koji bi osiguravao tražbinu vjerovnika prijenosom vlasništva je ništavan, premda se razvila praksa sudova kojom se, uz pristanak dužnika, dopušta prijenos vlasništva na vjerovnika nakon što je on od suda tražio provedbu ovrhe i prodaju založene stvari.²⁴

¹⁹ Radi preciznosti, treba ipak kazati da je dužnik na vjerovnika prenosio punopravno (kviritsko) vlasništvo i posjed, a da se ipak radi o nečemu drugome ukazivala je jedino okolnost da se vjerovnik obvezao vratiti vlasništvo nakon podmirenja tražbine koju ima prema dužniku.

²⁰ V. detaljnije u Romac Ante, Rimsko pravo, Zagreb, 1994., str. 196. sq., Romac Ante, Rječnik rimskog prava, Zagreb, 1975., str. 199. sq. *Lex commissoria* je ukinuto 326. godine. V. Danilović Jelena, Stanojević Obrad, Tekstovi iz rimskog prava, Beograd, 1987., str. 185. "C.8. 34. 3. pr. (Imp. Constantinus A. As populom): Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. (a. 326)."

²¹ V. Romac Ante, Rimsko pravo, str. 197.

²² V. Law of Property (Miscellaneous Provisions) Act 1989 koji traži pisanu formu ugovora. S druge strane Law of Property Act 1925 navodi kako se zaštita vjerovnika u slučaju nekretnina upisanih u javni registar može postići na više načina - između ostalog upisom prava vlasništva u njegovu korist. V. European Financing Laws, ed. Drake Robert, Rider James, Chancery Law Publishing, Chichester 1994., str. 60. Također Čulinović Herc Edita, Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, str. 8. i 10. sq.

²³ Drake, Rider, op.cit., str.58.

²⁴ Ibid., str. 125.

Prema njemačkom pravu dopušteno je zasnivanje založnog prava za točno određeni dug (*Hypothek*) ili apstraktnog tereta koji je neovisan o bilo kakvoj tražibini vjerovnika i stoga daleko češće rabljen u praksi (*Grundschild*). Kad su u pitanju pokretnine moguć je prijenos vlasništva u svrhu osiguranja tražbina (*Sicherungsübereignung*).²⁵ Prema talijanskom Građanskom zakoniku sporazum koji bi omogućavao prijenos prava vlasništva s dužnika na vjerovnika za slučaj neispunjenja tražbine je ništav.²⁶ U Nizozemskoj je od 1992. godine izričito zabranjen prijenos prava vlasništva na stvari radi osiguranja tražbine.²⁷ Španjolsko pravo uopće ne regulira prijenos prava vlasništva radi osiguranja premda tzv. *sale and lease-back* nije zabranjen. Međutim, ova vrsta osiguranja nije se uobičajila s obzirom na visoke poreze kojima bi podlijegala takva transakcija. S druge strane, zalog se često koristi napose zbog okolnosti da stranke mogu ugovoriti mogućnost provedbe izvansudske ovrhe.²⁸

3. Hrvatsko rješenje u razdoblju 1996. - 2003.

Očito je kako je donošenje Ovršnog zakona 1996. godine te novine koje su u njemu bile sadržane u odnosu na dotadašnje stanje bilo inspirirano potrebom poboljšanja položaja vjerovnika, koji je u prethodnom razdoblju bio nedopustivo nepovoljan. Nesigurnost ostvarenja tražbina je smanjivala aktivnost potencijalnih institucionalnih vjerovnika na najmanju moguću mjeru i praktično onemogućavala normalan razvoj gospodarstva. Novele 1999. godine predstavljaju daljnji korak.²⁹ Željeni učinci vjerojatno nisu postignuti u potpunosti, ali je, između ostalog, ipak postignut dinamičan razvoj bankarskog sustava kao snažne poluge svakog gospodarstva. Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava postalo je uobičajen način osiguranja tražbina i predstavljalo najznačajniju novinu koja je uvedena u hrvatski pravni sustav.³⁰ Sporazum dužnika (protivnika osiguranja) i vjerovnika (predlagatelja osiguranja) kojim je dužnik prenosio vlasništvo na nekoj stvari ili koje pravo na vjerovnika bio je očito jednostavan i učinkovit instrument osiguranja tražbine vjerovnika. U praksi se

²⁵ Ibid., str. 147. sq. V. opsežno o tome u Čulinović, op. cit. str. 33-35, 46-49, 72-78, 111-118, 163-169, 202-207, 265-270, 310-323.

²⁶ Drake, Rider, op.cit., str. 204.

²⁷ Ibid., str. 244.

²⁸ Ibid., str. 326. sq. Također Usón Duch, Luis, *Las subastas judiciales. Estudio crítico del actual sistema y propuesta de otro método*, Barcelona, 1993. Prada Solaesa, María del Pilar, *Realización hipotecaria mediante subasta notarial (el llamado procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria)*, Cuadernos de Derecho Judicial, consejo del Poder Judicial XVI, 1993.

²⁹ V. npr. Dika Mihajlo, Osnovne značajke i opći pregled prve novele hrvatskoga ovršnog prava, Organizator, Zagreb 1999., str. 1-29; Kunštek Eduard, Položaj vjerovnika prema Ovršnom zakonu nakon njegova noveliranje 1999. godine, Zb. Prav. fak. Sveuč. Rij. (1991.) v. 20, br. 2 (1999.) str. 715-737.

