

DOBROVOLJNO OSIGURANJE TRAZBINA NA POKRETNIM STVARIMA BEZ PREDAJE U POSJED PREMA OVRŠNOM ZAKONU - PRAVNI OKVIR I PRIMJENA

Dr. sc. Edita Čulinović Herc, viši asistent
Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci

UDK: 347.764
347.766
347.232.3
Ur.: 30. svibnja 1998.
Pr.: 3. lipnja 1998.
Izvorni znanstveni članak

U radu se iznose mogući pristupi pravnog reguliranja zaloga bez predaje u posjed na pokretnim stvarima koji postoje u usporednom pravu. Ispituje se na koji način fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima funkcionira u njemačkom pravu, uz navođenje rješenja konkretnih pitanja koja se u primjeni ovog oblika osiguranja pojavljuju. Posebice se ukazuje na sporna pitanja postizanja načela određenosti objekta prava fiducijarnog vlasništva na stvarima koje se nalaze u skladištu, utjecaja ništavosti temeljenog pravnog posla, pitanje (ne)akcesornosti fiducijarnog vlasništva spram tražbine. U hrvatskom se pravu utvrđuje paralelizam fiducijarnog i založnopravnog osiguranja usvojen Ovršnim zakonom koji se primjenjuje i kod osiguranja tražbina pokretnim stvarima. Iznose se osnovna obilježja odnosnih dvaju institucionalnih okvira (založno pravo i fiducijarno vlasništvo) i načina njihova osnivanja (pred sudom ili javnim bilježnikom) te se ukazuje na međusobne razlike. Kod fiducijarnog osiguranja ispituju se mogućnosti recepcije pojedinih rješenja iz njemačke poslovne prakse. U završnom se dijelu ispituje zastupljenost pojedinih oblika osiguranja u primjeni Ovršnog zakona analizom oglasa o provedenim postupcima osiguranja objavljenih u "Narodnim novinama" kako bi se uočili dominantni oblici i problemi u primjeni.

Ključne riječi: *fiducijarno vlasništvo, zalog, pokretne stvari, Ovršni zakon, osiguranje tražbina.*

1. Usporednopravni okvir

Zalaganje pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika važan je instrument osiguranja (posebice novčanih) kredita čije je osnovno obilježje da se

vjerovnikova novčana tražbina osigura zasnivanjem stvarnog prava na (pokretnim) stvarima dužnika, a da pri tom dužnik ima mogućnost da iste stvari koristi, odnosno da ostane u njihovu neposrednu posjedu. Radi postizanja ovog ekonomskog cilja u inozemnim se pravnim sustavima upotrebljavaju različiti pravni instituti.

U pravilu dolazi do zasnivanja stvarnog prava na tuđoj (pokretnoj) stvari. Tu se prvenstveno misli na založno pravo i njegove ekvivalente u usporednom pravu (*charge, security interest*), pri čemu je u pravilu riječ o registarskom založnom pravu, dakle takvom kod kojeg predaja u posjed biva zamijenjena upisom takva (založnog) prava u određeni upisnik.

Osim osnivanja stvarnog prava na tuđoj stvari u usporednom se pravu koriste različiti oblici osiguranja čija se pravna konstrukcija temelji na vlasništvu, bilo da se zadržava vlasništvo na pokretnoj stvari, bilo da se ono prenosi u svrhu osiguranja.¹ Osim instituta zadržanja prava vlasništva, koji je osobito pogodan za osiguranje robnih kredita odnosno tražbina prodavatelja iz ugovora o prodaji u širem smislu i kod *leasinga*, vlasništvo ostaje kod davatelja *leasinga*, ali se *leasingu* u usporednom pravu ne priznaje obilježje stvarnopravnog sredstva osiguranja.² Kada se vlasništvo prenosi radi osiguranja ono obavlja funkciju založnog prava jer se ono ne prenosi radi trajnog stjecanja već samo dok traje osiguravajuća kauza. Kada ona prestane postojati vlasništvo se vraća prvotnom vlasniku (dužniku). Iako vlasništvo u tom slučaju obavlja funkciju založnog prava ono se od njega razlikuje u nekoliko bitnih točaka. Premda privremeno ono pribavlja imatelju punopravni naslov vlasnika pa sva ograničenja u ostvarivanju tog prava koja proizlaze iz njegove osiguravajuće svrhe imaju učinak samo između stranaka, ali ne i prema trećim osobama. Iz toga proizlazi zaključak da vjerovnik dobiva više nego što mu je potrebno za osiguranje tražbine, a to je pravo prvenstvenog namirenja iz vrijednosti založene stvari. Fiducijarovo postupanje protivno svrsi osiguranja nije stvarnopravno sankcionirano već eventualno dovodi do odgovornosti za štetu i/ili kaznenopravne odgovornosti. Tretiranje fiducijarnog vlasnika kao punog (iako privremenog) vlasnika stvari ima i svoje postupovnopravne konotacije (aktivna legitimacija u parnici, izlučno pravo povodom ovrhe). Pored toga po načinu prisilne realizacije fiducijarno vlasništvo ne podrazumijeva uvijek prodaju, odnosno unovčenje stvari već vjerovniku stoje na raspolaganju i druge mogućnosti. Neke od tih mogućnosti (namirenje kroz zadržanje) dolaze primjerice u sukob s izričitom zakonskom zabranom *lex commissoriae* karakterističnom za založno pravo. Konačno, fiducijarno vlasništvo od založnog prava odvaja njegova neakcesorna narav, o čemu će biti govora kasnije.

S obzirom da je u većini zakonodavstava zemalja kontinentalnog kruga prihvaćena zabrana *lex commissoriae*, u pojedinim se zakonodavstvima zadržao hostilan stav prema fiducijarnim pravnim poslovima, posebice u zemljama

¹ DALHUISEN, J. H., *Security in Movable and Intangible Property, Finance Sales, Future Interest and Trusts*, u: "Towards European Civil Code", Nijmegen, Dodrecht, 1994., str. 345.

² Umjesto svih vidi: GIOVANOLI, M., *Le credit bail en Europe: Developpement et nature juridique*, Paris, 1980., str. 9. i dalje.

romanskog kruga. Primjerice, u francuskom se pravu svi pravni poslovi usmjereni na zasnivanje založnog prava na pokretnoj stvari nemaju učinak prema trećima (*l'opposabilité*) ako pokretna stvar nije predana u posjed vjerovniku odnosno ako su odredbe ugovora u suprotnosti sa zabranom *lex commissoriae*.³ Međutim i u tim je pravnim sustavima uzeta u obzir gospodarska potreba zalaganja pokretnih stvari bez predaje u posjed pa je takva mogućnost ustanovljena kao iznimka, odnosno predviđena je samo za neke pokretne stvari. Nedostatak publiciteta nadoknađuje se upisom takvog osiguranja u odgovarajući registar.⁴

Fiducijarni poslovi u svrhu osiguranja doživjeli su veću afirmaciju u zemljama germanskog kruga, posebice u Njemačkoj gdje je taj institut u širokoj primjeni. Uvođenjem fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima htjelo se odstupiti od prisilnih zakonskih odredi BG B-a koje su se ticale načina provedbe založnog namirenja na pokretnim stvarima - javne prodaje. Pojavom ovog instituta u poslovnoj praksi postavilo se pitanje predstavlja li njegova primjena zaobilaznje zakonske zabrane *lex commissoriae*, stoga fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima nikad nije dobio svoje mjesto u BG B-u već ga je sankcionirala sudska praksa. S druge strane, u doktrini su se formirale različite pravnodogmatske konstrukcije fiducijarnog vlasništva, koje su se mijenjale i usavršavale nastankom novih pojava u poslovnoj praksi.⁵ Najteže je bilo podržati teorijsku konstrukciju prijenosa vlasništva u situaciji kada ono još nije niti stečeno. To je u poslovnoj praksi bila česta situacija: dužnik je kupio stvar od prodavatelja koji je zadržao pravo vlasništva, a tu je istu (pokretnu) stvar htio iskoristiti kao osiguranje bankarskog kredita. Da bi se takvo "zalaganje" omogućilo, uveden je pojam "*Anwartschaftsrecht*", koji je označavao pravo čekanja postati vlasnikom, odnosno vlasništvo *in statu nascendi*. Ima shvaćanja da je uvođenjem ovog koncepta neobično važnog za razumijevanje cijelog instituta probijen u njemačkom pravu *numerus clausus* stvarnih prava.⁶ Cijela konstrukcija odnosno pravnog posla nije ni dan danas *jus civitate positum*, ako se izuzme zakonodavna regulativa općih uvjeta poslovanja (AGBG), koja predstavlja limitirajući faktor za oblikovanje ugovornog sadržaja.

Pravni temelj ovaj institut crpi iz odredbi o prijenosu vlasništva uz korištenje posjedovnog konstituta kao načina predaje pokretne stvari u posjed vjerovnika. Primjena posjedovnog konstituta upravo odgovara navedenoj pravnoj situaciji: prednik (dužnik) ostaje u neposrednom posjedu stvari, a na vjerovnika se prenosi vlasništvo i posredni posjed, odnosno viša pravna vlast. Dužnik ostaje u neposrednu posjedu pokretne stvari na temelju nekog drugog ugovora koji se fingira (ostava). S ispunjenjem osiguravajuće svrhe prijenosa vlasništva nastaje obveza fiducijarnog vlasnika da izvrši povrat

³ Vidi CABRILLAC, M. /MOULY, C., *Droit des suretes*, Paris, 1995., str. 446. Poblize WITZ, C. *La fiducie en droit français*, Paris, 1981.

⁴ CABRILLAC, M. /MOULY, C., *Droit des suretes*, Paris, 1995., str. 571-580.

⁵ REICH, N., *Funktionalanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, AcP, 169, str. 247-270.

⁶ HORN /KÖTZ / LESSER, *German Private and Commercial Law*, Oxford, 1982., str. 184.

vlasništva dužniku, osim ukoliko nije ugovoren prijenos vlasništva pod rezolutivnim uvjetom, u kojem slučaju se vlasništvo s ispunjenjem tražbine *eo ipso* vraća dužniku. Iz ove značajke izvodi se bitna razlika fiducijarnog osiguranja prema založnopravnom. Ako je ugovoren prijenos vlasništva pod rezolutivnim uvjetom, tada je prijenos vlasništva akcesorne naravi jer ispunjenjem tražbine dolazi do "automatskog" povrata vlasništva. U suprotnom slučaju prijenos vlasništva je neakcesorne naravi, jer s ispunjenjem tražbine nastaje tek obveza fiducijarnog vlasnika da izvrši povrat. U njemačkom pravu neakcesornu narav prijenosa fiducijarnog vlasništva podržava apstraktna narav translativnog akta (tradicije) kojim se stječe (fiducijarno) vlasništvo. Tradicija se do te mjere osamostaljuje od osnovnog pravnog posla da nedostaci valjanosti osnovnog pravnog posla (titulusa) ne utječu na stvarnopravni učinak prijenosa. Nastanak, promjena ili prestanak tražbine ne utječe na nastanak promjenu ili prestanak stvarnopravnog osiguranja. Na taj način vjerovnik dobija čvrsto osiguranje koje ne biva dovedeno u pitanje ako naknadno bude utvrđeno da je osigurana tražbina nevaljana. Ponekad primjena načela apstraktnosti ide toliko daleko da je prijenos vlasništva stvarnopravno učinkovit, iako tražbina nije ni predujmljena dužniku, što *reductio ad absurdum* predstavlja negaciju same kauze pravnog posla. Stoga je u nekim presudama njemačkih sudova došlo do probijanja načela apstraktnosti prijenosa vlasništva u situaciji kada tražbina nije niti predujmljena, ali je trend ostao u čvrstom poimanju apstraktnog načela.⁷

Naime, načelo apstraktnosti duboko je ukorijenjeno u njemačkom stvarnom pravu. Njegov je smisao zaštititi treću osobu od nedostatka valjanosti osnovnog pravnog posla.⁸ Zaštita trećeg stjecatelja putem apstraktnog ugovora o prijenosu vlasništva dobila je od 1900. g. novu dimenziju, jer su u BGB unijeta pravila o stjecanju u dobroj vjeri. Tom se prilikom propustilo razmotriti na koji će način pravila o stjecanju u dobroj vjeri interferirati s pravilima o apstraktnom stvarnopravnom ugovoru. Posljedica je bila ta da je apstraktni stvarnopravni ugovor štiti i nesavjesnog stjecatelja vlasništva, kao i njegove vjerovnike.⁹

U današnje vrijeme u Njemačkoj sve više dolazi do izražaja ideja o potrebi napuštanja ove koncepcije. U poslovnoj praksi negativni se učinci stvarnopravnog ugovora o prijenosu vlasništva ublažavaju izričitim ugovaranjem kauzalnosti. U

⁷ Proboj načela apstraktnosti izvršen je tumačenjem prešutno ugovorene kauzalnosti. BGH NJW 1982., 275. Presuda se ne odnosi izravno na prijenos vlasništva već na ustup tražbina radi osiguranja. Neki su se autori izjasnili za mogućnost da se apstraktno načelo probije samo kroz izričito ugovorenu kauzalnost. POTTSCHEIDT / ROHR, *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 207.

