

мр Ненад С. Тешић
РЕГИСТРОВАНА ЗАЛОГА

Издавачи

Правни факултет Универзитета у Београду
Јавно предузеће „Службени гласник”

За издаваче

проф. др Мирко Васиљевић, декан
Бранко Глигорић, директор

Уредник Библиотеке

проф. др Јовица Тркуља

Уредник

Милица Станковић

Лектура

Марина Давидовић

Дизајн корица

Павле Боровац

Слој и њрелом

Срђан Ђурђевић

Тираж

300

Copyright © Правни факултет Универзитета у Београду, 2007
Copyright: Службени гласник, 2007. Сва права задржана. Није дозвољено да било који део ове књиге буде снимљен, емитован или репродукован на било који начин, укључујући, али не ограничавајући се на фотокопирање, фотографију, магнетни запис или било који други вид записа, без претходне дозволе аутора и издавача.

www.ius.bg.ac.yu

НЕНАД С. ТЕШИЋ

РЕГИСТРОВАНА
ЗАЛОГА

Београд, 2007

Предговор

Ова монографија има за основу магистарски рад на тему *Обезбеђење и оштраживања уписом заложног права у јавне књиге*. Рад је одбрањен 5. маја 2006. године на Правном факултету Универзитета у Београду и од тада није допуњаван новијом литературом ни законским текстовима. Један од битних разлога који су ме навели да одаберем управо ову тему за израду магистарског рада јесте усвајање Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, који је ступио на снагу у Републици Србији 1. јануара 2004. Поред тога, усвојени су и други закони нарочито значајни за односе дужника и повериоца: Закон о финансијском лизингу, Закон о извршном поступку и Закон о стечајном поступку. Ступањем на снагу ових закона наше право обезбеђења потраживања је добило сасвим нови облик, чини се непотпун и недовршен без одговарајућих теоријских објашњења.

Актуелност теме и недостатак радова из ове области у нашој правној књижевности допринели су мојој решености да детаљније истражим разлоге и мотиве који наводе повериоце да захтевају обезбеђење, а дужнике да таквим захтевима излазе у сусрет.

Дужник за своје дугове одговара целокупном имовином, али то повериоцима често није довољно. Повериоци који траже обезбеђење се, народски речено, руководе пословицом: „Боље врабац у руци него голуб на грани”.

Имовина као целина („голуб на грани“) јесте вредна, али поверилац нема контролу над њеним кретањем. Као што голуб из различитих разлога лако прелети на другу грану или се једноставно изгуби у висини, тако се и имовинске прилике дужника могу нагло погоршати, а поверилац може остати без могућности за намирење. Конкретни предмет залог („врабац у руци“) је можда мањи по обиму, али не и мање вредан гарант извршења обавезе. Заложни поверилац који предмет обезбеђења има у непосредној државини (код ручне залог) или га на одговарајући начин држи под контролом (код регистроване залог) може на основу права следовања принудно намирити потраживање из вредности предмета залог без обзира на то у чијим рукама се он нађе. Поред права следовања, залог настала уписом у регистар доноси заложном повериоцу и право првенства. Он је у случају принудног намирења из предмета залог „на корак испред“ свих необезбеђених (хирограферних) поверилаца, као и оних обезбеђених поверилаца чије је заложно право настало касније.

Чини се да и овде обезбеђени поверилац у пословној пракси само примењује народну мудрост, отелотворену у принципу: „Ко пре девојци његова девојка.”

Желим посебно да се захвалим члановима Комисије за одбрану магистарског рада на Правном факултету у Београду: проф. др Миодрагу Орлићу, проф. др Оливеру Антићу и проф. др Драгору Хиберу, који су корисним саветима, сваки на свој начин, допринели да ова књига добије свој садашњи облик.

Захвалност дугујем и професорима са „Brooklyn Law School“ у New York-у: Neil Cohen-у, Michael Gerber-у, Arthur Pinto-у, као и адвокатима Richard-у M. Kohn-у из „Commercial Finance Association“ и David-у Morse-у из канцеларије „Otterbourg Steindler Houston & Rosen PC“, који су ми омогућили да се теоријски и практично упознам са правом обезбеђења у САД.

У нади да ће ова књига представљати корисно штиво студентима права, али и правницима који се у пракси баве обезбеђењем потраживања.

Београд, 16. јуна 2007.

Ненад С. Тешић

САДРЖАЈ

Предговор	5
-----------------	---

ДЕО I УВОД

1. Актуелност теме	15
А. Промене у нашем правном систему	15
Б. Промене у упоредном праву обезбеђења	18
2. Предмет истраживања	19
3. О речима и изразима	21

ДЕО II ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

1. Првобитно обезбеђење	25
2. <i>Fiducia cum creditore contracta</i>	27
3. <i>Pignus</i>	28
4. Хипотека	30
5. Савремено бездржавинско обезбеђење потраживања	32

ДЕО III ЗНАЧАЈ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

1. Ризици на које поверилац треба да рачуна	41
2. Погодности које обезбеђење потраживања доноси уговорним странама	43
А. Обезбеђење повећава вероватноћу да ће дужник испоштовати своје обавезе	43
Б. Обезбеђењем поверилац стиче право првенства у намирењу у односу на објекат залог, што је нарочито корисно у случају инсолвентности дужника	44
В. Обезбеђење омогућава повериоцу да намири своје потраживање из предмета залог, и кад је потраживање застарело	44
Г. Обезбеђење отвара повериоцу могућност да намири своје потраживање без обраћања суду	45
Д. Обезбеђење даје повериоцу одређени степен контроле на добрима дужника	45

Ђ. Обезбеђење отежава накнадно задуживање дужника.....	46
Е. Обезбеђење доприноси потпунијем искоришћавању вредности дужникове имовине	46
Ж. Обезбеђење приближава супростављене интересе повериоца и дужника	47
3. Разлози који умањују значај обезбеђења потраживања	49
А. Нема савршеног начина обезбеђења потраживања	49
Б. Уговарање обезбеђења угрожава равноправност поверилаца	50
В. Обезбеђење потраживања отежава могућност рефинансирања дуга.....	51
Г. Право на одвојено намирење обезбеђених поверилаца у стечају отежава реорганизацију дужника	51
Д. Обезбеђење кредита је прескупо у односу на користи које доноси повериоцу.....	52
4. Да ли су уговарањем обезбеђења оштећени необезбеђени повериоци.....	55
5. Да ли је обезбеђење заиста неопходно повериоцу.....	58

ДЕО IV

ЗАЛОГА КОЈА НАСТАЈЕ УПИСОМ У ЈАВНЕ КЊИГЕ

1. Појам и претпоставке за заснивање	61
А. Средства обезбеђења пододна за регистрацију – Појединачни или функционални приступ.....	61
Б. Битни елементи уговора о залози.....	62
В. Форма уговора о залози	64
Г. Форма уговора о ручној залози као једини доказ за остваривање приоритета.....	68
Д. Дејство уписа у јавну књигу	71
Ђ. Садржина захтева за упис.....	76
Е. Организација, начин вођења и претраживања регистра.....	82
2. Однос залогe која настаје уписом у јавне књиге и сродних средстава обезбеђења	89
А. Однос регистроване залогe и фидуцијарног преноса својине.....	89
Б. Однос регистроване залогe и финансијског лизинга.....	93
В. Однос регистроване залогe и продаје са задржавањем права својине	101
Г. Однос регистроване залогe и „floating charge”	107

ДЕО V

ПОТРАЖИВАЊЕ КОЈЕ СЕ МОЖЕ ОБЕЗБЕДИТИ ЗАЛОГОМ

1. Правна природа потраживања подобних за обезбеђење.....	113
2. Обезбеђење будућег потраживања	119
А. У којим случајевима се јавља потреба да поверилац обезбеди потраживање које још није настало	119
Б. На који начин одредити потраживање које тек треба да настане ..	119
В. Да ли се највишим износом главног потраживања могу обухватити споредна потраживања	119
Г. Какав је практични значај нормe о упису највишег износа главног потраживања.....	119
3. Однос заложног права и потраживања које се обезбеђује.....	124
А. Залогa претпоставља дуг	124
Б. Залогa прати судбину дуга	125
В. Престанком потраживања гаси се и заложно право	127
Г. Залогa је недељива	129

ДЕО VI

ПРЕДМЕТ ЗАЛОГЕ

1. Уопште о стварима подобним за залагање	133
2. Специфичност предмета регистроване залогe	138
А. Залогa генерично одређених ствари	138
Б. Залогa будуће ствари.....	139
В. Залогa имовине као целине	142

ДЕО VII

УГОВОРНЕ СТРАНЕ

1. Уопште о заложном повериоцу и залогодавцу.....	147
А. Својства уговорника	147
Б. Да ли је могућност залагања ограничена с обзиром на правни субјективитет залогодавца или заложног повериоца.....	150
2. Стицање заложног права од невластника	152
А. Да ли се лице које није власник ствари може појавити као њен залогодавац.....	152
Б. Заснивање заложног права од стране будућег власника.....	155
3. Својинска залогa.....	156
А. Може ли власник стећи заложно право на сопственој ствари.....	157
Б. <i>Pignus in re propria</i> – могућност да се помогне дужнику	159

ДЕО VIII

ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА И ЗАЛОГОДАВЦА

1. Правна природа уговора о залози.....	163
2. Обавезе залогодавца.....	164
А. Чување и одржавање предмета залогe.....	164
Б. Осигурање предмета залогe.....	165
В. Дужност сарадње у поступку принудне наплате.....	165
Г. Остале обавезе залогодавца.....	166
3. Права залогодавца.....	168
А. Право на државину.....	168
Б. Право на употребу и прибирање плодова.....	169
В. Право располагања предметом залогe.....	169
Г. Уговорне забране отуђења и оптерећења.....	170
Д. Уступање заложног права и подзалога.....	174
4. Права заложног повериоца.....	176
А. Упис заложног права у регистар.....	176
Б. Принудно намирења из вредности предмета залогe.....	176
В. Право следовања и право првенства.....	177
Г. Право на контролу.....	177
5. Обавезе заложног повериоца.....	179
А. Обавештавање залогодавца о начину уновчења.....	179
Б. Давање сагласности за брисање залогe.....	179

ДЕО IX

ДЕЈСТВА РЕГИСТРОВАНЕ ЗАЛОГЕ ПРЕМА ТРЕЋИМ ЛИЦИМА

1. Дејства заложног права <i>erga omnes</i>	183
2. Стицање права својине на предмету залогe без терета.....	185
А. Продаја предмета залогe у оквиру редовне делатности.....	185
Б. Приходи остварени располагањем предметом залогe.....	192
3. Редослед заложних права.....	195
А. Ред првенства регистроване залогe.....	195
Б. Регистрована залогa и судско заложно право.....	195
В. Регистрована залогa и законско заложно право.....	196
Г. Регистрована залогa и заложно право пореског повериоца.....	197

ДЕО X

ПРИНУДНО ИЗВРШЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА ОБЕЗБЕЂЕНОГ РЕГИСТРОВАНОМ ЗАЛОГОМ

1. О принудном намирењу уопште.....	203
А. Сазревање става о потреби бржег намирења обезбеђеног потраживања.....	203
Б. Одступања од начела официјелности.....	203
2. Успостављање државине повериоца на предмету залогe.....	207
А. Разлози за успостављање државине.....	207
Б. Администратор.....	209
В. Заштита дужника у посебном поступку за стицање државине.....	211
Г. Судска продаја предмета залогe.....	212
3. Вансудско намирење заложног повериоца.....	214
А. Посебне уговорне одредбе о намирењу.....	214
Б. Да ли је у српском праву очувана забрана <i>lex commissoria</i>	217
В. Још неке могућности вансудског намирења.....	220
4. Средства заштите која стоје на располагању дужнику.....	222

ДЕО XI

ДЕЈСТВА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У СЛУЧАЈУ СТЕЧАЈА ЗАЛОГОДАВЦА

1. О стечају као поступку колективног намирења.....	227
А. Појам стечаја.....	227
Б. Стечајни разлог.....	228
2. Правне последице отварања стечајног поступка.....	231
А. Последице отварања стечаја по обезбеђено потраживање.....	231
Б. Последице отварања стечаја по заложног дужника.....	232
3. Последице отварања стечаја по заложног повериоца.....	233
А. Повлашћен положај заложног повериоца.....	233
Б. Одлагање могућности намирења из предмета залогe.....	236
В. Заштита права заложног повериоца и поред забране појединачног намирења.....	237
4. Положај заложног повериоца у случају банкротства дужника.....	241
А. Уновчење стечајне масе.....	241
Б. Редослед намирења поверилаца.....	242

5. Положај заложног повериоца	
у случају реорганизације дужника	245
А. О односу заложног повериоца према реорганизацији	245
Б. Однос заложног повериоца и дужника у поседу	247
6. Положај заложног повериоца у стечају	
с елементом иностраности	249

ДЕО XII ЗАКЉУЧАК

ЛИТЕРАТУРА

Дела монографског карактера и коментари	263
Чланци	267
Међународни документи	275
Други извори	277
Скраћенице	278

Део I

УВОД

1. АКТУЕЛНОСТ ТЕМЕ

У радовима ове врсте се од аутора обично очекује да на самом почетку каже нешто о разлозима који су га навели да приступи обради одређене теме. Сваком ко се некада нашао пред сличним задатком убрзо постаје јасно колико је тешко и незахвало објашњавати мотиве сопствених поступака.

Чини се да разлоге који су одлучујуће утицали на одабир ове теме, у најкраћем, можемо поделити у две групе: прва група разлога се тиче нашег националног права, док је друга група везана за актуелне промене права обезбеђења на међународном нивоу.

А. Промене у нашем правном систему

Наш правни систем у последње време доживљава значајне промене. Усвојен је читав низ нових закона и извршена реформа постојећих. У области приватног права је једна од најзначајних новина усвајање Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, који је ступио је на снагу 1. јануара 2004.¹ Поред овог закона, усвојени су и други закони важни за односе дужника и поверилаца: Закон о финансијском лизингу,² Закон о извршном поступку,³ Закон о стечајном поступку,⁴ Закон о агенцији за привредне регистре.⁵ Усвајањем ових закона наше право обезбеђења потраживања је добило потпуно нови облик, који тражи и одговарајућа теоријска појашњења.

- 1 „Службени гласник РС” број 57/03 и Закон о изменама и допунама Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, „Службени гласник РС” број 61/05. Чини се да сам назив Закона може лаика, па и језичког чистунца, навести на помисао да заложно право, према овом Закону, настаје на стварима у погледу којих се води неки регистар, односно да предмет залоге треба претходно уписати у регистар да би заложно право настало, иако из садржине Закона недвосмислено произилази да се у регистар уписују само заложна права. (чл. 1. и 5. ЗОЗП) Такође се чини да назив Закона даје повода за тврдњу како је њиме регулисано искључиво залагање покретних ствари и, опет супротно садржини члана 10. Закона, по коме је на овај начин могуће заложити и право потраживања и друга имовинска права којим њихов ималац може слободно располагати. У даљем тексту, овај закон ћемо скраћено називати ЗОЗП – Закон о заложном праву.
- 2 „Службени гласник РС” број 55/03 (усвојен 27.5. 2003), и Закон о изменама и допунама Закона о финансијском лизингу, Службени гласник РС број 61/05.
- 3 „Службени гласник РС”, број 125/04.
- 4 „Службени гласник РС”, број. 84/04.
- 5 „Службени гласник РС” број. 55/04.

Обезбеђење потраживања се, у земљама које се сматрају водећим по угледу универзитетског образовања и правних школа, посматра као посебна грана права и изучава као посебан предмет („Kreditsicherheiten“, „Droit sûretés“ или „Secured Transactions“). У оквиру таквог предмета проучава се и залагање покретних ствари без предаје у посед повериоца. С друге стране, већина наших правника, дакле, оних који би требало да непосредно примењују нова прописе, није имала прилику да подробније изучава овај институт током својих основних студија.

Ма колико се сматрала напредним, нова законска решења увек доносе и одређене недоумице. Потребно је време да се сви актери у правном промету упознају са њиховом садржином и почну да их примењују. У таквој ситуацији дела монографског карактера су увек добродошла. Она пружају прилику аутору да се критички осврне на усвојена решења, укаже на предности, али и неке недостатке нових закона, изложи упоредноправна искуства и на тај начин помогне онима који се свакодневно у пракси баве обезбеђењем потраживања.

Ни кредит, па ни право обезбеђења у привреди којом се управљало из једног центра, нису имали одговарајућу улогу. Чини се да је у том периоду дужнику најтеже падало попуњавање формулара ради одобравања кредита, док питање враћања дуга готово никога није забрињавало. По правилу се инфлација старала о дужницима, тако да је страх од принудног извршења на имовини дужника постао заборављена категорија. Било је то време у коме је свако свакоме дуговао и нико није плаћао, зато што су и њему сви дуговали.

У последњих неколико година, наша економија се полако, али сигурно, окреће у правцу тржишне привреде. Напушта се модел који је фаворизовао дужника и успоставља правни поредак у коме формула *pacta sunt servanda* поново постаје значајна.⁶

Околности у нашој привреди су такве да већина субјеката располаже одређеним покретним и непокретним добрима, али им недостаје капитал који би активирао вредност те имовине. Узмимо за пример текстилну индустрију. Произвођач одела мора да набави материјал, обезбеди плате запосленим, средства за одржавање машина и закуп пословних просторија, организује ревију на којој ће представити моделе за наредну сезону, произведе одговарајућу количину одела и потом сачека да власници трговачких радњи продају одела како би повратио уложено. У току таквог производног циклуса, он се тешко може ослонити на сопствени капитал и једино што му преостаје јесте задуживање.

Пољопривредник који се бави узгојем малина такође мора да обезбеди новац за набавку садница, ђубрива, средстава заштите, плати

6 Опширније о поштовању дате речи у уговору као путу који води правној држави: Перовић, С., *Правно – филозофске расправе*, Београд, 1995, страна 223.

механизацију и раднике. И у овом случају је неопходан „свеж капитал“, који се, по правилу може обезбедити само задуживањем.

Позајмице од рођака и пријатеља у таквим ситуацијама нису довољне. С друге стране, банке које су у послу продаје новца одобравају зајмове само уз одговарајуће гаранције да ће дуг бити враћен.

Ако се ова слика појединачног произвођача пренесе на макро-економски ниво, постаје јасно да је развој незамислив без инвестирања, инвестирање без кредита, а кредити без одговарајућег система обезбеђења. Реч систем смо употребили управо зато што овде није реч о једном закону, већ о мноштву законских прописа који морају деловати као складна целина.

Творац закона, ма колико имао животног искуства и правничког знања, није кадар прописати одговоре на сва конкретна питања која се могу јавити у пракси. Нормирање обезбеђења потраживања је деликатан задатак, у коме на одговарајући начин треба измирити интересе дужника и повериоца. Поверлиоци, са своје стране, инсистирају на систему обезбеђења, који би омогућио брз, ефикасан и јефтин начин принудног намирења у случају доцње дужника. С друге стране, добар систем обезбеђења потраживања потенцијаним дужницима обезбеђује већу доступност средстава, у смислу одобравања већих износа кредита, на дужи временски период, уз мање каматне стопе.⁷

Поред појединачних интереса адресата, законодавац увек има на уму и одређене опште правнополитичке циљеве. Новим законима је требало успоставити одговарајући баланс између принципа слободе уговарања и правне сигурности и тако допринети стварању правног оквира за инвестирање. С тим у вези, нарочито је значајна битка за стране инвеститоре, које ваља убедити у сигурност њиховог улагања у нашој земљи.⁸

Б. Промене у упоредном праву обезбеђења

Други значајан подстицај за израду ове књиге рада можемо назвати међународним. Чини се да у последњих неколико година право обезбеђења потраживања у свету доживљава праву револуцију.

У праву САД су ревизијом члана 9 „Uniform Commercial Code“ 1999. године извршене значајне измене права обезбеђења потраживања, све

7 За тржишта у развоју је изузетно важна доступност кредита, како за произвођаче, тако и потрошаче који би требало да купују такве производе. Наравно друго је питање, да ли ће на отвореном тржишту домаћи произвођачи по квалитету и цени производа моћи успешно да конкуришу страним произвођачима.

8 Када је реч о подстицању инвестиција, не треба занемарити ни домаће изворе. Ефикасан систем принудног намирења би унео дозу извесности у банкарски систем, што би се посредно одразило на штедњу грађана, а тиме и на могућности инвестирања домаћих субјеката.

с циљем прилагођавања правних прописа сталним друштвено – економским променама.

У Енглеској је 2002. године усвојен „Enterprise Act” који регулише одређене сегменте права обезбеђења, а у току је рад на целовитој реформи система обезбеђења потраживања.⁹

Готово све државе централноисточне Европе су на основу Модел закона Европске банке за обнову и развој донеле нове прописе који регулишу ову област.¹⁰ Остале земље у развоју новим законима такође покушавају привући стране инвеститоре. Чини се да су у том смислу најуспешнији примери реформе права обезбеђења у Кини (1995) и Мексику (2003).

Обезбеђење потраживања покретним стварима без предаје у посед повериоца је тема којом се дуго година баве међународне организације као што су UNIDROIT¹¹ и UNCITRAL.¹²

Разуме се, правна књижевност је настојала да на одговарајући начин објасни и оправда такве промене. Обезбеђење потраживања је тако постало чест предмет научних расправа међу правним писцима широм света. Сматрали смо да се и из угла српског права може писати о овој теми и резултат таквог резонавања су и ови редови.

2. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

Развој науке је јасно показао да нема апсолутне истине. Постоје само научни ставови и теорије који су у једном тренутку широко прихваћени, а већ у другом бивају потиснути и прелазе на странице посвећене историјском прегледу неке научне дисциплине. Стога овај текст схватамо као прилику да изнесемо наше виђење неких питања која су нас неко време окупирала, не претендујући при том да дамо коначне одговоре, које наука као недовршена и несавршена творевина не трпи.

Основи циљ ове књиге је испитивање полазне претпоставке, по којој је прихватање обезбеђења потраживања уписом zaloжног права у јавне књиге у српском праву рационално решење, резултат зрелости нашег правног система и његове способности да препозна унутрашњу снагу одређене идеје. Да у складу с тим, регистрована zaloга представља институт који је можда за корак испред, али не напушта нашу правну традицију. Она обједињује све принципе савременог права обезбеђења и својеврстан је допринос националног права хармонизацији права обезбеђења на међународном плану.

Поред тога, покушаћемо да на јасан и прегледан начин прикажемо идеје које се јављају у упоредном праву обезбеђења потраживања покретним стварима, као и да лицима која желе да инвестирају у нашој земљи понудимо водич са довољно информација о нашем систему обезбеђења потраживања.

Нека питања наравно остају да о њима размишљамо и пишемо у нашим каснијим радовима. Тако остављамо по страни средства обезбеђења која називамо личним, код којих се лична одговорност дужника појачава још једном облигационоправном одговорношћу другог лица: јемство, банкарску гаранцију, документарни акредитив.¹³

Предмет анализе нису ни стварноправна средства обезбеђења која за свој предмет имају бродове и ваздухоплове. Реч је објектима који се такође залажу уписом zaloжног права у одговарајуће уписнике, али се у нашем и упоредном праву такво залагање углавном регулишу посебним законима и у литератури обрађују као засебна тема.

Нећемо се бавити ни залагањем потраживања које је само за себе довољно широка и значајна тема да захтева посебан рад сличног обима.

9 The Law Commission Consultation Paper No. 176, Company Security Interest, A consultative report, London, TSO 2004, http://www.lawcom.gov.uk/files/cp176_web_version.pdf.

10 Model Law on Secured Transactions, European Bank for Reconstruction and Development, <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/modellaw/model.pdf>. Пољска (1996), Бугарска (1996), Мађарска (1996. и 2000), Румунија (1999), Чешка (2001), Словачка (2002), Литванија (1998. и 2001), Македонија (2003).

11 International Institute for the Unification of Private Law.

12 United Nations Commission on International Trade Law.

13 О подели средстава обезбеђења на стварна и лична Wolf, Martin, *Sachenrecht*, München 1996, стр. 270. и 337. и Koziol, Helmut – Welsch, Rudolf, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Band II, Wien 1985, стр. 108–110.

Сродне институте као што су: обезбеђење потраживања фидуцијарним преносом својине, *actum reservati domini* и финансијски лизинг обрадићемо делимично у циљу јаснијег дефинисања појма залоге која настаје уписом у јавне књиге.

Предмет наше анализе је заложно право које настаје вољом уговорних страна. Заложна права која настају на основу закона и на основу судске одлуке обрадићемо само у обиму који је довољан да појасни њихов однос према уговорној залози.

3. О РЕЧИМА И ИЗРАЗИМА

У правној науци се дешава да правни писци различито називају институте исте садржине или да институте другачије садржине зову истим именом. Стога осећамо потребу да укратко објаснимо разлоге избора одређених речи и израза и њихове употребе у овој монографији.

Књига носи наслов *рејисџирована zaloга*, јер сматрамо да овај термин на најбољи начин одражава природу заложног права које настаје уписом у јавне књиге. Термин бездржавинска залог, који се често користи у истом контексту, чини се непримерним, јер обухвата и нека друга средства обезбеђења код којих упис у јавне књиге није услов настанка (на пример, фидуцијарни пренос својине и лизинг).

За евиденцију, уписник заложних права користимо термин *рејисџар*, који је прихваћен и од стране законодавца.¹⁴ Паралелно са овим термином, у истом контексту употребљавамо и израз *јавне књиге*. Овај израз је, чини се, нешто ближи српском језику и указује на значај „објављивања” залог за њено дејство *erga omnes*.¹⁵

Израз *обезбеђени ѿверилац* се односи на повериоца који је на основу уговора засновао стварноправно обезбеђење, и не обухвата повериоце који су своје потраживање обезбедили неким од личних средстава обезбеђења, или оне чије је обезбеђење резултат одлуке суда или закона. Насупрот обезбеђеном повериоцу налази се *необезбеђени, обични (хирограферни) ѿверилац*.

Термине *ѿиѿраживање* и *ѿражбина* користимо као синониме, свесни чињенице да се термин *тражбина* помало изобичаио из нашег правничког

14 Ако је већ за јавну евиденцију заложних права усвојен термин регистар, чини се да је законодавац могао назвати „Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар” далеко једноставније – Закон о регистрованој залози. Термин регистар користи и проф. Константиновић за означавање евиденције заложних права на стоци. Константиновић, Михаило, Хипотека на стоци, „Анали Правног факултета у Београду” бр. 3-4/1982, стр. 365–381. Такође се чини да је уместо термина регистар у закону једнако могао бити употребљен и термин уписник. „Уписник је књига у коју се уписују грађани и њихове обавезе и права, регистар.” *Речник српскохрватској књижевној језика*, књига шеста, Матица српска, Нови Сад 1976, страна 542. Ипак, термин уписник се, у нашем праву уобичајно користи за евиденцију права на бродовима и ваздухопловима, па би његова употреба у контексту залагања осталих покретних ствари могла изазвати одређене недоумице.

15 С друге стране, не може се занемарити околност да је ова евиденција електронска, а електронска база података, није нешто што у обичном животу називамо књигом.

језика.¹⁶ У говорном српском језику често можемо чути да неко лице нешто тражи, захтева неко давање или чињење, на пример, поверилац тражи предају ствари или исплату цене. У истом контексту глагол потраживати, много се ређе појављује. Изгледа онда природно да предмет тражења зовемо тражибином, барем у истој мери као и потраживање.

Термин *углавак* користимо равноправно са терминима уговорна одредба и уговорна клаузула, поново ризикујући приговоре да реч углавак није карактеристична за нашу савремену правну књижевност. Нама се као довољан аргумент за такав избор учинило то што један од највећих стилиста српске правничке мисли Валтазар Богишић користи управо овај термин у намери да означи, нешто што су уговорници договорили и унели у уговор.¹⁷

Како се богатство једног народа мери и кроз разноликост његовог језика, борба за сваку реч је од нарочитог значаја. Отуда употребу речи тражина и углавак у овом раду сматрамо скромним доприносом очувању нашег језика и правничке културе.

Део II

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ И ХАРМОНИЗАЦИЈА ПРАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

¹⁶ Мада га можемо наћи у делима неких од наших највећих правних писаца, на пример: Перић, Живојин, *Облигационо (Тражбено право)*, други део, Уговори, Специјални део грађанског права, штампано као рукопис по предавањима Ж. Перића, Београд, 1920; Марковић, Лазар, *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, прва књига, Београд, 1927 као и Марковић, Л., *Облигационо право*, Београд 1997. (први одељак носи наслов „Општа разматрања о тражинама“).