³⁰ V. članke 273. do 279. OZ.

uobičajilo da se sporazum sklapa pred javnim bilježnicima i izuzetno rijetko pred mjesno nadležnim sudom.³¹

Sporazum o prijenosu vlasništva trebao je sadržavati odredbu o tome kad će osigurana tražbina dospjeti, odnosno kako će se njezino dospijeće odrediti, a protivnik osiguranja je mogla biti i osoba prema kojoj predlagatelj osiguranja nema tražbine koja se osigurava - jamac.³² Postavlja se pitanje učinka sporazuma koji ne sadrži odredbu glede dospijeća osigurane tražbine? U većini slučajeva sporazumi o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja sadržavali su odredbe u kojima se upućuje na pravni posao temeljem kojega je tražbina i nastala, a ponekad su bili inkorporirani u tekst takvih pravnih poslova.³³ U njima su bile sadržane odredbe koje se odnose na dospijeće tražbine, pa bi se moglo smatrati da takav sporazum udovoljava ovome uvjetu već i zbog toga što sadrži odredbu o tome kako će se njeno dospijeće odrediti. Ako pravni posao temeljem kojega je tražbina nastala ne sadrži odredbe o dospijeću, dospelost tražbine bi se mogla utvrditi primjenom odredaba Zakona o obveznim odnosima koje se odnose na zakašnjenje dužnika.³⁴ Međutim, ako između sporazuma i pravnog posla iz kojega potječe tražbina nema niti prednje opisane minimalne povezanosti, trebalo bi zaključiti da sporazum ne postoji. Naime, uglavak glede dospijeća je određen kao nužni sastojak pravnog posla.³⁵ Dakako stranke su glede mogućnosti postizanja sporazuma o tome kako će se njeno dospijeće odrediti ako

³¹ Ibid., članak 273.: "Mjesno nadležan sud za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje novčane tražbine prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava određuje se odgovarajućom primjenom odredbi ovoga Zakona o mjesnoj nadležnosti suda u ovršnim postupcima radi ostvarenja novčane tražbine na pojedinim vrstama predmeta ovrhe." Članak 279. OZ: (1) Odredbe članka 274. do 278. ovoga Zakona na odgovarajući se način primjenjuju i na javnobilježničko osiguranje tražbine prijenosom vlasništva na stvari, prijenosom prava odnosno prijenosom dionice, udjela ili poslovnoga udjela u trgovačkom društvu. (2) Javnobilježnički akt ili solemnizirana privatna isprava odgovarajućega sadržaja zamjenjuje sporazum iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona. (3) Javni bilježnik će poduzimati samo one radnje kojima se prenosi vlasništvo stvari ili pravo na koje stranke pristanu. (4) Koji je javni bilježnik ovlašten za poduzimanje pojedinih radnji osiguranja, određuje se prema pravilima o službenom sjedištu i području javnih bilježnika. (5) Odredbe članka 271. stavka 2. i 3. ovoga Zakona na odgovarajući se način primjenjuju i na ovaj slučaj javnobilježničkoga osiguranja.

³² Ibid., članak 274. stavak 1.

³³ U pravilu ugovori o kreditu ili ugovori o zajmu.

³⁴ Vidi članak 324. stavak 2. Zakona o obveznim odnosima (NN, 53/91., 73/91., 3/94., 7/96. i 112/99.) Ako rok za ispunjenje nije određen, dužnik dolazi u zakašnjenje kad ga vjerovnik pozove da ispuni obvezu, usmeno ili pismeno, izvansudskom opomenom ili započinjanjem nekog postupka čija je svrha da se postigne ispunjenje obveze.

³⁵ Premda je u zakonskom tekstu rabljena riječ "treba" a ne "mora" očito je kako se radi o nužnom sastojku pravnog posla. Međutim, neće uvijek biti tako lako izvući zaključak, pa prilikom izrade propisa valja biti oprezan pri odabiru termina. To napose važi za može, treba i mora. U jednom sporu koji se dugo vodio pred Međunarodnim centrom za rješavanje ulagačkih sporova bilo je sporno kakvo značenje pridati izrazu "shall" u odnosu na izraze "may" i "must". Riječi s istim značenjem postoje i u arapskom jeziku. Arbitražni sud je na kraju zaključio kako u konkretnom slučaju riječ "shall" predstavlja obvezu odgovarajućeg postupanja a ne mogućnost. No utvrđivanje ove činjenice je bespotrebno produljilo trajanje postupka. V. Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt (Case No. ARB/84/3). Odluka o nadležnosti od 27. studenog, 1985., 3 ICSID Rep., str. 112., Odluka o nadležnosti i izdvojeno mišljenje od 14. travnja 1988., 3 ICSID Rep., str. 131.

dospijeće nije određeno u momentu njegova sklapanja, mogle postupiti na niz različitih načina. Novelama iz 1999. godine propisano je da novčana tražbina koja se osigurava treba biti ili određena ili određiva, te kada se smatra da je određiva, što je napose bilo značajno za razvoj bankarskog poslovanja u svezi s tzv. revolving kreditima. Naime tražbina bi bila određiva ako su stranke u sporazumu o prijenosu prava vlasništva naznačile okvirni iznos³⁶ buduće tražbine koja se osigurava s obzirom na određeni pravni odnos ili više pravnih odnosa te ako su vjerovnik ili treća osoba ovlašteni naknadno odrediti visinu tražbine nastale do toga okvirnoga iznosa i vrijeme njezine dospelosti.³⁷ Postojala je i mogućnost osiguranja nenovčanih tražbina u kom slučaju je sporazumom morala biti određena novčana protuvrijednost takve tražbine.³⁸ Posebno je značajna okolnost da je sporazum o prijenosu prava vlasništva ili tražbine imao učinak sudske nagodbe.³⁹ Ako je sporazum predviđao prijenos prava vlasništva na nekretnini, onda je trebao sadržavati tabularnu izjavu protivnika osiguranja, a upis u zemljišne knjige je bio konstitutivan, tj. predlagatelj je postajao vlasnik upisom u zemljišne knjige. S druge strane, predlagatelj je postajao vlasnik pokretnina i nekretnina koje nisu upisane u zemljišne knjige s momentom sklapanja sporazuma o prijenosu prava vlasništva.⁴⁰ Slučajni sastojak (*accidentalia negotii*) ovoga pravnog posla bila je mogućnost davanja izjave protivnika osiguranja da je suglasan da predlagatelj osiguranja može neposredno na temelju sporazuma o prijenosu prava vlasništva protiv njega zatražiti prisilnu ovrhu radi predaje nekretnine odnosno pokretnina u posjed nakon dospjeća osigurane tražbine. Sporazum koji je sadržavao takvu izjavu predstavljao je ovršnu ispravu prema posebnoj odredbi, premda je to bilo suvišno napominjati⁴¹ s obzirom na odredbu članka 277. stavka 8. OZ kao i neke odredbe Zakona o javnom bilježništvu.⁴² Mogućnost prisilnog preuzimanja posjeda je za vjerovnika od posebnog značaja neovisno o tome je li postao vlasnik stvari koja je u njegovu vlasništvu radi osiguranja ili je njegova tražbina ostvarivana prodajom

³⁶ Izraz okvirni je zapravo neprecizan iako se koristi u bankarskoj praksi. Radi se zapravo o najvišem iznosu tražbine koja se osigurava. Usporedi s člankom 301. stavkom 1. Zakona o vlasništvu"založnim se pravom osigurava namirenje iz vrijednosti zaloga određene novčane tražbine, ili tražbine kojoj je vrijednost izražena u novcu; dovoljno je određena tražbina kojoj su određeni vjerovnik i dužnik, pravni temelj i visina, ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom."