⁸ Teoriju o ugovoru koji proizvodi stvarnopravni učinak uveo je *von Savigny* polovinom XIX. stoljeća kako bi se izbjegli negativni učinci pravila *nemo dat quod non habet*, koje je u njemačkom pravu prihvaćeno recepcijom rimskog prava. Prema tom pravilu stjecatelj vlasništva na temelju nevaljanog pravnog posla ima valjani titulus za prijenos vlasništva dok god nije izvršio povrat prava vlasništva izvornom otuđitelju. Shodno tome vjerovnici kasnijeg stjecatelja mogli su se namiriti iz predmeta koji je na taj način stečen. DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 358.

⁹ FERRARI, F. *Vom Abstraktionsprinzip und Konsenzualsprinzip zum Traditionsprinzip*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1993., str. 65.

našem pravu, naprotiv, vrijedi načelo kauzalne tradicije, što znači da se stvarno-pravni učinak prijenosa vlasništva vezuje za valjani titulus. U nastavku se iznose osnovna pitanja koja se pojavljuju u primjeni fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima u njemačkoj poslovnoj praksi.

2. *Pristup njemačke poslovne prakse*

2.1. *Pravni okvir*

U njemačkom se pravu pravni posao fiducijarnog prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima (*Sicherungsübereignung*) promatra kroz tri razine pravnih odnosa. Ugovor o kreditu (*Darlehen*) kojim nastaje osigurana tražbina promatra se odvojeno od ugovora o osiguranju tražbine (*Sicherungsvertrag, Sicherungsabrede*)¹⁰ u kojem stranke ugovaraju da će radi osiguranja tražbine prenijeti vlasništvo na stvari (*titulus*). S druge strane ugovor o osiguranju tražbine promatra se odvojeno od ugovora o stvarnopravnom prijenosu vlasništva (*Übereignung*), koji predstavlja modus stjecanja vlasništva na pokretnoj stvari.

Ugovor o osiguranju tražbine ima ulogu pravnog temelja (*Grundgeschäft*) za prijenos prava vlasništva. On se ne može poistovjetiti s ugovorom o zajmu (*Darlehen*) iz kojeg izvire osigurana tražbina, ali oba ugovora mogu biti sadržana u jednom. Dužnik iz ugovora o zajmu ne mora ujedno biti osoba koja prenosi vlasništvo na pokretnoj stvari (*Sicherungsgeber*). Za *Sicherungsübereignung* vrijedi inače sloboda forme.¹¹

Obveznopravna razina odnosa (učinak *inter partes*) nastaje sklapanjem osnovnog ugovora o zajmu i ugovora o osiguranju tražbine (*Sicherungsvertrag*). Stvarnopravni učinak prijenosa vlasništva nastupa sklapanjem ugovora kojim se prenosi vlasništvo (*Einigung*). To je odraz prihvaćanja tradicijskog načela, tj. da prijenos vlasništva nastupa bilo predajom stvari, bilo prijenosom posjeda.

Stvarnopravni *Einigung* može biti kauzalan i apstraktan. Ako je kauzalan, njegova valjanost ovisi o valjanosti osnovnog ugovora.¹² U njemačkom pravu postojanje i valjanost *Einigung*-a ne ovisi o prethodnoj i kontinuiranoj valjanosti osnovnog ugovora. Ovo shvaćanje nije eksplicitno izraženo u BGB-u, ali je jednoglasno prihvaćeno u sudskoj praksi i doktrini.¹³

¹⁰ U sporazumu o osiguranju mogu biti sadržane, primjerice, sljedeće odredbe: obveze davatelja osiguranja, obveza uredne upotrebe i osiguranja stvari, dužnost obavještavanja vjerovnika o poduzetoj ovrši na predmetu od strane treće osobe, ugovaranje načina prisilnog namirenja osigurane tražbine nakon nastupa dospjeća, reguliranje obveze vraćanja predmeta nakon ispunjenja osigurane tražbine itd. Vidi BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 561.

¹¹ WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120. Samo kod primjene par. 311 BGB (prijenos vlasništva na nekretninama) postoji obvezna pismena forma ugovora.

¹² Ovo je shvaćanje zastupljeno u nizozemskom pravu. Vidi čl.3:84, par. 1 Nizozemskog građanskog zakonika.

¹³ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 356.

2.2. Pravna tehnika

Fiducijarni se prijenos vlasništva može prema njemačkom pravu realizirati na tri načina: primjenom par. 929, par. 930 i par. 931 BGB-a.

Prema par. 929 BGB-a do prijenosa vlasništva dolazi kada su se fiducijant i fiducijar suglasili o prijenosu vlasništva, a fiducijant je predao stvar fiducijaru (*Einigung und Übergabe*).¹⁴ Predaja obuhvaća stvarnu predaju (*traditio vera*) (par. 929/1 BGB) i predaju samim sklapanjem ugovora, jer fiducijar može već imati stvar u svom posjedu (*traditio brevi manu*) (par. 929/2 BGB).

U praksi se rijetko primjenjuje prijenos vlasništva prema par. 929 BGB-a. Njegova je primjena ograničena na situacije kada je predmet pokretna stvar koja je negdje uskladištena, odnosno koja je u prijevozu (*res in transitu*). Predaju samih stvari zamjenjuje predaja robnih dokumenata (teretnica, skladišnica) koji postoje u obliku vrijednosnih papira (na donositelja). Institut nalazi svoju primjenu kod trgovačkih poslova s inozemnim elementom.¹⁵

Kada se pokretna stvar nalazi u neposrednom posjedu treće osobe, vlasništvo će se na njoj prenijeti prema par. 931 BGB-a. Za to treba postojati sporazum o prijenosu (*Einigung*) i ustup zahtjeva za predaju (*Herausgabeanspruch*) predmeta koji se nalazi kod treće osobe.¹⁶ Zahtjev za predaju koji se ustupa obveznopravne je naravi. Fiducijant će, primjerice, ustupiti zahtjev za predaju kojeg ima prema skladištaru. Fiducijant ne može ustupiti stvarnopravni zahtjev za predaju (*rei vindicatio*) jer taj zahtjev prati vlasnika.¹⁷ Doktrina starijeg datuma odricala je mogućnost prijenosa vlasništva na stvarima koje nisu u neposrednom posjedu fiducijanta, jer je to prema njihovu shvaćanju predstavljalo rušenje tradicijskog načela. Sudska praksa i novija doktrina prihvatile su to stajalište.¹⁸

Nedostatak prijenosa vlasništva primjenom par. 929 i 931. BGB sastoji se u tome što fiducijant nije uopće zaštićen od ponašanja fiducijara koja su suprotna naravi fiducije. Otudi li fiducijar vlasništvo koje mu je prenjeto radi osiguranja, takvo će otuđenje biti stvarnopravno učinkovito, a ono će se moći uspješno osporiti samo u iznimnim slučajevima.¹⁹

¹⁴ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 208. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 44 i dalje.

¹⁵ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 208.

¹⁶ BGH WM 1959, 813. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 49. Autor iznosi primjer prijenosa vlasništva na kranu (dizalici) kojeg je vlasnik (*Baumeister*) iznajmio drugom majstoru i predao mu posjed. Vlasnik je banci prenio vlasništvo i zahtjev za predaju kojeg ima prema najmoprimcu. Vidi još POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 209.

¹⁷ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht, 1994., str. 352.

¹⁸ Vidi kod AVENARIUS, M., *Übereignung besitzloser Sachen und Vindikationzession*, JZ, 10/1994., str. 511.

¹⁹ QUACK, F. u: *Münchener Kommentar zum BGB, Sachenrecht*, 2. izd. München 1986., str. 769. par. 31.

U najvećem broju slučajeva fiducijarno se vlasništvo prenosi primjenom par. 930 BGB-a. U njemačkom je pravu prihvaćeno stajalište da fizička predaja može biti zamijenjena ugovorom između fiducijanta i fiducijara.²⁰ Prema tom ugovoru fiducijaru se prenosi vlasništvo na stvari i posredan posjed, a fiducijant ostaje u (kontinuiranom) neposrednom posjedu stvari na temelju nekog fingiranog pravnog odnosa (npr. ostava). Ovo pravilo je degeneriralo u puku formalnost.²¹ Prema par. 930 BGB prijenos vlasništva nastupa samim sklapanjem ugovora. U tom trenutku fiducijar postaje posredan posjednik (*constitutum possessorium, Besitzkonstitut*), a fiducijant ostaje u neposrednom posjedu pokretne stvari. Posjedovni konstitut mora biti konkretan (određen), u suprotnom se ugovor smatra ništavim.²² Pri tom se fingira da su ugovorne strane sklopile jedan od imenovanih ugovora uz koji se uobičajeno ugovara posjedovni konstitut,²³ ali to ne utječe na sam pravni posao prijenosa vlasništva. Bitno je da posjedovni konstitut bude takav da fiducijantu prizna pravo na posjed (*Besitzrecht*) i iskorištavanje (*Nutzungsrecht*) stvari, a fiducijaru pravo zahtijevati predaju (*Herausgabeanspruch*).²⁴ Posjedovni konstitut treba biti sadržan u samom ugovoru o osiguranju tražbine.²⁵ Nije dopušteno njegovo naknadno ugovaranje. U ugovorima koje su između sebe sklopili netrgovci ili pravni laici ovakva je odredba često izostajala, pa je cijeli pravni posao fiducijarnog prijenosa vlasništva smatran ništavim.²⁶ U današnje se vrijeme već i postojanje odnosnog uglavka o posjedovnom konstitutu smatra dostatnim za njegovu inkorporaciju u ugovorni tekst.²⁷ U formularnoj praksi banaka uobičajeno je pozivanje na neke od imenovanih ugovora, (*sog. Verkehrüblicher Typ der Sicherungsübereignung*).²⁸ Kada se prenosi vlasništvo na stvarima čiji se sastav

²⁰ DROBNIG, U., *Transfer of Property*, u: *Towards European Civil Code*, (Hartkamp ed.) Nijmegen, Dordrecht 1994., str. 352.

²¹ *loc.cit.*

²² POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 210, KREBS, E. *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 44 i dalje. WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²³ QUACK, F. u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. München, 1984., str. 768, imenovane ugovore naziva "Verkehrüblicher Typ der Sicherungsübereignung".

²⁴ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 211.

²⁵ *Ibid.*, str.210; WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²⁶ DROBNIG, U., *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, RabelsZ, 44, 1980., str. 794.

²⁷ Primjer ugovora: "Die Vertragsparteien einigen sich dahin, dass das Eigentum an den Sachen mit Abschluss des Vertrages auf die Bank übergeht. Die Übergabe wird dadurch ersetzt, dass die Bank dem Sicherungsgeber die übereigneten Sachen *leihweise* belässt und ihm die Weiter benutzung gestattet. Die Bank kann das Besitzrecht widerrufen, wenn sie dies für erforderlich halten darf. Der Sicherungsgeber verpflichtet sich, die Sachen sachgemäß zu verwahren, auf Seine Kosten instand zu setzen und pfleglich zu behandeln." Cit. prema: WEBER, Hj. *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 120.

²⁸ "Die Übergabe wird... dadurch ersetzt, dass der Sicherungsgeber sich verpflichtet, das Sicherungsgut für den Sicherungsnehmer mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns und unentgeltlich zu **verwahren**." Vidi POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U. *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 211.

mijenja, tada se ugovara **anticipirani posjedovni konstitut** (*vorweggenommene Besitzkonsitut*), pa pravni učinak prijenosa vlasništva nastupa u budućnosti, onoga trenutka kada fiducijant na tim stvarima stekne svoje vlasništvo.

2.3. Rezolutivni uvjet kao sastojak pravnog posla

U ugovoru o osiguranju tražbine može stajati klauzula da se vlasništvo prenosi **pod rezolutivnim uvjetom** (*auflösend bedingter Übereignung*). To znači da se s ispunjenjem osiguravajuće svrhe, odnosno nastupom uvjeta, vlasništvo "automatski" vraća fiducijantu. S druge strane, izostane li ovaj uglavak nakon ispunjenja duga, dužnik raspolaže samo s obveznopравnim zahtjevom za povratom prenijetog vlasništva (*Rückübertragunganspruch*).²⁹ Razlike u pravnom položaju fiducijanta koji je vlasništvo na stvari prenio sa rezolutivnim uvjetom ili bez njega vrlo su značajne. Kad se prijenos vlasništva sklapa pod rezolutivnim uvjetom, fiducijant zadržava na predmetu pravo na čekanje.³⁰ Pravo na čekanje postati vlasnikom (*Anwartschaftsrecht*) poistovjećuje se sa stvarnim pravom.³¹ Fiducijant koji raspolaže s *Anwartschaftsrecht* zaštićen je od vjerovnikovih raspolaganja predmetom suprotnih fiducijarnoj obezi (*treuwidrige Verfügungen*). Osim toga, fiducijant koji ima *Anwartschaftsrecht* može ga iskoristiti kao podlogu za pribavljanje drugog kredita (*Anschlusskreditaufnahme*) i tako u potpunosti iskoristiti vrijednost predmeta osiguranja.