¹⁷ На пример, у наслову „О особитим одредбама или углавцима који могу бити у уговору“, Дио Четврти, Раздио IV, Општег имовинског законика за Црну Гору. У Законнику се термином „углавити“ означава радња закључења уговора (уговарања): „Што ко углави по твојој наредби сам си углавио“ (члан 1022. ОИЗ) и „Што два углаве трећега не веже“ (члан 1025. ОИЗ).

1. ПРВОБИТНО ОБЕЗБЕЂЕЊЕ

На самом почетку трговине, људи су једноставно мењали робу за робу, по принципу из руке у руку. Разлози за обезбеђење извршења преузете обавезе самим тим нису ни постојали.¹⁸

Како се обим размене повећавао, јавила се и потреба за неком врстом одложеног извршења. Споразум у коме једна страна извршава своју обавезу, у нади да ће друга страна такође испоштовати договорено, нужно прати и одређена доза неповерења. Просто обећање није довољно, неопходно је да се дужнику стави у изглед и нека санкције у случају непоштовања обавезе.

Човек је у ту сврху најпре користио магијске речи и поступке. Уговорници су закључењу уговора приступали као некој врсти ритуала, свечаног обреда кроз који дужник гарантује да ће остати при датој речи.¹⁹ Првобитно средство обезбеђења је, дакле, страх од невидљивих сила, чије ће дејство погодити дужника ако не изврши преузету обавезу.²⁰

Са развојем друштва значај магијског постепено одлази у други план, а повериоци се полако приклањају опипљивијим средствима обезбеђења. *Хамурабијев законик* из 1750. године пре нове ере наводи дужничко ропство као правну санкцију за дуг.²¹ Поверилац је могао задржати дужниковог члана породице (*perūtum*), док дуг не буде намирен.²² Дужник је такође имао могућност да добровољно уступи своју жену, сина или кћерку повериоцу у дужничку службу (*kiššātum*), али највише до три године.²³ Ако дужник преда повериоцу у залогу роба уместо члана породице, ово временско ограничење не важи.²⁴

18 Wigmore, John H., *The pledge – idea: A study in Comparative Legal Ideas*, 10 „Harvard Law Review” 321 (1896 – 1897), страна 322.

19 Станимировић, Војислав, *Обезбеђење извршења уговора у архаичним и старим правима*, магистарски рад, Београд, 1993, стр. 95–103; Живковић, Милош, *Обим сапласносји неойходањ за закључење уговора*, магистарски рад, Београд, 2004, страна 14.

20 На пример, у Месопотамији се користила формула „ако не вратим дуг нека ме прождере лав”. Станојевић, Обрад, *Римско право*, Београд, 2003, страна 271. У древној Индији се користила формула „Онај ко не плати повериоцу родиће се поново у повериочевом дому као роб, слуга, жена, или четвороножац.” Станимировић, наведено дело, страна 172.

21 Ипак, у жељи да ограничи самовољу у спровођењу права Хамураби забрањује повериоцима да сами намирују своје потраживање у сребру или плодовима. Versteeg, Russ, *Law in the Ancient World*, Durham, North Carolina, 2002, страна 16.

22 Versteeg, R., *наведено дело*, страна 90.

23 О временском ограничењу дужничког ропства у Вавилону Аврамовић, Сима, *Опшћа правна историја – стари и средњи век*, Београд, 2003, страна 77.

24 Versteeg, R., *наведено дело*, страна 91.

Већ у старој Грчкој, Солон је укинуо могућност дужничког ропства.²⁵ Поверилац је у случају неизвршења обавезе могао конфисковати дужникову имовину. Познато је да су као залогу (*enechyron, hypotheke*) Грци користили покретне ствари: златни пехар, коње, робове, али и непокретности, земљиште или кућу.²⁶ Власници бродова су редовно користили бродове и товар да би обезбедили зајам. Поверилац се могао заштити тужбом *dike khreōs*, у случају да дужник не измири свој дуг.²⁷

Иако залога није римски изум, Римљани су, као и у случају других правних института дали неизбрисив допринос развоју права обезбеђења.²⁸ Римско право је познавало три облика реалног обезбеђења: фидуцијарни пренос својине (*fiducia cum creditore contracta*), потом се јавио *pignus* и на крају хипотека.²⁹

2. FIDUCIA CUM CREDITORE CONTRACTA

Фидуција је вероватно најстарији облик обезбеђења.³⁰ Дужник је с циљем обезбеђења уступао право својине на оптерећеном добру повериоцу. Предмет фидуције биле су само ствари које су се преносиле *mancipatio*-м или *in iure cessio* – ом.³¹ Фидуција је, дакле, била доступна само римским грађанима.³² Чини се да тај податак доста говори о значају који су Римљани придавали овом правном послу. Све важније ствари и права: земљиште, робови, коњи, мазге, службености (*iter, actus, via* и *aquaeductus*) су се преносиле ислучиво манципацијом.³³

Није тешко уочити да се дужник у случају таквог обезбеђења суочава са мноштвом ризика. Поверилац је у очима трећих власник ствари и као такав лако може располагати предметом фидуције.³⁴ Морална санкција се показала недовољном да заштити дужника, па је убрзо уведена тужба *actio fiduciae directa*.³⁵

Тужба *actio fiduciae* је деловала само према повериоцу, али не и према трећим лицима. Као правно средство личне природе није омогућавала дужнику да поврати своју ствар. Дужник је имао само право да захтева накнаду штете од повериоца, али није имао основа за тужбу против прибавиоца.³⁶ Поверилац се у случају губитка спора поред обавезе накнаде штете суочавао и са инфамијом.³⁷

Фидуцијарним преносом поверилац је постајао власник оптерећеног добра, али га није могао задржати за себе, чак и ако дужник није испунио обавезу на време, ако тако нешто није уговорено. Он, такође, није могао пренети својину на купца, осим ако за то није био овлашћен посебном клаузулом *pactum de vendenda fiducia*. У супротном, поверилац је могао одговорати на основу *actio fiduciae*, ако би дужник касније отплатио дуг.³⁸

25 Аврамовић, С., *Ојшћа љавна историја*, страна 120. Ипак, други грчки полиси не следе Солонов пример. Станимировић, В., *наведено дело*, страна 187.

26 Versteeg, R., *наведено дело*, страна 257.

27 Versteeg, R., *наведено дело*, страна 258.

28 Банкари у Вавилону су у VI веку пре нове ере давали зајам обезбеђен залогом. Осипов, К., *The Genesis Of Russian Secured Transactions Law before 1917*, 42 „Cleveland State Law Review” 641, 1994, страна 645.

29 Станојевић, О., *Римско љаво*, страна 272.

30 Tamm, Ditlev, *Roman Law and European Legal History*, 1997. Copenhagen, страна 92.

31 Опширније о манципацији као строго формалном начину стицања, Бујуклић, Жика, *Forum Romanum, Римска држава, љаво, религија и митови*, Београд, 2005, стр. 379–381. и поступку *in iure cessio* (уступању пред судом) као начину да се овај формализам избегне, Бујуклић, Жика, *наведено дело*, страна 281.

32 Goebel, R., *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, 36 „Tulane Law Review” 929 (1961–1962), страна 34.

33 Више о различитим начинима преноса права својине *mancipatio, traditio, in iure cessio*. Versteeg, R., *наведено дело*, страна 314.

34 Милошевић, Мирослав, *Римско љаво*, Београд, 2005, страна 253.

35 Станојевић, О., *Римско љаво*, страна 273; Tamm, D., *наведено дело*, страна 92.

36 Osipov, K., *наведено дело*, страна 648.

37 Goebel, R., *наведено дело*, страна 30.

38 Schultz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, страна 415.

3. PIGNUS

Још у архаичном периоду³⁹ римског права се као један од облика *legis actiones* поступка помиње *legis actio per pignoris capionem*.⁴⁰ У присуству сведока, поверилац је могао узети дужникову ствар у залог, следећи прописану процедуру, уз изговарање одговарајућих речи *certa verba*. То је могао учинити у свако доба, чак и без пристанка дужника. Поверилац, вероватно, није био овлашћен да прода предмет залог или да на други начин њиме располаже, али је могао држати ствар до испуњења захтева.⁴¹

Суштинска разлика овог средства обезбеђења у односу на фидуцију је у томе што се код пигнуса на повериоца није преносила својина него државина.⁴² Пигнус у форми *pignore dare* је био много практичнији за обе стране. Уговором о залози, стварало се ограничено стварно право на туђој ствари *ius in re aliena*. Дужник је као власник ствари имао на располагању *actio rei vindicatio* против залогопримца, али и било ког трећег лица код кога би се нашао предмет залог.⁴³ Поверилац се у случају губитка државине могао штитити државинским интердиктом (*interdictum recuperande possessionis*).⁴⁴

Термин *pignus* се користио и за залог у покретним стварима, али и на непокретностима.⁴⁵ Римљани су сматрали да све оно што може бити предмет продаје такође може бити и предмет залагања.⁴⁶ Могуће је било заложити чак и робу на складишту промењиве садржине.⁴⁷

Док је ствар код њега, поверилац није био овлашћен да користи предмет залог, у супротном краде употребу (*furtum usus*) и може одговарати

на основу тужбе *actio furti*.⁴⁸ Споразум који је повериоцу дозвољавао употребу и прибирање плодова се називао антихреза.⁴⁹

Поверилац је најпре могао само да држи ствар и тако врши притисак на дужника да испуни обавезу. Ипак, две уговорне одредбе временом постају уобичајна садржина вољне залог (*conventio pignoris*): *lex commissoria*, која је омогућавала повериоцу да присвоји предмет залог у случају доцње дужника,⁵⁰ и друга клаузула, *pactum de vendendo* (*pactum de distrahendo*), која повериоцу даје право на продају оптерећеног добра.⁵¹ Право на уновчење предмета залог *ius vendendi* касније постаје толико често да се подразумевало чак и када није наведено у уговору.⁵² Уговорници су, наравно, имали могућност и супротног споразума, који би искључивао продају *pactum de non vendendo*.⁵³

Ако испуни своју обавезу, дужник може тражити повраћај ствари тужбом *actio pigneraticia directa*. Ако износ добијен продајом ствари није довољан за измирење дуга камате и трошкова, поверилац је могао захтевати од дужника остатак *reliquum*, али тужбом *actio in personam*.⁵⁴

Уколико вредност остварена продајом предмета залог превазилази износ дуга, поверилац је у обавези да тај вишак *superfluum* (*hyperocha*) врати дужнику.⁵⁵ У супротном, дужник такође може тужити повериоца тужбом *actio pigneraticia*.⁵⁶ С друге стране, повериоцу је стајала на располагању *actio pigneraticia contraria*, како би покрио трошкове које је имао око чувања предмета залог.⁵⁷

Римско право је познавало могућност вишеструког залагања. Приоритет повериоца се заснивао на правилу *prior tempore potior iure*. Ако дужник намири потраживање првог повериоца, накнадни поверилац се помера напред и долази на место претходног.⁵⁸ Каснији кредитор може искористити могућност *ius offerendi* или *ius succedendi* и на тај начин презети ранг претходног повериоца.⁵⁹

39 О подели римске правне историје на четири периода: а) древни период од VIII века пре нове ере до III века (период краљевства и ране републике); б) предкласични период од III до I нове ере (обухвата касну Републику и почетне године Принципата); в) класични период од I века до III века нове ере; г) посткласични период од средине III до средине VI века. Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Ashgate Publishing Limited 2003, страна 2.

40 Опширније о тужби ради заплене имовине и посебним случајевима када се примењивала, Бујуклић, Ж., *наведено дело*, страна 354.

41 Mousourakis, G., *наведено дело*, стр. 138–139.

42 Станојевић, О., *Римско право*, страна 273.

43 Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990, Cape Tawn, страна 221.

44 Goebel, R., *наведено дело*, страна 39 и Schultz, F., *наведено дело*, страна 407.

45 Wigmore, J., *наведено дело*, страна 22.

46 „*Quod emptioem venditio nemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.*” Gaius D.20. 1.9.

47 Goebel, R., *наведено дело*, страна 47.

48 Schultz, F., *наведено дело*, страна 418 и Станојевић, О., *Римско право*, страна 274.

49 Tamm, D., *наведено дело*, страна 94.

50 *Lex commissoria* је у потпуности укинута Конституцијом цара Константина 326. године. Tamm, D., *наведено дело*, страна 93.

51 Goebel, R., *наведено дело*, страна 35. О различитој примени клаузула *lex commissoria* и *lex venditionis* Wigmore, J., *The pledge – idea: A study in Comparative Legal Ideas*, part II, 11 „Harvard Law Review” 18, (1897 – 1898), страна 28.

52 Zimmermann R., *наведено дело*, страна 224. О еволуцији могућности повериоца да приступи продаји предмета залог такође и Goebel, R., *наведено дело*, страна 51.

53 К. Осипов, *наведено дело*, страна 651.

54 Goebel, R., *наведено дело*, страна 53 и Schultz, F., *наведено дело*, страна 417.

55 Schultz, F., *наведено дело*, страна 417.

56 Watson, A., *Roman Law*, 1991, страна 51.

57 Goebel, R., *наведено дело*, страна 50 и Милошевић, М., *Римско право*, страна 254.

58 Tamm, D., *наведено дело*, страна 97.

59 Подробније о могућностима залогопримца слабијег по рангу да заузме положај претходног. Goebel, R., *наведено дело*, страна 61. и Schultz, F., *наведено дело*, страна 424.

4. ХИПОТЕКА

Иако је *pignus* донео извесне предности за дужника у односу на фидуцију, и овај начин обезбеђења је имао незгодних страна. За време трајања залог дужник није извлачио корист из оптерећеног добра, чиме је своју иначе тешку ситуацију још више погоршавао.⁶⁰

Тек са појавом хипотеке дужник је и поред заснивања обезбеђења могао да настави са коришћењем објекта залог.⁶¹ Термин хипотека је позајмљен из грчке правне терминологије. Грци су земљиште оптерећено хипотеком обележавали каменим стубовима *horoi* са урезаном садржином уговора о зајму.⁶² Ипак, овај институт је имао засебну линију развоја у римском праву. Почети бездржавинске залог у Риму везани су за закуп и однос *locatio – conductio*. Ако закупач *colonus* не испуни своју обавезу, закуподавац је имао могућност принудног извршења на *investa at illata*, односно на свим стварима које је закупач унео у посед. За тако нешто била му је неопходна помоћ претора у облику *interdictum Salvianum*.⁶³ Заштита уговорног права закуподавца у облику интердикта није имала дејство *erga omnes*, све док Хадријановим едиктом није уведена *actio Serviana*.⁶⁴ Ова тужба се у облику *actio quasi Serviana (actio hypothecaria)* могла користити и у другим случајевима који нису везани за закуп.⁶⁵

Поред уговорне, Римљани су познавали и законске хипотеке.⁶⁶ На почетку се законска хипотека јавља као генерална хипотека фиска на целокупној имовини пореског дужника, али се број законских хипотека временом повећавао.⁶⁷ Занимљиво је да стари Римљани никада нису развили систем земљишних књига.⁶⁸

60 Станојевић, О., *Римско право*, страна 275.

61 Watson, A., *Roman Law*, страна 51.

62 Versteeg, R., *наведено дело*, страна 258. Ови стубови су у античком друштву имали и функцију камена – међаша. Станимировић, В., *наведено дело*, страна 192.

63 О надлежности *iurisdictio* и значају који су за развој римског права имали „*praetor urbanus*”, *praetor peregrinus* и *praetor provinciales* Mousourakis, G., *наведено дело*, страна 87.

64 Schultz, F., *наведено дело*, страна 408 и Tamm, D., *наведено дело*, страна 94.

65 „*Item Serviana et quasi Serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi Serviana autem creditores pignora hypothecae persequuntur.*” *Institutiones* 4, 6, 7.

66 Више о различитим облицима законске хипотеке у римском праву Goebel, R., *наведено дело*, страна 58.

67 Милошевић, М., *Римско право*, страна 257; Schultz, F., *наведено дело*, страна 403.

68 Goebel, R., *наведено дело*, страна 63. У Атини су, међутим, већ у постдемократском добу хипотекарне књиге потиснуле публикацију заложног права уз помоћ стубова. Апостолова –Маршалевски Магдалена, *Појава и порекло римске хипотеке*, магистарски рад, Београд, 1972, страна 117.

Чини се да су се поменута средства обезбеђења на огромном пространству које је обухватало Римско царство некако паралелно развијала и имала одговарајућу улогу све до његове пропасти. Термини фидуција, пигнус и хипотека се у правним изворима преплићу, тако да је заиста тешко са сигурношћу установити садржину ових института и њихов међусобни однос.⁶⁹

69 Термин хипотека је увео у римско право Јустинијан у *Corpus Iuris Civilis*. Класично римско право користи термин *rem pignori obligare*, К. Осипов, *наведено дело*, страна 650. Неки аутори сматрају да је фидуција постојала и у Јустинијановом периоду, али да се не помиње у *Дигестима* зато што су Трибонијан и његови помоћници једноставно термин фидуција избрисали у текстовима и заменили њима ближим термином хипотека, Wigmore, J., *The pledge – idea: A study in Comparative Legal Ideas*, part II, страна 32. Опширније о стварању и садржини Јустинијанове кодификације коју ће правници касније назвати *Corpus Iuris Civilis*. Mousourakis, G., *наведено дело*, стр. 381–395.

5. САВРЕМЕНО БЕЗДРЖАВИНСКО ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА

Савремено право обезбеђења се развијало у оквиру националних права уз одређене сличности, али и велики број разлика.⁷⁰ У немачком праву се кроз судску праксу развио облик бездржавинског обезбеђења „Sicherungsübereignung”. Француско право је бездржавинску залогу регулисало низом закона везаних за одређени предмет залагања. Од XIX века у англоамеричком праву се развија специфичан облик бездржавинске залоге „floating charge”.⁷¹ Крајем XIX века државе у САД почињу са усвајањем закона који регулишу залагање покретних ствари уписом у одговарајуће регистре „Chattel Mortgage Acts”.⁷²

Велики преокрет у поимању права обезбеђења наступа 1952. са појавом „Uniform Commercial Code”.⁷³ Творац члана 9, професор Грант Гилмор, (Grant Gilmore) идентификовао је осам различитих средстава обезбеђења која су се до тада користила у САД.⁷⁴ Он је дошао на идеју да овом питању треба приступити тако што ће суштина бити стављена испред форме. Ако споразуми о обезбеђењу имају идентичан циљ, онда их, сходно томе, треба назвати заједничким именом „security interest” и једнообразно регулисати.

Једно од питања које се намеће у међународном приватном праву је проблем померања предмета оптерећеног залогом из једне државе у другу. Изгледа да правило *lex rei sitae* практично није од велике помоћи у случају обезбеђења потраживања покретним стварима без предаје у посед повериоца и залагања потраживања.⁷⁵ Ако правилу *lex situs* приступимо из угла различитих националних законодавстава, проблеми тренутно постају видљиви.⁷⁶ На пример, ако се аутомобил на коме је фидуцијарно

пренета својина ради обезбеђења потраживања у Немачкој у време принудног извршења нађе на територији Француске. Такав пренос би се у складу са општим правилима у Француској сматрао ништавим.⁷⁷

Ови, и многи други разлози, указивали су на неопходност хармонизације права обезбеђења покретним стварима на међународном нивоу. Почетак активности хармонизације се обично везује за име проф. Улриха Дробниха (Ulrich Drobniг). Проф. Дробних је замољен да за рачун UNCITRAL-а направи одговарајућу анализу постојећег стања заложног права у националним законодавствима.⁷⁸ Он закључује да су разлике међу правним системима изражене и да би евентуалној хармонизацији требало приступити на темељу УСС.

Рад на хармонизацији права у овој области је настављен и као један од резултата се појавила United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade.⁷⁹ Делокруг Конвенције се односи на уступање међународних потраживања (assignments of international receivables) и међународно уступање потраживања (international assignments of receivables).⁸⁰ Једна од радних група које делују у оквиру UNCITRAL-а припрема нову конвенцију која се односи на залагања покретних ствари.⁸¹

Друга дугогодишња активност на хармонизацији права обезбеђења је везана за Институт за унификацију међународног приватног права, (UNIDROIT). У оквиру ове организације усвојене су Конвенција о међународном финансијском лизингу⁸² као и Конвенција о међународном факторингу.⁸³

Крупан искорак у правцу хармонизације је и најновија UNIDROIT конвенција која се бави питањем залагања покретних ствари: авиона, железничких композиција и свемирске опреме. Комисија на чијем челу

70 Keinan, Yoram, *The Evolution of Secured Transactions*, 2001, <http://www.worldbank.org/wdr/2001/bkggroundpapers/keinan.pdf>.

71 Опширније о историјском развоју „floating charge” Gough, William. J., *Company Charges*, London, 1996, стр. 102–108.

72 Flint, George Lee, Alfaro, Marie Juliet, *Secured Transactions History: The First Chattel Mortgage Acts in the Anglo-American World*, „William Mitchell Law Review” 2004, страна 1406.

73 Последња држава у САД која је прихватила члан 9. УСС је Луизијана, 1972.

74 „Pledge, chattel mortgage, conditional sale, trust receipt, factors lien, field warehousing, security interest in intangible property, account receivables financing.” Gilmore, Grant, *Security Interest in Personal Property*, Boston, 1965, страна 291.

75 Goode, R., *Security in Cross – Border Transactions*, (1998) 33 „Texas Int'l Law Journal” 47, страна 49 О томе и Jessel – Holst, Christa, *Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u jugoistočnoj Evropi*, Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, страна 95.

76 Drobniг, Ulrich, *Secured Credit in International Insolvency Proceedings*, (1998) 33 „Texas Int'l Law Journal” 53, страна 63.

77 Поред тога, специјални закон у Француској дозвољава бездржавинску залогу само ако је потраживање које се обезбеђује резултат стицања аутомобила. Drobniг, U., *Secured Credit in International Insolvency Proceedings*, страна 64.

78 Проф. Дробних је указао на сличности и разлике између деветнаест националних права, без претераног оптимизма у погледу могућности хармонизације. UNCITRAL Report of the Secretary – General: Study on security interest (A/ CN.9/131) 1977.

79 The Convention on the Assignment of Receivables in International Trade, The United Nations General Assembly 2001 GA. Res. 56/81, U.N. GAOR, 56th Sess., Agenda Item 161, U.N. Doc. A/Res/56/81 (2002).

80 „Receivables” се као уговорно новчано потраживање сматра међународним, ако су у тренутку закључења уговора дужник и поверилац лоцирани у различитим државама. Уступање се сматра међународним, ако у тренутку закључења уговора о уступању уступилац и пријемник имају седиште у различитим државама. (Article I и Article III) Конвенције. Више о томе: Bazinas, S., *Multi Jurisdictional Receivables Financing: UNCITRAL's Impact on Securitizations and Cross – Border Perfection*, 12 Duke J. Comp. & Int'l L. 365, 2002, страна 368.

81 Резултат тих активности су *Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, Working Group VI (Security interest), A/CN.9/WG.VI/WP.16. Seventh session, New York, 24–28 January, 2005. *Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, UNCITRAL Working Group VI (Security interest), Eighth session Vienna, 5–9 September 2005, A/CN.9/WG.VI/WP.21.

82 *Convention on International Financial Leasing* (Ottawa, 28 May 1988) <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/1988leasing-e.htm>.

83 *Convention on International Factoring* 1988, <http://www.unidroit.org/english/implementation/i-88-f.htm>.

се налазио проф. Goode, R., је предложила да се Конвенција формулише као заједнички акт, који би временом требало допунити посебним протоколима за сваки од поменутих објеката.⁸⁴ До сада је предложен и ступио на снагу само Протокол посвећен авио-летелицама.⁸⁵ Конвенцијом је предвиђен јединствен међународни електронски регистар који омогућава публицитет права првенства.⁸⁶ Протокол посвећен авионима предвиђа да се у регистар уписују уговори о продаји авиона као и права обезбеђења.⁸⁷

Ако упоредимо ову Конвенцију са UNCITRAL-овим пројектом који се бави уступањем потраживања, може се уочити да UNIDROIT пројекат ставља акценат на врсту оптерећеног добра, док је код Конвенције посвећене међународном уступању потраживања нагласак на уговорним странама. У складу с тим, предлаже се и организовање регистра. Авио-протокол предвиђа да се регистар води с обзиром на објекте залагања, док је у Конвенцији о уступању потраживања критеријум претраге име уступиоца.⁸⁸

Значајан корак у правцу унапређења и хармонизације права обезбеђења на међународном нивоу представљао је Модел закон о обезбеђењу потраживања који је 1994. године објавила Европска банка за обнову и развој.⁸⁹ На темељу овог модела су готово све земље у централној и источној Европи донеле нове законе који регулишу бездржавинску залогу.⁹⁰

84 Cape Town, *Convention on International Interest in Mobile Equipment* 2001, <http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>.

85 Protocol on Matters Specific to Aircraft Equipment по коме предмет залагања „aircraft object” подразумева хеликоптере, трупове авиона и авионске моторе којим се приступа као засебном предмету права обезбеђења, јер се по правилу одвојено и финансирају, члан I (ц) Протокола.

86 Goode, R., *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing*, „Uniform Law Review” / „Revue de droit uniforme”, 7 (2002), 3-15. <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/articles-main.htm>, страна 4.

87 Уговор мора бити у писаном облику и садржати одговарајући опис авиона: серијски број, име произвођача и ознаку модела. Недостатак регистрације не утиче на пуноважност уговорних односа. Iwan Dawis, *The New Lex Mercatoria: International Interest in Mobile Equipment*, 52 „International and Comparative Law Quarterly” 151, January 2003, стр. 168-169.

88 Article 5, Annex to the Convention, Више о различитом приступу ових конвенција начину хармонизације. Cohen, Neil, *Internationalizing the Law of Secured Credit: Perspectives from the US Experience*, 20 „University of Pennsylvania Journal of International Economic Law” 423, Fall 1999, стр. 438-441. и Ali, P. A. U., *The Law of Secured Finance, An International Survey of Security Interest over Personal Property*, Oxford 2002, страна 297.

89 Model Law on Secured Transaction, European Bank for Reconstruction and Development, и EBRD Core Principles for Secured Transactions Law, <http://www.ebrd.org/>.

90 Пољска (1996); Бугарска (1996); Мађарска (1996, 2000); Румунија (1999); Чешка (2001); Словачка (2002); Македонија (2003). EBRD је кроз регионална истраживања наставила са праћењем пројекта развоја обезбеђења потраживања и могућности ефикасног принудног извршења. Regional Survey on Secured Transactions Law, <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/survey/index.htm> и касније New Legal Indicator Survey 2003; Dahan, Frédérique – Kuteničova, Eliška – Simpson, John, *Enforcing secured transactions, in central and eastern Europe: an empirical study*, „Law in Transition” 2004, [http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/sp04/complete\(E\).pdf](http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/sp04/complete(E).pdf).

Једна од линија хармонизације права обезбеђења заснива се на идеји члана 9. УСС. На тим основама је већина „Common Law” провинција у Канади усвојила „Personal Property Securities Act” (PPSA).⁹¹ Занимљиво је да је и Квебек, као провинција са израженом „Civil Law” традицијом, прихватио такву могућност бездржавинског залагања покретних ствари.⁹² Слична је ситуација и на Новом Зеланду.⁹³

Организација америчких држава предлаже хармонизацију на основу Интер-америчког модел закона о обезбеђењу потраживања.⁹⁴ Модел је својеврсна комбинација УСС и „Civil Law” права обезбеђења.⁹⁵ Једнообразни трговачки законик је и сам резултат потребе за хармонизацијом у оквиру САД и чини се да део своје успешности на међународном нивоу дугује управо тој чињеници.⁹⁶ Са становишта компаративног права је нарочито занимљиво повратно дејство које америчко право обезбеђења остварује у Великој Британији.⁹⁷

У оквиру Европске уније се у области бездржавинског обезбеђења могу издвојити *EU Directive on Financial Collateral Arrangements*.⁹⁸ Директиве

91 Ontario, Saskatchewan, New Brunswick, British Columbia, Manitoba. Опширније Cumming, Ronald, *Article 9 North of 49#: The Canadian PPS Acts*, 29 „Loyola of Los Angeles Law Review” 971, April 1996, страна 975.

92 Грађански законик који је ступио на снагу 1994. године ипак користи термин хипотека за залог на покретним стварима и не прихвата концепт који на исти начин приступа заложном праву, условној продаји и финансијском лизингу. Cumming, R., *наведено дело*, страна 986.

93 „Personal Property Securities Act” 1999.

94 Organisation of American States (OAS) Model Inter-American Law on Secured Transactions, February 2002, Sixth Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VI), 3d Sess., CDIP-VI/RES.S/02, OEA/Ser.KXI.6, http://www.oas.org/dil/CIDIP-VIsecuredtransactions_Eng.htm.