³⁷ Članak 274.a. OZ. Valja obratiti pažnju na stavak 3. prema kojemu je strankama dopušteno utvrditi i koji drugi način naknadnog određivanja visine tražbine i njezine dospelosti.

³⁸ Ibid., članak 274. stavak 2.

³⁹ Ibid., članak 274. stavak 3.

⁴⁰ Ibid., članak 274. stavci 4., 5. i 6.

⁴¹ Ibid., članak 274. stavak 7.

⁴² Zakon o javnom bilježništvu (NN 78/93. i 28/94.) članak 54. (1) Javnobilježnički akt je izvršna isprava ako je u njemu utvrđena određena obveza na činidbu o kojoj se stranke mogu nagoditi i ako sadrži izjavu obvezanika o tome da se na temelju tog akta može radi ostvarenja dužne činidbe, nakon dospelosti obveze, neposredno provesti prisilno izvršenje. (6) Isti učinak kao i isprava iz stavka 1. ovoga članka ima i privatna isprava takvog sadržaja na kojoj je javni bilježnik ovjerio potpis dužnika. Ako privatna isprava ne sadrži izjavu o pristanku dužnika da se neposredno na temelju nje može tražiti prisilno izvršenje, takovu izjavu može u privatnu ispravu, uz pristanak stranaka, unijeti javni bilježnik prigodom ovjere potpisa dužnika.

putem javnog bilježnika. Naime, sasvim je sigurno da će javnobilježnička prodaja imati veće izgleda na uspjeh ako je stvar u posjedu predlagatelja osiguranja koji će omogućiti njeno razgledanje potencijalnim kupcima te ako ti kupci neće biti izloženi postupku u kojemu će tražiti predaju stvari u posjed koji u Hrvatskoj ponekad predstavlja nepremostivu prepreku. Ova mogućnost ne postoji prema noveli 2003 godine.⁴³ Naime postoje razmišljanja kako ova odredba predstavlja izravno dopuštenje *lex commissoriae*. Treba ipak napomenuti da ona s tim nema nikakvu vezu jer predaja u posjed ne utječe na primjenu odredaba koje se odnose na prodaju putem javnog bilježnika ili onih koje se odnose na stjecanje punopravnog vlasništva predlagatelja osiguranja. Kad je u pitanju postupak javnobilježničke prodaje, sasvim je sigurno da će on biti bitno olakšan za slučaj da je predlagatelj osiguranja posjednik. Ne treba niti spominjati kako bi u protivnom slučaju bio praktično onemogućen izvršiti svoju obvezu da omogući razgledanje stvari itd.⁴⁴ Prema nekima predlagatelj osiguranja bi na ovaj način mogao steći mogućnost da se namiri kroz gospodarsko iskorištavanje predmeta bez potrebe da ga prisvoji za sebe - npr. kod većih investicijskih zahvata.⁴⁵ Mislimo da se zapravo radi samo o olakšanju provedbe postupka prema članku 277. OZ a ne o tome. Naime, s obzirom da se teško može novčano kvantificirati "vrijednost posjedovanja" kad bi došla u obzir primjena odredbe članka 277. stavka 10. koja mu nalaže vraćanje stvari protivniku osiguranja? Stoga je po našem mišljenju trebalo dopuniti ovu odredbu s nametanjem obveze predlagatelju osiguranja da istovremeno pokrene postupak na koji je ovlašten prema članku 277.

Dužnik, odnosno protivnik osiguranja je prema tekstu iz 1996. godine i dalje zadržavao posjed stvari, a predlagatelj nije bio ovlašten stvar otuđiti ili opteretiti, iako bi takvo raspolaganje ipak proizvelo pravne učinke uz obvezu predlagatelja osiguranja da naknadi svu štetu koju je takvim postupanjem prouzročio protivniku osiguranja. Radi se o prirodnom sadržaju pravnog posla (*naturalia negotii*), jer je strankama u sporazumu ostavljena mogućnost da uglave i štogod drugo.⁴⁶ Na ovom mjestu valja napomenuti da je ovako određen institut fiducijarnog prijenosa prava vlasništva svojevrsna zrcalna slika u odnosu na antikrezu⁴⁷ kako je poznaju neki suvremeni

⁴³ Naprotiv, postoji izričita zabrana. V. članak 84. stavak 6. ZIZDOZ.

⁴⁴ Članak 277. st. 3. OZ.

⁴⁵ V. Čulinović, op.cit., str. 147. Također Novo ovršno i stečajno pravo, Zagreb, 1996. - Barbić Jakša, Sudsko i javobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava, str. 471.

⁴⁶ Članak 275. stavci 1. i 2. OZ. Isto se odnosi i na otuđenje ili opterećenje prenijetog prava. V. stavak 5. Glede nekih drugih obveza predlagatelja osiguranja također postoje *naturalia negotii*. Vidi stavak 4. "Ako sporazumom iz članka 274. stavka 1. ovoga Zakona nije drukčije određeno, predlagatelj osiguranja je dužan: 1. poduzimati mjere potrebne za očuvanje prenesene tražbine, 2. naplaćivati kamate ili kakve druge povremene tražbine. Tako naplaćeni iznosi prebijaju se s troškovima na čiju naknadu predlagatelj osiguranja ima pravo, zatim s kamatama koje mu se duguju i napokon s glavnicom, 3. naplatiti prenesenu tražbinu odnosno primiti njezino ispunjenje, nakon što dospije."