Prema općim uvjetima poslovanja banaka ništav je onaj fiducijarni prijenos vlasništva koji nije sklopljen pod rezolutivnim uvjetom (ispunjenje osigurane tražbine). Stoga, ako se na pravni odnos primjenjuje Zakon o općim uvjetima poslovanja (AGBG), fiducijarni je prijenos vlasništva akcesorne naravi i njegova opstojnost ovisi o opstojnosti tražbine.³²

Kada rezolutivni uvjet nije ugovoren, fiducijant raspolaže samo s obveznopравnim zahtjevom za povratom prijenosa vlasništva (*Rückübertragunganspruch*). Ako fiducijant ima samo obveznopравni zahtjev prema fiducijaru, to fiducijara ne sprečava da otuđi stvar, a takvo je stvarnopравno otuđenje učinkovito. Osim toga, fiducijant koji nema *Anwartschaftsrecht*, ne može iskoristiti otplaćeni dio kredita kao podlogu za pribavljanje novog kredita (od drugog zajmodavca),³³ već je jedino u mogućnosti ustupiti svoj obveznopравni *Rückübertragungspflicht*. Obzirom da ustup obveznopравnog zahtjeva za povrat prava vlasništva nema značenje

²⁹ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212-213.

³⁰ Vidi BGH NJW 1984, 1184, i POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212.

³¹ Time je u njemačkom pravu *de facto* probijeno načelo *numerus clausus* stvarnih prava. HORN, N./ KÖTZ, H. / LESSER, H.G., *German Private and Commercial Law*, Oxford, 1982., str. 184.

³² Tako POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U. *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212 i QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. München, 1984., str. 788, par. 122. Suprotno BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 558, koji tvrdi da se zakonom ne može izmijeniti neakcesorna narav *Sicherungsübereignung-a*.

³³ Vidi BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 558.

stvarnopravnog osiguranja tražbine, drugi zajmodavac u pravilu neće biti zainteresiran za takvo osiguranje. Prihvati li drugi zajmodavac ipak takvo osiguranje, treba biti svjestan da u slučaju provedbe ovrhe na predmetu neće moći, kao što to može fiducijar, spriječiti njezinu provedbu (jer nije stvarnopravni ovlaštenik). Naprotiv, bude li mu prenijet *Anwartschaftsrecht*, njegov će procesni položaj u slučaju ovrhe na predmetu biti u potpunosti izjednačen s položajem vjerovnika kojem je prenijeto vlasništvo (pod rezolutivnim uvjetom).³⁴

U poslovnoj praksi prevladava fiducijarni prijenos vlasništva bez rezolutivnog uvjeta.³⁵

2.4. Utjecaj ništavosti temeljnog pravnog posla

Ugovor o zajmu i ugovor o osiguranju tražbine iz zajma u odnosu su kauzalnosti. Ako osigurana tražbina još nije nastala, tada se smatra da ne postoji predmet ugovora o osiguranju tražbine. Ako je ništav zajam, ništav je i ugovor o osiguranju tražbine (par. 139 BGB). Zbog apstraktne naravi translativnog akta prijenosa vlasništva sporno je, da li je prijenos vlasništva valjan ako tražbina koja se osigurava nije ni nastala. Iako je uvijek iznova naglašavana apstraktnost *Übereignung-a*, glede ovog pitanja došlo je u sudskoj praksi do proboja načela apstraktnosti i neakcesornosti. Tumači se da prijenos vlasništva ne može ni nastati ako nije nastala osigurana tražbina. Nakon nastanka vlasništvo se u potpunosti osamostaljuje od tražbine koju osigurava, pa prijenos i prestanak tražbine ne utječu na vlasništvo na taj način kao što na njega utječe nastanak tražbine.

Tako se kauzalnost fiducijarnog prijenosa vlasništva u jednoj rješidbi BGH pokušala tumačiti putem ugovorene akcesornosti. Naime, ako su strane ugovorile da će prenijeti vlasništvo pod odgovnim uvjetom isplate osigurane tražbine, tada ništavost tog ugovora pogađa i ništavost ugovora o prijenosu vlasništva. Međutim, tumačenje BGH ide i dalje, jer se, u slučaju da ugovorne strane nisu ništa ugovorile, predmnijeva da prijenos vlasništva nastaje samo pod odgovnim uvjetom isplate osigurane tražbine.³⁶ Predmnijevanjem akcesornosti nastojale su se ispraviti distorzije koje izrastaju iz stroge primjene apstraktog načela, ali su kriteriji primjene takvi da ne predstavljaju objektivno mjerilo (pretpostavljena volja ugovornih strana). Jedna rješidba novijeg datuma vraća se na načelo apstraktnosti, odnosno neakcesornosti, što znači da fiducijant mora dokazati nepostojanje tražbine.³⁷

Sporno je također pitanje utječe li ništavost ugovora o osiguranju tražbine na prijenos vlasništva. Mišljenja se razilaze. Dosljednim tumačenjem apstraktnog načela razlozi nevaljanosti pravnog posla tj. ugovora o osiguranju tražbine ne bi

³⁴ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 214.

³⁵ *loc.cit.*

³⁶ Vidi BGH NJW 1982., 275. Rješidba se neposredno odnosi na *Sicherungsabtretung*. Za njezinu prihvatljivost u domeni *Sicherungsübereignung-a* izjašnjavaju se neki autori. Dio tih autora prihvaća samo izričito ugovorenu kauzalnost (akcesornost). Vidi: POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 207.

³⁷ BGH NJW 1991, 353

smjeli utjecati na valjanost prijenosa vlasništva, bez obzira kakvi su razlozi u pitanju. Prema onima koji zastupaju ovo shvaćanje, fiducijant bi se u tom slučaju jedino mogao poslužiti kondikcijom.³⁸ Prema drugima, odgovor na ovo pitanje nije jednoznačan. Treba uzeti u obzir koja je pravna tehnika prijenosa vlasništva korištena u konkretnom slučaju. Ako je vlasništvo prenjeto primjenom par. 930 BGB-a, tada ništavost ugovora o osiguranju tražbine zahvaća i prienos vlasništva, jer je ništav i ugovorni zahtjev za predaju (*Herausgabeanspruch*), koji se posjedovnim konstitutom treba prenijeti stjecatelju. Stoga nemogućnost valjanog ustupa zahtjeva za predaju stvari povlači nevaljanost prijenosa vlasništva.³⁹ S obzirom da se vlasništvo na pokretnoj stvari najčešće prenosi putem par. 930 BGB, ništavost će osnovnog pravnog posla, prema ovom shvaćanju, utjecati na prienos vlasništva. Naprotiv, ako je *Sicherungsübereignung* nastao primjenom par. 929 BGB-a (simbolička tradicija dokumenata koji predstavljaju robu), prienos vlasništva ima pravni učinak, a fiducijant će biti prisiljen da povrat onoga što je stečeno bez pravnog temelja zahtijeva kondikcijom (*Leistungskondiktion*). Ista razmatranja vrijede ako nastupi naknadni nastanak uzroka ništavosti (npr. pravni posao koji je temelj nastanka prijenosa vlasništva bude uspješno pobijen).⁴⁰

2.5. Razlozi ništavosti

Ugovor o osiguranju može biti ništav zbog suprotnosti dobrim običajima (*Sittenwidrigkeit*) - par. 138 BGB. Kako dužnik može prenijeti vlasništvo radi osiguranja samo jednokratno (za razliku od založnog prava koje omogućava višekratno zalaganje do iscrpljenja vrijednosti zalogu), u sudskoj se praksi pomno prati odnos iznosa tražbine koja se osigurava i vrijednosti predmeta koji osigurava tražbinu. Veliki otkloni (u pravilu na štetu fiducijanta) sankcionirani su ništavošću, jer imaju za posljedicu gospodarsko okivanje dužnika i njegovu financijsku ovisnost o jednom vjerovniku. Dva su činjenična sklopa sankcionirana ništavošću, a odnose se na stavljanje fiducijanta u nepovoljan ekonomski položaj. To su gospodarsko okivanje (*Knebelung*) i preosiguranje (*Übersicherung*). Suprotnost dobrim običajima time nije iscrpljena, jer se ona može iskazivati kao nanošenje štete interesima drugih vjerovnika, pa se u sudskoj praksi ovaj činjenični sklop prepoznaje kao ugrožavanje vjerovnika (*Gläubigergefährdung*).⁴¹ Prvenstveno se misli na vjerovnike čije tražbine nisu osigurane.⁴²

³⁸ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 126.

³⁹ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 561. Na isto pitanje ukazuje i QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd. str. 770, par. 35

⁴⁰ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München 1985, str. 561.

⁴¹ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 126-127; BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 565.

⁴² Valja primijetiti da apstraktna opasnost ugrožavanja neosiguranih vjerovnika proizlazi iz načela odgovornosti dužnika svojom imovinom (*Vermögenshaftung*), iako ona nije eksplicitno naglašena u BGB-u, kao što je to slučaj u francuskom pravu (*gage commun*). Usporedne naznake vidi kod: TUCCI, G. *Garanzia, Diritti di garanzia. Diritto comparato e straniero* u: *Enciclopedia giuridica*, Vol. XIV Roma, 1989., str. 3.

2.6. Razvijeni oblici prijenosa vlasništva

Prijenos vlasništva primjenom navedenih odredbi BGB predstavlja inicijalni pravnotehnički okvir ostvarenja fiducijarnog prijenosa vlasništva. U praksi je prisutna veća diferencijacija pravnih tehnika, čija primjena prvenstveno ovisi o naravi predmeta na kojem se prenosi vlasništvo. Prijenos vlasništva na stvarima koje nisu još u vlasništvu fiducijanta, odnosno koje je fiducijant kupio uz pridržaj prava vlasništva (*Anwartschaften*), odvija se po istim pravilima kao i kod stvari koje su u vlasništvu, osim što se vrijednost predmeta obračunava na način da se od njegove tržišne vrijednosti odbije iznos dijela kupovne cijene koju fiducijant još treba platiti prodavatelju.⁴³

Sudska praksa BGH-a nastojala je prilagoditi postulat određenosti objekta stvarnog prava (*Bestimmtheitsgrundsatz*) kada se kao predmet fiducijarnog prijenosa vlasništva pojavljuje skladište čiji se sastav mijenja (*Warenlager mit wechselndem Bestand*). Vlasništvo po naravi stvari mora obuhvaćati točno određeni predmet,⁴⁴ a načelo određenosti predmeta traži da predmet *Sicherungsübereignung*a bude određen u vrijeme sklapanja ugovora, i to u mjeri da se stvari na kojima je prenijeto vlasništvo mogu bez poteškoća razlikovati od drugih stvari već iz samog ugovora.⁴⁵ Pri prijenosu vlasništva na stvarima koje se nalaze u skladištu treba prvenstveno biti jasno jesu li tim režimom obuhvaćene sve ili samo neke stvari. S druge strane, obzirom da se sastav stvari mijenja iz dana u dan, potrebno je definirati nastupom kojeg vanjski raspoznatljivog događaja će se smatrati da je i na tim stvarima fiducijar stekao pravo vlasništva.⁴⁶ To znači da se i *titulus* (*Sicherungsabrede*) i *modus* (*Besitzkonstitut*) moraju odnositi na određenu stvar. Smatrat će se da su stvari u skladištu dovoljno određene ako se one mogu identificirati iz samog ugovora, a ne iz nekih vanjskih okolnosti. S tim u svezi postoje određene dvojbe o dopustivosti pojedinih ugovornih tehnika određivanja: je li dostatno ugovoriti da se prenosi vlasništvo na svim stvarima koje su u skladištu; može li se prenijeti vlasništvo na stvarima u postotku, može li se vrijednost stvari na kojima se prenosi vlasništvo vezivati za iznos osigurane tražbine, odnosno, može li se ograditi poseban dio skladišta?⁴⁷

U sudskoj su praksi došla do izražaja sljedeća shvaćanja. Pokretne stvari koje su predmet prijenosa vlasništva trebaju biti u ugovoru dostatno određene. Gola određenost nije dostatna.⁴⁸ Prijenos vlasništva na predmetu koji nije dostatno određen nema pravni učinak.⁴⁹ Nije potrebno navoditi pravnu kvalifikaciju stvari.⁵⁰

⁴³ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 212.