95 Мексико је 2003. године, на темељу овог модела усвојио нови закон о обезбеђењу потраживања, док га друге државе у региону озбиљно разматрају. Rocks, Sandra, Kate Sawyer, *Survey of International Commercial Law Developments, During 2003*, 59 „Business Lawyer” 1663, August 2004, страна 1668.

96 УСС су најпре усвојиле све државе у САД, пошто је ова материја у надлежности држава, а не федерације. Под израженим утицајем УСС су и нови закони Републике Црне Горе и Албаније. С тим у вези, значајну улогу имају пројекти организација: American Law Institute (ALI), International Secured Transaction Project, <http://www.ali.org/>; American Bar Association, – CEELI Central European and Eurasian Law Initiatives <http://www.abanet.org/ceeli/publications/conceptpapers/securetrans/sec.html>; IRIS Institutional Reform and the Informal Sector, University of Maryland, чије је истраживање „A Survey of Asset-Based Lending in Central & Eastern Europe”, објављено као посебан додаток „Butterworths Journal of International Banking and Financial Law” септембра 1995.

97 Нарочито у делу који се односи на примену истих правила и у погледу „quasi – security” средстава која су „functionally equivalent” залози, „hire-purchase agreements”, „finance leases”, „conditional sales” и „sales of receivables”. Видети последњи у низу предлога комисије која ради на реформи права обезбеђења у Великој Британији: *The Law Commission Consultation Paper No 176, Company Security Interest, A consultative report*, London, TSO 2004, стр. 33. и 34.

98 Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, „Official Journal of European Communities Official Journal L” 168, 27/06/2002.

се односе на предмете залагања („financial collateral“) у облику готовог новца и финансијских инструмената.⁹⁹ Уговор о обезбеђењу се закључује у одговарајућој форми.¹⁰⁰ Сам уговор није довољан, јер се дејство *erga omnes* постиже предајом или успостављањем контроле на предмету обезбеђења.¹⁰¹

Идеја хармонизације правних правила није нова у људској историји. Стварање националних кодификација у XIX веку је један од примера унификације права, али у оквиру државних граница. Локални обичаји уступили су место једнообразним правилима, из простог разлога што је правна подељеност постала кочница даљег привредног развоја. Једна од значајних последица колонијалних освајања је и рецепције права.¹⁰² Понекад се рецепција права јављала и као резултат јасне намере законодавца да на тај начин приближи државу развијенијим узорима.¹⁰³

Када је реч о уговорном трговачком праву оно по самој природи односа које регулише тежи једнообразности.¹⁰⁴ Трговина не трпи границе и различитости.¹⁰⁵ Она, напротив, настоји да их на све начине превазиђе и превлада. Чини се да је заједничко светско тржиште одавно створено и успешно функционише, али да право у том погледу не прати на одговарајући начин трговину. Покушаји хармонизације уговорног права и поред одређеног напретка још увек нису дали значајније резултате.¹⁰⁶ Слична је

99 Две су групе уговора којим се постиже ефекат обезбеђења: прва подразумева потпуни пренос права својине („title transfer collateral arrangements“) и друга, која доводи само до креирања *ius in re aliena* („security (book entry) financial collateral arrangements“). Goode, R., *Legal Problems of Credit and Security*, London 2003, страна 229.

100 „Evidence can be given in writing or in any other legally enforceable manner“; Art. 11 Directive 2002/47/EC.

101 Оптерећено добро мора бити у поседу или под контролом заложног поверилаца или лица које наступа у његово име. Art. 9 Directive 2002/47/EC.

102 Бивше енглеске и француске колоније још увек имају правне системе засноване на правилима која су увели колонизатори. Gopalan, Sandeep, *New Trends in the Making of International Commercial Law*, 23 „Journal of Law of Commerce“ 117, Spring 2004, страна 122.

103 Србија је тако уз одређена скраћивања 1844. године преузела Аустријски грађански законик. Занимљив је пример Турске, која је у периоду од 1924 до 1930. преузела законе различитих земаља који су им се у том тренутку чинили најбољим: швајцарски Грађански законик и Закон о парничном поступку, немачко трговачко право, поморско право и кривични поступак, италијанско кривично право и француско управно право. Watson, A., *Legal Transplants and European Private Law*, vol. 4.4 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2000), део III, <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>.

104 У области као што су породично и наследно право утицај традиције је далеко јачи. Богишић, В., *Метод и систем кодификације имовинској права у Црној Гори*, стр. 59–60.

105 Један од циљева хармонизације права је и смањење трошкова прикупљања информација о различитим националним правима.

106 United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods (1980), Vienna Convention, <http://www.uncitral.org/english/texts/sales/CISG.htm>; Према броју држава које су ратификовале ову конвенцију она је свакако један од највећих успеха на пољу хармонизације приватног права; такође су значајни *The Principles Of European Contract Law*, Parts I, II, III Prepared by the Commission on European Contract Law (CECL) 1999, 2002, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm; и UNIDROIT *Principles of International Commercial Contracts* 1994, 2004.

ситуација и са правом обезбеђења потраживања као једним од битних елемената трговачког права.

Испоставило се да нације са већим поносом чувају и да се много теже одричу своје правне традиције у односу на државну сувереност. Покушаји хармонизације права обезбеђења у први план стављају једноставност, ефикасност и публицитет обезбеђења. Сматрамо да управо ови принципи одговарају потребама савременог међународног правног промета и да неће проћи много времена до коначног прихватања правила која ће избрисати разлике и омогућити повериоцима и дужницима да послују на јединственом светском тржишту са много мање ризика и неизвесности.

Део III

ЗНАЧАЈ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

1. РИЗИЦИ НА КОЈЕ ПОВЕРИЛАЦ ТРЕБА ДА РАЧУНА

Заснивање обезбеђења је право поверица, а не његова обавеза. Ипак, чини се да је ова могућност у савременом правном промету готово добила карактер нечега што се подразумева. Поверилац редовно очекује одговарајуће обезбеђење, а дужник се стара да изађе у сусрет таквим захтевима.

У овом делу књиге покушаћемо да макар делимично одговоримо на питања шта је условило такво резонување поверилаца и дужника, које то погодности обезбеђење доноси уговорним странама и зашто су ови аргументи у пословној пракси однели превагу у односу на разлоге који би уговорнике могли одвратити од заснивања обезбеђења? Зашто се повериоци уопште одлучују да своје потраживање обезбеде?

Поверилац се, по правилу, најбоље осећа када ствари теку по плану, када дужник измирује своје обавезе у уговореном року.¹⁰⁷ Реалност, међутим, умногоме одступа од очекивања њених учесника. Велики је број ризика који прате сваки правни посао.¹⁰⁸ Дужник често не жели или није у могућности да измири своје обавезе, зато што можда није успео да на време пласира своје производе и услуге, или је успео, али његови дужници касне са извршењем својих обавеза.

Тржиште као такво, подразумева читав ланац дужника и поверилаца и довољно је да само једна карика попусти, па да многа потраживања остану неизмирана.¹⁰⁹ Може се догодити да привредно друштво које у једном тренутку одлично послује, већ следеће године не остварује приход довољан за враћање кредита. На пример, купци њихових производа се изненада окрену ка потпуно новом произвођачу, који је уложио огромна средства у развој и пласман својих производа на тржишту, и због нове технологије или пореске олакшице је у могућности да понуди исти или сличан производ, по далеко нижој цени.¹¹⁰

¹⁰⁷ Tajti, Tibor, *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest, 2002, страна 68.

¹⁰⁸ Инвеститор се суочава са три групе ризика: време враћања, ризик враћања и обим поврата уложених средстава. Schwartz, Alan, *The Continuing Puzzle of Secured Debt*, 37 „Vand. L. Rev.” 1051, страна 1062.

¹⁰⁹ О мноштву потенцијалних ризика на тржишту (на пример, међународни инцидент може онемогућити дужника да набави сировине, финансијска пропаст значајног купца и други) Goode, Roy, *Commercial Law*, second edition, London, 1995, страна 635.

¹¹⁰ Немогућност плаћања тада наступа као резултат конкуренције на тржишту и смањене тражње за производима дужника, тако да се не може приписати неодговорном пословодству дужника или непримереној пословној политици.

Понекад, дужник поседује имовину значајне вредности, али му у тренутку доспећа његових дугова, недостају расположива средства на рачунима или друга имовина коју је лако уновчити. Такав дужник под притиском поверилаца проглашава стечај, те наступа забрана појединачног намирења.

Државе или међународне организације такође могу својим мерама онемогућити повериоце у наплати потраживања.¹¹¹

2. ПОГОДНОСТИ КОЈЕ ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА ДОНОСИ УГОВОРНИМ СТРАНАМА

А. Обезбеђење повећава вероватноћу да ће дужник испоштовати своје обавезе

Непосредна предност коју обезбеђење доноси повериоцу јесте повећање вероватноће да ће поверилац принудним путем намирити потраживање уколико дужник добровољно не испуни своје обавезе.¹¹²

Код стварноправних средстава обезбеђења, поверилац појачава облигационо право које има у односу на дужника стварним правом које није везано за конкретног дужника, већ прати ствар која је предмет обезбеђења. Могућост принудног намирења тако постаје много извеснија, јер је сада за потраживање везано и право које делује *erga omnes*.¹¹³ Поверилац постојећу облигационоправну одговорност дужника допуњава стварноправном одговорношћу свакодобног власника оптерећеног добра.¹¹⁴ Свако треће лице које би постало власник оптерећеног добра одговара повериоцу предметом залогa, наравно, само до висине обезбеђеног дуга.¹¹⁵

Поверилац задржава могућност намирења из целокупне имовине дужника, али му обезбеђење даје и нешто више права у односу на необезбеђене повериоце – право следовања и првенство у намирењу из оптерећеног добра.¹¹⁶

Обезбеђење доноси психолошку предност зајмодавцу.¹¹⁷ С једне стране, поверилац је сигурнији, пошто на основу права следовања може захтевати принудно намирење из предмета залогa, без обзира на то код кога се у том тренутку налази предмет залогa. С друге стране, дужник зазире од могућности да кроз принудно намирење изгуби објекат залогa. Он рационалније приступа планирању својих активности и улаже више напора у доношење исправних пословних одлука.

112 О очигледној предности коју обезбеђени поверилац има у односу на необезбеђене. Mann, R. J., *Explaining the Pattern of Secured Credit*, January 1997, 110 „Harvard Law Review” 626, страна 639.

113 „Plus cautionis in re est quam in persona” Pomponius *Digesta*, 50, 17, 25.

114 Gavella, N., (red.), Josipović, T. – Gliha, I. – Belaj, V. – Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, страна 713.

115 Povlakić, Meliha, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja sa posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu zalogu)*, doktorska disertacija, Sarajevo, 2001, страна 47.

116 Поверилац покушава да се обезбеди у односу на нове повериоце, али и да елиминише могућност савесног стицања од трећег лица. Тајти, Т., *наведено дело*, страна 69.

117 О овој предности које обезбеђење доноси повериоцу опширније Scott, Robert E., *A Relational Theory of Secured Financing*, 80 „Columbia Law Review” 901, страна 945.

111 Принудне мере (санкције) уведене СРЈ 1998. године од UN и многобројни примери економских „санкција” уведених од државе у којој је седиште дужника у односу на државу у којој је седиште повериоца.

Б. Обезбеђењем поверилац стиче право првенства у намирењу у односу на објекат залог, што је нарочито корисно у случају инсолвентности дужника

Дужник одговара за преузете обавезе целокупном својом имовином, али ова општа залог често није довољна, пошто, по правилу, више поверилаца конкурише за намирење, а укупна вредност дужникове имовине није таква да може да одговори захтевима свих поверилаца.

Обезбеђени поверилац је увек на корак испред осталих, како оних поверилаца које називамо необезбеђеним повериоцима, тако и оних поверилаца чије је обезбеђење настало касније. Он има првенство у случају принудног намирења из предмета залог у извршном поступку, али је нарочито значајно његово право на одвојено намирење у случају стечаја дужника.

Необезбеђени повериоци се у стечају намирују „сразмерно” без обзира на време настанка њиховог потраживања.¹¹⁸ С друге стране, „мудри” поверилац који је своје потраживање „утврдио” залогом, у потпуности се намирује из предмета залог, тако да осталим повериоцима бива доступан тек евентуални вишак вредности остварен продајом оптерећеног добра.

Право првенства у стечају добија карактер разлучног права, које омогућава обезбеђеном повериоцу да не стоји у реду са осталим повериоцима. Он се као титулар стварног права намирује одвојено, и у целисти, наравно, у границама вредности предмета залог. Није тешко замислити ситуацију у којој је већина добара које поседује дужник у стечају заложена, тако да необезбеђеним повериоцима остају само „лепе жеље” да намире макар део својих потраживања.¹¹⁹

В. Обезбеђење омогућава повериоцу да намири своје потраживање из предмета залог, и кад је потраживање застарело

Повериоца који је своје потраживање обезбедио заложним правом не погађа накнадни губитак захтева за принудно намирење. Стварно право којим је поверилац учврстио потраживање не подлеже застарелости, тако да застарелост облигационог права нема утицаја на могућност уновчења оптерећеног добра.¹²⁰

118 Bjerre, Carl S., *Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection*, 84 „Cornell Law Review” 305, страна 309.

119 О конкретним подацима „Society of Practitioners of Insolvency”, у 75 % случајева необезбеђени повериоци не добијају ништа у случају отварања стечаја, а само у 2% случајева могу очекивати да се намире у целисти. McCormack, Gerard, *A Priority of Secured Credit: an Anglo – American Perspective*, „Journal of Business Law”, July 2003, страна 394.

120 Занимљиво је становиште које се јавља у француском праву. Застарелост не тече док је предмет залог у државини залогопримца, јер се државина залогопримца тумачи као прећутно признање дуга. Cabrillac, Michel – Mouly, Christian., *Droit des sûretés*, Litec, 2^e édition, Paris 1993, страна 512.

Г. Обезбеђење отвара повериоцу могућност да намири своје потраживање без обраћања суду

Ова предност обезбеђења је нарочито значајна за повериоце којима услови тржишта не дозвољавају да губе време у дуготрајним судским поступцима.¹²¹ Обезбеђени поверилац, истина, нема увек такву погодност, али је, с друге стране, за необезбеђеног повериоца таква могућност у потпуности искључена.¹²² Он мора покренути парнични поступак како би се утврдило постојање и висина његовог потраживања, а затим по добијању извршног наслова покренути поступак принудног намирења.

Реална је опасност да оптерећено добро од тренутка доспелости до принудног уновчења значајно изгуби од своје вредности.¹²³ Не треба занемарити ни трошкове поступка који се подмирују из цене остварене продајом предмета залог пре обезбеђеног потраживања.

То су неки од разлога због којих повериоци инсистирају на нормама које им омогућавају да у случају дужникове доцње успоставе државину над оптерећеним добром и сами организују његову продају. На тај начин се спречава умањење вредности оптерећеног добра и отвара могућност да се кроз контролу процеса принудног уновчења постигне максимална цена предмета залог.

Д. Обезбеђење даје повериоцу одређени степен контроле на добрима дужника

Ова функција нарочито долази до изражаја код класичне залог која се заснива предајом ствари повериоцу. Поверилац који је потраживање обезбедио уписом залог у јавну књигу такође стиче одређена контролна права. То му омогућава да правовремено реагује, ако залогодавац на било који начин угрожава вредност оптерећеног добра.¹²⁴

121 Брзо и ефикасно намирење повериоца из вредности оптерећеног добра се истиче као један од суштинских принципа савременог права обезбеђења. *Core Principles for Secured Transactions Law*, <http://www.ebrd.org/>.

122 Земље европско-континенталног правног круга су генерално мање наклоњене остварењу права заложног повериоца изван судског поступка у односу на земље англо-америчког правног круга. Tajti, T., *наведено дело*, страна 84. Чини се, међутим, да на међународном нивоу сазрева становиште да повериоцу треба омогућити и један и други пут. Recommendation no. 60, *UNCITRAL Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, Working Group VI (Security interest), Seventh session, January 2005, A/CN.9/WG.VI/ WP.16/Add.1.

123 Положај обезбеђеног повериоца зависи не само од ваљаности обезбеђења већ и од вредности оптерећеног добра. Ellinger, E. P. – Lomnicka, E. – Hooley, R., *Modern Banking Law*, Oxford, 2002, страна 727.

124 По правилу, стипулише се забрана располагања оптерећеним добром без сагласности повериоца, забрана уговарања новог обезбеђења („negative pledge clause”), забрана спајања („merger prohibition covenant”), ограничава се висина профита који дужник може расподелити акционарима и слично. Tajti, T., *наведено дело*, страна 108.

Избор начина контроле, по правилу, зависи од величине зајма, рока на који је зајам уговорен као и претходних сазнања које поверилац има о дужнику.¹²⁵ Надгледање дужника није својствено само обезбеђеним повериоцима, али се уговарањем стварноправног обезбеђења ова функција претвара у предност коју има обезбеђени поверилац.¹²⁶

Уговарањем обезбеђења надзор се своди само на контролу одређених добара издвојених из дужникове имовине, тако да контрола целокупног пословања дужника није више неопходна. Надзор самим тим постаје једноставнији и јефтинији, јер, по правилу, не подразумева ангажовање стручњака.¹²⁷

Ђ. Обезбеђење отежава накнадно задуживање дужника

Превентивна функција обезбеђења је у непосредној вези са начелом публицитета заложног права.¹²⁸ Упис залог у регистар, или предаја ствари залогопримцу, обзнањује потенцијалним повериоцима да је дужник претходно већ задужен код других. Уговарање обезбеђења не значи директну забрану новог задуживања, међутим, посредно се смањује дужникова могућност да заснује нови дуг. Он није у стању да пружи одговарајуће обезбеђење потенцијалним кредиторима, тако да нови капитал постаје скупљи, па самим тим и мање привлачан за дужника.¹²⁹ На тај начин се спречава поновно задуживање дужника, као и његова могућа презадуженост.

Е. Обезбеђење доприноси потпунијем искоришћавању вредности дужникове имовине

Значај обезбеђења се огледа и у економској (активирајућој) функцији.¹³⁰ Оно омогућава повериоцу да буде у поседу ствари и да је користи, а да истовремено добије зајам под далеко повољнијим условима. Ако узмемо за пример власника машине за производњу пецива и кажемо да његово право својине укључује овлашћење држања, коришћења и располагања, јасно је да такав власник може унети нову вредност у своју имовину коришћењем машине за производњу и продајом пецива. У случају отуђења

125 Jackson, Thomas H. – Kronman, Antony T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, (1971) 88 „Yale L.J.” 1143, стр. 1158–1161.

126 О разлозима за „monitoring” и примени стратегије надгледања („policing strategy”) у односу на дужника. Jackson T. – Kronman, A., *наведено дело*, страна 1150.

127 Mann, R., *Explaining the Pattern of Secured Credit*, страна 650.

128 О одбрамбеној функцији обезбеђења Scott, R., *A Relational Theory of Secured Financing*, страна 945.

129 Mann, R., *Explaining the Pattern of Secured Credit*, стр. 642–643.

130 Tajti, T., *наведено дело*, страна 70.

машине, власник се суочава са губитком могућности стварања нове вредности кроз овлашћење коришћења. С друге стране, залагање без предаје у посед повериоцу, као облик делимичног располагања, омогућава дужнику да прибави нову вредност. Он ће остварити директну корист изражену кроз разлику између цене кредита која прати обезбеђено потраживање и каматне стопе својствене необезбеђеном потраживању.¹³¹ Поред тога, заснивањем заложног права на праву својине, дужник се не одриче могућности да и даље остварује приходе кроз овлашћење коришћења. Напротив, дужник ће зајам, по правилу, искористити за набавку сировина, покретање новог ланца производње и тако овлашћење коришћења учинити још ефикаснијим.

Активирајућа функција обезбеђења је нарочито наглашена код више-струког залагања, када дужник користи један објекат залог са циљем обезбеђења више различитих потраживања. Дужник не престаје да буде власник ствари, али активира њену новчану вредност, која би у супротном била замрзнута. Поверилац је такође на добитку. Он има могућност да тргује насталим потраживањем, под повољнијим условима, јер је реч о обезбеђеном потраживању.

Изгледа да се уговарањем обезбеђења појачава не само искоришћеност, него и прометљивост права садржаних у дужниковој имовини.¹³²

Ж. Обезбеђење приближава супростављене интересе повериоца и дужника

Правилно обезбеђење појачава сигурност повериоца у коначан исход правног посла. Уколико дужник понуди одговарајуће обезбеђење, биће уложено мање времена и новца за доказивање и проверу кредитне способности дужника.

Поверилац може дужникову спремност да понуди одговарајуће обезбеђење протумачити као показатељ у којој мери је дужник сигуран у своје пословање. Насупрот томе, ако обезбеђења нема, поверилац, по правилу, није расположен за кредитирање. Једно ненаплаћено потраживање односи његов профит из конкретног правног посла, али поништава и резултате претходно добро одрађених послова. Наравно, не може се искључити ни могућност постојања поверилаца који су спремни да инвестирају и поред повећаног ризика. Ипак, недостатак обезбеђења се у том случају директно одражава на повећање цене кредита.

131 Carlson, David G., *On The Efficiency of Secured Lending*, 80 „Virginia Law Review” 2179, November 1994, страна 2190.

132 Прометљивост се истиче као једно од начела која битно одређују грађанска субјективна права. Гамс, А., Ђуровић, Љ., *Увод у грађанско право*, Београд, 1994 страна 31 и Водинелић, В., у Станковић, О. – Водинелић, В., *Увод у грађанско право*, Београд, 1996, страна 253.

Јасно, висина каматне стопе може ићи само до границе исплативости за потенцијалног дужника, у супротном, до правног посла неће ни доћи.¹³³ Ако прихватимо да је каматна стопа мања уколико је поверилац добио одговарајуће обезбеђење, дужници ће свакако настојати да искористе повољније услове кредитирања. Већа доступност кредита се одражава и на друштво као целину. У друштву у коме цена кредита опада, економска активност, по правилу, расте.

3. РАЗЛОЗИ КОЈИ УМАЊУЈУ ЗНАЧАЈ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

Размотримо сада разлоге који доводе у питање ефикасност обезбеђења и наводе на размишљање да је уговарање обезбеђења непотребно и друштвено некорисно.

А. Нема савршеног начина обезбеђења потраживања

Време је показало да креирање савршеног средства обезбеђења потраживања личи на „Сизифов посао“. Потраживање у својој природи крије одређену дозу неизвесности и не може постојати без ризика. Када неко потражује или тражи, не може бити сигуран да ће то и добити. Није извесно да ће друга страна признати његово право, па чак и ако то учини, остаје дилема да ли ће и када испунити тражено.

Лични и системски ризици који прате неки правни посао су бројни и често потпуно непредвидиви. Не постоји средство које са сигурношћу може предупредити све потенцијалне опасности и на тај начин гарантовати повериоцу да ће његово потраживање бити намирено.¹³⁴

Уговарање обезбеђења доноси повериоцу право следовања и право првенства. Ипак, право следовања није од велике користи уколико је предмет залог нестало или је уништен. Обезбеђење покретним стварима је у том је погледу много захтевније од залагања непокретности. Покретностима је, у складу са њиховом природом, много теже ући у траг, лакше мењају власнике, места и државе у којим се налазе.

Тачно је да уговарањем обезбеђења поверилац доспева на корак испред осталих необезбеђених поверилаца, али то понекад није довољно. Обезбеђени поверилац јесте у предности у односу на повериоце који нису уговорили обезбеђење, али то још увек не значи да је „трка“ у намирењу потраживања добијена. У правном промету се појављује још једна категорија поверилаца тзв. привилеговани повериоци које је немогуће предухитирити. Привилегованим повериоцима сам законодавац гарантује прву позицију у намирењу потраживања, тако да уговорници нису у могућности да у том погледу нешто мењају.¹³⁵

¹³³ До одобравања кредита долази само уколико постоји обострана корист. Cohen, N., *Internationalizing the Law of Secured Credit: Perspectives from the US Experience*, страна 428.

¹³⁴ Чак и ако поверилац успе у настојању да наплати своје потраживање, нема гаранције да ће номинална вредност онога што је наплаћено заиста одговорати реалној вредности коју је поверилац требало да добије. Маргинални трошкови зајма на несавршеном тржишту подразумевају и трошкове инфлације. Carlson, D., *On The Efficiency of Secured Lending*, страна 2186.

¹³⁵ О овој категорији поверилаца више у делу књиге који говори о принудном извршењу потраживања обезбеђеног регистрованом залогом (Х Део).

Право првенства губи на значају уколико је потраживање привилегованих поверилаца таквог обима да омогућава залогопримцу само делимично намирење. Можемо, дакле, закључити да уговарањем обезбеђења поверилац само подиже границу вероватноће да ће заиста намирити своје потраживање.

Б. Уговарање обезбеђења угрожава равноправност поверилаца

Уговарањем обезбеђења поверилац стиче могућност да се намири из предмета заложног права пре осталих поверилаца. Право првенства несумњиво доноси корист обезбеђеном повериоцу. Он стиче првенство у намирењу без обзира на то да ли је његово потраживање настало пре или касније у односу на потраживање обичног (хирограферног) повериоца. С друге стране, позиција претходног повериоца који није обезбедио своје потраживање значајно слаби. Необезбеђени поверилац мимо своје воље доспева у неповољнију ситуацију.

У случају инсолвентности дужника, нарочито ако је реч о мањој компанији, целокупна имовина или њен највреднији део је, по правилу, обухваћен неком врстом обезбеђења, тако да необезбеђеним повериоцима не остаје готово ништа. Није ли такво уговарање у супротности са једним од основних принципа облигационог права, које каже да уговорници не могу стипулисати нешто што иде на уштрб трећег.¹³⁶

Посебну димензију овој дилеми дају необезбеђени повериоци који то нису постали својом вољом.¹³⁷ Они, по правилу, нису у могућности да мотре на дужничково понашање, нити да предвиде ризик неизвршења обавезе или инсолвентности.¹³⁸ На пример, такав је случај са повериоцима накнаде штете проузроковане стављањем у промет производа са недостатком. Не треба занемарити ни оне повериоце који су то постали својом вољом, али је њихово потраживања релативно мале вредности да би захтевали уговарање обезбеђења (продавци робе и услуга, запослени).¹³⁹

136 Jackson T. – Kronman, A., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, страна 1147.

137 О томе која се све лица појављују као необезбеђени кредитори Lopucki, Lynn – Waren, Elizabeth, *Secured Credit, A Systems Approach*, New York, 1997, стр 3-5

138 McCormack, G., *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge, 2004, страна 6.

139 На пример, авио-компанија која оде под стечај има велики број „малих поверилаца”, лица са купљеним авио-картама. У таквим ситуацијама, суме које дужник дугује сваком појединачном повериоцу су мале, али када се његова дуговања обједине, испоставља се да је реч о значајном износу. О положају тзв. „малих кредитора” у односу на дужника Вебчук, Л. А. – Fried, Jesse M., *The Uneasy Case For the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 „Yale L. J.” 857, страна 885.

В. Обезбеђење потраживања отежава могућност рефинансирања дуга

Уговарањем обезбеђења које је праћено одговарајућим публицитетом, поверилац се између осталог штити од дужничковог поновног задуживања и презадужености. Када потенцијални повериоци схвате да је њихов дужник већ задужен и да претходни поверилац има првенство у намирењу у односу на, по правилу, највреднији део дужничкове имовине, вероватноћа да ће се неко од нових поверилаца одлучити да кредитира дужника је веома мала.

Проблем настаје у ситуацији када дужник престане да редовно измирује своје обавезе. Он би новим задуживањем можда могао спречити да се криза плаћања настави и од привремене прерасте у трајну, али су његове шансе за успех значајно умањене.

Нови повериоци, под таквим околностима, не желе да дају зајам дужнику, или ако то чине подижу цену кредита.

Дужник је тако везан за обезбеђеног повериоца и није у позицији да равноправно преговара око добијања новог зајма. Практично, дужник више није у могућности да слободно одлучи с ким ће и под којим условима закључити нови уговор о зајму. Може ли се у таквој ситуацији говорити о аутономији воље и равноправности уговорних страна?¹⁴⁰ Ово начело, истина, познаје одређена одступања, али такве изузетке морамо уско тумачити и пажљиво размотрити да ли су у конкретном случају неопходни.

Г. Право на одвојено намирење обезбеђених поверилаца у стечају отежава реорганизацију дужника

Сукоб интереса између необезбеђених и обезбеђених поверилаца нарочито долази до изражаја код стечаја дужника. Поверилац који има различно право, настоји да што пре успостави државину на предмету залог и да се намири кроз принудно уновчење. Обезбеђени поверилац жели уновчење оптерећеног добра одмах, чак и ако то значи ликвидацију компаније дужника.¹⁴¹ С друге стране, необезбеђени повериоци су много више заинтересовани за реорганизацију дужника, која би дугорочно довела до њиховог потпуног намирења. Интерес необезбеђених поверилаца је да оптерећено добро као, по правилу, највреднији и важан део дужничкове имовине, што дуже остане под дужничковом контролом и тако олакша његов „поновни почетак”.