⁴⁷ V. Romac Ante, Rječnik Rimskog prava, str. 59. Ugovor na temelju kojega je založni vjerovnik mogao upotrebljavati založenu stvar i pobirati plodove. Predstavlja odstupanje od zabrane upotrebe i korištenja založene stvari (*furtum usus*) pa je stoga izuzetno bio moguć kod plodonosnih stvari. Plodovi su, uz pristanak založnog dužnika, zapravo namirivali kamate na dugovani iznos novca. Također Margetić Lujo, Rimsko pravo, Rijeka, 1998, str. 123.

pravni sustavi. Hrvatski pravni poredak dopušta prijenos vlasništva radi osiguranja tražbine a predaju u posjed u najmanju ruku stavlja "pod povećalo".⁴⁸ Valja napomenuti da je, kad su u pitanju nekretnine, antikreza izričito zabranjena,⁴⁹ premda bi se mogli proizvesti njeni učinci uz ekstenzivno tumačenje odredbe 331. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.⁵⁰ Istina je da antikrezu prilično često u svom "poslovanju" koriste u najmanju ruku ljudi sumnjiva morala ili pripadnici kriminalnog podzemlja - no zluporaba jednog pravnog instituta ne bi trebala predstavljati razlog za njegovu apsolutnu zabranu. Onda bi cijela pravnofilozofska konstrukcija "zabrane zluporabe prava" postala besmislena. Uostalom ne postoji gotovo niti jedno pravo koje se ne može zlorabiti. Kad je u pitanju antikreza, moguće su različite koristi od njenog dopuštanja i masovnije primjene. One su u svakom slučaju daleko veće od eventualnih negativnih posljedica. Naime, u nizu država antikreza u stvarnosti predstavlja npr. značajan instrument za rješavanje stambenih problema osoba koje nemaju dovoljno sredstava za kupnju nekretnine. Dakako, s druge strane ona omogućuje vlasnicima nekretnina, u pravilu građevinskim poduzetnicima, da bez prijenosa prava vlasništva ipak dođu do dijela sredstava potrebnih za nastavak njihove djelatnosti.⁵¹ Prema tome, antikreza može imati važan gospodarski i opći društveni značaj.⁵² Stoga bi ovaj institut osiguranja tražbina trebalo u potpunosti urediti neovisno o tome hoće li se zbog toga novelirati Ovršni zakon ili Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

⁴⁸ V. *supra* 43.

⁴⁹ Članak 329. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima... "(1) Vjerovnik tražbine osigurane založnim pravom na nekretnini (hipotekarni vjerovnik) nema pravo na posjed založene nekretnine, niti ima pravo ubirati i prisvajati njezine plodove i druge koristi od nje, ili bilo kako upotrebljavati tu nekretninu. (2) Odredba ugovora ili drugoga pravnoga posla suprotna stavku 1. ovoga članka je ništava, ako nije što drugo određeno zakonom."

⁵⁰ *Ibid.*, članak 331. ... "(1) Kad je založnom vjerovniku založeno samo pravo na plodove koje nekretnina daje posredovanjem kakva pravnoga odnosa, on ih ima pravo ubirati. (2) Vrijednost plodova iz stavka 1. ovoga članka koje je založni vjerovnik ubrao, prebija se s njegovom tražbinom; u prvom redu s troškovima na čiju naknadu ima pravo, zatim s kamatama koje mu duguje dužnik, te konačno s glavnicom. Usporedi s Código Civil de Puerto Rico, 1930, Art. 1781. Anticresis, definición. (31 L.P.R.A. sec. 5061) *Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.*

⁵¹ To se odnosi i na starije osobe koje raspolažu s viškom stambenog prostora, potreban im je novac, a ne žele sklopiti ugovor o zakupu ili ugovor o doživotnom uzdržavanju.

⁵² V. Código Civil de la República Argentina, Título XVI, Del anticresis, Art. 3239. *El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, o sobre el capital solamente si no se deben intereses. Art. 3240.- El contrato de anticresis sólo queda perfecto entre las partes, por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad. Art. 3241.- El anticresis sólo puede ser constituida por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble, o por el que tenga derecho a los frutos. Código Civil España, Art. 1881. Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito. Art. 1883. El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.*

Dužnik (protivnik osiguranja) je imao pravo na povrat stvari u slučaju ispunjenja tražbine kao i izlučno pravo u slučaju ovrhe nad imovinom ili stečaja predlagatelja osiguranja izuzev u slučaju da je predlagatelj osiguranja opteretio stvar ili pravo založnim pravom.⁵³

S druge strane, valja skrenuti pažnju na odredbu koja predstavlja *naturalia negotii*, a koja je obvezivala predlagatelja osiguranja na poduzimanje mjera potrebnih za očuvanje prenesene tražbine, naplaćivanje kamate i sl. Ispunjenjem prenesene tražbine predlagatelj osiguranja stjecao je vlasništvo stvari predajom koje je tražbina ispunjena. Ako je predmet prenesene tražbine bio novac, predlagatelj osiguranja je bio dužan, na zahtjev protivnika osiguranja, položiti naplaćeni iznos kod suda ili javnoga bilježnika. Međutim, ako je osigurana tražbina u tom momentu bila dospjela, predlagatelj osiguranja je bio ovlašten zadržati dugovani iznos novca, a iznos koji prelazi njegovu tražbinu predati protivniku osiguranja.⁵⁴

Najviše dvojbi očito su izazivala prava predlagatelja osiguranja u slučaju zakašnjenja protivnika osiguranja. Naime, predlagatelj osiguranja je u tom slučaju bio ovlašten putem javnog bilježnika tražiti od protivnika osiguranja da ga u roku od penast dana obavijesti, također preko javnog bilježnika, zahtijeva li da se stvar na kojoj je vlasništvo preneseno proda ili da se preneseno pravo unovči putem javnog bilježnika.⁵⁵ Protivnik osiguranja je u toj obavijesti bio dužan odrediti najnižu cijenu po kojoj se stvar može prodati odnosno pravo unovčiti, imenovati javnog bilježnika koji će obaviti prodaju stvari odnosno unovčenje prava te priložiti njegovu izjavu da je voljan obaviti prodaju odnosno unovčenje, da su mu predujmljeni troškovi prodaje ili unovčenja i da će se iz iznosa dobivenoga prodajom, odnosno unovčenjem prethodno podmiriti tražbina zajedno s kamatama i porezom na promet. Najniža cijena koju je odredio protivnik osiguranja nije mogla biti niža od osigurane tražbine, uvećane za kamate i troškove predlagatelja osiguranja koji će predvidivo dospjeti odnosno nastati do isteka roka do kojega javni bilježnik mora prodati stvar ili unovčiti pravo, te za predvidivi porez na promet. Postupanje protivnika osiguranja koje bi bilo protivno ovoj obvezi imalo je za posljedicu da predlagatelj osiguranja postaje punopravni vlasnik stvari odnosno prava, izuzev ako ne obavijesti putem javnoga bilježnika protivnika osiguranja da ne želi zadržati stvar odnosno pravo umjesto isplate osigurane tražbine.⁵⁶ Isti je učinak imao i neuspjeh javnobilježničke prodaje tijekom tromjesečnog razdoblja od dana kada ga je predlagatelj osiguranja ovlastio da izvrši prodaju stvari odnosno unovčenje prava. U javnosti je došlo do kritika ovakvog rješenja jer se u nekim situacijama dogodilo da je predlagatelj osiguranja postao