⁴⁴ BGH NJW 58, 1133, 1134; BGH NJW 84, 803, 804.

⁴⁵ BGH WM 1986., 594; BGH NJW 1983., 1409; BGH NJW 1991., 2144.

⁴⁶ BGH WM 1986., 594; 1979., 557. KREBS, E., *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 33.

⁴⁷ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 559-560.

⁴⁸ BGH NJW 1984., 803.

⁴⁹ POTTSCHMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 218.

⁵⁰ Razlikovanje punog vlasništva od *Anwartschaftsrecht*-a ukinuto je presudom BGH iz 1958.

Kao modus stjecanja budućih stvari pojavljuje se anticipirani posjedovni konstitut. Dostatan je određen izraz "cijelo skladište".⁵¹ U praksi se koriste dvije metode ugovornog određivanja predmeta fiducijarnog prijenosa vlasništva: *Raumsicherungsvertrag* i *Markierungsvertrag*.

Kod *Raumsicherungsvertrag* fiducijant i fiducijar određuju dio skladišnog prostora i ugovaraju prijenos vlasništva svih stvari koje se u tom prostoru nalaze ili se u njemu naknadno zateknu.⁵² Ugovoru obavezno prileži skica skladišta s posebno ucrtanim skladišnim dijelom koji podliježe posebnom režimu. Skladišni dio koji podliježe režimu fiducijarnog prijenosa vlasništva može biti ustanovljen i na zemljištu koje je u dostatnoj mjeri individualizirano, ako su sve stvari koje se na tom zemljištu nalaze prenijete u vlasništvo fiducijara.⁵³

Međutim, fiducijar treba imati na umu da u situaciji kada fiducijant nije vlasnik skladišta već samo njegov zakupac, zakupodavac ima zakonsko založno pravo (*Pfandrecht des Lagerhalters*) na inventaru radi osiguranja naplate zakupnine (par. 421 HGB). Stoga će se njegova tražbina namiriti prije tražbine osigurane *Sicherungsübereignungom*, čak i na predmetima koji su naknadno unijeti u skladište u okviru redovitog poslovanja.⁵⁴ Ova se metoda postizanja načela određenosti koristi uglavnom za pokretne stvari koje su namijenjene prodaji.

Kod *Markierungsvertrag* fiducijant i fiducijar ugovaraju da svaki poseban komad sadašnjeg i naknadno stečenog predmeta treba na poseban način biti obilježen. U obzir dolaze različiti oblici označavanja: stavljanje naljepnica ili nekih drugih znakova, privjesaka i tome slično. Bitno je da takav oblik označavanja omogućava razlikovanje predmeta na kojima je prenijeto vlasništvo od onih na kojima nije.⁵⁵

Podoblik *Markierungsvertraga* je *Listenvertrag*, kod kojeg se predmetom fiducijarnog prijenosa vlasništva smatraju sve stvari koje su prema ugovoru upisane u odgovarajući popis, ili će tek biti upisane. Uklanjanje ili izmjena znaka ne utječe na valjanost prijenosa vlasništva.⁵⁶ Ovaj se oblik uglavnom koristi za strojeve i opremu s kojima fiducijant obavlja poslovnu djelatnost.

Postoji i *Mantelübereignung*⁵⁷. Kod ovog se oblika ne ugovara anticipirani

(BGH 28, 16, NJW, 58 1133). Dovoljno bi određen bio predmet fiducijarnog prijenosa vlasništva kod kojeg bi dužnik prenio vlasništvo ili *Anwartschaftrecht* na svim svojim sirovinama, poluproizvodima i gotovim proizvodima koji leže na tvorničkom zemljištu čija je skica priložena ugovoru. Vidi KREBS, E. *Einführung in das Recht der Sicherungsübereignung*, Stuttgart, 1990., str. 35.

⁵¹ WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 121.

⁵² BGH NJW 1958., 1133; BGH WM 1979., 300. Vidi POTTSCHEMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 218.

⁵³ OLG Köln, WM 1985., 119.

⁵⁴ BGHZ 117, 200. Vidi WEBER, H., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 122. i tamo citiranu literaturu.

⁵⁵ POTTSCHEMIDT, G./ ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, München, 1992., str. 220.

⁵⁶ *loc.cit.*

⁵⁷ *loc.cit.*

prijenos vlasništva stvari koje će tek biti stečene, već se fiducijant obvezuje da će u budućnosti prenositi vlasništvo fiducijaru, a pri tom se istodobno ugovara način (*modus*) prijenosa vlasništva na naknadno stečenim pokretnim stvarima. Vlasništvo se smatra prenijetim prihvaćanjem skladišne liste u kojoj su popisane stvari. Do toga se trenutka fiducijant smatra vlasnikom pokretne stvari.

Kao i pri zadržanju prava vlasništva, i pri fiducijarnom prijenosu vlasništva postoje vertikalno produžene i horizontalno proširene klauzule. Neke od tih su: *Nachschubklausel* - prema kojoj fiducijar stječe vlasništvo i na stvarima koje su naknadno unijete u skladište; *Ersatzklausel* - prema kojem fiducijar postaje vlasnikom i onih stvari koje su zamijenile ili su nadomjestile stvari na kojima je prenijeto vlasništvo kao i *Erlösklausel*, kod kojih fiducijar postaje vlasnik prihoda koji je ostvaren prodajom pokretne stvari na kojoj je prenijeto vlasništvo, odnosno ako prihod nije naplaćen, postaje vjerovnik te tražbine.⁵⁸ Isto tako, postoji mogućnost ugovaranja *Herstellerklausel*, prema kojoj fiducijar neposredno stječe vlasništvo na prerađenoj stvari (par. 950 BGB).

2.7. Supsidijarna primjena pravila o ručnom zalogu?

S obzirom da za ugovor o osiguranju tražbine vrijedi sloboda forme, postavlja se pitanje na koji će se način urediti odnosi između fiducijanta i fiducijara ako je sklopljen usmeni sporazum ili ako ugovorne strane nisu pismenim ugovorom regulirale određena pitanja. Mogu li se na njihov pravni odnos primijeniti na odgovarajući način odredbe BGB-a o ručnom zalogu? Neakcesornost i apstraktnost ovog osiguranja tražbine upućivala bi na otklanjanje analogne primjene pravila o ručnom zalogu. Za supsidijarnu primjenu odredbi o ručnom zalogu posebice se zalažu oni autori koji pravnodogmatski nastoje institut prijenosa vlasništva tumačiti kao atipično založno pravo, uz objašnjenje da oba instituta obavljaju istu ekonomsku funkciju.⁵⁹ Ima stajališta koja prihvaćaju analognu primjenu.⁶⁰ Prema drugom shvaćanju analogna primjena ne dolazi u obzir, osobito glede pravila o prisilnom ostvarenju osigurane tražbine⁶¹, jer je otklanjanje provedbe prisilne javne prodaje jedan od razloga nastanka ovog instituta. Podijeljena su stajališta oko pitanja treba li analogno primijeniti zabranu *lex commissoriae* (*Verbot der Verfallklausel*).⁶² Prevladava shvaćanje o dopustivosti primjene *lex commissoriae* uz distinktivne kriterije.⁶³

⁵⁸ QUACK, F. *Münchener Kommentar zum BGB, Sachenrecht*, 2. izd. München, 1986., str. 777, par. 71.

⁵⁹ Vidi REICH, N., *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsübereignung*, 17 AcP, 169 Heft 3, str. 257; gdje navodi slijedeće autore, mahom procesualiste: Jäger-Lent, Stein-Jonas, Baumbach-Lauterbach, itd.

⁶⁰ BAUR, F., *Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1985., str. 562.

⁶¹ WEBER, Hj., *Kreditsicherheiten*, 4. izd. München, 1994., str. 129.

⁶² Umjesto svih vidi QUACK, F., u: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. izd., München, 1984., str. 780, par. 86.

⁶³ Vidi POTTSCHMIDT, G./ROHR, U., *Kreditsicherungsrecht*, 4. izd. München, 1992., str. 241.

3. Pravni okvir hrvatskog prava

Kada je u pitanju domaće pravo, prema tipologiji Ovršnog zakona naš se zakonodavac opredijelio za usvajanje paralelizma instituta namijenjenih osiguranju, predvidio je različite mogućnosti njihova nastanka (pred sudom i javnim bilježnikom) te je ugovoru dodao određene procesnopravne učinke. Potonje obilježje predstavlja jedinstveno usporednopravno rješenje.

Tipologija sredstava osiguranja prema Ovršnom zakonu predstavljaju sponu između novog i starog. Naime, učinak dobrovoljnog zalaganja pokretne stvari bez predaje u neposredni posjed vjerovnika mogao se u vrijeme Zakona o izvršnom postupku⁶⁴ postići primjenom sudskog osiguranja tražbine na temelju sporazuma stranaka zasnivanjem založnog prava na pokretnoj stvari. Institut založnopravnog osiguranja preuzet je u Ovršni zakon⁶⁵ bitno usavršen i doraden (čl. 261-272 OZ). Međutim, u novom se zakonu na istim osnovama regulira i *javnobilježničko* založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka.⁶⁶ Uvođenje sudskog i javnobilježničkog osiguranja prijenosom vlasništva na stvari apsolutna je novina (čl. 273 - 279. OZ).⁶⁷

I Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁶⁸ u dijelu kojem regulira založno pravo unosi izmjene glede tipologije jer razlikuje sudsko dobrovoljno od sudskog prisilnog založnog prava. Uvodi blanketnu mogućnost osnivanja registarskog založnog prava te na novim temeljima regulira izvansudsko založnopravno namirenje. S druge strane, ZV dotiče se i fiducijarnog vlasništva i to u odredbama čl. 34. koji nosi naziv "Ograničenja (prava vlasništva) na temelju pravnog posla". Odredbe čl. 34. ZV šireg su polja primjene jer osim pravnih učinaka *prenesenog* vlasništva reguliraju i pravne učinke *pridržanog*, odnosno *oročenog* vlasništva, pa je ovo uređenje *lex generalis* za sve oblike ograničenja prava vlasništva na temelju pravnog posla. S druge strane, odredbe Ovršnog zakona predstavljaju *lex specialis* za one *prijenose* prava vlasništva koji su sklopljeni pred sudom ili javnim bilježnikom.

Uvođenje novih i razrada već postojećih instituta za osiguranje tražbina pruža suogovarateljima nekoliko različitih mogućnosti. Oni se mogu opredjeliti za založnopravno osiguranje pri čemu mogu sporazum sklopiti pred sudom ili javnim bilježnikom, a ista takva im mogućnost stoji na raspolaganju ako se opredijele za

⁶⁴ NN, 53/91

⁶⁵ NN, 57/96.

⁶⁶ Iscrpnu raščlambu sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja vidi u: DIKA, M. *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996, str. 75-98. Vidi i MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb 1997. str. 345-357.

⁶⁷ Iscrpnu analizu ovog instituta vidi kod: BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996, str. 99-140.

⁶⁸ NN, 91/96.

prijenos vlasništva. Izbor odgovarajućeg instituta namijenjenog osiguranju ovisit će pregovaračkom položaju dužnika i vjerovnika. Pretpostavlja se da će jači kreditori biti skloniji prijenosu vlasništva, jer im titulus vlasnika, makar i privremenog pribavlja bolji postupovni položaj. Primjerice, kada treći pokušava provesti ovrhu na predmetu osiguranja, vlasnik, pa i onaj fiducijarni, može spriječiti provedbu ovrhe (čl. 55. st. 1. OZ), dok založni vjerovnik to ne može - on ima samo pravo da se povodom te ovrhe namiri prema svom prvenstvenom redu (čl. 145. st. 1. OZ).

U nastavku se iznosi način osnivanja pojedinih instituta prema odredbama Ovršnog zakona.

3.1. Založnopravno osiguranje

Iako su sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje regulirani u istoj glavi Ovršnog zakona (Glava XXVII), položaj se stranaka donekle razlikuje provede li se osnivanje pred sudom ili javnim bilježnikom.