140 Опширније о овом начелу: Антић, О., у Стојановић, Д., – Антић, О., *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, страна 6.

141 Waren, E., *Making Policy with Imperfect Information: the Art. 9 Full Priority Debates*, 82 „Cornell L. Rev.” 1373, September 1997, страна 1390.

Ако је једна група поверилаца повлашћена у стечају и у потпуности намирује своје потраживање, а друга, по правилу, добија само део од онога што им с обзиром на садржину облигационог односа са дужником припада, постаје јасно какве тешкоће претходе доношењу одлуке да је реорганизација у конкретном случају боље решење за све, и погоднија да се извуче што већа вредност из дужникове имовине.

Д. Обезбеђење кредита је прескупо у односу на користи које доноси повериоцу

Колико је обезбеђење потраживања економски заиста ефикасно и да ли је друштвено корисно?¹⁴² Обезбеђење није бесплатно већ подразумева одређене трошкове. Ови трошкови се могу поделити на: 1. претходне (информативне) трошкове, 2. трошкове састављања уговора о обезбеђењу, 3. трошкове креирања публициитета и 4. трошкове надзора над оптерећеним добром.¹⁴³

1. Претходни (информативни) трошкови подразумевају: а) трошкове претраживања регистра и прибављања доказа да објекат залог не је претходно заложен; б) трошкове процене вредности оптерећеног добра.¹⁴⁴

2. Трошкови закључења уговора о обезбеђењу су понекад занемарљиви, али се сразмерно повећавају у зависности од вредности потраживања, природе и значаја оптерећеног добра, те потребе повериоца да додатним клаузулама ограничи понашање дужника.¹⁴⁵

142 Загонетка обезбеђења потраживања („puzzle of secured transaction”) је предмет дугогодишње научне расправе у америчкој правној књижевности. Главне линије развоја те расправе могу се пратити кроз следеће радове: Jackson, Thomas H., Kronman, Antony T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, (1979) 88 „Yale L.J.” 1143, стр. 1143–1182; Schwartz, Alan, *Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, (1981) 10 „J. Legal Stud.” 1; White, James J., *Efficiency of Justifications for Personal Property Security*, (1984) 37 „Vand. L. Rev.” 473, стр. 473–508; Schwartz, Alan, *The Continuing Puzzle of Secured Debt*, (1984) 37 „Vand. L. Rev.” 1051, стр. 1051–1069; Kripke, Homer, *Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact*, (1985) „U. Pa. L. Rev.” 929, стр. 929–985; Jackson, Thomas H., Schwartz, Alan, *Vacuum of fact or Vacuous Theory: A Reply to Professor Kripke*, (1985) 133 „U. Pa. L. Rev.” 987, стр. 987–998; Scott, Robert E., *A Relational Theory of Secured Financing*, (1986) 86 „Colum. L. Rev.” 901, стр. 901–970; Shupack, Paul M., *Solving The Puzzle of Secured Transactions*, (1989) 41 „Rudgers Law Review” 1067, стр. 1067–1129. Harris, Steven L., Mooney, Charles W., *A Property Based Theory of Security Interests*, (1994) 80 „Va. L. Rev.” 2021, стр. 2021–2072.

143 Упоредити са поделом трошкова на „information costs”, „documentation costs” и „filing fees” Mann, R., *Explaining the Pattern of Secured Credit*, страна 659.

144 Остали трошкови прибављања информација које сведоче о кредитној способности дужника се могу појавити и код необезбеђених потраживања тако да их не можемо издвојити као специфичне за обезбеђено потраживање.

145 Ови трошкови су, по правилу, тривијални. White, J., *наведено дело*, страна 490. такође Kripke, H., *наведено дело*, страна 959.

3. Трошкови креирања публициитета, по правилу, подразумевају трошкове уписа у регистар. Поред тога, у неким случајевима је потребно оптерећено добро обележити, или на други начин издвојити из целине дужникове имовине.

4. Трошковима надзора, поверилац, по правилу, настоји да оствари одговарајућу контролу над оптерећеним добром како би био сигуран да ће оптерећено добро задржати вредност, да неће бити уништено, потрошено, пренето у својину трећег непознатог лица.¹⁴⁶ Разуме се, висина ових трошкова у многоме зависи од природе оптерећеног добра.¹⁴⁷

Насупрот трошковима који прате овај правни посао стоје одређене користи које обезбеђење доноси уговорницима. Обезбеђени кредитор је можда због смањеног ризика спреман да кредитира дужника под повољнијим условима. Дужник користи предности ниже каматне стопе, али ће у случају сваког новог задуживања због постојања права првенства обезбеђеног повериоца нови повериоци инсистирати на вишој каматној стопи, тако да у коначном исходу обезбеђење у том погледу не доноси дужнику нарочиту корист.¹⁴⁸

Поверилац уговара обезбеђење како би у случају дужникове доцње појачао своје шансе за принудно намирење. Међутим, на тржишту се појављују различите категорије дужника и ова разлика се јасно одражава на начин на који их повериоци третирају.

Мала привредна друштва често поседују само намештај и компјутерску опрему. Ако је оптерећено добро неподобно за брзо и ефикасно уновчење обезбеђење постаје прилично безсмислено, а корист од права првенства које има обезбеђени поверилац безначајна.¹⁴⁹

Ако се уговори закључују са великим јавним компанијама, повериоци су, по правилу, спремни да са њима сарађују без неког додатног обезбеђења, јер се на тај начин смањују укупни трошкови правног посла.¹⁵⁰

146 Вебчук, Л. – Фриед, Ј. *наведено дело*, страна 877.

147 Проблем изненаданог нестанка обезбеђеног добра се у зависности од његове природе решава кроз обавезу осигурања коју дужник преузима на основу уговора о обезбеђењу.

148 Farnsworth, Allan, *Fundamentals of Personal Property Security*, International Conference on Secured Commercial Lending in the Commonwealth of Independent States, November 1994, Moscow, <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/about/history/confer.pdf>, страна 28.

149 Аутомобили у том смислу представљају изузетак који се лако може уновчити. Mann, R., *The Role of Secured Credit in Small – Business Lending*, 86 „Georgetown Law Journal” 1, October 1997, страна 17. Он овде коригује став проф. Scott – а, који такође сматра да је кредитно тржиште издељено по величини компанија, али држи да је обезбеђено потраживање ефикасно средство развоја управо малих компанија. Scott, R., *A Relational Theory of Secured Financing*, страна 942.

150 Уговарање обезбеђења је практично од користи само код компанија средње величине. Mann, R., *The Role of Secured Credit in Small – Business Lending*, стр. 3–4.

Код финансирања великих инфраструктурних пројекта стварноправно обезбеђење такође није значајно.¹⁵¹

Ефекти слични обезбеђењу се могу постићи уговарањем забране залагања „negative pledge clause”. Таквим поступањем се избегавају трошкови уписа, а поверилац је довољно заштићен ограничавањем могућности дужника да се поново задужи, односно да на било који начин стави нове повериоце у позицију која је повољнија у односу на ранијег повериоца.¹⁵²

4. ДА ЛИ СУ УГОВАРАЊЕМ ОБЕЗБЕЂЕЊА ОШТЕЂЕНИ НЕОБЕЗБЕЂЕНИ ПОВЕРИОЦИ

Оно што је предност за обезбеђеног повериоца је, с друге стране, недостатак за повериоца који није уговорио обезбеђење. Таква позиција обичног поверица није последица његове непосредно изражене воље, већ искључиви резултат договора дужника и обезбеђеног повериоца. Може се спекулисати да је необезбеђени поверилац оштећен уговором на који није имао прилику да утиче.

Ипак, нешто дубље сагледавање овог питања показује да ствари нису онакве каквим се на први поглед чине. С тим у вези, неопходно је најпре у групи хирограферних поверилаца направити разлику између поверилаца који су имали могућност да одлучују о свом потраживању и оних поверилаца који су „изненађени” потраживањем. То су они повериоци који нису очекивали потраживање, у смислу да га нису могли избећи, или да нису могли утицати на избор дужника, односно на настанак и висину потраживања.

Када говоримо о првој групи хирограферних поверилаца који су имали прилику да сагледају ризике који их очекују, а потом да понашање прилагоде својим потребама и могућностима, морамо узети у обзир следеће аргументе:

а) Позиција обичног повериоца се мења само у случају принудног уновчења предмета залог. Ако је ток ствари редован, дужник није ограничен у избору повериоца којем ће прво измирити обавезу;

б) Угроженост необезбеђеног потраживања није нужно везана за постојање обезбеђеног повериоца. Намирење обичног потраживања некад изостаје и услед појаве нових необезбеђених поверилаца. Дужник може, из њему знаних разлога, исплатити оне повериоце чије је потраживање касније настало. У случају неспособности за плаћање он може поднети предлог за отварање стечајног поступка. Делимично намирење обичних (стечајних) поверилаца је и тада резултат њиховог односа са дужником и не може се посматрати као последица постојања обезбеђеног потраживања;

в) Уговором о заснивању обезбеђења необезбеђеном повериоцу, као трећем лицу, нису наметнуте било какве обавезе. Необезбеђени поверилац само трпи последице свог нерационалног поступања на тржишту. Право није дужно да штити оне који пропуштају прилику да искористе свима доступне могућности.

151 Tajti, Tibor, *наведено дело*, стр. 78–79 и Bjerre, Carl, *International Project Finance Transactions: Selected Issues under Revised Article 9*, 73 „American Bankruptcy Law Journal” 261, Winter 1999, стр. 261–310.

152 Опширније о „negative pledge clause” нешто касније у делу књиге који се односи на уговорне забране отуђења и оптерећења (Део VIII, 3. Г.).

Пасивност се у правном промету често кажњава губитком или слабењем одређених права. Код застарелости потраживања, поверилац услед своје незаинтересованости за остварење права губи могућност принудног намирења.¹⁵³ Одржај је, као потпуни губитак права својине услед невршења, још драматичнији пример таквог резонувања. Наведени примери показују да у праву није усамљена идеја по којој лице инертно према својим интересима губи нешто од првобитне позиције.

г) Можемо ли једноставно рећи – необезбеђени поверилац није обавештен? Обезбеђење захтева нека специфична знања и није правично да се они који не поседују такве информације нађу у подређеном положају. Познавање права је претпоставка функционисања правног система.¹⁵⁴ Ако би примењивали само она правила која су у потпуности позната онима којих се тичу, право би постало крајње субјективно, па самим тим и друштвено неприхватљиво.¹⁵⁵

Изгледа извесније да је поверилац који пропушта да своје потраживање обезбеди свестан ризика са којим се суочава, али на њега пристаје. Он прихвата необезбеђено потраживање, у замену за повећану цену кредита, или једноставно жели да привуче дужника с циљем дугорочне пословне сарадње.¹⁵⁶

д) Интереси обезбеђеног и обичног (хирограферног) повериоца нису нужно супростављени, нарочито ако је каснији обезбеђени поверилац унео „свежу крв”, тј. средства која су омогућила опоравак дужника. На пример, велетрговац (обични поверилац) који је испоручио робу трговцу на мало (дужник) може имати користи од тога што је банка одобрила обезбеђени кредит дужнику, уколико га је овај искористио за брзу исплату постојећих дугова.¹⁵⁷

Обезбеђени поверилац који је уговором ограничио дужнику могућност да заложити оптерећено добро посредно помаже и ранијим необезбеђеним повериоцима. Он спречава настанак нових потраживања која би

153 Један од сличних примера је и губитак права на државинску заштиту услед пропуштања преклузивног рока. Држалац због своје пасивности губи могућност да заштити оствари путем дозвољене самопомоћи или у државинском спору и остаје му само могућност да своје право доказује у петиторном поступку.

154 *Ignorancia iuris nocet.*

155 О могућности примене претпоставке о познавању права у контексту обезбеђења потраживања LoPucki, L., *The Unsecured Creditors' s Bargain*, 80 „Va. L. Rev.” 1887, страна 1949.

156 Дужник често нема шта да понуди, јер је његова имовина већ у потпуности заложена. Повериоци, у таквим ситуацијама, одобравају мање позајмице на краћи временски период, очекујући да ће бити исплаћени пре банкротства дужника. Ако дужник, ипак, пропадне, необезбеђени поверици и не очекују намирење. Проф. LoPucki назива ову групу поверилаца „cashflow surfers”. LoPucki, L., *The Unsecured Creditors' s Bargain*, страна 1964.

157 Carlson, D., *On The Efficiency of Secured Lending*, страна 2195.

имала првенство у односу на потраживања обичних поверилаца.¹⁵⁸ Чини се да су ови разлози довољни да се одбаци теза о угрожености обичних поверилаца од оних који су обезбедили своје потраживање.

Размотримо питања везана за другу ужу групу необезбеђених поверилаца. То су они повериоци који нису имали могућност да своје понашање прилагоде ситуацији, јер су „затечени” потраживањем: повериоци накнаде штете услед оштећења здравља; малолетници који остварују право на законско издржавање. Позиција ових необезбеђених поверилаца није резултат њиховог избора, лоше процене или незаинтересованости, већ искључиво поступака других лица.

Изгледа да се овде неопходност заштите стварног права које има обезбеђени поверилац сукобљава са идејом корективне правде.¹⁵⁹ Правни поредак је дужан да трага за решењима која ће омогућити да се очувају начела правде и правичности, с тим да се у исто време у довољној мери заштите и титулари стварних права.

Сматрамо да се у конкретном случају одговарајућа равнотежа ова два велика правна принципа може прилично ефикасно остварити кроз институт првенства у намирењу на основу самог закона, а на законодавцу је да одлучи којим то категоријама лица и у којим ситуацијама треба пружити посебну заштиту.¹⁶⁰

158 Вебчук, Л. – Фриед, Ј. *наведено дело*, страна 923.

159 О потреби комплементарног остварења комутативне и дистрибутивне правде Перовић, С., *Правно-филозофске расправе*, стр. 148–155.

160 Више о томе нешто касније у X и XI делу књиге.

5. ДА ЛИ ЈЕ ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ЗАИСТА НЕОПХОДНО ПОВЕРИОЦУ

Принцип карактеристичан за заложно право „*prior tempore potior iure*”, може се посматрати и кроз народну мудрост „ко пре девојци његова девојка”. Као што се код тумачења ове пословице може поставити питање да ли њен јунак истински жели девојку, или само не дозвољава да га други предухитре и назову девојку својом, на сличан начин се код обезбеђења потраживања може појавити дилема да ли је обезбеђење заиста неопходно повериоцу, или се уговарањем обезбеђења он само брани од других поверилаца односно не дозвољава да други повериоци стекну право првенства.

Историјски развој обезбеђења потраживања показује да је сваки период трагао за новим начинима обезбеђења. Зашто би једна установа постојала толико дуго ако није корисна?

Учесници на тржишту просто пореде трошкове са очекиваним користима које им неки посао доноси. Изгледа да је њихово резонување много једноставније него што правна теорија покушава да га представи. Поред директне користи права првенства у односу на остале повериоце у случају принудног уновчења и права на одвојено намирење у стечају, обезбеђени поверилац остварује читав низ посредних користи, што је очигледно сасвим довољно већини поверилаца.

Дужник је, по правилу, суочен са чињеницом да без обезбеђења уопште не може добити зајам. Обезбеђење, дакле, омогућава дужнику да дође до зајма, а ако је зајам реализован под за њега повољним условима, тим боље. Дакле, од његове способности и умешности у управљању зајмом зависи да ли ће зајам обезбеђен залогом добро искористити и оплодити, или ће се суочити са принудном продајом предмета залог.

Да ли је конкретан правни посао друштвено користан? Поверилац и дужник о томе, по правилу, не размишљају. Они, једноставно, препуштају држави да се стара о друштвеној благодети, кроз опорезивање и друга законска решења, која ће заштити одређене категорије учесника на тржишту.

Део IV

ЗАЛОГА КОЈА НАСТАЈЕ УПИСОМ У ЈАВНЕ КЊИГЕ

1. ПОЈАМ И ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ЗАСНИВАЊЕ

А. Средства обезбеђења подобна за регистрацију – појединачни или функционални приступ

Савремено право познаје неколико приступа обезбеђењу потраживања. Ако се послужимо критеријумом уписа обезбеђења у јавне књиге, није тешко уочити огромну разноликост која постоји између правних система.

Ипак, изгледа да би се, с обзиром на значај који придају овом начину обезбеђења, правни системи могли поделити у четири групе. На једном крају налази се немачко право, које је генерално против било какве публикације средстава обезбеђења која за предмет имају покретне ствари. Другу групу чине француско, швајцарско и енглеско право, која свако на свој начин признају ограничено дејство публикацији права обезбеђења. На супротном крају је систем обезбеђења потраживања у САД, Канади и Новом Зеланду, где упис права обезбеђења у јавне књигу игра веома значајну улогу. Посебну групу чине земље чије је право обезбеђења у „повољу”, које су усвојиле нове законе из ове области, али се још увек несигурно крећу ка већој употреби овог начина обезбеђења у правном промету. Ову групу, поред наше земље, чине друге државе источне Европе и делимично латинске Америке.

Када је реч о законској регулативи, препоруке међународних организација у вези с хармонизацијом права обезбеђења се залажу за функционални приступ и јединствено регулисање права обезбеђења у оквиру једног закона.¹⁶¹ Овакав приступ, у најкраћем, ставља суштину испред форме, што за собом повлачи и усвајање заједничких општих правила за сва средства обезбеђења, без обзира на њихов назив и конкретан појавни облик.¹⁶²

Наш законодавац се определио за решење по коме залога која настаје предајом ствари повериоцу остаје регулисана Законом о облигационим односима. Залогe које настају уписом у регистар и лизинг су уређени посебним законима и њихово постојање се публикује у одвојеним јавним

¹⁶¹ Тако се и Препоруке UNCITRAL- а залажу за свеобухватни и функционални приступ, с тим да је питање унитарног приступа у односу на задржавање права својине остало отворено. *Recommendations no. 5, 6, 7, Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, UNCITRAL Working Group VI (Security interest), Eighth session Vienna, 5-9 September 2005 A/CN.9/WG.VI/WP.21.

¹⁶² Такав приступ је у праву САД довео до својеврсне револуције у праву обезбеђења.

књигама. Могло би се рећи да таква одлука у извесном смислу одступа од линије развоја која се јавља у упоредном праву.¹⁶³ Такође би се могло расправљати о томе у којој мери би се заиста нарушила целина ЗОО измештањем правила о заснивању класичне залоге у неки други закон.¹⁶⁴

Не може се занемарити ни аргумент да се нормирањем свих стварно-правних средстава обезбеђења у оквиру једног правног акта добија на јасноћи и прегледности читавог система обезбеђења. Ипак, овом приликом нећемо улазити у расправу о томе који би начин законске регулације права обезбеђења био правно-политички прикладнији, у намери да осветлимо појам залоге у складу са решењима усвојеним у ЗОЗП.

Када говоримо о појму залоге која настаје уписом у јавне књиге, у првом плану су две правне чињенице. Прва је закључење уговора о залози, којим је изражена воља странака с циљем заснивања права обезбеђења. Други значајан моменат, у складу са начелом публицитета заложних права, јесте објава тако изражене воље уписом у одговарајући регистар.

Сама публикација права се заснива на захтеву за упис који мора испуњавати одређене услове. С тим у вези, најпре се морамо позабавити битним елементима и формом уговора о обезбеђењу, а потом садржином самог захтева за упис, од чије ваљаности умногоме зависи каснији положај обезбеђеног повериоца. Упис је, наравно, немогућ уколико нису остварене техничке претпоставке које се огледају у организацији и вођењу одговарајућег, јавности доступног регистра заложних права.

Б. Битни елементи уговора о залози

„Уговором о залози обавезује се залогодавац према повериоцу да му пружи обезбеђење за његово потраживање, тако што ће се повериочево право на ствари залогодавца уписати у регистар заложног права“.¹⁶⁵

„Уговор о залози садржи нарочито дан закључења, име и презиме или фирму,¹⁶⁶ пребивалиште или боравиште, односно седиште повериоца и

163 МЗОП-на који се ЗОЗП прилично угледао такође у једном акту предлаже регулисање „possessory charge“ (чл. 6. и 10. МЗОП) и „registred charge“ (чл. 6.2 и 8. МЗОП), али и „unpaid vendors charge“ (чл. 6.3 и 9) МЗОП и „enterprise charge“ (члан 5.6) МЗОП. У Републици Словенији је продаја са задржавањем права својине остала у оквиру Obligacijskog zakonika („Uradni list RS“ 83/2001), док „zastavni pravici“ на покретним стварима, бездржавинску залогу која настаје уписом у регистар, залогу на правима, хартијама од вредности, као и фидуцијарни пренос својине и фидуцијарну цесију регулише Stvarnopravni zakonik („Uradni list RS“ број 87/2002).

164 Одредбе о залагању ствари и потраживања члан 966 – члан 996 ЗОО чине релативно засебну целину и готово су на самом крају текста Закона, тако да би у коначном исходу дошло само до померања неких чланова (до члана 1109), док се садржински ништа битно не би мењало.

165 Члан 2, став 1. ЗОЗП.

166 Закон о привредним друштвима за назив под којим привредно друштво послује уводи нови термин – пословно име (члан 17, став 1 ЗОЗПД).

залогодавца, као и дужника, ако су то различита лица, предмет заложног права са потребним обележјима и податке о потраживању које се обезбеђује заложним правом.”¹⁶⁷

Законодавац не наводи с каквим се правним последицама суочавају уговорне стране у случају да неки од побројаних елемената није наведен у уговору. Да ли је такав уговор о залози пуноважан или не?

Размотримо најпре језик којим се служе творци поменуте норме. Формулација „уговор о залози садржи нарочито“ упућује на нешто што није обавезно, већ се препоручује као могућа садржина која, у складу са вољом уговорника, може бити допуњена другим елементима.¹⁶⁸

Изгледа да наш законодавац у погледу садржине уговора о залози у потпуности следи правило предложено у МЗОП.¹⁶⁹ Ипак, ако појединачно посматрамо наведене елементе, чини се да за тако нешто не постоје убедљиви разлози.

Дан закључења уговора може бити важан ако Закон предвиђа рок у коме уговор мора бити уписан у Регистар. Пошто то није случај са нашим законом, датум закључења уговора не изгледа као елемент који би имао већи утицај на права и обавезе уговорника.

Закон, такође, наводи име дужника, као елемент уговора о залози, уколико дужник и залогодавац нису исто лице. Чини се да ни овај елемент није од превелике важности за уговарање залоге. Уговор закључују поверилац и залогодавац односно стварноправни дужник, који није нужно дужник из облигационог односа. Ако се посматра искључиво уговор о залози, лични дужник је треће лице чија воља не утиче на настанак уговора.¹⁷⁰ Стога сматрамо да датум закључења уговора о залози и име личног дужника нису елементи уговора на чији би недостатак суд требало да пази по службеној дужности.¹⁷¹

Грамаичко тумачење норме која прописује садржину уговора о залози, можемо допунити одговарајућим историјским тумачењем. Члан 3. Нацрта ЗОЗП предлаже готово идентичну формулацију садржине уговора о залози, с тим што је на крају члана употребљен израз „и тако даље“.¹⁷² Фраза „и тако даље“ наводи на закључак да писци ове норме не теже исцрпном набрајању битних елемената уговора о залози, већ уговорницима

167 Члан 3, став 1. ЗОЗП.

168 Супротно томе, у члану 6. став 1. Закона о финансијском лизингу, законодавац користи фразу „уговор о лизингу обавезно садржи“.

169 Чл. 7.3. – 7.3.6. МЗОП.

170 Занимљиво је да је МЗОП у том погледу изричит, „charging instrument“ тј. уговор о залагању је ништав, ако не садржи прописане елементе (члан 7.3 МЗОП).

171 Члан 109. ЗОО.

172 Нацрт закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у Регистар, Нацрт VI из 2002. године.

указују на могућу, природну садржину уговора. Иако се фраза „и тако даље” не појављује у члану 3, ст. 1. ЗОЗП, држимо да се намера законодавца није мењала. Смисао норме је остао исти, без обзира на одређене промене у начину изражавања. Уговор о залози може да садржи побројане елементе, али они нису услов пуноважности, јер би у супротном писци Нацрта изричито предложили ништавост као санкцију. На вероватноћу таквог поступка указује и члан 4. Нацрта закона, где се у погледу форме уговора јасно истиче да је за пуноважност уговора о залагању потребно да буде закључен у одговарајућој форми.¹⁷³

На основу свега наведеног, могло би се закључити да недостатак неког од побројаних елемената не води апсолутној ништавости уговора о залози. С друге стране, уговорници ће у пракси ове елементе вероватно уносити у уговор, пошто су то истовремено и подаци неопходни за упис залог у Регистар.

Ипак, када је реч о елементима који би се могли означити као *essentia negotii*, чини се да уговор о залози не може настати уколико заложни поверилац и залогодавац нису именовани и уколико објекат залог и потраживање које је уговором обезбеђено нису разумно одређени.¹⁷⁴

В. Форма уговора о залози

„Уговор о залози закључује се у писаној форми”.¹⁷⁵ Може се рећи да је писана форма уговора о залози широко прихваћена у модерном праву обезбеђења.¹⁷⁶ Међутим, могућа су и друкчија решења, да се као услов пуноважности појављују додатни захтеви форме, на пример, у француском праву уговор о залози мора оверити надлежни орган.¹⁷⁷ У словеначком

173 Члан 4. Нацрта ЗОЗП, Нацрт VI из 2002. године. На такав начин поступају и творци ЗОО, прописујући битне елементе уговора о продаји са оброчним отплатама цене: „Поред ствари и њене цене у продаји за готово, у исправи о уговору морају бити наведени: укупан износ свих оброчних отплата, рачунајући и ону која је извршена у часу закључења уговора, износ појединих отплата, њихов број и њихови рокови”. члан 544, став 1. ЗОО.

174 У том смислу препоруке за хармонизацију: Recommendation no. 9, UNCITRAL Recommendations A/CN.9/WG.VI/WP.16.

175 Члан 3, став 2. ЗОЗП.

176 У праву САД § 9-203 (3) UCC. Такво правило је прихваћено и у Канади и Новом Зеланду. Више о формалностима везаним за уговор о обезбеђењу у овим земљама. P. Ali, *The Law of Secured Finance*, страна 62.

177 Код залог на моторном возилу уговор мора бити закључен у форми нотаријалног акта или обичне писмене форме која је регистрована. Cabrillac, M., – Mouly, C., *Droit des sûretés*, страна 532. Код залог на трговачкој радњи је такође услов за ваљано конституисање да уговор буде закључен у форми јавне исправе или обичне писмене форме која је регистрована. Simler, Ph. – Delebescque, Ph., *наведено дело*, страна 524.

праву се за такав споразум захтева запис оверен од нотара, који је непосредно извршив.¹⁷⁸

Писци Нацрта ЗОЗП су такође размишљали о прихватању нотаријалне форме за уговор о залози у нашем праву. „За пуноважност уговора о залагању потребно је да буде закључен у писаној форми и оверен у суду или другом органу овлашћеном за оверавање исправа.”¹⁷⁹ Предлагачи су сматрали да би се таквом формом странама које закључују уговор скренула пажња на значај посла који предузимају, да би се обезбедио сигуран датум када је уговор закључен, те да би се путем писмене исправе олакшало доказивање.¹⁸⁰

Размотримо један по један разлоге које су предалагачи Нацрта навели у прилог усвајања нотаријалне (свечане) форме за уговор о залози:¹⁸¹

а) Једна од улога форме у савременом праву је и да се странкама скрене пажња на значај правног посла који предузимају. Заиста, уговором о залози залогодавац преузима обавезе које значајно погађају његову имовину. Залогом се могу оптеретити појединачне ствари и збир ствари велике вредности, али и ствари на којима дужник тек треба да стекне право својине. Тако посматрано, уговори о залагању, по свом значају, личе на уговоре о промету непокретности за које је у нашем праву устаљена ова врста форме (*ad solemnitatem*).¹⁸²

Чини се да у ситуацијама залагања ствари велике вредности уговорне стране, по правилу, препознају значај посла и природно теже сразмерној заштити својих интереса. Ова заштита се огледа у ангажовању стручних лица за сачињавање уговора, али и уговарању одговарајуће форме.¹⁸³ У том смислу, уговорне стране се могу сагласити да уговор о залози овере код надлежних органа.¹⁸⁴

178 Члан 171 (1) Stvarnopravnog zakonika RS. Занимљиво је да се у Литванији за упис бездржавинске залог у одговарајући регистар захтева да нотар претходно овери споразум о залагању, док таква овера није неопходна код уговора о продаји са задражавањем права својине. Andrius Smaliukas, *Reform of security over movable property in Lithuania: second stage*, „Law in Transition” 2004, страна 22.