⁵³ Članak 276. OZ. (1) Ako protivnik osiguranja u roku ispuni svoju obvezu prema predlagatelju osiguranja, predlagatelj osiguranja dužan mu je, bez odgode, vratiti vlasništvo stvari ili prenijeti natrag stečeno pravo. (2) U slučaju prisilne ovrhe ili stečaja protiv predlagatelja osiguranja protivnik osiguranja ima izlučno pravo na stvarima i pravima koje je prenio na predlagatelja osiguranja radi osiguranja, osim ako se ovrha ne provodi radi ostvarenja tražbine treće osobe prema predlagatelju osiguranja koje je predlagatelj osiguranja osigurao osnivanjem založnoga prava na prenesenoj stvari ili pravu.

⁵⁴ Ibid., članak 275. stavak 4.

⁵⁵ Ibid., članak 277. stavak 1.

⁵⁶ Ibid., članak 277. stavci 2. i 4.

punopravni vlasnik stvari koja očito vrijedi daleko više od osigurane tražbine. Iz toga se izvlačio zaključak o suštinskoj nepravičnosti ovih odredaba te da dužnik (protivnik osiguranja) nema nikakvu zaštitu. Međutim, nije točno da nije uživao zaštitu. Upravo se on trebao očitovati o tome zahtijeva li da se stvar proda ili pravo unovči i odrediti najnižu cijenu. Često se događalo da se protivnici osiguranja uopće ne očituju putem javnog bilježnika, a još češće da odrede najnižu cijenu po kojoj se stvar može prodati ili pravo unovčiti u iznosu koji je očito previsok, pri čemu nisu bili svjesni mogućnosti da će predlagatelj osiguranja postati punopravni vlasnik ukoliko prodaja bude neuspješna tijekom razdoblja od tri mjeseca. To je praktično onemogućavalo uspješan postupak javnobilježničke prodaje pa nije jasno zašto bi pravni poredak štutio osobe koje očito izbjegavaju izvršenje svojih obveza. U svakom slučaju, bilo je moguće novelirati ovu odredbu OZ na način da se predlagatelj osiguranja, za slučaj da je postao vlasnik stvari, obveže platiti protivniku osiguranja razliku između vrijednosti stvari i tražbine koju je prema njemu imao. To bi pak otvorilo pitanje utvrđenja vrijednosti stvari. Očito je kako je u takvoj situaciji protivnik osiguranja ili odbio odrediti njenu najnižu vrijednost ili ju je odredio u previsokom iznosu. Osim toga, niti on niti predlagatelj osiguranja nisu pogodne osobe s obzirom na izrazit interes u pravcu utvrđenja previsoke ili preniske vrijednosti nekretnine. Njihov sporazum glede te okolnosti bi valjalo uzeti u obzir no samo ako je sklopljen nakon pokretanja postupka sukladno članku 277. OZ. To iz razloga što bi protivnici osiguranja u momentu sklapanja sporazuma mogli, zbog potrebe za pridobijanjem zajma, pristati na određenje daleko niže vrijednosti stvari od njene stvarne vrijednosti. U nedostatku sporazuma stranaka valjalo bi pristupiti utvrđenju vrijednosti stvari na isti način kako je to propisano odredbama OZ koje se odnose na naplatu novčanih tražbina.⁵⁷ Valja napomenuti da se u praksi uobičajilo da predlagatelj i protivnik osiguranja već u sporazumu o prijenosu prava vlasništva odrede vrijednost stvari. Ovakoj praksi se svakako može prigovoriti iz već navedenog razloga, ali i zato što se ne bi moglo prihvatiti stajalište prema kojemu se protivnik osiguranja može unaprijed odreći svog prava iz članka 277. stavaka 1. i 2. OZ. Niti jedna odredba OZ ne upućuje na takvu mogućnost. Bilo je i drastičnih slučajeva u kojima su stranke sporazumom u potpunosti otklanjale primjenu odredaba članka 277. OZ i prema kojima je predlagatelj postajao punopravni vlasnik stvari odmah po zakašnjenju protivnika osiguranja.

Može se kazati kako je trebalo uravnotežiti odnos protivnika i predlagatelja osiguranja i napose, s obzirom na već ustaljenu praksu, onemogućiti odricanje protivnika osiguranja od prava da odredi vrijednost stvari ili prava tek nakon dospijeca tražbine. Međutim, zakonodavac se odlučio za temeljito rekonstruiranje ovoga instituta.