Sudsko osiguranje zasnivanjem založnog prava na pokretnoj stvari osniva se pred sudom na čijem se području nalaze pokretne stvari (čl. 126. st. 1. OZ). Postupak se pokreće prijedlogom za osiguranje, kojim predlagatelj i protivnik osiguranje suglasno zahtijevaju od suda da odredi i provede pljenidbu pokretnih stvari protivnika osiguranja (čl. 262. t. 3. OZ). Povodom prijedloga sud određuje ročište i u zapisniku utvrđuje sporazum stranaka. Treba postojati suglasnost stranaka u pogledu postojanja tražbine i vremena njezina dospijeca, kao i suglasnost da se radi osiguranja iste tražbine osnuje založno pravo (čl. 263. st. 1. OZ). Sudsko dobrovoljno založno pravo nastaje kada sud po službenoj dužnosti provede radnje osiguranja (čl. 264. st. 3. OZ), a na temelju potpisanog zapisnika. Zapisnik je izjednačen sa sudskom nagodbom (čl. 263. st. 2. OZ), pa stoga predstavlja pravomoćnu konstataciju o postojanju tražbine i o uvjetima njena namirenja, odnosno ovršnu ispravu. Putem kvalitete ovršne isprave postiže se učinak maksimalnog ubrzanja ostvarenja osigurane tražbine jer se time zaobilazi vođenje parničnog postupka. Naime, ovrha se određuje i provodi već na prijedlog predlagatelja osiguranja, pod uvjetom da je sporazum postao ovršan (čl. 267. st. 1. OZ). O provedbi osiguranja sud objavljuje oglas u "Narodnim novinama" i po potrebi u drugim sredstvima javnog priopćavanja (čl. 266. st. 1. OZ). Ova odredba predstavlja također novost u odnosu na ranije uređenje. Objava oglasa je u funkciji publiciteta i ona je zasad nadomjestak za upisnik. Nakon osnivanja upisnika objava oglasa više neće biti potrebna. S druge strane, objava oglasa ima deklaratorni značaj, a propuštanje te dužnosti ne povlači za sobom nevaljanost sporazuma.

Na **javnobilježničko osiguranje** se na odgovarajući način primjenjuju odredbe o sudskom osiguranju. Po sadržaju, sporazum stranaka pred javnim bilježnikom podudara se sa sporazumom stranaka pred sudom (čl. 269. st. 1. OZ). Sporazum može biti u obliku javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave (čl. 269. st. 1. OZ). U sporazumu treba biti sadržana suglasnost dužnika da se na nekom njegovom predmetu osnuje založno pravo radi osiguranja određene novčane tražbine vjerovnika (čl. 269. st. 1. OZ). Umjesto suda pljenidbu pokretnih stvari poduzima

javni bilježnik, na način na koji to poduzima sud, ali uvijek uz suglasnost stranaka. Zbog toga je javni bilježnik dužan o svakoj radnji koja zahtijeva suradnju stranaka sastaviti zapisnik koji stranke moraju potpisati. Radnje poduzete bez suglasnosti stranaka nemaju pravni učinak. (čl. 269. st. 3. OZ). Ako dužnik uskrati suradnju u provedbi pljenidbe putem javnog bilježnika, provedbu je pljenidbe moguće zatražiti od suda na temelju javnobilježničkog akta ili solemnizirane privatne isprave. Na taj će se način spasiti neuspjeli pokušaj provedbe javnobilježničkog osiguranja. U tom slučaju ovršni sud provodi radnje osiguranja po službenoj dužnosti (čl. 271. st. 1. OZ). Javni je bilježnik dužan o svakom provedenom osiguranju dostaviti otppravak sudu (čl. 272. st. 1. OZ). I javnobilježničko osiguranje objavljuje se u "Narodnim novinama" (čl. 271. st. 1. u vezi s čl. 266. st. 1. OZ).

Mogućnost osnivanja dobrovoljnog založnog prava na pokretnim stvarima dužnika bez predaje u posjed vjerovniku i pred sudom i pred javnim bilježnikom otvara pitanje **pravnih razlika** ovih dvaju načina nastanka. U čemu će se razlikovati pravni položaj založnog vjerovnika koji je svoju tražbinu osigurao pred sudom od onoga koji je to učinio pred javnim bilježnikom? Na pravnu razliku između sudskog i javnobilježničkog osiguranja ukazuje se u odredbi čl. 271. st. 1. OZ, u kojoj se propisuje da se na javnobilježničko osiguranje primjenjuju sve odredbe sudskog osiguranja osim odredbe čl. 267. st. 1. OZ.⁶⁹ Riječ je o redakcijskoj omašci, stoga valja citirani zakonski članak zamijeniti s čl. 264. st. 1. OZ.

Temeljem odredbe čl. 264. st. 1. OZ proizlazi da se razlika između sudskog i javnobilježničkog založnopravnog osiguranja sastoji u tome što sud rješenjem određuje i provodi mjere osiguranja nakon sklapanja sporazuma, a javni bilježnik to uvijek čini uz suglasnost stranaka. Suglasnost stranaka treba biti materijalizirana u obliku zapisnika, a njegovim potpisivanjem stranke sporazumno priznaju pravni učinak poduzete radnje (čl. 269. st. 3. i 4. OZ). Stoga takav zapisnik nema učinak rješenja o osiguranju.

S druge strane, kod sudskog se dobrovoljnog založnog prava, nakon potpisivanja zapisnika, sudske radnje osiguranja poduzimaju po službenoj dužnosti (čl. 264. st. 1. OZ). Obzirom na ulogu suda u postupku osiguranja, postavlja se pitanje hoće li mješovita priroda ovog pravnog instituta utjecati na njegovu sudbinu u nekoj daljnjoj fazi ugovornog odnosa, odnosno u slučaju da nad dužnikom bude otvoren stečajni postupak.

Naime, prema čl. 97. SZ razlučno ili slično pravo koje je neki stečajni vjerovnik stekao tijekom posljednjih trideset dana **sudskom ovrhom ili osiguranjem** prestaje otvaranjem stečajnog postupka. Znači li to da će prestati razlučno pravo stečeno **sudskim** osiguranjem na temelju sporazuma stranaka? Naime, sudsko osiguranje na temelju sporazuma stranaka (glava XXVII. Ovršnog zakona) sustavno je obuhvaćeno postupcima osiguranja (dio III. Ovršnog zakona).

⁶⁹ Redaktorima zakona potkrala se greška, jer čl. 271. st. 1. govori o otklanjanju primjene odredbi "o rješenju o osiguranju" iz čl. 267. st. 1. OZ, dok čl. 267. st. 2. pojašnjava da rješenje iz dotičnog stavka ima važnost "rješenja o ovrsi". Stoga bi valjalo ukloniti ovu redakcijsku omašku upućivanjem da se "na javnobilježničko osiguranje na odgovarajući način primjenjuju sve odredbe, osim odredbe stavka 1. članka 264. ovog Zakona o rješenju o osiguranju.

Na ovu nedoumicu ukazuju i sami tvorci zakona.⁷⁰ Citiranu bi se odredbu moglo tumačiti na dva načina. Prema doslovnoj literarnoj interpretaciji prestanak bi zahvaćao i dobrovoljna i sudska založna prava. Prema teleološkoj interpretaciji prestanak bi se odnosio samo na sudska (prisilna) založna prava. Javnobilježničko dobrovoljno založno pravo bilo bi izvan dosega ove odredbe. Oprezan bi vjerovnik trebao stoga, za svaki slučaj, koristiti javnobilježničko osiguranje ako njegovu dužniku, odnosno zalogodavcu prijeti opasnost otvaranja stečajnog postupka.

Ipak čini se da bi minimalna intervencija *de lege ferenda* mogla na zadovoljavajući način riješiti ovo pitanje. Treba, naime, poći od toga da se i sudsko i javnobilježničko osiguranje temelje na sporazumu stranaka. Stoga bi ih u stečajnom postupku valjalo tretirati na isti način, jer bi u protivnom izbor načina sklapanja ugovora, koji bi mogao biti uvjetovan razlikama u iznosu sudskih, odnosno, javnobilježničkih pristojbi, imao dalekosežne posljedice na opstojnost stvarnopravnog osiguranja.

S obzirom da dobrovoljna sredstva osiguranja nisu prestajala niti u vrijeme važenja ZPNSL, u čl. 97. SZ, korisno bi bilo unijeti dopunu da prestaju različna prava stečena sudskom ovrhom ili osiguranjem **“bez pristanka ovršenika”**, kako bi se naglasilo da ova posljedica (otvaranje stečajnog postupka) pogađa samo prisilno založno pravo.

Druga bi razlika između sudskog i javnobilježničkog osiguranja proizlazila iz okolnosti da dužnik pri javnobilježničkom osiguranju ne bi imao pravo na žalbu niti drugi pravni lijek u postupku “javnobilježničkog osiguranja”, već bi morao pokrenuti parnicu, dok bi trećima bilo dopušteno da prigovore protiv javnobilježničkog osiguranja ostvaruju pred sudom (osiguranja) koji bi bio nadležan da osiguranje nije proveo javni bilježnik (čl. 271. st. 3. OZ). Razlika je utemeljena na shvaćanju da javni bilježnici nisu tijela državne vlasti i svoje službene radnje u postupku osiguranja mogu provoditi isključivo na temelju pristanka stranaka.⁷¹

3.2. Osiguranje prijenosom vlasništva

Fiducijarnim se prijenosom vlasništva u nas po prvi put uvodi institut fiducije u stvarno pravo. Fiducijarni pravni poslovi nisu u domaćoj literaturi bili često tretirana tema.⁷² S donošenjem Zakona o obveznim odnosima u naše su obvezno pravo uvedeni fiducijarni pravni poslovi inkaso cesije (čl. 444. st. 2. ZOO) i cesije radi osiguranja (čl. 455. ZOO).⁷³

Kada su u pitanju pokretne stvari, institut sudskog i javnobilježničkog

⁷⁰ DIKA, M. *Sudsko i javnobilježničko založnopravno osiguranje na temelju sporazuma stranaka*, u: Zbornik radova “Novo stečajno i ovršno pravo”, Zagreb 1996., str. 91.

⁷¹ DIKA, M. *Pravni lijekovi u ovršnom postupku i postupku osiguranja*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 3, 1996., str. 201.

⁷² ŠMALCELJ, Ž. *Fiducijarni ugovori (ugovorni povjerenja) u imovinskom pravu*, Naša zakonitost 1969., str. 119. i dalje.

⁷³ GRBIN, I. *Ustupanje potraživanja ugovorom*, Zakonitost, 9-10/1991., str. 1048. i dalje.

osiguranja prijenosom vlasništva inspiriran je rješenjima njemačkog *Sicherungs-übereignung-a*, koji se *via facti* razvio u poslovnoj praksi i kojeg je sudska praksa sankcionirala, a da nikad formalno nije dobio svoje mjesto u njemačkom građanskom zakoniku.⁷⁴

3.2.1. *Pravni okvir*

U načinu osnivanja osiguranja tražbine prijenosom vlasništva pred sudom i javnim bilježnikom ne postoje razlike kakve se pojavljuju u založnopravnom osiguranju. Kao i pri osnivanju založnog prava pred sudom, postupak se pokreće prijedlogom. Za odlučivanje o prijedlogu za osiguranje prijenosom vlasništva na (pokretnoj) stvari mjesno je nadležan sud gdje se pokretne stvari nalaze (čl. 273. OZ). U povodu prijedloga sud određuje ročište na kojem se u zapisnik unosi njihov sporazum da se radi osiguranja novčane tražbine predlagatelja osiguranja (fiducijara) prenese na njega vlasništvo na nekoj (pokretnoj) stvari protivnika osiguranja (fiducijanta). U sporazum treba biti unijeto vrijeme dospijeca, odnosno način njegova određivanja. Protivnik osiguranja ne mora biti osobni dužnik (čl. 274. st. 1. OZ).

Predlagatelj osiguranja postaje vlasnik potpisivanjem zapisnika. Zapisnik ima snagu sudske nagodbe. Ako je u zapisnik unijeta izjava protivnika da pristaje da se neposredno na temelju zapisnika zatraži protiv njega prisilna ovrha radi predaje pokretne stvari u posjed (nakon dospijeca), zapisnik se smatra ovršnom ispravom (čl. 274. st. 7. OZ).

O prijenosu vlasništva na pokretninama objavljuje se oglas u "Narodnim novinama" (čl. 274. st. 9. OZ).

3.2.2. *Ugovorni sadržaj*

Postavlja se pitanje na koji će način ugovorne strane oblikovati odnos osiguranja prijenosom vlasništva. Zakon propisuje obvezne sastojke ugovora, koji se tiču ugovornih strana, tražbine i predmeta, a o kojim je ranije bilo govora, pa je unošenje tih podataka uvjet valjanosti pravnog posla (*essentialia negotii*). Zakon, međutim, u pojedinim propisima dispozitivne naravi rješava određena pitanja ugovornog odnosa, čiju primjenu mogu stranke drukčijim sporazumom otkloniti (*naturalia negotii*). To se posebno odnosi na propis sadržan u čl. 274. st. 6. OZ, prema kojem se vlasništvo smatra prenesenim kada obje stranke potpišu zapisnik u kojem je sadržan njihov sporazum. Naime sporazum o osiguranju može se sklopiti, iako tražbina nije egzistentna. To u konkretnom slučaju znači da zajam nije još isplaćen, odnosno da nije došlo do predujmljivanja kredita. Stranke mogu u tome slučaju uvjetovati trenutak prijenosa vlasništva trenutkom isplate zajma (suspenzivan uvjet). Dispozitivne je naravi i propis prema kojem je dužnik (fiducijant) ovlašten i dalje koristiti stvar, iako je ona vlasništvo fiducijara, a fiducijar nije ovlašten tu stvar

⁷⁴ Usporednopravnu analizu ovog instituta vidi u: ČULINOVIĆ-HERC, E. *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (doktorska disertacija), Zagreb 1997., 442. str.

otuđiti ili opteretiti (čl. 275. st. 1. OZ). Stranke, dakle mogu ugovoriti i drukčije, da će stvar biti kod fiducijara, odnosno da je fiducijar ovlašten otuđiti ili opteretiti stvar.