179 Члан 4. Нацрта ЗОЗП, Нацрт VI из 2002. године.

180 Коментар уз члан 4. Нацрта ЗОЗП.

181 Код свечане форме се у нашем праву, ”поред захтева да уговор буде састављен у писаном облику, тражи још један, допунски услов, да уговор буде оверен у суду, или да га судија прочита странкама и да их упозори на важност посла који предузимају.” Орлић, М., *Закључење уговора*, Београд, 1993, страна 273.

182 „Уговор о промету непокретности закључује се у писаној форми а потписи уговарача оверавају се од стране суда”. Члан 4. Закона о промету непокретности, „Службени гласник РС” број 42/98.

183 „Основна разлика између ове две врсте форми је начелно у томе што је законска надређена, а уговорна подређена уговорницима, па отуд уговорници, могу доцнијим неформалним споразумом да одустану од уговорене форме, док од законске, по правилу, не могу.” Живковић, М., *Обим сапласности неоходан за закључење уговора*, страна 63.

184 Упоредити. члан 6, став 4. ЗОЗСОП.

Међутим, уписом у Регистар могу се залагати и мање вредне ствари, чија вредност није у сразмери са трошковима које подразумева овера уговора и каснија регистрација. Прописивање обавезне нотаријалне форме без обзира на вредност предмета залогe би вероватно одвратила велики број уговорника од регистроване залогe као начина обезбеђења;

б) Други аргумент којим се руководе писци Нацрта је да се нотаријалном формом може обезбедити сигуран датум закључења уговора. Ако уговор није оверио надлежни орган, постоји опасност да странке по потреби представе да су уговор закључиле у тренутку који не одговара стварном стању ствари.

Тако нешто заиста није спорно, али се чини да претходно ваља проценити какве користи доноси ово сазнање и да ли је таква корист у сразмери са теретом који би нотаријална форма представљала за странке. Сматрамо да се тешко може бранити теза да је датум закључења уговора значајан за овако замишљено средство обезбеђења, пошто се приоритет заложног права не рачуна од датума закључења уговора, већ од дана уписа у Регистар залогa. Поред тога, као што смо раније нагласили, Закон не прописује рок у коме би уговорници морали уписати заложно право у Регистар;¹⁸⁵

в) Трећи аргумент који наводе предлагачи нотаријалне форме је да се таквом формом олакшава доказивање садржине уговора. Доказивање садржине уговорних одредби као један од разлога за постојање форме у савременом праву такође није споран, али се мора размотрити и могућност да се истоветан циљ оствари другим доступним методама. Ако узмемо у обзир да се при овери уговора у суду захтева да лично буду присутни сви потписници уговора, или, евентуално, уколико то није могуће, да странке приложе важеће пуномоћје добијено од потписника уговора, постаје јасно да би нотаријална форма можда олакшала доказивање, али, с друге стране, и значајно повећала трошкове и успорила поступак залагања.¹⁸⁶ Изгледа да се постојање и садржина уговора могу успешно доказивати и обичном писаном формом.

Вероватно су управо ови разлози и навели законодавца да се у коначној верзији ЗОЗП определи за просту писану форму уговора о залози.

185 Стога у вези са овим питањем нема нарочитог разлога да се следи решење француског права где такав рок постоји, па је разумљив и захтев нотаријалне форме. Тако код залогe на трговачкој радњи, упис треба извршити у року од петнаест дана у посебан регистар трговачког суда, чија се надлежност утврђује према седишту радње. Simler, Ph., – Delebecque, Ph., *наведено дело*, страна 524. Код залогe на моторном возилу упис се мора извршити у року од три месеца од издавања дозволе „carte grise” у посебан регистар при управном органу (префектури). Cabrillac, M., – Mouly, C., *Droit des sûretés*, страна 532.

186 О негативним странама форме и ситуацијама када форма постаје препрека бржем промету Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964, страна 41.

Међутим, законодавац и у погледу форме поступа на сличан начин као и код садржине уговора. Закон не садржи изричиту санкцију за случај непоштовања форме. Такав начин нормирања нас може навести на помисао да писана форма у нашем праву није услов пуноважности уговора о залози.

Ако формулацију из члана 3, ст. 2. ЗОЗП упоредимо са оном која је употребљена у Нацрту закона, која каже да је „за пуноважност уговора” неопходна писана форма и оверени потписи уговорника,¹⁸⁷ може се поставити питање да ли је у коначној верзији Закона законодавац одустао само од нотаријалне форме, или је брисањем изричите санкције у потпуности одустао од форме као услова пуноважности уговора. Поред тога, ако поменути члан 3, ст. 2 ЗОЗП упоредимо са језиком норми о обавезној форми уговора у ЗОО (на пример, код уговора о продаји са оброчним отплатама цене,¹⁸⁸ или уговора о кредиту¹⁸⁹) може се уочити да се у члану 3, ст. 2. ЗОЗП не појављује фраза „мора бити закључен”. Ова језичка различитост само продубљује дилему о намери законодавца у погледу форме уговора као услова пуноважности.

С друге стране, МЗОП, који је у погледу садржине и форме уговора послужио као узор ЗОЗП, предлаже писану форму као услов пуноважности уговора.¹⁹⁰ Препоруке UNCITRAL-а се такође залажу за правило по коме споразум којим се уговара обезбеђење мора бити закључен у писаном облику и потписан од залогодавца.¹⁹¹

Сходно томе, сматрамо да се намера законодавца није мењала у односу на Нацрт закона, где се форма уговора изричито наводи као услов пуноважности. У нашем праву је за уговор о залози предвиђена писана форма *ad solemnitatem*, уз утисак да је законодавац у том погледу морао бити јаснији, пре свега, користећи језик норми својствен Закону о облигационим односима.¹⁹² Ако су у складу са начелом консенсуализма уговори у савременом праву неформални, онда сваки изузетак од тог правила мора бити јасно изражен.

Треба приметити да законодавац не помиње потписе странака као елеменат форме уговора о залози.¹⁹³ Он се такође не осврће на могућност

187 Члан 4. Нацрта ЗОЗП.

188 „Уговор о продаји са оброчним отплатама цене мора бити састављен у писаној форми”. Члан 543. ЗОО.

189 „Уговор о кредиту мора бити закључен у писаној форми”. Члан 1066. ЗОО.

190 О форми „charging instrument” – а члан 7.3 МЗОП.

191 Recommendation no. 10, UNCITRAL Recommendations, A/CN.9/WG.VI/WP.16.

192 Закон о финансијском лизингу је у том погледу много јаснији, јер користи фразу уговор о лизингу „мора бити закључен”. Члан 6, став 3. Закона о финансијском лизингу.

193 Упоредити са решењем усвојеним у праву Црне Горе, члан 6, став 2, тачка 3. ЗОЗСОП.

закључења уговора о залози у електронском облику.¹⁹⁴ У нашем праву се потписи уговорника подразумевају, када је у реч о писаној форми уговора,¹⁹⁵ док је могућност закључивања уговора у облику електронског еквивалента прецизно регулисана другим законом.¹⁹⁶ Ипак, сматрамо да је таква опција постојала и према ЗОО, који каже да је захтев писмене форме испуњен ако стране измеђају писма, или се споразумеју телепринтером или неким другим средством које омогућава да се са извесношћу утврде садржина и давалац изјаве.¹⁹⁷

Г. Форма уговора о ручној залози као једини доказ за остваривање приоритета

У складу са ЗОО, класична залoга настаје предајом ствари залогопримцу на основу неформалног уговора.¹⁹⁸ Међутим, ЗОЗП код утврђивања права првенства у случају принудног намирења, предвиђа да „заложно право стечено предајом ужива првенство у односу на доцније заложно право уписано у Регистар залoге, ако се заснива на уговору о залози који је закључен у писаној форми и оверен у суду или другом органу овлашћеном за оверавање потписа.”¹⁹⁹

Размотримо разлоге који би могли оправдати усвајање таквог решења. Овом одредбом се за уговор о ручној залози уводи форма која подсећа на доказну форму (*ad probationem*). Уговор о залози настаје самом сагласношћу воља, али ако дође до спора у погледу првенства у намирењу, постојање уговора о ручној залози може се доказивати само нотаријалном формом.²⁰⁰ Такво решење доприноси правној сигурности.

194 У америчком праву изменама УСС из 1998, термин писмено („writing”) је замењен појмом документ („record”). „Документ је информација изражена у материјалном облику, електронској или другој форми, тако да јој се може поново приступити” („record means information that is inscribed on a tangible medium or which is stored in electronic or other medium and is retrievable in perceivable form”) § 9-102 (a) (69). Термин „sign” (потписати) је замењен појмом „authenticate” (верификовати). Предвиђено је да се верификација документа може извршити стављањем потписа односно другог подобног симбола, или знака са намером да индивидуализује особу која прихвата документ. Занимљиво решење је прихваћено у праву Новог Зеланда, по коме уговор о обезбеђењу постаје извршив ако га је дужник потписао или се сагласио „by letter, telegram, cable, telex message, facsimile, electronic mail, or other similar means of communication.” члан 36 (1)(b) NZPPSA.

195 „Када је за закључење уговора потребно саставити исправу, уговор је закључен кад исправу потпишу сва лица која се њиме обавезују.” члан 72, став 1. ЗОО.

196 Чл. 1, 2. и 3. Закона о електронском потпису, „Службени гласник РС” број 135/2004.

197 Члан. 72, став 4. ЗОО.

198 Члан 966. ЗОО.

199 Члан. 31, став 2. ЗОЗП.

200 Овде није реч о форми *ad probationem*, пошто поверилац може и другим доказним средствима доказивати постојање уговора о залози и захтевати принудно извршење у односу на дужника и трећа лица код којих се налази предмет залoге, нотаријална форма уговора је једино доказно средство само у случају спора о првенству са заложним повериоцем, који је заложно право стекао уписом у одговарајући регистар.

Повериоцу који је заложно право уписао у регистар не одговара могућност појављивања повериоца који ће имати приоритет у реду намирења, а за чије постојање он до тада није знао.

С друге стране, не можемо се отети утиску да ЗОЗП овде у извесном смислу допуњава, па чак и мења смисао норми ЗОО које се тичу класичне залoге. Уговор о залози која настаје предајом ствари повериоцу се у погледу права и обавеза залогодавца суштински не разликује од уговора неопходног за заснивање регистроване залoге. Залогодавац у оба случаја преузима обавезу да ће пружити одговарајуће обезбеђење повериоцу, с тим што први уговор ствара обавезу да се публицитет оствари предајом ствари залогопримцу, а у другом случају се та функција остварује уписом у регистар.²⁰¹

Мада члан 31, ст. 1. ЗОЗП јасно прописује да се ред првенства утврђује према времену настанка заложног права, залогопримац је стављен у неповољнији положај у односу на титулара заложног права које је настало уписом.²⁰² Стварно право које делује према трећим лицима настаје предајом ствари залогопримцу, а не овером уговора у суду или другом органу.²⁰³

Чини се да ће поверилац који поступа с пажњом која се у правном промету може очекивати, пре него што приступи упису залoге вероватно захтевати да погледа или изврши попис и процени вредност ствари које се нуде у залoгу. Такав поверилац ће бити у стању да утврди да залогодавац из неког разлога нема непосредну државину на ствари, па ће сходно тој чињеници прилагодити своје понашање. Дакле, мало је вероватно да ће се уобичајно пажљив заложни поверилац поуздати искључиво у казивање залогодавца да предмет залoге постоји и да је у његовом поседу. Такође је мало вероватно да је објекат оптерећен регистрованом залогом у тренутку уписа у државини залогодавца, а да залогодавац касније у случају спора с успехом докаже како то није био случај.²⁰⁴

У таквој ситуацији, поверилац који је залoгу уписао у регистар није увођењем овере уговора, као доказне форме, ништа мање „рањив”. Евиденција оверених уговора нема карактер јавне књиге, тако да поверилац и поред овере не зна да ли је његов дужник претходно закључио уговор о залози која настаје предајом. Заложни поверилац није у повољнијој позицији, пошто се и даље може појавити залогопримац, о чијем постојању он није обавештен, који ће имати предност у реду намирења. Разлика је једино у томе што се овером уговора смањује могућност појаве поверилаца који би

201 Члан 966. ЗОО.

202 „Форме публицитета нису облици испољавања воље, већ мере које имају за сврху да заштите трећа савесна лица која могу имати неки правни интерес поводом уговора коме се даје публицитет”, Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, страна 33.

203 „Залогопримац стиче заложно право кад му ствар која је предмет уговора буде предата.” Члан 968., ЗОО.

204 Ако је поверилац пропустио да ту чињеницу на одговарајући начин потврди у уговору.

право првенства истицали на основу фиктивних уговора. Чини се ипак, да ситуације у којима се, с једне стране, налази поверилац који не поступа с пажњом која се у правном промету може очекивати, а с друге стране, дужник спреман за фиктивно уговарање, нису честе у правном промету.²⁰⁵

Погледајмо какве последице, с друге стране, ова норма изазива у пракси за повериоце који су спремни да своје потраживање обезбеде класичном залогом.

Узмимо за пример власника залагаонице који даје зајам клијенту и за узврат добија у залогу златан сат. Према одредбама ЗОЗП, да би осигурао своје право првенства у односу на остале повериоце, такав залогопримац мора најпре проверити да ли је дужник претходно заложил сат неком другом повериоцу претраживањем Регистра залогe односно увидом у одговарајући извод. Залогопримац би, затим, морао уговор о залагању оверити у суду или другом органу овлашћеном за оверу потписа, како би у случају принудног намирења имао приоритет у односу на каснијег повериоца који је спреман да региструје залог, а да није остварио увид у предмет залогe. Природно, трошкови достављања извода и овере уговора на крају падају на терет дужника. Ако се томе дода и висока каматна стопа, постаје јасно да би цена таквих зајмова мале вредности била неподношљива за зајмопримце.

Ако упоредимо користи које доноси увођење својеврсне доказне форме за уговор о ручној залози са недостацима, односно одлагањем и трошковима које таква форма може проузроковати, чини се да је законодавац у овом случају „претерао” са захтевима форме и да такво поступање није оправдано. Предаја предмета залогe повериоцу односно трећем лицу даје довољан публицитет овој врсти залогe. Ако је законодавац већ на неки начин желео да унесе више извесности у доказивање постојања залогe која настаје предајом, онда се она у погледу форме могла само изједначити с уговором о залози која настаје уписом у регистар, за који Закон предвиђа писану форму.²⁰⁶ Стога сматрамо да би се члан 31, ст. 2. и члан 32. ЗОЗП *de lege ferenda* могли спојити у један члан тако да гласи:

Поверилац који је сипекао заложно право предајом предметна залогe ће имати предност у реду намирења у односу на повериоца који је заложно право сипекао уписом у Регистар залогe, ако докаже да је до предаје ствари дошло на основу писменој уговора пре него што је други поверилац извршио упис заложној права у Регистар залогe.

205 Сматрамо да питање заштите повериоца који је залог уписао у регистар од преварног поступања дужника и „антидатирања” уговора ваља препустити кривичном законодавству.

206 МЗОП на исти начин приступа форми уговора о залози који настаје уписом у регистар и предајом ствари залогопримцу. Члан 7.3 МЗОП. Истина, изменама ЗОЗП из 2005. године наш законодавац је извршио извесно уједначавање форми, али у супротном смеру, тако што је предвидео да изјава залогодавца којом пристаје на упис залогe у регистар мора бити оверена ако је залогодавац физичко лице. Члан 65а, став 3, тачка 3. ЗОЗП.

Ако прихватимо становиште да се форма у савременом праву јавља не као ритуал, већ као „рационално средство правне технике” и да би се данашњи „формализам могао оквалификовати као формализам правне сигурности”,²⁰⁷ чини се да је писана форма код уговора о залози које настаје уписом у регистар и уговора о залози која настаје предајом сасвим прикладна. Таква форма обезбеђује довољан степен извесности за уговорнике и трећа лица, а с друге стране, не успорава правни промет и не доводи до несразмерних трошкова.

Д. Дејство уписа у јавну књигу

Заснивање заложној права и објава његовој постојања

По закључењу уговора о залози поверилац стиче право да захтева од залогодавца обезбеђење потраживања уписом залогe у регистар. Такво право је облигационоправне природе и може се истицати само у односу на другу уговорну страну. Уговарањем још једног права *inter partes* положај повериоца се не мења у односу на трећа лица. Упис залогe у јавну књигу је одлучујући моменат, прекретница која релативно право повериоца преображава у апсолутно право са дејством *erga omnes*.

„Поверилац стиче заложно право уписом у Регистар залогe.”²⁰⁸ „Упис података у Регистар залогe није доказ о постојању својинских или других права залогодавца на заложеним покретним стварима, нити да је обезбеђено потраживање или залагање пуноважно.”²⁰⁹

Уписом залогe у регистар право повериоца се у квалитативном смислу подиже на један виши ниво. Поверилац тренутком уписа стиче право приоритета у намирењу и право следовања.²¹⁰

Насупрот томе, у неким правним системима право обезбеђења настаје на основу уговора који испуњава одређене захтеве. Уписом у регистар титулар права обезбеђења само ојачава свој положај у односу на трећа лица. У америчком праву обезбеђење „security interest” настаје самим споразумом о успостављању обезбеђења („security agreement”). Овај споразум постаје извршив у односу на дужника ако је вредност дата, ако је залогодавац власник, или има неко право на оптерећеном добру којим може располагати.²¹¹ Поред тога, захтева се да споразум који садржи

207 Перовић, С., *Формални уговори у грађанском праву*, страна 22.

208 Члан 4, став 1. ЗОЗП.

209 Члан 61, став 2. ЗОЗП.

210 Поред тога, заснивањем залогe уписом прекида се рок застарелости.

211 UCC § 9- 203 (a), (b). Шта се подразумева под фразом „вредност мора бити дата” („value has been given”) Proposed § 1 – 204 UCC. О општим условима које „consideration” треба да испуни chapter 4 § 71- 81 Restatement (Second of Contracts).

опис оптерећеног добра буде верификован („authenticate”),²¹² или да је извршена предаја повериоцу.²¹³ Ако поверилац није одобрио располагање предметом залогe, такав споразум је извршив у односу на дужника али и нека трећа лица, на пример, у односу на поклонопримца или купца који није савестан.²¹⁴

Ипак, право таквог повериоца је прилично „рањиво” у односу на трећа лица, на пример, у односу на савесног купца који је ствар примио у државину пре него што је извршена перфекција,²¹⁵ или купца у оквиру редовне делатности („in ordinary course of business”).²¹⁶ Управо због таквих слабости права обезбеђења, у сукобу са правима трећих лица на предмету залогe, поверилац ће настојати да што пре ојачава своје право кроз перфекцију („perfection”), која се, по правилу, остварује уписом у одговарајући регистар.²¹⁷ Дакле, перфекција је значајна само за остваривање приоритета према трећим лицима, али не и за принудно намирења у односу на дужника.²¹⁸

Без обзира на значајне разлике у приступу нашег и оних права која разликују „attachment” и „perfection” упис залогe, у једном и другом систему, доноси користи заложном повериоцу и трећим лицима.

Залогопримац уписом залогe у јавне књиге брани свој правни интерес у односу на касније заложне повериоце, необезбеђене повериоце, прибавиоца оптерећеног добра и у односу на стечајног управника. Сврха

212 О значењу појма „authenticate” фуснота 195.

213 О додатним алтернативним условима од којих макар један мора бити испуњен да би „security interest” настао UCC § 9- 203 (3) (A), (B), (C), (D).

214 „Ако Законом није другачије предвиђено, споразум у складу са његовим одредбама производи дејства између странака, али се односи и на прибавиоце оптерећеног добра „purchasers of the collateral” и кредиторе, UCC § 9-201(a) „Purchasers” односно „purchase” је широко дефинисан појам. То је свако прибављање ствари на основу куповине, закупа, залогe, поклона или било која вољна трансакција која доводи до стварања неког интереса на оптерећеном добру. Proposed Revision § 1 –201 (29) и (30). „Security interest” не престаје без обзира на евентуално располагање предметом залогe, осим ако је поверилац одобрио располагање. UCC § 9 – 315.

215 UCC § 9- 317(b).

216 UCC § 9 – 320(a). Више о томе видети у делу књиге који говори о дејству заложног права у односу на трећа лица (IX Део).

217 Као главни облик „перфекције” појављује се упис „filing of financing statement” (§ 9-310). У зависности од врсте оптерећеног добра постоје и друге могућности „перфекције”. Поред уписа могућа је и предаја или успостављање контроле над оптерећеним добром. Када је реч о новцу могуће је засновати право обезбеђења само узимањем у државину (UCC §§ 9-312 (b)(3) и 9-313); „Deposit accounts” се залажу исуљчиво успостављањем контроле UCC §§ 9-312 (b)(1) и 9-314. Некад је за „perfection” довољно испунити само услове из „attachment-a”, тада се говори о тренутној перфекцији, на пример „purchase money security interest in consumer goods”, па и код покретних ствари које прати „certificate of title” као што су аутомобили, приколице, бродови, трактори. §§ 9-309, 9-311.

218 Н. Sigman, *Security in Movables in the US – UCC Article 9: a basis for comparison*, у Kieninger, Eva-Maria., (ed.), *наведено гело*, страна 69.

уписа је у успостављању и одржавању приоритета.²¹⁹ Код класичне залогe публицитет се остварује предајом. Код регистроване залогe дужник остаје у поседу оптерећеног добра, али заснива залогу уписом у јавне књиге. Када је залогa уписана у јавну књигу, нико се не може позивати на околност да му такав податак није био познат.²²⁰

Поред несумњивог значаја за заложног повериоца, упис залогe у јавне књиге доноси корист и трећим лицима понајвише потенцијаним повериоцима залогодавца. Бездржавинска залогa крије у себи опасност стварања привидне вредности у имовини дужника.²²¹ Циљ уписа је да ову опасност уклони и упозори потенцијалне кредиторе на то да је неко дужничково добро под залогом, што ће, по правилу, утицати како на њихову одлуку о зајму, тако и на услове под којим ће зајам бити одобрен.²²² Регистрација заложног права пружа трећим лицима прилику да се претраживањем регистра упознају са чињеницом постојања залогe на оптерећеном добру и да томе прилагоде своје даље поступке.²²³ Упис залогe тако смањује трошкове потенцијалним кредиторима, јер омогућава сужавање листе клијената са којима зајмодавац жели да сарађују. Често је претраживање регистра само етапа у процени кредитне способности зајмопримца, увод у друге облике прикупљања информација кроз „due diligence”: испитивање промета који остварује дужник и ангажовање агенције која проверава подобност дужника за одобравање кредита.²²⁴

Природа права које заложни поверилац стииче уписом

Залогa настала уписом у јавну књигу је право која за свој објекат има ствар (*ius in rem*). Заложно право спада у ограничен број (*numerus clausus*) права предвиђених законом, која производе правна дејства

219 G. McCormac, *Secured Credit under English and American Law*, страна 137.

220 Ова *praesumptio iuris at de iure* је неопходна, пошто је једноставније и јефтиније знање трећих лица везати за објективно постојање сваком доступне чињенице, него у сваком конкретном случају утврђивати да ли је треће лице било упознато са постојањем залогe.

221 О решавању проблема „ostensible ownership” као једној од функција регистрације Bridge, M. – Macdonald, R. – Simmonds, R. – Walsh, C., *Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions*, 44 „McGill Law Journal” 567, November 1999, страна 575.

222 О значају уписа права обезбеђења Hausmann, Jens, *The Value of Public – Notice Filing Under UCC Article 9: A Comparison with the German Legal System of Securities in Personal Property*, 1996, 25 Ga. J. Int'l & Comp. L. 427, страна 432.

223 Упис није без значаја ни за постојеће повериоце, који на тај начин могу сазнати да ли је њихово право повређено, на пример, ако је уговорена забрана залагања „negative pledge clause”.

224 У нашој земљи је од 1. новембра 2003. почео са радом „Кредитни биро” Удружења банака Србије путем кога банке размењују информације о кредитној способности дужника, њиховој задужености и уредности враћања кредита.

erga omnes.²²⁵ Zaloга је терет на праву својине и настаје актом конститутивног преноса заснованог на скупу правних чињеница које чине *iustus titulus* и *modus acquirendi*.²²⁶ Код залогe не постоји корелација права и обавеза.²²⁷ Обавеза свих трећих лица је негативна. Они су дужни да не узнемиравају заложног повериоца у вршењу његовог права. Zaloга је право које не подлеже застарелости услед невршења. Zaloга може престати једностраним одрицањем.²²⁸ Све су то карактеристике које нам говоре да је регистрована zaloга једно стварно право. С друге стране, ова zaloга има и неке особине неуобичајне за стварна права. Власт коју заложни поверилац има на оптерећеном добру није непосредна.²²⁹ Zaloжни поверилац нема *ius possidendi*, *ius utendi*, нити *ius fruendi*.²³⁰ Право повериоца да уновчи предмет залогe (*ius distrahendi*) активира се само у случају ако дужник не измири обавезу о доспелости.²³¹

Право заложног повериоца је на неки начин везано за вредност ствари. Zaloжноправни однос задржава своју природу у ситуацији када се уместо предмета залогe појави осигурана сума (реална суброгација).

Zaloga је акцесорно право чија судбина зависи од постојања облигационог права.²³² Zaloжно право је преносиво пословима *inter vivos* и *mortis causa*, али не може бити предмет самосталног промета.

Zalожни поверилац код регистроване залогe нема право следовања када је прибавилац купио ствар у оквиру редовне делатности залогодавца.²³³

225 „Стварна права се могу супроставити свим трећим лицима без обзира на њихову савесност. Насупрот томе облигационо право може се супроставити само несавесном трећем лицу, а то значи оном трећем лицу које је знало за постојање повериоцевог потраживања.” Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 301.

226 Насупрот томе, за настанак облигационог права је довољан само уговор.

227 Супротно, код облигационих права „извршењем обавезе од стране дужника, повериоцево право престаје (односно престаје у оној мери у којој је обавеза извршена)”. Станковић, Обрен, *О поделу права на айсолућна и релативна*, „Анали Правног факултета у Београду” бр. 3-6/1985, страна 709.

228 С друге стране, облигациона права, по правилу, не престају једностраном вољом повериоца него уговором о опроштају дуга. Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 51.

229 Она се не испољава кроз видљиве материјалне акте али је свако, па и сам власник, дужан да је поштује. Слична је и правна природа негативних стварних службености.

230 Право на државину, које залогопримац има код класичне залогe, код регистроване залогe се јавља у измењеном облику. Zaloжни поверилац је овлашћен да врши контролу над предметом залогe. Опширније о праву на контролу у делу књиге посвећеном правима заложног повериоца (Део VIII, 4. Г.).

231 Ова карактеристика залогe наводи неке теоретичаре на помисао да је овде реч о праву процесне природе, модалитету евентуалног извршног процеса, који неће наступити ако дужник у року изврши своју обавезу. Опширније о процесуалној теорији залогe Рашковић, З., *Zalожно право на йокрећним стварима*, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 32–37.

232 Опширније о овој специфичности заложног права Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 233.

233 У овом случају заиста долази до релативизације заложног права али оно ипак не постаје облигационо право. Својина је несумњиво стварно право али господар ствари остаје без могућности да виндикационом тужбом поврати своју ствар ако је савестан прибавилац купи у оквиру редовне делатности лица коме је власник поверио ствар.

На основу наведених карактеристика, може се закључити да је регистрована zaloга субјективно грађанско право, по својој природи имовинско и апсолутно, те спада у групу стварних права на туђој ствари (*iura in re aliena*). Zaloга овлашћује заложног повериоца да покретну ствар, која је предмет залогe, искористи зарад намирења свог потраживања. Сврха заложног права одређује његову природу која је апсолутна и испољава се кроз право следовања и право првенства. Zaloга припада оним стварним правима која не искључују постојање других права исте врсте на једном објекту. Zaloжна права се рангирају у складу са принципом *prior tempore potior iure*, за разлику од права својине које је по својој природи искључиво.