4. Novele 2003. godine

Valja prethodno napomenuti da se odredbe Ovršnog zakona nakon njegova noveliranja odnose na "prijenos prava vlasništva na stvarima i prijenos novčanih tražbina". Dakle, njihovo područje primjene *ratione materiae* suženo je na novčane

⁵⁷ V. članak 87. i 137. OZ.

tražbine s obzirom da je prethodno rješenje dopuštalo prijenos bilo kakvog prava protivnika osiguranja.⁵⁸ To neće biti od nekog utjecaja na praktičnu primjenu ovog instituta s obzirom da se do sada uobičajilo da stranke sklapaju sporazume gotovo isključivo glede prijenosa prava vlasništva. Isto se može reći i za izostavljanje odredbe glede osiguranja nenovčanih tražbina. Međutim, zakonodavac je izričito odredio da se na strane u sporazumu primjenjuju odredbe Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima koje uređuju položaj prethodnog i potonjeg vlasnika. Osim toga, propisano je da predlagatelj osiguranja može steći vlasništvo na pokretnini samo ako je protivnik osiguranja na njega sporazumom prenio i posredan posjed.⁵⁹ Stoga treba imati u vidu odredbe koje uređuju pravni položaj posrednog posjednika, a napose onu koja mu onemogućuje da traži posjedovnu zaštitu protiv smetanja od neposrednog posjednika ako bi glede takvog zahtjeva trebalo raspravljati o njihovu pravnu odnosu.⁶⁰ Prema pravilima koja se odnose na založno pravo na pokretnoj stvari zalog ostaje u posjedu prenositelja da ga čuva za založnoga vjerovnika, tj. u našem slučaju predlagatelja osiguranja kao posrednoga posjednika.⁶¹ Kako je posebnom odredbom, pod prijetnjom ništavosti, zabranjeno ugovoriti da predlagatelj osiguranja stječe pravo da od protivnika osiguranja, nakon dospijeca svoje tražbine, traži predaju u neposredan posjed stvari koja je predmet sporazuma o prijenosu prava vlasništva,⁶² zakonodavac je sasvim sigurno uspio umanjiti atraktivnost navedenog instituta koji će ako se imaju

⁵⁸ V. članke 82, 83. i 90. ZIDOZ.

⁵⁹ Ibid., članak 84. Sklapanjem sporazuma iz stavka 1. ovoga članka predlagatelj osiguranja postaje prethodni, a protivnik osiguranja potonji vlasnik stvari u smislu odredaba članka 34. stavka 4. i 5. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima ("Narodne novine", br. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00. i 114/01.). Da bi predlagatelj stekao prethodno vlasništvo pokretnine, u sporazumu iz stavka 1. ovoga članka mora se navesti i da se na njega prenosi posredan posjed te pokretnine. V. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, članak 10. stavak 3. .."Kad netko stvar posjeduje kao plodouživatelj, založni vjerovnik, zakupoprimac, najmoprimac, čuvar, posudovnik ili u kojem drugom sličnom odnosu u kojemu je prema drugome ovlašten ili obvezan kroz neko vrijeme posjedovati je, onda je posjednik te stvari i taj drugi (posredni posjednik). Stoji li posredni posjednik prema nekomu trećemu u takvu odnosu, i taj je posredni posjednik. V. i članak 34. stavci 4. i 5. ..." (4) Vlasnik čije će pravo vlasništva prestati ispunjenjem uvjeta ili istekom roka (prethodni vlasnik) dužan je postupati obzirno prema onome tko čeka da time postane vlasnikom (potonji vlasnik) te mu prenijeti vlasništvo pošto istekne rok ili se ispunji uvjet, pri čemu će se njihov međusobni odnos prosuđivati kao da je prethodni vlasnik bio plodouživatelj. Kad je vlasništvo uvjetovano ili oročeno djelovanjem prema trećima, tada samim ispunjenjem uvjeta, odnosno istekom roka ono pripada potonjem vlasniku, ako zakonom nije drukčije određeno, a pravna raspolaganja stvarju koja je bio poduzeo prethodni vlasnik gube učinak. (5) Vlasnik koji je dobio ili je pridržao pravo vlasništva određene stvari radi osiguranja ispunjenja neke tražbine, obvezan je propustiti služiti se i raspolagati tom stvari osim za namirenje te tražbine, a ovlašten je, ne bude li mu tražbina o dospijecu ispunjena, namiriti je iz stvari u skladu s pravilima o namirivanju zalogom osiguranih tražbina izvansudskim putem. Ograničenje vlasništva radi osiguranja tražbine djelovat će i prema trećima ako je upisano u zemljišnu knjigu, odnosno u takav javni upisnik bez upisa u koji se ne može steći stvar za koju je ograničenje određeno.

⁶⁰ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, članak 23. stavak 2. Posredni posjednik nije ovlašten staviti zahtjev u cilju zaštite svoga posrednoga posjeda od smetanja koje je počinio neposredni posjednik, ako bi za odlučivanje o tom zahtjevu bilo nužno raspravljati o njihovu pravnom odnosu.

⁶¹ Ibid. članak 320. stavak 1.

⁶² Vidi članak 84. ZIDOZ.

u vidu i neke druge odredbe kojima je uređen, gotovo sigurno nestati u praksi. Naime, valja postaviti pitanje kakvi su izgledi na prodaju stvari ako predlagatelj osiguranja nema njen posjed, napose kad su u pitanju nekretnine ili neke pokretnine poput automobila. Osim toga, koje su njegove mogućnosti da postupi sukladno svojoj obvezi da na zahtjev javnog bilježnika omogući razgledavanje stvari?⁶³