Za potpuno oblikovanje ugovornog odnosa bit će u pravilu potrebno da stranke riješe mnoga druga pitanja, koja po naravi stvari ne može rješavati zakonodavac. U tom smislu naprijed navedena rješenja u njemačkoj poslovnoj i sudskoj praksi mogu poslužiti kao vrijedna orijentacija. U prvoj fazi recepcije ovoga instituta postojat će i povećana potreba da se posegne za tim rješenjima dok se ne oblikuje autohtona domaća poslovna i sudska praksa. Recepciji rješenja valja pristupiti selektivno, obzirom da u obilježjima samog instituta kao i u nekim drugim načelima stvarnopravnog uređenja postoje određene razlike.

3.2.3. Oспорavanje valjanosti ugovora

Za razliku od njemačkog prava, u domaćem pravu fiducijarni prijenos vlasništva na pokretnim stvarima strogo je formalni ugovor, koji se sklapa pred određenim tijelom (sudom ili javnim bilježnikom) i proizvodi određene procesnopravne učinke. Zaodjenutost ugovora u procesnu formu, odnosno njezino poistovjećivanje sa sudskom nagodbom (potencijalnom ovršnom ispravom) čini upitnim način njegova pobijanja. Ima shvaćanja da ne bi bilo dopušteno dokazivati da sadržaj pravnog posla nije onakav kako su ga stranke sporazumom uredile, već bi se takva nagodba mogla pobijati samo u posebnoj parnici.⁷⁵ U znanosti građanskog procesnog prava sporno je može li se sudska nagodba pobijati samo izvanrednim pravnim lijekovima (i kojima) ili se ona zbog svoje mješovite naravi može osporavati i materijalno. Ima shvaćanja da se uvjeti pravovaljanosti sudske nagodbe procjenjuju prema pravilima materijalnog i procesnog prava.⁷⁶ Ona bi se mogla osporavati nekim izvanrednim pravnim lijekovima,⁷⁷ ali i zbog postojanja razloga ništavosti.

3.2.4. Razlozi ništavosti

Iz ranijeg prikaza rješenja u njemačkom pravu vidljivo je da su najčešći razlozi poništenja ovih ugovora preosiguranje vjerovnika i gospodarsko okivanje dužnika. Ovi činjenični sklopovi mogli bi se u našem pravu supsumirati pod pojam zelenošskog ugovora (čl. 141. ZOO).⁷⁸ Za razliku od njemačkog prava, gdje osim jake sudske kontrole ugovora postoji i jaka zakonodavna (preventivna) kontrola općih

⁷⁵ MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Godišnjak 4, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse 1997., str. 356.

⁷⁶ JELČIĆ, O. *Ugovor o nagodbi*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 2, 1995., str. 176.

⁷⁷ TRIVA / DIKA / BELAJEC, *Građansko parnično procesno pravo*, 6. izd., Zagreb 1986., str. 477. Autori predlažu da to budu oni izvanredni pravni lijekovi koji se mogu istaknuti protiv presude na temelju priznanja.

⁷⁸ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996., str.

uvjeta poslovanja kroz prisilne odredbe Zakona o općim uvjetima poslovanja, u nas je naglasak na sudskoj kontroli *a posteriori* koja ulazi u polje primjene čl. 142-144. ZOO. Kako je najosjetljivije pitanje, pitanje uspostavljanja ugovorne ravnoteže između stranaka u situaciji kada fiducijar već po samoj naravi prava koje mu je preneseno dobija više nego što mu je potrebno za osiguranje tražbine. Zbog toga je fiducijant (odnosno protivnik osiguranja) ovlašten prema čl. 276. st. 1. OZ zahtijevati povrat onog što je predlagatelju prenijeto ako mu to više nije potrebno za osiguranje tražbine. Unošenje odredbe kojom bi se ovo pravo isključilo bilo bi protivno načelu poštenja i savjesnosti stoga bi takav uglavak bio ništav.⁷⁹ Zakonodavcu bi se u ovoj domeni moglo preporučiti pojačanje zakonodavne kontrole općih uvjeta poslovanja (banaka), na način kako je to učinjeno u njemačkom zakonodavstvu. Druge strane, bankarsko bi se formularno pravo moglo koristiti kao uzor domaćim gospodarskim subjektima obzirom da je ono "usklađeno" sa strogim standardima njemačkog Zakona o općim uvjetima poslovanja (AGBG).

Imajući u vidu ograničene i kvalifikatorne pretpostavke pobijanja ovog ugovora u našem pravu zbog njegovih procesnih svojstava, valjalo bi napomenuti da bi u našem pravu za razliku od njemačkog uvijek bilo moguće pobijati ugovor o osiguranju tražbine (koji je sklopljen pred sudom ili javnim bilježnikom) bude li valjanost temeljnog ugovora (kojim nastaje osigurana tražbina) dovedena u pitanje. Razlog tome je načelo kauzalne tradicije domaćeg prava prema kojem je za valjano stjecanje stvarnog prava (u ovom slučaju vlasništva) potreban osim modusa i valjani titulus. Suprotno tome u njemačkom je pravu modus apstraktan, odnosno samostalan prema titulusu, stoga prema prevladavajućem stajalištu u njemačkoj sudskoj praksi pravni posao prijenosa vlasništva (a to je osamostaljeni modus) jedva može biti doveden u pitanje.

3.2.5. Određenost predmeta prijenosa vlasništva

Zakonski okvir nalaže da predmet osiguranja tražbine (pokretna stvar) treba biti do te mjere određen da se bez poteškoća može utvrditi njegova istovjetnost (arg. iz čl. 266. st. 2. OZ). Skupne stvari ne mogu biti predmet osiguranja tražbine. Međutim kako OZ nabraja široku lepezu mogućih predmeta osiguranja, kombinacijom njihove primjene može se postići učinak vrlo sličan zalaganju aktive, s tom razlikom da predmet zalaganja ne smije biti neodređen. U protivnom postoji opasnost od primjene čl. 452. ZOO u smislu da se smatra da je vjerovnik tim pravnim poslom primio neku imovinsku cjelinu, pa odgovara i za dugove koji se odnose na tu cjelinu, a ta se odgovornost ne može niti ograničiti niti isključiti. Njemačko pravo sadrži istu zabranu, stoga se u takvoj situaciji primjenjuje institut preuzimanja imovine. Zahtjev za individualizacijom pokretne stvari na kojoj se prenosi vlasništvo dolazi u sukob s gospodarskim interesom da se omogućí zalaganje stvari koje ne ostaju trajno u posjedu fiducijanta već se njihov sastav mijenja, odnosno stvari koje još nisu u posjedu fiducijanta, a koje predstavljaju

⁷⁹ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb 1996., str. 119.

dostatnu vrijednosnu podlogu za osiguranje tražbine. To je posebno interesantno pri zalaganju stvari koje se nalaze u skladištu, pri čemu neke stvari ulaze a neke izlaze iz skladišta. Iz prikaza je vidljivo da je u njemačkoj poslovnoj praksi došlo do probijanja načela određenosti korištenjem posebnih tehnika individualizacije: označavanjem, izdvajanjem pa se postavlja pitanje je li to moguće i u nas. Iz dikcije čl. 274. st. 9. OZ u kojem se navodi da se pokretnine koje su predmet osiguranja moraju navesti u oglasu izvodi se zaključak da su to individualno određene stvari koje se u trenutku sklapanja sporazuma o osiguranju tražbine nalaze u posjedu dužnika. Buduće bi stvari prema ovoj dikciji bile isključene.

S druge strane obzirom da su u pitanju generičke stvari mogao bi se prihvatiti pristup da je dopušteno njihovo zalaganje pod uvjetom da se one mogu individualizirati bilo izdvajanjem ili označavanjem, ali ta dva oblika nisu osobito sigurna za vjerovnika. Dok je raniji ZOVO dopuštao i takve oblike predaje, u novom ZV nema o tome nikakvih odredbi pa je upitno je li takva predaja valjana. Drukčija je situacija ako se predaje isprava odnosno vrijednosni papir koji zamjenjuju odnosne stvari u pravnom prometu. Kriteriji za ovaj oblik predaje u posjed (koja je uvjet za prijednos vlasništva) propisani su u čl. 14. ZV.

3.2.6. Razvijeni oblici

U njemačkom je pravu moguć prijenos vlasništva na pokretnoj stvari fiducijanta, koja je kupljena uz klauzulu o zadržanju prava vlasništva, iako osoba koja prenosi vlasništvo nije (još) aktualni vlasnik stvari. Po svojim učincima takav je prijenos izjednačen s prijenosom vlasništva na stvari koja u potpunosti pripada fiducijantu. Smatra se da fiducijant ima tzv. pravo na čekanje (postati vlasnikom) koje se "ponaša" kao stvarno pravo. U primjeni Ovršnog zakona interesantno je pitanje je li dopušten prijenos vlasništva one stvari na kojoj je prodavatelj zadržao pravo vlasništva. Na ovo se pitanje daje potvrđan odgovor. Pravo na čekanje, odnosno pravo očekivanja prenosi se na isti način kao i vlasništvo.⁸⁰ Prema tome ista pokretna stvar može poslužiti za osiguranje robnog i novčanog kredita. Vrijednost stvari koja je predmet osiguranja određuje se na način da se od ukupne vrijednosti oduzme onaj dio kupovne cijene koji još nije isplaćen prodavatelju. Problem nastaje ako dužnik ne isplati u potpunosti prodavatelja jer će prodavatelj vjerovatno zahtijevati povrat stvari. U tom su slučaju prava fiducijara slabija od prava prodavatelja koji je zadržao pravo vlasništva, jer nitko ne može prenijeti više prava nego što ga sam ima, stoga je fiducijant koji prenosi pravo na čekanje pravnotehnički gledano neovlasnik, pa pri procjeni fiducijarovog pravnog položaja valja primijeniti odredbe o stjecanju vlasništva od neovlasnika. Fiducijar bi svakako imao interes iskupiti stvar umjesto kupca-fiducijanta.

3.2.7. Komisorna klauzula

Praktično i teoretski interesantno je pitanje bi li stranke mogle sporazumom o osiguranju ugovoriti *lex commissoria*. Povijesni su razlozi nastanka *lex*

⁸⁰ BARBIĆ, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava*, u: Zbornik radova "Novo stečajno i ovršno pravo", Zagreb, 1996., str. 107.

commissoriae dobro poznati, kao je što poznato da se u fazi sklapanja ugovora o osiguranju dužnik, odnosno fiducijant nalazi pod jakim psihološkim pritiskom, pa je spreman, da bi dobio kredit, pristati i na tegobne uvjete. Ovo je pitanje također aktualno u njemačkom pravu, a o tom se pitanju treba odrediti i naša poslovna i sudska praksa.

Kao što je već napomenuto u prevladavajućem dijelu njemačke doktrine polazi se od selektivne dopustivosti ugovaranja *lex commissoriae*. Općenito se smatra da je nastanak prijenosa vlasništva na pokretnim stvarima rezultat otpora poslovne prakse prema načinu namirenja koji je predviđen za založno pravo na pokretnim stvarima (javna prodaja). Iz toga je nadalje slijedilo pitanje može li se osim obvezatnosti prisilne prodaje zaobići i zakonska zabrana *lex commissoriae*. Slijedeći u osnovi liberalan stav u pitanjima načina namirenja prevladalo je shvaćanje da je *lex commissoria* dopustiva. Međutim, dopustiva je samo ona *lex commissoria* kod koje se vrijednost tražbine stavlja u vezu s vrijednosti predmeta, pa fiducijar postaje puni vlasnik predmeta osiguranja samo u onom dijelu koji odgovara osiguranoj tražbini, a ostatak treba vratiti fiducijantu.