Коме йоверийи улоу лица које йодноси захйев за уйис

„Упис заложног права у Регистар могу тражити поверилац или залогодавац.”²³⁴

„Ако упис тражи поверилац потребна је изричита изјава залогодавца да пристаје да поверилац упише заложно право у Регистар залогe.”²³⁵

Zаконодавац алтернативно предвиђа могућност уписа залогодавца и заложног повериоца. Ипак, чини се да ће у пракси повериоци бити ти који ће подносити захтеве за упис. Економска иницијатива је, природно, на страни повериоца. Он је тај који се суочава са последицама пропуштања уписа и кашњења са уписом. Поверилац је непосредно заинтересован да чин регистрације наступи што пре, како би обезбедио приоритет у принудном намирењу. С друге стране, то није случај са дужником. У праву САД упис врши поверилац, уз претходно одобрење дужника.²³⁶ У праву Новог Зеланда је прописана и обавеза повериоца да у року од петнаест радних дана од пријема потврде о упису („verification statement”) обавести дужника да је упис извршен.²³⁷

Да ли йреба ли йройисаћи рок у коме уйоворници моу извршићи уйис уйовора о залози

У француском праву је код различитих облика заложног права предвиђен рок у коме треба извршити упис.²³⁸ У енглеском праву, упис се мора

234 Члан 5, став 1. ЗОЗП. У праву Црне Горе, залогодавац такође мора дати овлашћење за подношење пријаве залогe, с тим што се потписом уговора о залози залогопримац сматра овлашћеним за подношење пријаве залогe, члан 16, став 2. Закона о залози као средству обезбеђења потраживања, „Службени лист РЦГ”, број 38/ 2002.

235 Члан 5, став 2. ЗОЗП.

236 Занимљиво је да се на захтеву за упис не инсистира на потпису дужника, довољно је само да је споразум о заснивању обезбеђења „security agreement authenticatе” Опширније G. McCormac, *Secured Credit under English and American Law*, стр. 140–141.

237 Part 10, section 145 и section 148 NZPPSA.

238 Петнаест дана од закључења уговора код залагања трговачке радње, три месеца од издавања прометне дозволе код моторних возила. фуснота 185.

извршити у року од 21 дан од тренутка заснивања обезбеђења.²³⁹ МЗОП такође предвиђа рок од 30 дана од настанка уговора („charging instrument”) у коме треба извршити упис. Насупрот томе, у праву САД није прописан рок у којем уговорници треба да објаве постојање уговора о залози.

Чини се да је исправно поступање нашег законодавца да се одлука о тренутку уписа препусти уговорницима.²⁴⁰ Ретроактивно дејство права обезбеђења од тренутка закључења уговора, какво постоји у енглеском праву, није прихватљиво због постојања периода неизвесности у коме трећа лица нису упозната са постојањем залогa. Много је рационалније да се упис препусти економској иницијативи уговорника. Суочен са ризиком губитка приоритета, поверилац ће настојати да залогу региструје у што краћем року.

С друге стране, постоји и опште ограничење, по коме било какво заснивање права обезбеђења у одређеном периоду пре отварање стечајног поступка залогодавца неће производити дејства.²⁴¹

Ђ. Садржина захтева за упис

Садржина њравној њосла или забелешка о залагању

Када је реч о природи и обиму информација које се уносе у јавну књигу најпре се мора начелно одговорити на питање шта се жели постићи уписом, а потом које то податке из уговора о обезбеђењу треба учинити доступним трећим лицима.²⁴²

Једна могућност је да се у јавну књигу уписује садржина правног посла („transaction filing”). Таква врста уписа, укњижбе се углавном везује за обезбеђење потраживања залагањем непокретности.²⁴³ Циљ таквог уписа је да се трећа заинтересована лица у целини упознају са „теретима” који постоје на непокретности, како би се са више извесности могла

239 Company Act 1985 part XII Section 395(1). „Floating charge” у Индији, Шри Ланци и Малезији такође мора бити регистрован у регистар компанија у року од 30 дана. Sonali Abeyratne, *Enforcing Security in India, Sri Lanka and Malaysia*, у Norton, Joseph J. – Andenas, Mads (ed.) *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London, 1998, страна 356.

240 У том правцу и предлог комисије за реформу енглеског права обезбеђења. *Company Security Interest, A Consultative Report*, Law Commission Consultation Paper no. 176, London TSO, страна 18. Супротан став о неопходности задржавања овог рока *Company Security Interest Commentary* by the Financial Law Committee of the City of London Society on Law Commission Consultation Paper no. 176, 22. November 2004, страна 10.

241 Више о томе у делу књиге посвећеном дејству залогa у случају стечаја залогодавца (Део XI).

242 Отуда је садржина захтева за упис много више од техничког питања. Тајти, Т., *наведено дело*, страна 146.

243 У Енглеском праву се исти принцип примењује и код покретних ствари, што се истиче као један од главних недостатака овог система. пара. 2.4(1) *Company Security Interest, A Consultative Report*, страна 12.

одлучити на евентуалну куповину оптерећеног добра, или уговарање новог заложног права на истом предмету које би било слабије по рангу.

Други приступ регистрацији заложног права можемо назвати *забелешком о залагању* („notice filing”).²⁴⁴ Овакав упис се јавља искључиво код бездржавинског залагања покретних ствари. Забелешка о залагању се темељи на захтеву за упис („financing statement”).²⁴⁵

Забелешком се јавности скреће пажња на чињеницу да је закључен уговор о залагању односно да је одређени дужник уписом засновао залогу на делу своје имовине. Трећа лица могу, по увиду у регистар, извести закључак да је одређени поверилац своје потраживање обезбедио залогом и да ће у случају принудног извршења на оптерећеном добру тај поверилац имати приоритет. Све остало је препуштено пословној комуникацији дужника и трећих лица.

У српском праву, уговорна хипотека настаје уписом садржине уговора о хипотеци у надлежни регистар непокретности.²⁴⁶ То, наравно, утиче на прегледност и цену вођења таквог регистра. Хипотека се уписује у лист Г Катастра непокретности.²⁴⁷ Централну евиденцију хипотека води Републички геодетски завод – катастар непокретности, који по службеној дужности обавља унос хипотека уписаних у надлежни регистар непокретности.²⁴⁸

Размотримо сада каква је садржина захтева за упис заложног права у Регистар залогa у нашем праву и који су разлози могли одредити законодавца за такво решење. Када је реч о упису заложног права у регистар, ЗОЗП према изменама усвојеним 2005. године не прописује садржину захтева за упис.²⁴⁹

Ипак, предвиђено је да Регистар залогa садржи: податке потребне за утврђење идентитета залогодавца и дужника, када то није исто лице,

244 Свесни смо да одабир термина забелешка не одговара у потпуности устаљеном значењу *adnotatio* код земљишнокњижних уписа, али се чини да овај термин понајбоље одражава дух „notice filing” – а, који полако постаје општеприхваћен у упоредном праву.

245 UCC § 9 – 502, за право Новог Зеланда section 141-147 NZPPSA. Закон о залози као средству обезбеђења потраживања користи термин „пријава залогa”.

246 Члан 8. Закона о хипотеци „Службени гласник РС”, број 115/2005. Катастар непокретности поред радног оригинала плана и катастарског операта обухвата и збирку исправа која се састоји из оригинала или оверених преписа исправа значајних за упис права на непокретностима. Члан 38. и члан 40. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, „Службени гласник РС” бр. 83/92, 25/02.

247 У лист „Г” се уписују терети и ограничења. члан 42, став 1. и члан 58е, став 2. Закона о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима.

248 Чл. 57, 58. и 59. Закона о хипотеци. О негативним странама поверавања евиденције права на непокретностима управним органима Орлић, Миодраг, *Увођење и обнављање земљишних књига – Предлој за најјојоднију врсиу јавних рејисира нејокрејиноси у Србији за XXI век* – „Правни живот” број 12/2000, стр. 24–25.

249 Образац захтева за упис прописује Регистратор (Члан 57а, став 1, тачка 4. ЗОЗП).

заложног повериоца или представника повериоца;²⁵⁰ податке којим се ближе одређује покретна ствар и право које је предмет заложног права; потпис подносиоца захтева за упис; податке којима се ближе одређује потраживања које се обезбеђује уз назначење основног и максималног износа.²⁵¹ Садржина захтева за упис одговара, дакле, подацима који представљају садржину Регистра залогe.

Наш законодавац и о овом питању следи решење предложено у МЗОП, за које се може рећи да представља компромис између система „transaction filing” и „notice filing”.²⁵² Циљ таквог уписа није да обезбеди савршене и потпуне податке. Детаљи правног посла су утврђени и остају у уговору, док уписом потенцијални повериоци само бивају упозорени на то да неко треће лице има право обезбеђења на оптерећеном добру које припада дужнику. Након сазнања чињенице о постојању залогe од њих зависи да ли ће одустати од могуће сарадње, или ће одобрити кредит, односно такву одлуку одложити и наставити са даљим прикупљањем података од самог дужника, или уз помоћ агенције за процену кредитне способности.

Чини се да је за регистрацију заложног права на покретним стварима далеко прикладнији систем „notice filing”.²⁵³ Рационалну садржину

250 У ситуацији када заложни поверилац или више њих одреде да један од њих или треће лице предузима правне радње ради заштите и намирења заложног потраживања, у Регистар се уместо имена заложног повериоца уписује име таквог засупника. Члан 16. ЗОЗП. Изгледа да се редактору ЗОЗП у овом члану омакла „словна грешка”. Фразу на крају члан 16, став 1: „ради заштите и намирења заложног потраживања” ваља читати „ради заштите и намирења заложног (обезбеђеног) потраживања”. У супротном може доћи до неприхватљивог тумачења, по коме у нашем праву, могућност именовања заступника, који предузима правне радње у циљу заштите и намирења, постоји само код залагања потраживања. Системско и циљно тумачење ове нормe воде јасном закључку да је именовање заступника могуће и код залагања ствари и код залагања потраживања. На срећу, превод члан 16, став 1 ЗОЗП, који се налази на званичној интернет страници EBRD гласи: „A chargee or several chargees may appoint a third party or one among them to take legal action to protect and enforce the secured claim.” <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/core/laws/index.htm>. МЗОП (члан 3.2) за ову врсту затупника користи термин „charge manager”, док члан 16 МЗОП садржи детаљнију разраду његове функције.

251 Члан 62. ЗОЗП.

252 Члан 8.4 МЗОП. Чини се, међутим, да члан 65а ЗОЗП представља значајно одступање од принципа „notice filing-a” јер се уз захтев мора приложити ”1) документација на основу које се тражи упис у регистар (уговор, одлука суда и другог државног органа и сл.); 2) изјава залогодавца да пристаје да поверилац упише заложно право у Регистар залогe ако поверилац подноси захтев, при чему изјава мора бити оверена пред органом надлежним за оверу потписа ако је залогодавац физичко лице. Регистратор проверава да ли су подаци садржани у захтеву истоветни са подацима у документацији поднетој уз захтев (члан 65б, став 1, тачка 4. ЗОЗП).

253 Такав приступ је предложио и UNCITRAL. Recommendation no. 20(a), UNCITRAL Recommendations A/CN.9/WG.VI/WR.16.

захтева за упис чине: име онога који залаже, онога чије се потраживање обезбеђује, подаци о предмету залогe као и потпис подносиоца захтева.²⁵⁴

Уписом се јавност обавештава о чињеници постојања уговора о залози тј. да је заложни поверилац од тренутка уписа стекао право следовања и право првенства у намирењу на неком предмету залогe. Чини се да нема нарочитог разлога упознавати трећа лица са тим ко је дужник у облигационом односу.²⁵⁵

Нешто сложеније је ишитање да ли захтев за упис треба да садржи износ обезбеђеног потраживања

У америчком праву се такав захтев не поставља,²⁵⁶ али се предлаже у МЗОП,²⁵⁷ док је у препорукама „UNCITRAL-a” алтернативно предвиђена и ова могућност.²⁵⁸ Прецизирањем максималног износа потраживања у захтеву за упис се пре свега олакшава вишеструко залагање. Ипак, сматрамо да се навођењем висине потраживања више губи на плану очувања пословних тајни дужника, у односу на то што трећа лица добијају таквим сазнањем. Тим пре, што је довољно да уговорници у јавне књиге упишу само максималан износ обезбеђеног потраживања.²⁵⁹

Поред тога, сматрамо да инсистирање на томе да се уз захтев за упис достави и уговор о залози, у потпуности одступа од постојећих тенденција у упоредном праву. Једноставно, чини се да правило по коме је документација на основу које се врши упис саставни део Регистра²⁶⁰ праћено принципом да су подаци из Регистра јавни, те да свако може захтевати приступ и извод из Регистра, није прилагођено савременом правном промету.²⁶¹

Стављање на увид јавности детаља уговора о залози сукобљава се са интересима дужника и заложног повериоца да заштите своје пословне тајне.²⁶² Дужник можда није спреман да јавности саопшти поверљиву

254 Recommendation no. 21(a), UNCITRAL Recommendations, A/CN.9/WG.VI/WR.16.

255 Аргументе у прилог овог става смо претходно навели код разматрања битних елемената уговора о залози.

256 UCC § 9 – 502. Слично је и са правом Новог Зеланда (section 142 NZPPSA), и правом Црне Горе (члан 16. ЗОЗСОП).

257 МЗОП чл. 8.4.2 и 8.4.3 и Schedule 2 Registration Statement.

258 Земље потписнице се могу одредити и за такву могућност. Recommendation no. 21(d) UNCITRAL Recommendations, A/CN.9/WG.VI/WR.16.

259 Више пажње значају уписа износа обезбеђеног потраживања у делу књиге посвећеном потраживању које се може обезбедити залогом (Део V).

260 „До њеног превођења у електронску форму након чега се чува у складу са прописима којим се уређује архивска грађа.” (члан 65. ЗОЗП).

261 Члан 59. ЗОЗП.

262 Примедба поновљена у више наврата током излагања представника Уније европских индустријалаца Christian Schwarz -a, Union of Industrial and Employers' Confederations of Europe (UNICE) Representative, at UNCITRAL Working Group VI Security Interests, Seventh session 24-28 January 2005, New York.

информацију колико је његово дуговање, али ће такву информацију поделити са одабраним пословим партнерима. Суштина регистра је у томе да јавност обавести о постојању права трећих лица на неком добру дужника, а не да конкуренте или медије упозна са детаљима уговора.²⁶³ Регистар не даје целовиту слику о кредитној способности и ликвидности дужника, већ упозорава на постојање заложног права. Регистар, дакле, пружа генералну информацију да је нешто од имовине која припада дужнику оптерећено залогом, на пример: дужников путнички аутомобил или роба на складишту, али не и колики је укупан износ обезбеђеног потраживања.

Чини се да код нас још увек није довољно сазрела идеја како је само дужник овлашћен да од повериоца захтева податке везане за износ његовог дуга и да их само дужник, сходно својим интересима, може уступити заинтересованим трећим лицима.

Међутим, систем забелешке о залагању није потпун уколико нису јасно идентификована и одговарајућа овлашћења дужника да захтева од повериоца извештај о износу који му дугује и листу добара која су у том тренутку оптерећена залогом.²⁶⁴ Наравно, уговорници у складу са начелом аутономије воље могу ово питање регулисати уговором, али је боље такву норму предвидети у закону. Санкција накнаде штете је у том случају резултат повреде закона, постоји деликтна, али и уговорна одговорност.

Сматрамо да би усвајање принципа „notice filing”, у погледу садржине захтева за упис, било нарочито значајно, ако се посматра из угла ширења могућности регистрације и на остала средства обезбеђења (на пример, продају са задржавањем права својине). Упис забелешке о обезбеђењу омогућава обавештавање јавности о постојању обезбеђења без улажења у садржину и правну природу самог споразума, већ је у првом плану сама функција обезбеђења. Систем уписа забелешке о залагању је нарочито погодан код обезбеђења будућих потраживања и у ситуацијама када је предмет залагања оптерећено добро промењиве садржине (на пример, роба намењена продаји).²⁶⁵ Подносилац захтева, уписом само ставља до знања трећим лицима да је заложно право настало или треба да настане.

263 Ако је могуће електронско претраживање регистра према имену дужника, трећа лица би веома једноставно и у кратком року могла остварити увид у пословање дужника, а посредно и његових поверилаца.

264 UCC § 9-210. У америчком праву поверилац је дужан да на такав захтев дужника одговори у року од 14 дана од његовог пријема. Поверилац мора доставити обавештење дужнику, чак и ако нема интерес на оптерећеном добру, или га је претходно уступио. Дужник има право на такав захтев у року од шест месеци бесплатно, а за додатне захтеве поверилац му не може наплатити више од 25 \$. UCC § 9 – 625. Уколико поверилац достави погрешну листу, имаће право обезбеђења само на оном оптерећеном добру које је назначио у листи. Слично решење се предлаже и за енглеско право. Para. 2.33 Company Security Interests, Law Commission Consultation Paper no. 176.

265 О предностима „notice filing-a” G. McCormac, *Secured Credit under English and American Law*, стр. 131–132.

Да ли омогућити упис залог у реџистар пре него што настане њихово потраживање

Редовно поверилац и дужник закључе уговор о кредиту, или неки други уговор, као основ настанка потраживања, а потом постижу сагласност о упису залог у регистар. Постоји дилема да ли поверилац може уписати заложно право на предмету залог, а да облигациони однос са дужником настане накнадно.

Поверилац таквим уписом стиче првенство у односу на остале повериоце. Његово потраживање од самог почетка има подршку заложног права. У америчком праву постоји могућност условног уписа („pre-filing-a”). Изјава о залагању „financing statement” се може уписати пре настанка споразума о обезбеђењу, а да потраживање које се обезбеђује није ни настало.²⁶⁶ Такав упис мора одобрити дужник.²⁶⁷ Приоритет има онај поверилац који је први извршио перфекцију права обезбеђења. Ред првенства се рачуна од тренутка уписа, било да је поверилац извршио упис на основу уговора, или је прво спровео упис, па га накнадно допунио уговором о обезбеђењу.

Одговор на питање о могућности условног уписа је чини се у директној вези са прихваћеним решењем у погледу обавезне садржине захтева за упис, односно са тим да ли се у захтеву за упис мора назначити и износ потраживања. Тако ЗОЗП не познаје, условни упис који претходи закључењу уговора о залози.²⁶⁸ Насупрот томе, у праву Црне Горе није прописана обавеза да се у регистар упише највиши износ обезбеђеног потраживања, па је, сходно томе, на основу писменог овлашћења залогодавца могуће регистровати пријаву залог пре закључења уговора о залози.²⁶⁹

Омогућавање претходног уписа може утицати на стварање искривљене слике о дужниковој задужености. С друге стране, претходни упис омогућава повериоцу да заједнички са дужником, пре закључења уговора о залози, још једном провери да ли је упис извршен на ваљан начин (на пример, да ли је упис извршен на име под којим се дужник појављује у правном промету). Поверилац тако пре настанка потраживања зна тачан ранг свог заложног права. Спречава се нервоза и исхитреност током преговора о зајму. Поверилац се сада ослања на извод по коме он има приоритет, а не на последњи извод из Регистра залог, по коме дужник још увек није заложил предмет залог.²⁷⁰ Елиминише се

266 Упис је могућ и у погледу ствари које нису у власништву дужника. UCC § 9 – 502(d). Lawrence, W. H. – Henning, W. H. – Freyer, R. W., *Understanding Secured Transaction*, LexisNexis, 2000, страна 133. Такође, у праву Новог Зеланда, section 146 NZPPSA 1999.

267 О аутентификацији условног уписа Н. Sigman, *наведено дело*, страна 77.

268 Овде наш законодавац такође прати МЗОП (чл. 8.4. 2 и 8.4. 3).

269 Члан 16, став 2. ЗОЗСОП.

270 На сличан начин се образлаже и потреба постојања својинске хипотеке код непокретности.

ризик губитка првенства у критичном периоду између закључења уговора и уписа заложног права.²⁷¹

Наш законодавац се, у сукобу између принципа акцесорности заложног права и практичних погодности које доноси условни упис, прикло-нио заштити теоријског начела. Ипак, пракса у једном броју земаља је показала да начело акцесорности није пресудно за функционисање бездржавинске залоге.

Е. Организација, начин вођења и претраживања регистра

Коме њоверити њосао вођења јавне књије у коју ће се уписивати zaloга

С тим у вези, у упоредном праву се може уочити велика неуједначеност заснована на различитом решавању неколико основних дилема које се тичу регистрације заложних права.

Законодавац најпре мора донети одлуку да ли једном евиденцијом обухватити сва заложна права, без обзира на објекат залоге и природу залогодавца.²⁷² Чини се да одговор на ово питање у савременом праву није више споран. Евиденција мора бити јединствена.²⁷³ Један од највећих недостатака права обезбеђења у Енглеској је управо мноштво регистра и потреба да се једно средство обезбеђења, ради потпуне заштите, упише у више регистра.²⁷⁴

Друга дилема се тиче поверавања ових послова локалним органи-ма или једној централној евиденцији. Чини се да је локална евиденција ближа грађанима, али више приличи непокретностима, док је за покретне ствари, због њихових природних карактеристика, боље установити централизовану базу на државном нивоу.²⁷⁵ Код ствари чија се

271 Такав ризик је нарочито изражен када је уговор о залози закључен у средини у којој не постоји канцеларија регистра.

272 По правилу, изван ове јединствене евиденције остају бродови и ваздухоплови.

273 „Повериоци треба да дођу до жељених податке без претраживања пет или више регистра који воде различити органи.” Drobniг, U., *A Comparative Introduction to Security over Movables and Intangibles*, у Norton, J. – Andenas, M. (ed.) *Emerging Financial Market and Secured Transactions*, страна 8.

274 Пример успешне реформе јесте регистар који је почео да ради 2002. године на Новом Зеланду, који је објединио неколико постојећих регистра: „Motor Vehicle Securities Register; Company charges registers held at the Companies Office; Chattels registers held at the High Courts; and Industrial and provident societies charges registers held at the Companies Office”. Опширније *10 Key Facts About the PPSR*, <http://www.ppsr.govt.nz/pls/web/dbssiten.main>.

275 УСС не регулише начин организације уписа, већ то препушта државама (§ 9-501. УСС). У држави New York „filing office” (орган коме је поверена надлежност уписа) је „Secretary of state”. Упис се врши на једном месту за државу у целини.

сврха остварује кроз кретање постоји наглашена потреба за увођењем и међународних регистра.²⁷⁶

Следећа дилема се тиче поверавања ових послова лицима која уживају јавно поверење (нотарима) или државним органима. У Мађарској, Чешкој и Словачкој вођење регистра је поверено нотарима.²⁷⁷ Ипак, сматрамо да такво решење није најбоље, из простог разлога што код приватних лица са искључивим правом да делују на неком подручју углавном постоји жеља да се очува висока цена услуга.

И на крају, законодавац који се определи на поверавање ове улоге државном органу мора да се одлучи између судова и управних органа. У Пољској при окружним судовима постоје одсеци за регистрацију.²⁷⁸ У Бугарској је Централни регистар залог у надлежности министарства правде.²⁷⁹

У покушају да се донесе исправна одлука овим поводом се може аргументисати да управни органи не могу на исти начин бранити интересе државе односно владе и приватне интересе других власника, те да су само судови у стању да делују независно у односу на управне органе код којих постоји изражена субординација. Сматрамо да ови аргументи немају такву снагу код регистра заложних права као у случају евиденције права на непокретностима. Улога управних органа је овде само техничке природе и састоји се у упознавању јавности са чињеницом постојања заложног права.

У нашем праву је прихваћено решење по коме је Регистар залог јединствена електронска база података.²⁸⁰ „Регистар залог је доступан свим лицима без обзира на место и територију на којој приступају регистру.”²⁸¹ „Регистар залог води Агенција за привредне регистре преко Регистратора.”²⁸²

276 Развој интернета ће довести до стварања јединственог међународног регистра права обезбеђења, са подручним канцеларијама у државама које му приступе. На могућност таквог развоја указује одредбе Cape Town, *Convention on International Interest in Mobile Equipment* члан 17. и *Protocol on matters Specific to Aircraft Equipment* члан XVIII.

277 Jessel Holst, C., *наведено гело*, страна 89.

278 Penczar, Marta, *Identification of Factors Dynamising the Development of the System of the Register of Pledges in Poland and of Barriers Inhibiting this Growth, in Analysis of the Economic Impact of the Registered Pledge System in Poland*, Gdansk Academy of Banking, Gdansk, November 2003. страна 33.

279 Kyutchukov, Stephan, *Bulgaria from paper – based registries to electronic central registries*, – Focus on south-eastern Europe –, „Law in transition” Spring 2002, страна 70.

280 Члан 56, став 1. ЗОЗП.

281 Члан 58. ЗОЗП.

282 Агенцији за привредне регистре у свом саставу има: Регистар привредних субјеката, Регистар финансијског лизинга и Регистар заложног права на покретним стварима и правима. Закон о Агенцији за привредне регистре, „Сл. гласник РС” број 55, од 21. маја 2004. Сличан концепт по коме су послови вођења регистра поверени административној агенцији под окриљем Министарства за трговину и индустрију постоји у Норвешкој. Више о начину организације регистра у Норвешкој „Brønnøysund Register Centre” <http://www.brreg.no/english/organization/>.

Чини се да регистар ваља организовати тако да је централна и јединствена евиденција, али подразумева локалне јединице, што услуге регистра чини приступачнијим и јефтинијим за кориснике.

Електронско вођење и претраживање евиденције

Ако упоредимо електронску регистрацију и уписнике засноване на архивирању писаних докумената, електронски упис омогућава доследно спровођење принципа *prior tempore potior iure* засновано на астрономском рачунању времена. Пошто је у питању упис у реалном времену, искључена је могућност истовременог пристизања више захтева за упис.²⁸³ Систем електронског уписа је дугорочно далеко јефтинији и захтева ангажовање мањег броја запослених.²⁸⁴ Слични аргументи се могу навести и за електронско претраживање које је несумњиво брже и јефтиније. Ако је регистрација извршена електронски, поверилац би требало да електронски прими и по жељи одштампа одговарајућу потврду о упису с временом регистрације и бројем захтева који је доделила Агенција.²⁸⁵

Недостаци електронског уписа су, свакако, високи почетни трошкови везани за успостављање регистра, набавку опреме и одговарајућег софтвера. Системске грешке и грешке које су последица погрешног поступања службеника Регистра су такође могуће и сматрамо да је Законом, за такве ситуације, требало прописати одговорност Агенције за накнаду штете.²⁸⁶ Наравно, не може се занемарити ни могућност неовлашћених упада у систем трећих лица.²⁸⁷

Примена савремене технике доноси и читав низ опасности. Ипак, електронски упис заложног права у јавне књиге је неупоредиво ефикаснији. Стога, таква регистрација полако постаје доминантна у упоредном праву. Неке

283 „Регистровање се сматра извршеним достављањем регистру аката у прописаној форми и плаћањем прописане накнаде.” (члан 17, став 1. ЗОЗСОП). Нешто другачију формулацију садржи право Новог Зеланда, где се забелешка о залагању сматра уписаном када јој је додељен број и назначено време уписа. Section 144 NZPPSA.

284 На пример, у држави New York традиционални писмени упис „paper based filing” кошта 40 \$, а електронски упис 20 \$, без обзира на вредност трансакције. New York State Department of State, <http://www.dos.state.ny.us/corp/uccfaq.html> (сајт последњи пут посећен 3. марта 2005.).

285 „The filing acknowledgment message that appears on your computer screen will be the only filing acknowledgment provided by the filing office – you should print a copy of the filing acknowledgment if you wish to have a hard copy.” UCC e-Filing System Instructions, NEW YORK State Department of State, https://appsext4.dos.state.ny.us/pls/efiling_public/eucc.euccfilingguide, (сајт последњи пут посећен 3. марта 2005.).

286 Одговорност за штету која је резултат грешке службеника регистра изричито предвиђа у погледу међународног регистра: *Carpe Town Convention on International Interest in Mobile Equipment* 2001, члан 27. Сматрамо да би се у ту сврху могао формирати одговарајући фонд од дела прихода које остварује Регистар залого.

287 Упоредити предлог за енглеско право: para 3.175 Company Security Interest, A Consultative Report, страна 111.

земље комбинују традиционални и електронски упис,²⁸⁸ док су се друге определиле искључиво за електронски упис и претраживање евиденције.²⁸⁹

Како организовати рејистар према имену дужника или предмету zaloга

Регистар организован према имену дужника омогућава веома лако претраживање на основу самог имена дужника, или бројева који служе његовој идентификацији. Већина података који се уносе у Регистар, а тичу се идентитета залогодавца и заложног повериоца, могу послужити као критеријум за претраживање. Ако је у питању физичко лице, такав податак је рецимо (ЈМБГ) или број пасоша залогодавца.²⁹⁰ Код правних лица је то, свакако, матични број додељен од Завода за статистику.²⁹¹

Регистрацију и претраживање на основу предмета залого је далеко теже извести.²⁹² Покретне ствари веће вредности имају свој идентификациони број: теретна и путничка возила, мотоцикли, аутобуси, грађевинске машине, уметничка дела, али код већине покретних ствари то није случај.²⁹³ Чини се да је код покретних ствари систем персоналних фолија, у којима се упис и претраживање евиденције врше према имену залогодавца, једино опште прихватљиво решење.²⁹⁴

288 Према ЗОЗП, захтев за упис са пратећом документацијом се доставља у писаној форми, а потом се преводи у електронску форму. Подаци уписани у Регистар објављују се истовремено на интернет страни Агенције чл. 65а и 65ђ ЗОЗП. Очекивано је да се у скорој будућности уведе и могућност електронског уписа путем интернета. На пример: у држави New York је од 9. Јуна 2003. омогућен и електронски упис у облику: „Financing Statements” и „Financing Statement Amendments”. UCC e-Filing System Instructions, New York State Department of State, https://appsext4.dos.state.ny.us/pls/efiling_public/eucc.euccfilingguide.