Dakako, s obzirom da se na pravni položaj protivnika i predlagatelja osiguranja primjenjuju odredbe Zakona o vlasništvu, članak 275. OZ je postao suvišan.⁶⁴ I na kraju, predlagatelj osiguranja više ne može postati punopravni vlasnik stvari u postupku prema članku 277. Odredbe njegovih stavaka 1-3 nisu bitno promijenjene.⁶⁵ Međutim, ako javni bilježnik ne uspije prodati stvar u roku od tri mjeseca ili ako protivnik osiguranja uopće ne postupi sukladno odredbama stavaka 1. i 2., protivnik osiguranja ne može postati vlasnik već stječe pravo prodati stvar sam ili putem javne dražbe, uključujući sudsku i javnobilježničku. Pri tome je dužan primijeniti pažnju dobroga gospodara. Ako se pak radi o pokretnoj stvari koja ima burzovnu ili tržišnu cijenu, predlagatelj osiguranja ovlašten je prodati je iz slobodne ruke, putem osobe koja je javno ovlaštena za prodaju na burzi, odnosno za javne prodaje takvih stvari i prava.⁶⁶ Očito je da je predlagatelj osiguranja u neizvjesnom položaju glede okolnosti je li postupio s pažnjom dobroga gospodara, a protivniku osiguranja je praktično omogućeno da uvijek, ili u najmanju ruku često, tvrdi kako predlagatelj osiguranja nije primijenio pažnju dobroga gospodara ili da stvar nema burzovnu ili tržišnu cijenu te da na razne načine onemogućava namirenje tražbine predlagatelja osiguranja. S druge strane, ne treba smetnuti s uma da su izgledi prodaje slabi ako predlagatelj osiguranja nema neposredni posjed pokretne stvari koju osoba ovlaštena za javnu prodaju treba prodati. Dalje, ako se predlagatelj osiguranja odluči sam provesti javnu dražbu sam ili putem javnog bilježnika, postavlja se pitanje postupka prodaje na toj dražbi. Tko će i kako odrediti vrijednost stvari, najnižu cijenu po kojoj se može prodati itd., a predlagatelj osiguranja mora sve vrijeme voditi računa da postupi sukladno obvezi na pažnju dobroga gospodara te na kraju položiti račun protivniku osiguranja. Ostalo je previše nepoznanica, ali i mogućnosti protivnika osiguranja da na razne načine praktično onemogući ili bitno oteža namirenje predlagatelja osiguranja. S druge strane, nejasan je položaj kupca na javnoj dražbi. Sasvim sigurno je stekao vlasništvo, no ima li mogućnost tražiti ovrhu predajom u posjed kao što je to slučaj kad je u pitanju kupac nekretnine prema odredbama Ovršnog zakona koje se odnose na ovrhu na nekretnini?⁶⁷ S obzirom da nema ovršnu ispravu, a odredbe koje se odnose na ovu javnu dražbu ne upućuju na takav položaj kupca - čini se da nema. Kad su u pitanju neke pokretnine kao npr. automobil, situacija je za predlagatelja osiguranja još nepovoljnija. Teško će se naći kupac automobila koji ga prije toga nije imao priliku niti pogledati, a treba biti izložen provođenju postupka sukladno odredbama Ovršnog

⁶³ V. supra 44.

⁶⁴ V. članak 85. ZIDOZ.

⁶⁵ V. supra 55. i 56. te članak 87. ZIDOZ.

⁶⁶ Ibid., članak 87. stavci 4. i 5.

⁶⁷ V. članak 121. OZ.

zakona koje se odnose na predaju i isporuku pokretnina⁶⁸ uz prethodno stjecanje ovršne isprave.

I na kraju se samo po sebi postavlja jedno izuzetno važno praktično pitanje. Kakav je položaj vjerovnika koji su svoje tražbine osigurali imajući u vidu propise koji su važili do stupanja na snagu novela 2003. jer sasvim je sigurno da će se njihove odredbe primjenjivati i na sporazume o prijenosu prava vlasništva koji su sklopljeni prije tog momenta?⁶⁹ Pored toga, nadležni zemljišnoknjižni sud ima obvezu da, na zahtjev bilo koje od stranaka koje su potpisale sporazum o prijenosu prava vlasništva, briše upis o prijenosu prava vlasništva nekretnine koji je nakon 1. siječnja 1997. u zemljišnoj knjizi proveden na temelju odredaba članka 274. stavka 5. OZ koji je važio do 2003. godine i zamijeni ga upisom sukladno Zakonu o zemljišnim knjigama.⁷⁰ Očito je da njihova tražbina više nije jednako osigurana ili, bolje rečeno, da je slabije osigurana, što otvara pitanje dvojbene ustavnosti pojedinih odredaba novele 2003. Naime, prava stečena ulaganjem kapitala ne mogu se umanjiti zakonom niti kakvim drugim pravnim aktom,⁷¹ dok pojedine odredbe zakona mogu samo izuzetno i u opravdanim slučajevima imati povratno djelovanje.⁷² Očito je da se teško može opravdati povratno djelovanje pojedinih odredbi Zakona o izmjenama i dopunama Ovršnog zakona 2003. godine glede sporazuma o osiguranju tražbina prijenosom prava vlasništva.

5. Zaključak

Noveliranje Ovršnog zakona 2003. godine je, unatoč brojnim poboljšanjima, donijelo razočarenje za vjerovnike glede osiguranja njihovih tražbina sporazumom o prijenosu prava vlasništva. To napose važi kad su u pitanju banke, što može imati za posljedicu da se one glede osiguranja svojih tražbina postave potpuno drukčije. U prvom redu možemo očekivati sve češće osiguranje tražbine sklapanjem tzv. *sale and lease-back* aranžmana, pri čemu će budući dužnici biti u težem položaju nego što su

⁶⁸ Ibid. članci 219. do 224.

⁶⁹ V. članak 102. stavak 3. ZIDOZ ..."(3) Odredbe ovoga Zakona primjenjivat će se i na postupke sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari koji su pokrenuti prije dana njegova stupanja na snagu."

⁷⁰ Ibid. članak 103. V. Ispravku ZIDOZ (NN, 194/03.). Radi se o upisu sukladno članku 32. stavak 5. Zakona o zemljišnim knjigama ..."(4) Vlasništvo ograničeno rokom čijim će istekom vlasništvo prijeći na stjecatelja odnosno uvjetom čijim bi se ispunjenjem trebalo to dogoditi upisuje se u korist stjecatelja koji će, pošto istekne rok ili se ispuni uvjet, postati vlasnik, s time da će se pri upisu točno navesti rok ili uvjet te naznačiti stjecateljevo vlasništvo kao potonje. Upis potonjega vlasništva djeluje kao predbilježba vlasništva, s time da će se taj upis moći opravdati ako istekne rok ili se ispuni uvjet stjecanja. (5) Ako se pravo vlasništva otuđuje tako da ga stjecatelj stekne uz ograničenje rokom zbog čijega bi isteka ono trebalo prijeći natrag otuđivatelju ili uz ograničenje uvjetom čijim bi se ispunjenjem trebalo to dogoditi, na upis se u svemu primjenjuje odredba stavka 4. ovoga članka, s time da se istodobno s upisom stjecateljeva vlasništva kao prethodnoga upisuje i otuđivateljevo vlasništvo kao potonje."

⁷¹ V. Ustav Republike Hrvatske (NN, br. 56/90., 135/97., 8/98., 113/00., 124/00., 28/01., 41/01. i 55/01.), članak 49. stavak 4.