Sporno je međutim, je li ovaj uglavak moguće ugovoriti tek o dospijeću, ili već prilikom sklapanja ugovora. U dijelu usporednopravnih sistema zabrana *lex commissoriae* traje za vrijeme čitavog ugovornog odnosa, dok je taj uglavak prema drugima dopušteno ugovoriti nakon sklapanja ugovora. U tom je svjetlu nužan i komentar odredbe čl. 274. st. 7. OZ, prema kojem je moguće *ab initio* ugovoriti da će se neposredno na temelju zapisnika moći zatražiti prisilna ovrha radi predaje pokretne stvari. Ovu bi odredbu trebalo tumačiti na način da bi predaja stvari u posjed vjerovnika imala smisao predaje radi **provedbe** namirenja iz vrijednosti predmeta (prema hodogramu koji predviđen ugovorom ili zakonom), a ne predaje radi **zadržanja** predmeta radi namirenja, kakva mogućnost postoji u nekim pravnim sustavima. Predajom stvari u posjed vjerovnika na temelju sporazuma kao ovršne isprave, vjerovnik može steći mogućnost da se namiri kroz gospodarsko iskorištavanje predmeta bez potrebe da ga prisvoji sa sebe. To će biti slučaj kod velikih investicijskih zahvata.⁸¹ Ako bi naprotiv predaja tumačila kao prisvajanje, ova bi klauzula imala značaj *lex commissoriae*, a nju bi ipak i kod ovog sredstva osiguranja tražbine trebalo smatrati zabranjenom u vrijeme sklapanja ugovora.⁸²

⁸¹ *Ibid.*, str.134.

⁸² Prema našem je pravu komisorni uglavak zabranjen. Nije jedino izvjesno odnosi li se ta zabrana za cijelo vrijeme vrijeme trajanja založnog odnosa (talijansko pravo) ili ona vrijedi samo kod osnivanja (francusko pravo), odnosno do dospjeća (njemačko pravo). U našoj literaturi je došlo do izražaja stajalište da bi se nakon osnivanja *lex commissoria* mogla ugovoriti kao *datio in solutum*. Vidi RAJAČIĆ, Č. *Stvarno pravo - predavanja*, Zagreb 1956, str. 332, kao i stajalište da bi se *lex commissoria* mogla ugovoriti nakon osnivanja založnog prava. Vidi: VEDRIŠ, M./ KLARIĆ, P. *Građansko pravo*, Zagreb, 1996., str. 254.

4. Odabir sredstva osiguranja tražbine

U novom okruženju sredstava osiguranja odluku o tome hoće li se koristiti prijenosom vlasništva ili založnim pravom da bi osigurali svoju tražbinu, vjerovnici će donijeti nakon što se opredijele oko niza pitanja. Žele li sredstvo osiguranja koje će u pravilu biti neakcesorno, tada će pribjeći prijenosu vlasništva. Isto će učiniti žele li osigurati tražbine koje još nisu egzistentne. S druge strane, koriste li oblike produljenog i proširenog prijenosa vlasništva, (iako ta tehnika neće uvijek biti sigurna za vjerovnika), mogu postići učinak tekućeg zaloga, ako za to postoji interes. Sljedeće pitanje oko kojeg se ugovorne strane trebaju opredijeliti je način provedbe prisilnog namirenja, koje se pri založnopravnom osiguranju ostvaruje u postupku ovrhe, dok se kod osiguranja prijenosom vlasništva ostvaruje izvan-sudskim putem.

Otvaranjem različitih opcija u domeni prisilnog namirenja, i to, uvođenjem novog instituta (prijenosa vlasništva), kao i propisivanjem da se provedba prisilne ovrhe pri založnopravnom osiguranju može povjeriti javnom bilježniku, u našem će pravnom sustavu omogućiti da se predmet unovči učinkovito i pod što povoljnijim uvjetima. S druge strane, na odluku o izboru pojedinog sredstva osiguranja tražbine utjecat će i visina troškova sudskog, odnosno javnobilježničkog namirenja.

Kada se u primjeni bude koristio fiducijarni prijenos vlasništva valjat će imati na umu da će se pojedina rješenja njemačke poslovne prakse moći primjenjivati selektivno s obzirom da se instituti razlikuju u nekoliko točaka. Ishodišna se razlika pojavljuje u pogledu forme ugovora o osiguranju tražbine prijenosom vlasništva, koji je u njemačkom pravu neformalan dok kod nas ne samo da se sklapa u pismenoj formi već i pred određenim organom (sudom ili javnim bilježnikom).⁸³ Zahtjev ispunjenja kvalificirane forme proizlazi i iz pravnih učinaka koje proizvodi taj ugovor. On naime ima snagu sudske nagodbe, a ona se nalazi u krugu potencijalnih ovršnih isprava (čl. 21. OZ). Iz toga proizlaze i određene razlike u pogledu osporavanja tog ugovora koji je zaodjenut u procesnu formu. *Stranke bi samo u posebnoj parnici mogle pobijati takvu nagodbu, a sve dok ne bi bila donesena o tome pravomoćna sudska odlukasporazum bi dokazivao ono što je njime određeno sa snagom njesumnjive isprave.*⁸⁴ Stranke mogu dati sporazumu o osiguranju šire značenje ugovorivši da će se, primjerice, neposredno na temelju zapisnika moći zatražiti prisilna prodaja radi predaje pokretne stvari (čl. 274. st. 7. OZ). Naprotiv, u njemačkom pravu fiducijar treba predaju stvari u posjed zahtijevati uvijek sudskim putem (izostane li dobrovoljna predaja od strane fiducijanta).⁸⁵

⁸³ *Ibid.*, str. 115-125 i 155-159.

⁸⁴ Vidi MATKO-RUŽDIJAK, J. *Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka*, Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse, Godišnjak 4, Zagreb 1997., str. 356.

⁸⁵ *Ibid.*, str. 291.

Unošenjem uglavka iz čl. 274. st. 7. OZ za vjerovnika se otvara mogućnost zaobilaženja pamičnog postupka radi predaje stvari u posjed. Pri založnopravnom osiguranju ovakav uglavak nije niti potreban, obzirom da se nastupom ovršnosti sporazuma o osiguranju postupak osiguranja nastavlja u ovrhu (čl. 267. st. 1. OZ) u kojoj se provodi založno namirenje.

Vjerovnik kojem je radi osiguranja prenijeto vlasništvo raspolagat će nemalim prednostima u odnosu na založnog vjerovnika. U situaciji kada treća osoba zahtijeva provedbu ovrhe na toj pokretnoj stvari, založni vjerovnik neće moći spriječiti provedbu ovrhe već će se samo povodom ovrhe trećeg moći namiriti po prvenstvenom redu koji mu pripada. Naprotiv, ulaganjem izlučnog prigovora (čl. 55. OZ) fiducijar će biti u stanju spriječiti provedbu ovrhe, bez obzira što njemu ne bi trebalo priznati više od prava da se poput založnog vjerovnika prvenstveno namiri, jer je vlasništvo stekao radi osiguranja.

5. Pokazatelji u primjeni

Primjena se postupaka osiguranja pred sudom ili javnim bilježnikom može pratiti zahvaljujući tome što se navedeni sporazumi o osiguranju objavljuju u "Narodnim novinama" (čl. 266. st. 1. i 274. st. 9. OZ). Tekstovi objavljenih oglasa lakonski reproduciraju bitne sastojke sporazuma o osiguranju. Tome unatoč, može se uočiti struktura kreditnih odnosa: iznosi kredita koji se osiguravaju, instituti kojima se krediti osiguravaju, predmeti koji se najčešće koriste, tijela pred kojima postupci osiguranja provode. U ovom je radu obrađeno prvih stotinu oglasa objavljenih u "Narodnim novinama" do 30. listopada 1996. što ujedno ukazuje na prva prva dva mjeseca primjene.⁸⁶

Tko su osobe koje se pojavljuju kao kreditori, odnosno predlagatelji osiguranja? To su najčešće banke, a rjeđe druge pravne i fizičke osobe. Riječ je pretežito o domaćim bankama. Strane pravne i fizičke osobe pojavljuju se kao kreditori u četiri slučaja. Treba li neznatnu zastupljenost stranih vjerovnika pripisati početku primjene reformiranog zakonodavstva osiguranja tražbina? Ne treba naime dvojiti učinkovitost nove tipologije osiguranja jer se u našem pravnom poretku veliki pomaci u učinkovitosti postižu izjednačavanjem sporazuma o osiguranju sa sudskom nagodbom, čime dolazi do zaobilaženja pamičnog postupka. Da bi se moglo utvrditi je li nova pravna infrastruktura djelovala kao činitelj privlačenja stranog kapitala, potrebno je promatrati provedene postupke u duljem vremeskom razdoblju.

Među četiri strana kreditora, tri su pravne i jedna je fizička osoba. U dva slučaja su predmet osiguranja bile pokretne stvari, dok su u ostala dva slučaja

⁸⁶ Ovršni zakon objavljen je u "Narodnim novinama" 12. srpnja 1996., a stupio je na snagu tridesetog dana od dana objave.

predmetom bile nekretnine. U slučajevima gdje je predmet bila nekretnina osiguranje je provedeno osnivanjem založnog prava, a ne prijenosom vlasništva.⁸⁷

Kada je u pitanju osoba dužnika, odnosno protivnika osiguranja, koji mogu, ali i ne moraju, biti osobni dužnici založnog vjerovnika ili fiducijara pojavljuju se ravnomjerno pravne i fizičke osobe. U 45 slučajeva dužnici, odnosno zalagodavatelji su fizičke osobe. U 8 slučajeva pored pravne osobe kao protivnika osiguranja pojavljuje se jedna ili više fizičkih osoba. Radi se uglavnom o situacijama gdje je jedan od protivnika osiguranja društvo s ograničenom odgovornošću (samo u jednom slučaju protivnik osiguranja je dioničko društvo). U dva slučaja nije u oglasu navedeno ime protivnika osiguranja. U preostalim 45 slučajeva dužnici su pravne osobe.

Kakvi se sve predmeti nude kao osiguranje? U većini objavljenih provedenih postupaka osiguranja predmet osiguranja bila je nekretnina (63 slučaja). U dva slučaja postupak je osiguranja proveden kao da je riječ o pokretnoj stvari, iako je u pitanju priraštaj nekretnine. Riječ je osnivanju založnog prava na suncokretu koji je zasijan na određenim površinama (oranicama). Zasijani suncokret je neodvojivi dio zemljišta, a **“dio stvari koji se ne može od stvari fizički odvojiti a da ne bude time uništen on ili sama stvar (bitni dio) ne može biti samostalnim objektom stvarnih prava...”** (čl.6.st.1. ZV). Čini se da iz toga treba izvesti zaključak da založno pravo nije ni nastalo te da bi ga trebalo provesti onako kako se to čini za nekretnine, pa bi osim oglašavanja bilo potrebno provesti upis u zemljišne knjige (tek bi taj upis bio konstitutivan). Inače upravo za ova dva slučaja karakteristično je da su vjerovnici izričito ovlastili založnog dužnika (davatelja osiguranja) da može raspolagati predmetom unutar redovitog poslovanja, kako bi iz cijene postignute prodajom otplatio iznos kredita. Ovakav je režim vrlo liberalan i pogodan za založnog dužnika, iako za vjerovnika stvara opasnost da treća osoba kojoj je dužnik otudio predmet stekne na njemu vlasništvo bez tereta založnog prava, pa da vjerovnikovi izgledi založnog namirenja iz predmeta budu na taj način osujećeni. Stoga ovaj model zahtijeva pojačani “monitoring” dužnika od strane vjerovnika.

U ostalim slučajevima predmet osiguranja bile su mahom pokretne stvari, dok su u 4 slučaja predmet osiguranja bile dionice. Od pokretnih stvari pojavljuju se motorna vozila (9 slučajeva). Kada je motorno vozilo predmet osiguranja, tražbina se osigurava i osnivanjem založnog prava i prijenosom vlasništva. Kod motornih se vozila može uočiti da se u situacijama kada se radi o kreditu za kupnju motornog vozila (koju financira treća osoba) više koristi fiducijarni prijenos vlasništva. To svakako predstavlja nov pristup osiguranju robnih kredita. Naime uobičajeno sredstvo osiguranju robnih kredita jest institut pridržaja prava vlasništva. Znakovito je da se postupci osiguranja prijenosom vlasništva općenito, a to vrijedi i za ove kada su u pitanju motorna vozila sklapaju isključivo pred javnim bilježnikom.

⁸⁷ Stjecanje fiducijarnog vlasništva na nekretnini otvara za strance pitanje primjene posebnih ograničenja što ih za stjecanje prava vlasništva na nekretnini postavlja naš zakonodavac (čl. 356. ZV).