289 На пример, у Бугарској постоји искључиво електронска евиденција без папирне архиве. Kyutchukov, Stephan, *Bulgaria from paper – based registries to electronic central registries*, страна 70.

290 Члан 62, став 2. Чини се да је формулација употребљена у овом члану „ако је субјект заложног права домаће физичко лице.” нова у нашој правној литератури и законодавству. Остаје нејасно да ли је „субјект заложног права” залогодавац, дужник или заложни поверилац или свако од ових лица.

291 Члан 6. Закона о регистрацији привредних субјеката предвиђа да, поред осталих података, Регистар привредних субјеката садржи: број под којим је привредни субјект регистрован у Регистру, матични број који му је додељен од Завода за статистику и порески идентификациони број (ПИБ).

292 На овај начин је организован регистар у праву Словеније. Члан 2, чл. 4. (1) 1 и чл. 8. Uredbo o registru neposestnih zastavnih pravic in zarubljenih premičnin, („Uradni list RS”, број 23/2004).

293 EBRD Project on Publicity of Security Interests – Paper presented by Frederique Dahan at the Fifth session of UNCITRAL Working Group VI on Security Interests. New York, 22-26 March 2004 страна 3 <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

294 Када се претраживање остварује само на основу имена залогодавца, проблеми се могу јавити у случају универзалне сукцесије на страни залогодавца када наступа несклад између имена залогодавца које је уписано у регистар и власника предмета залого. Код правних лица долази до универзалне сукцесије у случајевима спајања компаније залогодавца са другом компанијом, или преузимања, ипак, и у таквим случајевима уговор о обезбеђењу обавезује новог дужника. UCC § 9-508.

Добар систем регистрације захтева извесно приближавање два супостављена интереса. С једне стране, постоји јасан интерес да се што потпуније индивидуализују залогодавац и предмет залогa и тиме оствари могућност претраживања регистра по више критеријума. С друге стране, треба узети у обзир и то да се захтев за упис тако усложњава, што повећава вероватноћу грешке приликом уписа.²⁹⁵ Навођење одговарајућих идентификационих бројева свакако олакшава претраживање.²⁹⁶ Повериоци ће настојати да индивидуализацију предмета залогa изврше на начин који најбоље штити њихове интересе, па и навођењем одговарајућих бројева, али уколико они недостају, не треба одбацити захтев за упис.²⁹⁷

У пракси се може догодити да је у захтеву за упис тачно наведено име дужника, али је погрешно уписан регистарски број аутомобила. Питање је да ли се треће лице може позивати на савесност, ако је извршило претрагу на основу само једног од понуђених критеријума.

У нашем праву постоји необорива претпоставка о знању садржине Регистра. Сходно томе, сматрамо да се трећа лица не могу позивати на савесност, ако је само један од података (могућих критеријума претраге) тачно уписан у Регистар залогa.²⁹⁸

Време шрајања уписа

У САД упис права обезбеђења траје пет година од дана уписа.²⁹⁹ Поверилац може захтевати продужење обезбеђења шест месеци пре истека важења претходног уписа и за тако нешто му није потребна сагласност дужника. Такав приступ омогућава повремено чишћења регистра.³⁰⁰

295 На пример, ЈМБГ представља низ од 13 цифара, што, свакако, повећава могућност грешке приликом уписа.

296 Законодавац може прописати обавезан упис идентификационог броја код одређених ствари и обавезу претраживања и на основу тог броја. Section 8, Schedule 1. Part 1 и Section 16 NZ Personal Property Security Regulations 2001.

297 Нарочито када је у формулару захтева за упис мора навести више таквих бројева, па се поред марке, типа и године производње возила, захтевају и регистарски број, број шасије, број мотора, што је сасвим довољно за одговарајућу индивидуализацију. Чини се да захтевани подаци као што су снага мотора, радна запремина мотора, и носивост без потребе оптерећују Регистар. Захтев за упис заложног права, Агенција за привредне регистре Републике Србије, Регистар залогa, <http://www.apr.sr.gov.yu/APRWeb/zaloge.aspx>.

298 Претраживање података садржаних у Регистру је могуће према: имену залогодавца, предмету заложног права, и броју под којим је заложно право уписано у Регистар. Агенција за привредне регистре Републике Србије, Регистар залогa, http://www.apr.sr.gov.yu/APRWeb/p_zaloge.aspx.

299 UCC § 9-515 код специфичних облика залагања „public finance transaction” и „manufactured home transactions” овај рок износи 30 година.

300 О аутоматском брисању истеклих уписа („self clearing rule”) опширније Т. Taiti, *наведено дело*, страна 151.

У праву Црне Горе пријава залогa траје три године након регистрације, с тим да поверилац може поднети захтев за продужење у року од три месеца пре истека важности те пријаве.³⁰¹ ЗОЗП не предвиђа рок у коме дејство заложног права престаје.

Могуће је и средње решење по коме уговорници могу уписати заложно право на одређени период или на неодређено време.³⁰² Чини се да је такав приступ прихватљив и за српско право. Уговорници ће у складу са аутономијом воље трајање заложног права прилагодити конкретном правном послу који је основ за настанак потраживања.

Накнада за упис

Два су начина на који се може одредити висина накнаде за упис заложног права у регистар. Једна могућност је да се плаћа једнака уписнина, без обзира на вредност уговора. Друга могућност је да се износ уписнине веже за вредност потраживања које се обезбеђује.

У нашем праву је прихваћена идеја уписнине која је у одговарајућој сразмери са висином обезбеђеног потраживања.³⁰³ Државе које су тек почеле са стварањем система регистрације и немају одговарајућу буџетску подршку таквом пројекту, настоје да терет оснивања и вођења регистра распореде сходно економској снази учесника у правном промету. Они дужници, који узимају веће зајмове, у већем обиму финансирају регистар од оних који закључују послове мање вредности. Трошкови се смањују за послове мале вредности, јер би висока накнада за упис могла одвратити уговорнике од овог начина обезбеђења. С друге стране, средства неопходна за функционисање евиденције се углавном прибављају од оних уговорника чија је посао толике вредности да они, вероватно, неће одустати од уписа због накнаде коју морају да плате за регистрацију.

Могло би се резонovati да се поверилац чија је трансакција веће вредности уписом штити од већег губитка, па је природно да он сноси и већи терет у погледу одржавања регистра.

Насупрот томе стоје аргументи да упис залогa у регистар има значај публикације права. Накнада би требало да покрива трошкове одржавања и управљања регистром и не може имати елементе пореза или остваривања профита.

301 Члан 17, ст. 2. и 3. ЗОЗСОП. У Румунији је такође трајање уписа ограничено на пет година, са могућношћу продужења. Stoica, Cristiana and Stoica, Valeriu, *Romania's legal regime for security interest in personal property – Focus on south – eastern Europe – „Law in Transition”* Spring 2002, страна 64.

302 Предлог за реформу енглеског права обезбеђења, Paras 3.131, 3.132 Company Security Interest, A Consultative Report.

303 Члан 9. Уредбе о висини накнаде за регистрацију и друге услуге које пружа Агенција за привредне регистре, („Службени гласник РС”, број 137/04).

Није немогуће да укупан профит остварен у послу веће вредности буде мањи у поређењу са профитом оствареним у неком послу мање вредности.

Ако се принцип сразмерне цене уписа жели доследно спровести, висину накнаде треба везати за зараду коју поверилац остварује у конкретном правном послу, што је, с друге стране, неизводиво у пракси, јер се упис остарује у тренутку закључења уговора, а не по његовом извршењу.

Без обзира на то што поверилац чије је потраживање веће вредности више губи ако залогу не упише у регистар, природа права које такав поверилац стиче уписом у регистар се не разликује од права повериоца чији је потраживање мање вредности. Јавност се, и у једном и другом случају, једноставно обавештава о постојању заложног права с дејством *erga omnes*. Сходно томе, није прихватљиво да повериоци плаћају накнаду пропорционалну вредности обезбеђеног потраживања, ако се услуге које добијају од регистра по својој природи не разликују.

Чини се да приступ по коме висина уписнине зависи од вредности потраживања има своје правно-политичко оправдање само док систем регистрације не достигне одређену зрелост. Висину накнаде с временом треба изједначити, тако да сви учесници на тржишту могу рачунати на једнаке трошкове залагања.

2. ОДНОС ЗАЛОГЕ КОЈА НАСТАЈЕ УПИСОМ У ЈАВНЕ КЊИГЕ И СРОДНИХ СРЕДСТАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

А. Однос регистроване залогe и фидуцијарног преноса својине

Обезбеђење фидуцијарним преносом својине – појам

Фидуцијарни пренос својине, као средство обезбеђења потраживања, представља сложен правни однос, у коме се једна страна – фидуцијант (дужник, корисник кредита) обавезује да ће зарад обезбеђења постојеће или будућих тражбина, пренети другој страни право својине, по правилу, на тачно одређеним покретним стварима. Друга страна – фидуцијар (поверилац, давалац кредита) обавезује се да ће по намирењу потраживања, вратити оптерећено добро у својину фидуцијанта.³⁰⁴

Сличности

1) Оба средства обезбеђења настају на основу уговора односно сагласности воља дужника и повериоца. Да би дошло до фидуцијарног преноса својине, закључују се три уговора: уговор о зајму („Darlehen“), уговор о обезбеђењу („Sicherungsvertrag“) и уговор о преносу својине („Übereignung“).³⁰⁵ Уговор је, по правилу, неформалан.³⁰⁶

³⁰⁴ Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, „Правни живот“, 10/ 2002, страна 109; Више о правној природи овог средства обезбеђења Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, München 2002, страна 328; A. Rottbauer, *Die Mobiliarkreditsicherheiten unter besonderer Berücksichtigung der besizlosen Pfandrechte im deutschen und englischen Recht*, страна 68 – 93. Drobnig, U., *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, RabelZ 44 (1980), стр. 793–795. О допуштености фидуцијарног преноса својине у нашем праву Гамс, А., *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, „Анали Правног факултета у Београду“, бр. 1-2/1960, стр. 22–37; Топаловић, А. – Филиповић, Ј., *Обезбеђење потраживања преносом својине*, „Правни живот“, бр. 5-6/1993, стр. 667–676; Бошкан, Б., *Фидуцијарни правни послови и zaloга*, „Билтен судске праксе Вишег привредног суда“, бр. 3/96, стр. 124–128; Б. Горавица, *Фидуцијарни пренос права својине*, „Правни живот“ број 10/1997, стр. 63–77.

³⁰⁵ Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, „Правни живот“ број 10/1998, страна 815.

³⁰⁶ Супротно решење у праву Црне Горе: „Уговор о фидуцијарном преносу својине мора бити закључен у писаној форми, а када су у питању непокретности и оверен од стране суда.“ члан 1, став 4. Закона о фидуцијарном преносу својине, „Службени лист Републике Црне Горе“, бр. 23/96. Више о томе: Велимировић, М., *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине*, „Правни живот“ бр. 11/1998, страна 531. У хрватском праву уговорници могу склопити споразум у облику судског записника,

2) Дужник остаје у непосредном поседу оптерећеног добра. С тим, што се код фидуцијарног преноса углавном користи облик фиктивне предаје *constitutum possessorium* („Besitzkonstitut“).³⁰⁷ Дужник је дужан чувати ствар са пажњом доброг привредника односно доброг домаћина.³⁰⁸ Уговори, по правилу, садрже одредбе које налажу фидуцијанту да осигура оптерећено добро у корист фидуцијара формалног власника.³⁰⁹

3) Објекти фидуцијарног преноса својине су, по правилу, покретне ствари.³¹⁰ У немачком праву фидуцијарни пренос на непокретностима је на неки начин сувишан поред других средстава обезбеђења хипотеке и замљишног дуга.

4) Фидуцијант је овлашћен да располаже оптерећеним добром у границама редовног пословања. Води се рачуна о томе да ова располагања не угрозе границу покрића („Deckungsgrenze“), минимум вредности робе која је довољна за обезбеђење.³¹¹ С тим у вези, уговарају се и одговарајући начини контроле оптерећеног добра од фидуцијара.

5) Фидуцијар, у случају неиспуњења обавезе по доспелости може успоставити непосредну државину на оптерећеном добру.³¹²

6) Као и код регистроване залог, дужник не може с успехом истичати приговор застарелости потраживања у односу на обезбеђеног повериоца.

јавнобележничког акта, или приватне исправе која треба да буде „солемнизирана“ од јавног бележника. Више о томе Čulinović – Нерс, Е., *Ugovorno osiguranje tražbine zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998, страна 141. Критику решења у хрватском праву по коме је након увођења институције јавних бележника задржана архаична форма заснивања добровољних обезбеђења пред судом настала у ситуацији када се извршни наслов није могао добити на други начин сем судском одлуком. Povlakić, Meliha, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja sa posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu zalogu)*, страна 91; у праву Словеније уговор је такође формалан и мора бити закључен у облику непосредно извршивог нотарског записа (члан. 202, став 1. Stvarnopravnog zakonika RS).

307 § 930 НГЗ. Упоредити са чланом 34. ЗОСПО. Више о таквом споразуму у коме давалац обезбеђења задржава непосредни посед на оптерећеном добру: Serick, Rolf, *Securities in Movables in German Law: an Outline*, 1990, страна 27.

308 Члан 11. Закона фидуцијарном преносу права својине.

309 Ову могућност је предвиђена и чланом 19. ЗОЗП.

310 Такво је решење прихваћено у словеначком праву. Tratnik, M., у Berden, A., Tratnik, M., Vrenčur, R., Rijavec, V., Frantar, T., Keresteš, T., Juhart, M., *Stvarno pravo*, Maribor, 2002, страна 200. Супротно решење садржи црногорски Закон о фидуцијарном преносу права својине, (члан 1. став 2); као и хрватски Овргни закон „Narodne novine RH“, 57/96, 29/99, 173/03 (члан 262).

311 Закон о фидуцијарном преносу права својине (члан 6. став 2).

312 Закон о фидуцијарном преносу права својине (члан 11. став 2). Готово идентичну одредбу садржи Stvarnopravni zakonik RS (члан 204. став 1.).

Разлике

1) Фидуцијарни пренос својине, по правилу, није изричито регулисан законом.³¹³ У својој постојбини Немачкој, ово средство обезбеђења се развијало кроз пословну праксу и одлуке судова.³¹⁴ Ипак, у новије време неколико земаља је приступило нормирању фидуцијарног преноса.³¹⁵

2) Фидуцијарни пренос својине није праћен публицитетом.³¹⁶ Ова његова особина се обично наглашава као главна мана.³¹⁷ Трећа лица немају јасну слику о имовини дужника, што може довести до прекомерног задуживања фидуцијанта. Недостатак публицитета онемогућава примену правила *prior tempore potior iure*. Поверилац који је на овај начин први обезбедио потраживање, није сигуран хоће ли имати првенство у односу на каснијег повериоца. Насупрот томе, један од главних циљева заснивања обезбеђења јесте управо отклањање те неизвесности својствене облигационим правима.

3) Код фидуцијарног преноса својина је у служби обезбеђења потраживања. Како је својина најшира правна власт, која се може имати на некој ствари, поверилац наизглед стиче много више права него што му је заиста неопходно.³¹⁸ То изазива многе недоумице у правној науци, која трага за одговорима каква је правна природа фидуцијарног преноса. С друге стране, пословна пракса много мање зазира од овог начина обезбеђења, који се показао веома делотворним. Формалноправно фидуцијар стиче својину са дејством *erga omnes*. Међутим, у унутрашњем односу

313 Без обзира на чињеницу што у немачком праву фидуцијарни пренос није изричито законом регулисан и мноштва критика упућених од научне јавности које се тичу изигравања законских одредби о заложном праву, недостатка публицитета и повреде начела *numerus clausus* стварних права, ово средство обезбеђења је у пословној пракси веома распрострањено и једногласно се сматра допуштеним. Hausmann, Jens, *The Value of Public – Notice Filing Under UCC Article 9: A Comparison with the German Legal System of Securities in Personal Property*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Summer 1996, стр. 458–459.

314 Могло би се рећи чак и *contra legem*. Jessel – Holst, Ch., *наведено дело*, страна 89.

315 Црна Гора, Закон о фидуцијарном преносу права својине; Словенија, Stvarnopravni zakonik, „Uradni list RS“, бр. 87/02, чл. 201–206; Грчка, Закон број 2844 из 2000. године.

316 Међутим, у праву Црне Горе: „Уговор о фидуцијарном преносу права својине се уписује у јавни регистар који води специјализована агенција. Ако се упис не изврши уговор је ништаван. Уговор мора да се упише у року од осам дана“ (члан 23. Закона о фидуцијарном преносу права својине). Посао евидентирања је поверен Дирекцији за некретнине. Зоран Рашовић, *Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе*, Подгорица, 1996, стр. 168–170 и Ђуровић, Ђуро, *Закон о фидуцијарном преносу права својине (са коментаром)*, Бар, 1997, страна 50. У Хрватској се о преносу власништва на некретнинама које нису уписане у земљишне књиге и на покретностима објављује оглас у „Народним новинама“. У огласу се поред осталих податка наводи да је пренос обављен ради обезбеђења (члан 274, став 7. ОЗ).

317 Опширније Зоран Рашовић, *Упис фидуцијарног уговора и фидуцијарне својине*, „Анали Правног факултета у Београду“ (бр. 1–6/2000, стр. 390–391).

318 Serick, R., *Securities in Movables in German Law*, страна 86. На сличан начин и Hausmann, J., *наведено дело*, страна 459.

према самом преносиоцу могућност примаоца власништва да располаже оптерећеним добром је битно ограничена. Ако преносилац власништва уредно исплати тражбину, прималац је дужан да му стечено право својине поново врати. Чине се ипак, да доминира мишљење, по коме је уговор о фидуцијарном преносу довољан основ за стицање својине у пуном обиму, док су овлашћења која фидуцијант задржава у односу на оптерећено добро искључиво облигационе природе.³¹⁹ У одлукама наших судова пре прекида континуитета са правним прописима Краљевине Југославије, признаје се дејство овог средства обезбеђења. У једној пресуди из тог периода, Касациони суд у Београду резонује на следећи начин: „Овакав пренос својине у циљу обезбеђења, пошто је произилази из пресуде призивног суда, није заснован на фиктивном уговору, како што произилази из пресуде призивног суда, није је имај пренос без правне основа, као што тврди првостепену пресуду, већ је то поједини и поновљиви пренос. Разлози призивног суда да је уговор о фидуцијарном преносу фиктиван, не стоје јер код овог уговора нема никакве скривености, није је у ствари закључен неки други уговор. Најбоље, странке су баш хтеле, да изврше пренос имања онако, како је у уговору назначено, означајући чак и циљ у коме то чине. Неоснован је иакође и разлог, да овај пренос у смислу члан 226. гр. зак. нема основа, те да не може засновати право својине, јер сам уговор о фидуцијарном преносу чини правни основ за стицање права својине.”³²⁰ Насупрот обезбеђењу потраживања фидуцијарним преносом својине, који је по својој природи транслативан, упис залог у регистар има карактер конститутивног правног промета.

4) Фидуцијарни пренос је једнократан, док је код регистроване залог могуће вишеструко залагање. Међутим, ако је пренос својине извршен под резолутивним условом, фидуцијант задржава „Anwartschaftrecht” који може поново уступати.³²¹

5) Код фидуцијарног преноса својине нема акцесорности, превасходно из разлога што је у немачком праву усвојен систем преноса својине на основу стварноправног уговора.³²² Уколико је уговор о зајму ништав, или

319 Драгољуб Аранђеловић, *О фидуцијарним правним односима*, „Архив за правне и друштвене науке”, књига XXX, бр. 5-6/1926, страна 348. Такође Салма, Јожеф, *Фидуцијарни правни однос и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, „Правни живот”, број 10/1998, страна 389.

320 Пресуда I грађ. већа Касационог суда од 31. III 1938. г. Рев. 69/38, Тихомир И. Ивановић, „Бранич”, 1938, стр. 311-314.

321 Више о природи очекиваног права „Anwartschaftrecht” Medicus, D., *Bürgerliches Recht*, стр. 292-293.

322 Baur, F. – Baur, J. – Stürner, R., *Sachenrecht*, 17., neubearbeitete Auflage, München 1999, страна 710. Неакцесорност фидуцијарног преноса неки аутори наводе као главни разлог увођења овог средства обезбеђења у словеначком праву, као паралелне могућности у односу на залог као акцесорно средства обезбеђења на покретним стварима. Vrenčur, R., *Fiduciarni prenos lastninske pravice v zavoravanju na premicnih stvarih v novem slovenskem pravu*, Budimpeštanski simpozijum, Doprinosi reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, страна 297.

је био рушљив, па је касније поништен, пренос својине и даље производи дејства. Фидуцијант, наравно, може тужбом из неоснованог обогаћења издејствовати повраћај ствари, али само ако се оптерећено добро још увек налази у поседу фидуцијара.

6) Начело специјалности се код описивања објекта фидуцијарног преноса испољава у нешто другачијем виду у односу на класичну залог.³²³

7) Начин принудног извршења код фидуцијарног преноса је, по правилу, предвиђен уговором. Поставља се питање, да ли у случају када уговорне стране нису уговором уредиле извршење применити правила која важе за принудно намирење залогопримца.³²⁴ Другим речима, постоји дилема да ли и код фидуцијарног преноса важе правила о забрани *lex commissoria*.³²⁵

Б. Однос регистроване залог и финансијског лизинга

Појам финансијског лизинга;

Правна природа лизинга је веома сложена.³²⁶ Крут послова који се генерично називају лизингом прилично је широк, и није једноставно изнаћи

323 О фидуцијарном преносу својине као атипичној залози. Reich, N., *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungsbereignung*, AcP 169 (1969), стр. 257-258.

324 Такво становиште заступају и у Baur, F. – Baur, J. – Stürner, R., *Sachenrecht*, стр. 727-729. Drobnig, U., *Die Bewertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Ländern der Europäischen Union*, RabelZ, 60/1996, стр. 54-55. О томе и Gaul, H. F., *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, AcP 168 (1968), стр. 352-382.

325 „Преиначујући првостепену пресуду и поново иначујући у целини уговор о преносу власништва на покретним стварима ради обезбеђења потраживања од 24. X 1994. године, Виши привредни суд је био мишљења да се из назива односног уговора као и његове садржине недвосмислено да закључујући да је у конкретном случају закључена теза. *lex commissoria*. тј. да је код склапања уговора који у својој основи представља залог на покретној ствари (ручна zaloга), предвиђено да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено у моменту доспелости”. Врховни суд Србије је, такође, сматрао да је правилно становиште другостепеног суда да су уговори о преносу својине ради обезбеђења кредита ништави, али је другостепени суд погрешно кад је нашао да је цео уговор ништав. „Одредбе члана 973. ЗО и члана 69. Закона о основама својинско-правних односа имају заштитни карактер те предвиђају ништавост уговорне одредбе – теза. *lex commissoria*. Ојуда је било места поновљавању само уговорне одредбе о преносу својине на иуженој као примаоца власништва, обзиром да се у конкретном случају ради о делимичној ништавости.” Пресуда Врховног суда Србије Прев. 347/96 од 16. X 1996. (из архиве Суда). Идентичан став је изражен и у пресуди Врховног суда Србије Прев. 652/97 од 29. X 1997, „Билтен судске праксе привредних судова”, број 1/1998, страна 108, као и пресуди Савезног суда, Гзс. 19/94 од 24. IX 1994, Збирка судских одлука, књига 19. свеска I страна 98. У праву Црне Горе је такво уговарање дозвољено по истеку осам дана од настанка потраживања, (члан 4, став 2. Закона о фидуцијарном преносу права својине).

326 Baur, F., Baur, J., Stürner, R., *Sachenrecht*, стр. 554. и 555. Више о специфичностима које раздвајају уговор о лизингу од уговора о закупу и уговора о продаји Јакшић, Александар, *Обезбеђење извршења обавеза у међународном приватном праву*, докторска дисертација, Београд, 1989, стр. 60-61.

јединствену дефиницију лизинга која би на одговарајући начин одредила овај правни посао и одвојила га од сличних правних конструкција.³²⁷

Предмет нашег интересовања у овом раду биће искључиво финансијски лизинг. Уговором о финансијском лизингу давалац лизинга се обавезује да преда неку ствар на коришћење примаоцу лизинга, на одређено време, а прималац се обавезује да плати у ратама одређену накнаду, и да по истеку уговореног рока врати ствар даваоцу лизинга, продужи са њеним коришћењем, или је откупи. Предност лизинга се огледа у могућности да се сопствена средства растерете и употребе у друге сврхе.³²⁸ Овим послом се спречава технолошка превазиђеност опреме и проблем њеног убрзаног застаревања пребацује на даваоца лизинга.³²⁹ Прималац лизинга долази до нове опреме без улагања сопствених средства и тако посматрано лизинг јесте начин финансирања, али је потпуно јасно да лизинг нема карактеристике одобравања кредита.³³⁰ Уговарањем лизинга се управо избегава узимање кредита. Прималац, у складу са начелом „*pay as you earn*”, плаћа лизинг накнаду од прихода које оствари употребом предмета лизинга.

Насупрот томе, залога настаје с циљем обезбеђења кредита. Заложно право је акцесорно у односу на потраживање као главно право, те се у недостатку потраживања гаси и разлог постојања залоге.

Сличности

1) Писана форма је услов пуноважности уговора о финансијском лизингу и уговора о залози.³³¹ Реч о битној форми (*ad solemnitatem*), чије непоштовање доводи до ништавости правног посла.³³²

2) Публицитет залоге и финансијског лизинга се остварује уписом у регистар. Међутим, природа ових уписа је различита. Упис уговора о залози у регистар има конститутивно дејство за настанак заложног права.

327 О критеријумима за класификацију и врстама лизинга према дужини трајања уговора; у зависности од судбине предмета лизинга по истеку уговором предвиђеног рока и према објекту лизинга Спасић, Иванка, *Уговор о лизингу*, Београд, 1990, страна 42.

328 Више о пореским и другим користима које препоручују посао финансијског лизинга. Goode, R., *Commercial Law*, страна 778.

329 Вилус, Јелена, *Правни проблеми лизинга*, „Анали Правног факултета у Београду”, 1972, бр. 1-3, страна 106.

330 Лизинг чак подразумева мање трошкове и приступачнији је у односу на зајам банака. О различитим погодностима које финансијски лизинг доноси уговорним странама. Half, Cameron, *Funding Growth: Leasing and Small and Medium Enterprise Financing in Russia*, 43 „Harvard International Law Journal” 469, Summer 2002, страна 3.

331 Члан 6, став 3. Закона о финансијском лизингу и члан 3, став 2. ЗОЗП.

332 О разлозима својеврсне ренесансе писмене форме у савременом правном промету Перовић, С., *Облигационо право*, стр. 188–190 и Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 112.

С друге стране, регистрација уговора о финансијском лизингу има декларативно дејство и служи само као обавештење трећим лицама да је одређена ствар предмет лизинга.

3) Лизинг и регистрована залога спадају у такозвана бездржавинска средства обезбеђења, код којих поверилац није у поседу оптерећеног добра.³³³ Код регистроване залоге, залогодавац је и даље њен непосредни држалац. Насупрот томе, давалац лизинга задржава право својине на предмету лизинга, с тим да непосредну државину уступа примаоцу лизинга.

4) „Прималац лизинга је дужан да користи предмет лизинга са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина.”³³⁴ „Прималац лизинга је дужан да одржава предмет лизинга у исправном стању и врши потребне поправке на предмету лизинга.”³³⁵ Такву обавезу има и залогодавац код регистроване залоге.³³⁶

5) Закон о финансијском лизингу и ЗОЗП садрже одредбе које омогућавају повериоцу према коме залогодавац није измирио обавезу о доспелости, односно даваоцу лизинга коме прималац није платио лизинг накнаду о доспелости, да у посебном скраћеном поступку успоставе непосредан посед на предмету обезбеђења.³³⁷ Једина разлика се огледа у томе што је код лизинга неопходно да суд претходно на предлог странака одреди рочиште на коме ће записнички утврдити споразум странака да у случају неплаћања лизинг накнаде, давалац лизинга има право да предмет лизинга преузме у државину. Потписани записник о споразуму уговорника има снагу судског поравнања и карактер извршне исправе.³³⁸ Поступак је још једноставнији када је потраживање обезбеђено регистрованом залогом. Довољно је да се уз захтев за доношење решења о одузимању предмета заложног права достави уговор о залози и извод из Регистра који се изједначава са извршном исправом.