⁷² Ibid., članak 89. stavak 5.

bili kad su sklapali sporazume o prijenosu prava vlasništva sukladno odredbama Ovršnog zakona koje su bile na snazi do 2003. godine. Banke će uglavnom preko kontroliranih društava kupovati neretnine i pokretne, tj. stjecati punopravno vlasništvo i sklapati s dužnicima ugovore o financijskom *leasingu* ili obročnoj kupovini. Pri tome će na dužnike prevaliti sva porezna i eventualna druga davanja koja ih nisu teretila kod sklapanja sporazuma o prijenosu prava vlasništva radi osiguranja, a ovršnu ispravu za preuzimanje posjeda će osiguravati u svoju korist prema odredbama Zakona o javnom bilježništvu.⁷³ Dakako, ovakvim mogućnostima će se koristiti i oni vjerovnici čija je aktivnost u prethodnom razdoblju bila pod povećalom javnosti i najvjerojatnije motivirala zakonodavca za ovakvim izmjenama razmatranog instituta. To će pak otvoriti rasprave o dopustivosti *sale and lease-back* poslova koje su u poredbenom pravu prilično česte.⁷⁴

Summary

TRANSFER OF OWNERSHIP FOR SECURING THE CLAIMS ACCORDING TO THE LAW ON ENFORCEMENT AMENDMENTS 2003

This paper represents a comparison and analysis of the 1996 Law on Enforcement provisions regarding judicial and notary transfer of ownership for securing the claims, and provisions of its 2003 amendments that introduced fundamental changes. Author conducted its research with historical and comparative method and anticipated possible consequences of the latest legislative changes. Accordingly, he believes the need for improvements of the former legal provisions had existed, but such a radical change cannot be justified. It affected creditors, their position is substantially weakened and it raised questions of constitutionality. As a direct consequence of the newest legislative change, the author foresees more frequent sale and lease-back arrangements that would, in turn, worsen position of the debtors in comparison with their position under provisions on transfer of ownership for securing the claims before 2003.

Key words: *security, transfer of ownership, sale and lease-back, creditor, debtor, lex commissoria.*

⁷³ V. supra 42.

⁷⁴ V. Čulinović, op. cit., str. 21. sq. Glede *sale and lease back* poslova talijanska judikatura još uvijek nema jedinstvena gledišta. Kasacijski sud je u nekoliko navrata zauzeo stajalište o njihovoj ništavosti ako služe osiguranju tražbina. Međutim, niži sudovi su u nekim slučajevima postupili drukčije. U Njemačkoj pak ne postoje nikakve prepreke sklapanju ovakvih pravnih poslova. Naprotiv, detaljno su uređena sva porezna pitanja koja se u svezi s tim mogu javiti. V. Drake, Rider, op.cit., str. 149. i 204. Nizozemski građanski zakonik je prilično jasan. Prema njegovu članku 84. stavku 3. ovaj pravni posao nije valjan temelj za prijenos prava vlasništva (*a juridical act which is intended to transfer property for purposes of security or which does not have the purpose of bringing the property into the patrimony of acquirer, after transfer, does not constitute valid title for transfer of that property*). V. New Netherlands Civil Code, Patrimonial Law, prijevod Haanappel P.P.C. i Mackaay Ejan, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1990, str. 49.

Zusammenfassung

**ÜBERTRAGUNG DER EIGENTÜMERRECHTE ZUR SICHERUNG
VON FORDERUNGEN NACH DEN NOVELLEN DES
VOLLSTRECKUNGSGESETZES VON 2003**

In dieser Arbeit werden die Bestimmungen des Vollstreckungsrechts hinsichtlich gerichtlicher und notariischer Sicherung von Forderungen durch Eigentumsübertragung, die seit seiner Verabschiedung im Jahre 1996 in Kraft waren, mit den Bestimmungen der Novelle von 2003, durch die dieses Institut wesentlich verändert wurde, analysierend verglichen. Der Autor wendet bei seiner Untersuchung die historische und rechtsvergleichende Methode an und zieht mögliche Folgen des neuesten gesetzgeberischen Eingriffs in Betracht. Seiner Meinung nach war es unbedingt nötig, den bisherigen Text zu verbessern, was aber nicht bedeutet, dass eine dermassen grundlegende Veränderung notwendig war, die wesentlich auf eine Verschlechterung der Lage des Gläubigers eingewirkt hat und die Frage ihrer Verfassungsmässigkeit aufwirft. Als direkte Folge ist für die Zukunft eine immer häufigere Nutzung sog. *sale and lease-back* Rechtsgeschäfte zur Sicherung der Forderungen vorgesehen, in denen die Schuldner in einer weitaus schlechteren Lage sein werden als bei der Schliessung von Verträgen zur Übertragung des Eigentumsrechts im Einklang mit den Bestimmungen des Vollstreckungsgesetzes, die bis 2003 galten.

Schlüsselwörter: *Übertragung von Eigentum, sale and lease-back, Gläubiger Schuldner, lex commissoria.*

Sommario

**TRASFERIMENTO DEL DIRITTO DI PROPRIETÀ PER
L'ASSICURAZIONE DEI CREDITI SECONDO LE
NOVELLE DELLA LEGGE SULL'ESECUZIONE 2003**

In questo lavoro si presenta un'analisi e una comparazione delle disposizioni della Legge sull'esecuzione del 1996 relative al trasferimento giudiziale e notariale della proprietà per l'assicurazione dei crediti, e delle disposizioni delle sue novelle del 2003 che hanno introdotto modifiche fondamentali. L'autore ha svolto la sua ricerca con metodo storico e comparativo e ha anticipato le possibili conseguenze delle più recenti innovazioni legislative. In proposito egli ritiene che il bisogno di miglioramenti delle precedenti disposizioni legali esistesse, ma che un tale radicale cambiamento non possa essere giustificato, in quanto colpisce i creditori, indebolisce sostanzialmente la loro posizione e solleva questioni di costituzionalità. Come diretta conseguenza di questa più nuova evoluzione legislativa si prevedono più frequenti accordi giuridici cosiddetti di vendita e contestuale locazione che peggiorerebbero la posizione dei debitori nel confronto con la loro condizione secondo le disposizioni sul trasferimento del diritto di proprietà per l'assicurazione dei crediti della Legge sull'esecuzione in vigore sino all'anno 2003.

Parole chiave: *assicurazione, trasferimento del diritto di proprietà, vendita e contestuale locazione, creditore, debitore, lex commissoria.*