Nije jasno na koji se način rješava u primjeni pitanje isprava koje se pojavljuju u svezi s motornim vozilom. U talijanskom pravu koja poznaje tzv. automobilsku hipoteku okolnost da je motorno vozilo založeno, upisuje se u upisnik motornih vozila, a o istoj se okolnosti stavlja zabilježba na automobilsku ispravu.⁸⁸ U nas je situacija složenija jer se kod motornih vozila pojavljuje s jedne strane prometna dozvola koja bi trebala glasiti na onoga tko to vozilo koristi (neposrednog posjednika), a to je založni dužnik, odnosno fiducijant. S druge strane postoji i knjižica vozila u kojoj se nalaze podaci o vlasniku. Ona bi možda bila prikladnija za stavljanje zabilježbe da je, primjerice, vlasništvo prenijeto radi osiguranja. U protivnom, u okruženju u kojem se hipoteka na motornim vozilima, odnosno fiducijarni prijenos vlasništva ne upisuje ni u kakav upisnik, treća osoba koja kupuje motorno vozilo od fiducijanta može na njemu steći vlasništvo pod uvjetom da ispunjava sve ostale pretpostavke za stjecanje od nevlasnika, jer će se njegova dobra vjera teško moći dovesti u pitanje.⁸⁹

Interesantno je da se veći broj postupaka osiguranja provodi na stvarima koje su određene po rodu, dakle nisu individualizirane. To su slučajevi gdje se osiguranje provodi na robi koja se nalazi u skladištu (pšenica, pileće meso, šećer, krumpir). Okolnost da je individualiziran prostor u kojem se roba nalazi, omogućava posredno i individualizaciju robe. Koristi se i založnopravno osiguranje i osiguranje prijenosom vlasništva, s time da je potonje više zastupljeno (6 od 8 postupaka provedeno je prijenosom vlasništva). U objavljenim oglasima nisu navedeni podaci o tome dopušta li se dužniku da otuđuje predmet osiguranja, ali to proizlazi iz same naravi stvari koja je založena, odnosno prenijeta u fiducijarno vlasništvo, jer je riječ o stvarima namijenjenima prodaji, a iz cijene postignute prodajom dužnik će namiriti tražbinu prema vjerovniku. U njemačkoj poslovnoj praksi kada se prenosi vlasništvo na stvarima u skladištu, uobičajeno je da se detaljno reguliraju dužnikove obveze glede predmeta, jer izlaskom iz skladišta uz suglasnost vjerovnika stvari prelaze u vlasništvo drugog vjerovnika, pa prvi vjerovnik gubi stvar iz imovine kojom mu odgovara. Stoga je uobičajeno propisati da je dužnik u obvezi da otuđene stavke robe zamjenjuje stavkama iste vrste i kvalitete, kao i da nadopuni predmet osiguranja padne li njegova vrijednost ispod tzv. granice pokrića.⁹⁰ S druge strane, postoji sukladna obveza vjerovnika da otpusti tzv. predmet osiguranja koji mu nije

⁸⁸ Op.cit. u bilj.7., str.115.

⁸⁹ O novim pretpostavkama za stjecanje vlasništva pokretne stvari od nevlasnika vidi čl. 118. ZV. Zakon uvodi kriterij "samostalnog posjeda" kojeg valja imati stjecatelj u dobroj vjeri, pa valja distingvirati na temelju kojeg je pravnog posla pokretna stvar tradirana stjecatelju, a to bi bio samo onaj pravni posao koji je usmjeren na stjecanje vlasništva. Ibid., str. 251.

⁹⁰ Unošenjem *Nachschubklausel*, dužnik se obvezuje unijeti nove stvari ako vrijednost postojećih padne ispod granice pokrića. Unošenjem *Erlösklausel* dužnik se obvezuje predati utržak postignut prodajom. Ibid., str.175-176.

potreban za osiguranje tražbine.⁹¹ Obzirom da njemačka sudska praksa oštro sankcionira pojavu preosiguranja, poništavajući takve sporazume o prijenosu vlasništva, ugovorom se ovim pitanjima daje izniman značaj. U nas bi u tim slučajevima valjalo voditi računa ne radi li se o zelenaškom ugovoru (čl. 141. ZOO).

Ostale slučajeve (ukupno 11) u kojima se kao predmet osiguranja pojavljuju pokretne stvari možemo pod zajedničkim nazivnikom nazvati strojnom opremom, odnosno opremom koja služi za obavljanje djelatnosti (osnovna sredstva). Interesantno je da je osiguranje provedeno prijenosom vlasništva samo u jednom slučaju dok je u svim ostalim slučajevima provedeno založnopravno osiguranje. Kao zalagodavatelji se jednakom frekvencijom pojavljuju pravne i fizičke osobe.

Znakovito je i da se u određenom broju oglasa ne označava tražbina koja se osigurava, već se upućuje da je osigurana tražbina iz odnosnog ugovora (o kreditu). Iz tog razloga te iz razloga što je tražbina izražena u različitim novčanim jedinicama, nije moguće dati siguran podatak koliko je kredita plasirano korištenjem ovakvih oblika osiguranja.

Sumarno se može ustvrditi da je od prvih stotinu postupaka osiguranja provedeno 76 založnopravnih osiguranja, odnosno 23 osiguranja prijenosom vlasništva. Iz jednog se oglasa ne može zaključiti radi li se o založnopravnom osiguranju ili osiguranju prijenosom vlasništva. Od ukupno 76 založnopravnih osiguranja, 20 provedenih postupaka obuhvaća pokretnine. Tri su postupka založnopravnog osiguranja provedena na dionicama. Ostatak se odnosi na nekretnine. U provedbi založnopravnog osiguranja stranke se podjednako obraćaju sudu i javnim bilježnicima.

Od ukupno provedena 23 osiguranja prijenosom vlasništva, 12 postupaka se odnosi na pokretne stvari, 10 na nekretnine i 1 na dionice. Svi su postupci osiguranja prijenosom vlasništva provedeni pred javnim bilježnikom, iako je zakonom predviđena mogućnost sklapanja istog sporazuma pred sudom. Isključivo obraćanje javnim bilježnicima u postupcima osiguranja prijenosom vlasništva indicirano je vjerojatno važnom ulogom javnog bilježnika, koju mu je zakonodavac namijenio u fazi prisilnog namirenja osigurane tražbine.

6. Zaključak

Usporednopravni pregled ukazuje da je zalog pokretne stvari bez predaje stvari u posjed pravno izvediv i gospodarski potreban institut osiguranja tražbina. Naš je zakonodavac odabravši paralelizam instituta (vlasništvo i zalog) omogućio strankama odabir određenog pravnog okvira te podredno način njegova osnivanja, čime je za adresate otvorio pitanje odabira povoljnijeg pravnog okvira. Kako je zakonodavac

⁹¹ Tzv. *Freigabeklauseln*. Ibid., str.177.

regulirao ove institute Ovršnim zakonom, oni se odlikuju određenim procesnopravnim obilježjima (svojstvo sudske nagodbe) za koje u usporednom pravu nema presedana. Takvo obilježje dodatno podiže vrijednost stvarnopravnog osiguranja tražbine, ali zbog istih svojstava otežava njegovo pobijanje. Iako se institut fiducijarnog osiguranja relativno detaljno regulira Ovršnim zakonom, uvođenje fiducije u stvarno pravo apsolutni je novum, pa je iz tog razloga nužno temeljito preispitivanje značajki ovog oblika osiguranja kao i dovođenje u vezu s odredbama ZV. Za razliku od založnog prava, fiducijarno je osiguranje prema OZ neakcesorno sredstvo. S druge strane, za razliku od njemačkog koncepta fiducijarnog prijenosa vlasništva kod kojeg je modus u pravilu apstraktan, u našem pravu modus je uvijek kauzalan, što znači da nedostatak valjanog titulusa povlači za sobom ništavost pravnog posla. To upućuje na potrebu selektivne recepcije rješenja prisutnih u njemačkoj poslovnoj praksi.

Selektivna bi recepcija bila opravdana gdje postoje konceptualne razlike (neformalnost ugovora, apstraktna tradicija), dok bi recepciju konkretnih pravnotehničkih rješenja poput nekih koja se koriste pri "zalaganju" skladišta valjalo prihvatiti. Ta su rješenja svojevrstan izlaz iz krize pri zalaganju pokretnih stvari koje nisu u potpunosti određene, ali se dovoljan stupanj određenosti može postići zadovoljavajućom individualizacijom pokretnih stvari. Iako je omekšanje određenosti objekta za sada još uvijek revolucionarni koncept, iz provedene analize postupaka osiguranja objavljenih u "Narodnim novinama" vidljivo je da poslovna praksa pribjegava ovakvim oblicima zalaganja, jer očito za tim postoji jaka gospodarska potreba. S obzirom da se za sada ne može govoriti o razvijenoj domaćoj sudskoj praksi, bogata njemačka praksa i formularno pravo banaka može poslužiti kao uzor u oblikovanju rješenja pojedinih pitanja. To se posebno odnosi na bankarsko formularno pravo koje je usklađeno s tamošnjim Zakonom o općim uvjetima poslovanja banaka, pa bi se i domaćem zakonodavcu mogao preporučiti pristup jače preventivne kontrole općih uvjeta poslovanja (banaka). Pored toga zbog pravne sigurnosti i izvjesnosti reda prvenstva pri namirenju na taj način osiguranih tražbina nužno je osnovati upisnik osiguranja tražbina. Na taj način bi se formirao sustav osiguranja tražbina koji bi se osim prilagođenosti gospodarskim potrebama i na odgovarajući način publicirao, što bi bilo u skladu sa zahtjevom sigurnosti u pravnom prometu.

Summary

VOLUNTARY SECURITIES IN MOVABLES WITHOUT POSSESSION TRANSFER UNDER LAW ON EXECUTION - LEGAL PATTERN & APPLICATION

The Article covers approaches to legal (comparative law) construction of pledge without the transfer of possession ref. movables.

The Author examines the fiduciary transfer of ownership (ref. movables) in

German law, indicating the concrete settlements from German schedule of business transactions.

Particularly considered became the arguments of evaluation referred to the principle of certainty q.v. standard of defined object (the regime of the fiduciary ownership) when/if located in a warehouse, the impact of the status of nonvalidity (nullity of underlying contract), the item (non)accessory q.v. fiduciary ownership & a claim. Croatian Law does presume parallelism of fiduciary and pledge security, recognized in Law on Execution and currently applicable to the model of securities in movables. Observations of two cited institutional patterns (pledge & fiduciary ownership) do include the foundation models (before the Court or notary public) notifying the respective distinctions.

The analyses of fiduciary security comprises the comments upon the eventual reception of particular solutions from German business transactions. The Author's concluding remarks do concern the schedule of security models approved in application of ref. Law (on Execution) and deduced from "Narodne novine" (announcements/public notice of ref. procedure) in purpose to define & accentuate the dominant models and problems of related application.

Key words: *fiduciary ownership, pledge, movables, Law on Execution, securities, secured claims.*

Zusammenfassung

FREIWILLIGE FORDERUNGSSICHERUNG AN UNBEWEGLICHE SACHEN OHNE BESITZÜBERTRAGUNG NACH DEM VOLLSTRECKUNGSGESETZ - RECHTSRAHMEN UND ANWENDUNG

In der Arbeit werden mögliche Ansätze zur rechtlichen Regulierung von Kreditsicherung ohne Besitzübertragungen an bewegliche Sachen dargelegt, die im vergleichenden Recht bestehen. Es wird untersucht, auf welche Weise die fiduziarische Eigentumsübertragung ohne Besitzübergabe an unbeweglichen Sache im deutschen Recht funktioniert, wobei Lösungen konkreter Fragen aus der deutschen Geschäftspraxis angeführt werden. Besonders wird auf umstrittene Fragen betreffs der Erreichung des Prinzips der Bestimmtheit des Rechtsobjekts des fiduziarischen Eigentums von Sachen, die sich in einem Lagerraum befinden, eingegangen sowie auf den Einfluss der Nichtigkeit des grundlegenden Rechtsgeschäfts und die Frage der (Nicht-)Akzessorietät des fiduziarischen Eigentums. Im kroatischen Recht ist die Parallelität der fiduziarischen und pfandrechtlichen Sicherung, die durch das Vollstreckungsgesetz angenommen wurde, festgelegt, die auch bei der Forderungssicherung an bewegliche Sachen angewandt wird. Es

werden Grundmerkmale betreffs zweier instutionaler Rahmen (Pfandrecht und fiduazirische Kreditsicherung) sowie die Art ihrer Gründung (vor Gericht oder Notar) dargelegt, wobei auf Unterschiede hingewiesen wird. Bei der fiduziarischen Sicherung werden die Möglichkeiten der Rezeption einzelner Lösungen aus der deutschen Geschäftspraxis untersucht. Im Schlussteil wird die Repräsentanz der einzelnen Sicherungsformen bei der Anwendung des Vollstreckungsgesetzes durch eine Analyse der Bekanntmachungen über durchgeführte Sicherungsverfahren, die im Amtsblatt (Narodne novine) veröffentlicht worden sind, untersucht, um die dominierenden Formen und Probleme der Anwendung zu erkennen.

Schlüsselwörter: *fiduziarisches Eigentum, Pfand, bewegliche Sachen, Vollstreckungsgesetz, Forderungssicherung.*