Има мишљења да су одредбе Закона о финансијском лизингу о раскиду уговора и посебном поступку за стицање државине „недовољне, нејасне и бољејиве према дужнику”.³³⁹ Ипак, сматрамо да се оваквим решењем на задовољавајући начин излази у сусрет захтевима поверилаца за брзом и ефикасном процедуром успостављања државине на предмету

333 Povlakić, M., *Leasing kao sredstvo osiguranja potraživanja*, „Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu”, XLV – 2002, страна 359.

334 Члан 25. Закона о финансијском лизингу.

335 Члан 26. Закона о финансијском лизингу. члан 9, став 1. UNIDROIT *Convention on International Financial Leasing* из 1988. године (ступила на снагу 1. маја 1995).

336 Члан 18. ЗОЗП.

337 Члан 30. Закона о финансијском лизингу и члан 41. ЗОЗП.

338 Члан 30. став 2. Закона о финансијском лизингу.

339 Окичић, М. – Бијорац, Р., *Финансијски лизинг – нова могућност за сигурнији пласман средстава банака*, „Правни живот” број 11/2003, страна 723.

обезбеђења.³⁴⁰ С друге стране, нису занемарени ни интереси дужника. Правна сигурност била би значајно угрожена да су, у нашим друштвеним приликама, усвојена решења која допуштају самопомоћ повериоца приликом успостављања поседа на оптерећеном добру.³⁴¹

Разлике

1) Код финансијског лизинга право својине је у „служби” обезбеђења потраживања, док код регистроване залогне уговорне стране уписом у регистар конституишу ново стварно право, уже од права својине. У оба случаја стварна права, право својине односно заложно право као *ius in re aliena*, служе отклањању неизвесности својствене облигационим правима.

2) Предмет финансијског лизинга је покретна,³⁴² непотрошна ствар (опрема, постројења, возила и сл.).³⁴³ Мада законодавац то не наглашава, предмет ове врсте обезбеђења су искључиво индивидуално одређене ствари. Сама предаја предмета лизинга примаоцу условљава његову индивидуализацију – разликовање од других објеката исте врсте. Лизинг се нарочито користи у ситуацијама када је природа опреме таква да због убрзаног технолошког напретка изискује стално обнављање. Или, када је примаоцу лизинга опрема одређене врсте потребна за обављање једног или више послова у ограниченом временском периоду.³⁴⁴

Класична zaloга, такође, претпоставља предају и индивидуалну одређеност ствари која је предмет залагања. С друге стране, регистрована zaloга подразумева делимично напуштање начела специјалности, тако да предмет заложног права могу бити и ствари одређене по роду, збир покретних ствари као што је роба у одређеном складишту или инвентар.³⁴⁵

340 Суд је дужан да о захтеву одлучи у року од три дана, а сам поступак одузимања предмета се спроводи у року од три дана од доношења решења. Питање је једино да ли ће наши судови због недостатка кадрова и великог броја предмета моћи да испуштају ове строго постављене рокове.

341 Подробније у делу књиге који се односи на принудно извршење потраживања обезбеђеног залогом (Део X).

342 У упоредном праву постоје супротна решења. О могућностима уговарања лизинга који би за предмет имао непокретности у немачком праву. Ваг, Е. – Ваг, Ј. – Стјернер, Р., *Sachenrecht*, страна 557.

343 Члан 4. Закона о финансијском лизингу. Сама природа правног посла налаже да предмет буду оне ствари које се првом употребом не исцрпљују. Више о стварима које сврставамо у непотрошне: Стојановић, Д., у Стојановић – Антић, *Увод у грађанско право*, стр. 383–384.

344 Предмети лизинга могу бити објекти различити по својој величини и вредности: од рачунара, апарата за копирање и аутомобила, па до објеката огромне вредности авиона и бродова. Више о лизингу бродова Wood, Philip, *Comparative Law of Security and Guarantees*, London 1995, страна 201.

345 Опширније о овом питању у делу књиге посвећеном предмету заложног права (Део VI).

3) Према Закону о финансијском лизингу, посао финансијског лизинга је тространи однос, обухвата уговор о испоруци, којим се заснивају права и обавезе испоручиоца предмета лизинга и даваоца лизинга и други уговор о лизингу, који закључују давалац и прималац лизинга.³⁴⁶ Непосредни лизинг у коме је давалац лизинга уједно и испоручилац предмета лизинга није регулисан овим законом.³⁴⁷ Непосредни лизинг у пракси, по правилу, добија карактеристике оперативног лизинга, чија сврха није у обезбеђењу потраживања.³⁴⁸ Основна разлика између оперативног и финансијског лизинга се огледа у томе што се инвестициони трошкови код финансијског лизинга амортизују у потпуности, или у претежном делу у току базичног периода једног лизинг-посла; што није случај код оперативног лизинга, код кога се вредност предмета лизинга амортизује тек закључивањем мноштва оваквих уговора.³⁴⁹ Ипак, неки аутори сматрају да је новим законом о лизингу требало обухватити и посао непосредног лизинга.³⁵⁰

Правно гледано, усвајање посебног закона који би као *lex specialis* у односу на ЗОО регулисао посао финансијског лизинга нема нарочито оправдање.³⁵¹ Наша судска пракса је, у складу са начелом аутономије воље, пружала заштиту лизинг-послу и као неименованом уговору.³⁵²

346 „Уговор о финансијском лизингу не може настати и егзистирати независно од уговора о испоруци, с обзиром да финансијски лизинг *per definitionem* подразумева симбиозу ова два уговора, чија међусобна условљеност представља основну детерминанту овог посла.” Перовић, Јелена., *Коментар Закона о финансијском лизингу*, Београд, 2003, страна 24. Наш закон у овом погледу следи члан 1.1 UNIDROIT *Convention on International Financial Leasing*.

347 „Уговор у којем је давалац лизинга и испоручилац исто лице не сматра се уговором финансијског лизинга у смислу овог Закона и у том случају се примењују одредбе Закона којима се уређују облигациони односи, зависно од природе конкретног уговора (закуп, продаја са оборчним отплатама цене и сл.)” Члан 13. Закона о финансијском лизингу.

348 У америчком праву у § 1- 203 UCC (Proposed revision) садржи правило за разликовање лизинга којим се заснива „security interest” на који ће се применити article 9 UCC и „true lease” лизинга, који има карактеристике закупа када се примењују правила article 2A UCC.

349 Код финансијског лизинга накнада се плаћа искључиво у ратама, чији се износи утврђују на основу амортизације целине, или најбитнијег дела вредности предмета лизинга. Код оперативног лизинга, амортизација вредности предмета лизинга није основни критеријум за утврђивање висине лизинг накнаде. Опширније о разликама између оперативног и финансијског лизинга. Goode, R., *Commercial Law*, стр. 776–777. и Спасић, И., *Уговор о лизингу*, стр. 50. и 169.

350 Окичић, М. – Бијорац, Р., *наведено дело*, страна 722. У предлогу за реформу енглеског права се чак предлаже упис у регистар лизинга који нема карактеристике средства обезбеђења ако је уговор закључен на период дужи од годину дана, пара 3.37 *Company Security Interest, A Consultative Report*, страна 75. Подробније одређење појма „lease for a term more than one year” Appendix A Draft Regulation, part 1.8 у оквиру истог документа.

351 У упоредном праву су заступљена оба приступа. О аргументима за и против регулисања овог питања у оквиру Закона о облигационим односима или усвајањем посебног закона. Перовић, Ј., *Коментар Закона о финансијском лизингу*, страна 8.

352 Пресуда Врховног суда Србије Прев. 227/ 94 од 5. децембра 1994. и Пресуда Врховног суда Србије Прев. 116/ 97 од 15. априла 1997, INTERMEX.

Међутим, стање општег неповерења у нашем друштву и распрострањена уговорна недисциплина, одвраћали су потенцијалне даваоце предмета лизинга од прихватања ризика које таква пословна трансакција подразумева. Усвајање посебног Закона о финансијском лизингу је несумњиво подстакло овај вид финансијске активности и са становишта сврсисходности се може оценити као пун погодак.³⁵³ Ипак, у погледу оперативног лизинга ствари стоје битно друкчије и изричито посебно регулисање овог института било би заиста сувишно.³⁵⁴

Код регистроване залогe дужник не мора истовремено бити и залогодавац. Власник одређене покретне ствари може дозволити упис заложног права на својој ствари у регистар с циљем обезбеђења туђег дуга.

До раздвајања личности залогодавца и дужника може доћи и накнадно, у ситуацији када залогодавац пренесе својину на објекту залогe неком трећем, а да упоредо није постигнут споразум о преузимању дуга од прибавиоца. Међутим, појављивање више субјеката на пасивној страни код регистроване залогe не представља правило, већ више изузетак, за разлику од посла финансијског лизинга који је увек тространи однос.

У српском праву, давалац лизинга је привредно друштво, чији новчани део основног капитала не може бити мањи од 100 000 евра, које је добило дозволу Народне банке за обављање послова финансијског лизинга.³⁵⁵ Даваоци лизинга су искључиво привредна друштва.³⁵⁶ Физичка лица не могу имати својство даваоца лизинга.

Остаје помало нејасно зашто се законодавац определио за сужавање круга потенцијалних давалаца лизинга. Привлачење великих лизинг-компанија на наше тржиште, специјализација даваоца лизинга за ту врсту послова, спречавање злоупотреба у овој области значајној за развој привреде, спречавање прерастања лизинга у један вид посредног одобравања потрошачких кредита, јесу могући правнополитички циљеви које је законодавац имао на уму.

353 О томе довољно говори податак да је само у периоду јуни – новембар 2003. године у Републици Србији кроз посао финансијског лизинга инвестирано преко 30 милиона евра. Перовић, Ј., *Основна концепција Закона о финансијском лизингу Републике Србије*, рад је публикован у оквиру материјала за Семинар „Правни аспекти финансијског лизинга”, одржаног у организацији Економског института и GTZ-а од 11-14. марта 2004. у Београду.

354 С обзиром на то да ЗОО детаљно регулише уговор о закупу и продаји.

355 Закон о финансијском лизингу члан 10, став 2. У француском праву, давалац лизинга мора имати статус банке или финансијског предузећа. Члан 2. француског Закона, LOI n. 66/ 455, усвојен 2. јула 1966.

356 „Привредно друштво је правно лице које оснивају оснивачким актом правна или физичка лица ради обављања делатности у циљу стицања добити. Правне форме привредних друштава у смислу овог закона су ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво (отворено и затворено).” Члан 2, ст. 1. и 2. Закон о привредним друштвима.

Ипак, чини се да такво решење није сасвим оправдано. Мора се водити рачуна о томе да давалац лизинга може пренети право својине на предмету лизинга на треће лице које ступа на место даваоца лизинга, те права и обавезе из уговора настају између њега и примаоца лизинга.³⁵⁷ А Закон о финансијском лизингу не садржи норму по којој треће лице које ступа у уговор на место даваоца лизинга мора бити привредно друштво са одговарајућим новчаним делом оснивачког капитала и дозволом Народне банке.

Предмет лизинга у току уговореног периода користи прималац лизинга.³⁵⁸ Фактички посед ствари брани примаоца од могућег несавесног поступања даваоца лизинга. Поред тога, давалац лизинга не одговара за материјалне недостатке предмета лизинга.³⁵⁹ Тако посматрано, заиста нема ваљаних аргумената за прописивање минималног износа основног капитала. Ипак, давалац лизинга одговара за правне недостатке предмета лизинга и то тако да се ова одговорност не може искључити или ограничити.³⁶⁰ Давалац лизинга би у случају евикције имао обавезу да врати примљену противредност и надокнади претрпљену штету примаоцу. Овако конципирана одговорност даваоца за правне недостатке које предмет лизинга има у тренутку закључења уговора, може се посматрати као један од разлога који је условио усвајање одредби о ограничавању круга потенцијалних давалаца лизинга.³⁶¹

Сматрамо да би физичка лица, као и правна лица која не испуњавају услове у погледу минималном новчаног дела основног капитала, могла закључити уговор о лизингу којим би се постизала сврха обезбеђења потраживања. Уговарање правила закона као *lex contractus* довело би до истих практичних последица, осим што се у случају спора не би могла применити диспозитивна правила Закона о финансијском лизингу.³⁶²

Насупрот ограничењу које постоји у погледу давалаца лизинга, круг прималаца лизинга није ограничен. То могу бити и правна и физичка лица, разуме се, ако не постоје неке друге сметње које спречавају да се на њих пренесе овлашћење држања и коришћења предмета лизинга.³⁶³ Уговор о лизингу се, по правилу, закључује с обзиром на лична својства

357 Члан 22. Закона о финансијском лизингу.

358 На примаоцу лизинга је и ризик случајне пропасти или оштећења предмета лизинга (члан 32. Закона о финансијском лизингу).

359 Осим ако је учествовао у избору испоручиоца, када ће солидарно одговарати са испоручиоцем примаоцу лизинга ако предмет лизинга није испоручен примаоцу лизинга, ако је испоручен са доцњом, или ако предмет лизинга има материјални недостатак (члан 39. Закона о финансијском лизингу).

360 Члан 18-21. Закона о финансијском лизингу.

361 Обавеза заштите од евикције је предвиђена у члану 508. ЗОО.

362 Регистратор би вероватно одбио упис таквог уговора у Регистар финансијског лизинга у складу са чланом 516 Закона о финансијском лизингу.

363 Не могу се занемарити ограничења која произилазе из општих правила о пословној способности физичких и правних лица.

уговорника. Преузимању уговорних обавеза обично претходи „провера подобности” примаоца лизинга.³⁶⁴ Из тог разлога, прималац лизинга не може уступити другом лицу предмет лизинга на коришћење без писмене сагласности даваоца лизинга.³⁶⁵ Могуће је да треће лице нема неопходно стручно знање, одговарајуће просторије, пратећу опрему, довољан број људи, или да постоји други конкретан разлог због којег га давалац лизинга не жели за уговорника у лизинг послу.³⁶⁶

Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар не сужава круг потенцијалних заложних поверилаца.³⁶⁷ Законодавац се не изјашњава о томе, али се као залогодавац и заложни поверилац могу појавити страна физичка и правна лица. Ипак, сматрамо да се таква могућност, у недостатку изричите забране, подразумева и произилази из општих правних принципа.

4) Уговор о лизингу се закључује на одређено време („primary period” „Grundvertragszeit”). Закон о финансијском лизингу прописује минимално трајање лизинга које не може бити краће од две године, од дана закључења уговора.³⁶⁸ Код регистроване залоге законодавац није прибегао сличним временским ограничењима. Лизинг по својим особинама спада у групу уговора са трајним (сукцесивним) престацијама.³⁶⁹

Регистрована залог такође подразумева изванпротоан проток времена, од тренутка уписа у регистар до њеног престанка, али се уговор који представља правни основ настанка залог не може сврстати у дуготрајне уговоре.³⁷⁰

Специфичности везане за трајање ових средстава обезбеђења су, у извесној мери, резултат њихове различите природе. Залог се као акцесорно право гаси престанком потраживања. Дужник ће, по правилу, добровољно измирити доспело потраживање, или ће заложно право престати у поступку принудног намирења повериоца.³⁷¹

Код финансијског лизинга прималац лизинга истеклом стипулисанога периода стиче могућност избора. Он, у складу са уговором, може: а) вратити

364 Спасић, И., *Уговор о лизингу*, страна 65.

365 Члан 35. Закона о финансијском лизингу.

366 Перовић, Ј., *Коментар Закона о финансијском лизингу*, страна 98.

367 Такво ограничење постоји у пољском праву, где се регистрованом залогом могу обезбедити потраживања државних органа, домаћих и страних банака, међународних финансијских организација и других правних лица која послују на територији Републике Пољске (члан 1. Закона о регистрованој залози и регистру залог).

368 Члан 3. Закона о финансијском лизингу.

369 О подели уговора према трајању престације и значају ове поделе у случају раскида уговора: Перовић, С., *Облигационо право*, Београд, 1990, стр. 211–213.

370 Опширније о краткотрајним и дуготрајним уговорима Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 136.

371 До престанка потраживања, а самим тим и заложног права, као споредног, долази и у другим ситуацијама, на пример, услед замене испуњења, новације (пренова), компензације (пребијања).

предмет лизинга даваоцу; б) откупити предмет лизинга; в) продужити уговор о финансијском лизингу. Прималоцу лизинга припада право опције, које је по својој природи прображајно право.³⁷² Прималац лизинга је овлашћен да једностраном изјавом воље створи нову правну ситуацију. Он има могућност да чак и без сагласности даваоца лизинга изазове неопозиву промену у грађанском субјективном праву.³⁷³

5) Прималац лизинга плаћа накнаду за коришћење ствари. Посао лизинга се тако по својој природи приближава закупу, с тим што износ лизинг-накнаде обухвата и амортизацију предмета лизинга и превазилази цену употребе ствари.³⁷⁴ Уговор о залози, посматран одвојено од уговора који је извор потраживања, добротин је, једна страна не даје накнаду за користи које добија од друге стране. Код лизинга је прималац лизинга дужан да даваоцу лизинга плаћа накнаду у износима, роковима и на начин који су предвиђени уговором. Укупан износ накнаде, износ појединих рата накнаде, њихов број и време плаћања представљају битне елементе (*essentialia negotii*) уговора о лизингу.³⁷⁵

6) „У случају стечаја примаоца лизинга, давалац лизинга има право на издвајање предмета лизинга (излучно право) из стечајне масе примаоца лизинга, у складу са законом којим се уређује стечајни поступак”.³⁷⁶ Давалац лизинга је задржао својину на предмету лизинга и може своје право истицати према свим трећим лицима.³⁷⁷ Насупрот томе, заложни поверилац, у случају стечаја дужника има само право првенствене наплате, дакле, различно право.³⁷⁸

Г. Однос регистроване залогe и продаје са задржавањем права својине

Задржавање права својине – њојам

Задржавање права својине (*pactum reservati dominii*, „Eigentumvorbehalt”, „retention of title”³⁷⁹) обично се дефинише као углавак уговора о продаји,

372 О преображајном праву или правној моћи којом се модификује постојеће правно стање (односи). Станковић О., у Станковић – Водинелић, *Увод у грађанско право*, страна 107.

373 Право обликовања „Gestaltungsrecht” настаје на основу закона или уговора. Изјава његовог титулара изазива правне последице без сагласности друге стране. Larenz, Karl., *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München, 1989, страна 230.

374 Јакшић, А., *наведено дело*, страна 52.

375 Члан 6. Закона о финансијском лизингу.

376 Члан 37. Закона о стечајном поступку.

377 Члан 7, став 1. (а) и (б) UNIDROIT *Convention on International Financial Leasing*.

378 Опширније о различном праву заложног повериоца видети у делу књиге посвећеном дејству заложног права у стечају залогодавца (Део XI).

379 У Енглеском праву задржавање права својине се комбинује са другим институтима „hire-purchase” и „conditional sale”, мада су у пракси ови институти готово изједначени: Consumer Credit Act из 1974. године и Sale of Goods Act из 1979. године.

којим продавац одређене покретне ствари задржава право својине и после предаје ствари купцу, све док купац не исплати цену у потпуности.³⁸⁰ Право својине продавца је, дакле, ограничено раскидним условом и оно престаје исплатом последње рате.³⁸¹ С друге стране, купац стиче својину када наступи одложни услов. Продавац за време пенденције услова има само *nuda proprietas*.³⁸² Купац стиче последњи атрибут права својине *ius abutendi*, тек када услов наступи.

На покретним стварима о којима се воде посебне јавне књиге, може се задржати право својине само ако је то предвиђено прописима о уређењу и вођењу тих књига.³⁸³

Сличности

1) Залого која настаје уписом у регистар и продаја са задржавањем права својине се обично сврставају у групу бездржавинских средстава обезбеђења потраживања, код којих је дужник у поседу оптерећеног добра, а поверилац стиче специфична овлашћења која му олакшавају принудно извршење у случају неизмирења обавезе дужника.

2) Предмет регистроване залогe могу бити само покретне ствари. Исто важи и за *pactum reservati dominii*.³⁸⁴

3) Уговарањем ових средстава обезбеђења заобилази се начело официјелности код принудног намирења потраживања, које умногоме ограничава значајнију примену класичне залогe. Исто важи и за лизинг и фидуцијарни пренос својине.

380 Члан 540, став 1 ЗОО. На сличан начин продају са задржавањем права својине дефинишу и директиве Европске уније. (Члан 2, став 3) DIRECTIVE 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 „on combating late payment in commercial transactions”, „Official Journal of the European Communities”, 8. 8. 2000.

381 У римском праву је било непотребно уносити овакву клаузулу у споразум, јер је продавац и поред предаје ствари купцу остајао власник до потпуне исплате цене. О историјском развоју института *pactum reservati dominii*: Pennington, R., *Retention of Title to the Sale of Goods*, „International and Comparative Law Quarterly”, april 1978, стр. 277–279.

382 Јакшић, А., *наведено дело*, страна 29.

383 Професор Станковић предлаже широко тумачење овог члана, по којем задржавање права својине на стварима о којима се воде посебне јавне књиге има дејство према трећима само ако је уписано у овакве јавне књиге, а да је само задржавање права својине дозвољено под општим условима, без обзира на то да ли је њихова дозвољеност изричито наведена у прописима о организацији ових књига. Станковић, О., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 70.

384 У нашој теорији, аргументе у прилог супротног става износи Перовић, С., *Облигационо право*, страна 564. У немачком праву није допуштено задржавање права својине на земљишту, пошто упис преноса у земљишне књиге не може бити услован. Опширније Serick, R., *Securities in Movables in German Law*, страна 37. као и Bernd Wass, „Germany” у Davies, Iwan (ed.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, Ashgate, 1999, страна 35.

Разлике

1) Залого настаје на основу уговора који је *iustus titulus*, али производи стварноправна дејства тек од уписа у регистар (*modus acquirendi*). За задржавање права својине довољан је само уговор који је, по правилу, неформалан.³⁸⁵ Међутим, ако је такав уговор истовремено и продаја са оброчним отплатама цене, неопходна је писана форма.³⁸⁶ Уговор о задржавању права својине поред облигационоправних има и стварноправна дејства.³⁸⁷

Публицитет залогe се остварује уписом у регистар залогe. Код продаје са задржавањем права својине, по правилу, нема уписа. Обавеза уписа у јавни регистар постоји у швајцарском праву, али без претпоставке о знању трећих лица за задржавање, тако да је и поред извршеног уписа предмет задржавања могуће стећи од невластника.³⁸⁸ Занимљиво је да *pactum reservati dominii* у немачком праву у потпуности делује према трећима, а да ни на који начин није остварен његов публицитет.³⁸⁹ Једноставно се сматра да је реч о толико уобичајеном институту, тако да треће лице-купац са великим степеном извесности може претпоставити његово постојање.³⁹⁰

У нашем праву, задржавање права својине производи дејство према купчевим повериоцима само ако је учињено у обичу јавно оверене исправе пре купчевог стечаја или пре пленидбе ствари.³⁹¹ Дејство *erga omnes* се постиже искључиво састављањем јавно оверене исправе.

Основно питање које се поставља код обезбеђења продавца задржавањем права својине је како заштитити повериоца који нема посед од располагања дужника, као и у односу на захтеве осталих дужникових поверилаца. Да ли је купац слободан у располагању предметом задржавања? Купац је до исплате пуне цене само држалац и тако посматрано нема право располагања.³⁹² Немачка правна теорија овлашћење које стиче

385 Осим у Француској, где је писана форма услов пуноважности уговора о продаји са задржавањем права својине. Marc Saint Cene, „France” у Davies, I., (ed.), *наведено дело*, стр. 27–28.

386 Члан 543. ЗОО.

387 У немачком праву, у складу са принципом апстрактности, разликују се два правна посла с циљем преноса својине, тако да ништавост правног посла који је довео до настанка облигације неће утицати на пренос својине. Serick, R., *наведено дело*, страна 39.

388 Швајцарски грађански законик (члан 715. став 1). Опширније о дејству регистрације клаузуле о задржавању права својине Philip Känzig, „Switzerland”, у Davies, I., (ed.), *наведено дело*, страна 93.

389 У енглеском праву се такође признаје дејство задржавања права својине без регистрације. Hicks, A., *Retention of title – Latest Developments*, J.B.L. July 1992, страна 399.

390 U. Droblich, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, страна 804.

391 Члан 540, став 2. ЗОО. У словеначком праву се за дејство према трећим лицима захтева овера уговора од нотара (члан 520, став 2. Obligacijski Zakonik RS).

392 Станковић, О., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 69.

купац назива правом у очекивању „Anwartschaftsrecht”.³⁹³ Право у очекивању представља етапу у стицању својине и као такво је саставни део имовине.³⁹⁴ „Anwartschaftsrecht” је право *in statu nascendi*, економска вредност чији се престаје у право својине може извесно очекивати, те је, као такво, не само заштићено него може бити и предмет располагања. Разуме се, да у таквој ситуацији нови купац такође прибавља само право у очекивању. Ризик случајне пропасти или оштећења ствари сноси купац од часа када му је ствар предата, па је природно да ужива и одговарајуће користи.³⁹⁵

За функционисање овог института је значајно да купац који није постао власник ужива заштиту у односу на располагања продавца, с једне стране, и у односу на остале повериоце продавца, с друге стране. Продавац (власник) може поново продати ствар, али потоњи купац не би тужбом могао захтевати предају ствари, пошто је први купац овлашћен да ствар држи на основу уговора. Други купац тешко може бити савестан, због саме чињенице да је купио ствар која се није налазила у државини продавца. Питамо се да ли би у будућности требало размишљати о увођењу обавезног уписа задржавања права својине у одговарајући регистар.³⁹⁶ Такво решење није у складу са традицијом везаном за овај институт, такви уписи би поскупљивали и успоравали уобичајне послове и често били у несразмери са вредношћу саме ствари.³⁹⁷ Наравно да публицитет сам по себи није довољан, ако се не пропише да упис у регистар има такво дејство да нико не може тврдити како му стање у регистру није познато.

2) *Pactum reservati dominii* спада у групу оних средстава обезбеђења потраживања која користе право својине с циљем заштите повериоца. Купац прибавља право својине тек потпуном исплатом цене. Ако купац не изврши своју обавезу, продавац може раскинути уговор и захтевати враћање предмета продаје.³⁹⁸ Обе стране морају вратити чинидбе које су примиле.³⁹⁹ Ако продавац раскине уговор и тражи повраћај ствари, мора

393 О правном положају купца у случају продаје са задржавањем права својине Bernd Wass, „Germany” у Davies, Iwan, (ed.), *наведено дело*, страна 39.

394 Serick, R., *наведено дело*, стр. 43–44.

395 У француском праву се правило *res perit domino* спроводи доследно, продавац као власник одговара за случајну пропаст ствари, Marc Saint – Cene, „France”, у Davies, Iwan, (ed.), *наведено дело*, страна 25.

396 У Енглеској за задржавање права својине није неопходна публикација, мада постоје такви предлози, Goode, R., *The Secured Creditor and Insolvency under English Law*, страна 707.

397 О разлозима за и против регистрације продаје са задржавањем права својине: Wheeler, S., *The Insolvency Act 1986 and Retention of Title*, J.B.L. May 1987, страна 182.

398 Члан 129. ЗОО не допушта раскид уговора због неиспуњења незнатног дела обавезе.

399 Продавац, по правилу, није нарочито заинтересован за враћање ствари коју је већ продао. У већини случајева поновна продаја такве ствари је отежана и спречава промет нових производа. Стојановић, Д., у Стојановић, Д., – Б. Павићевић, *Право обезбеђења кредитора*, Београд, 1997, стр. 207–208.

вратити рате које је купац исплатио. Супротно томе, уписом залог у регистар настаје уже стварно право *ius in re aliena*. Заложни поверилац, практично, има два права, једно које је облигационоправног карактера и тиче се дужника, и друго заложно право уперено на саму ствар.⁴⁰⁰ Заложно право је по својој природи споредно и зависи од постојања потраживања као главног права.

Код задржавања права својине продавац, такође, има потраживање према купцу, али не долази до стварања новог стварног права с циљем обезбеђења. Власник (продавац) постојећем праву својине једноставно додељује нову сврху. Он уступа купцу право држања, употребе и прибирања плодова, али задржава својину која му је, и тако суженог обима, сасвим довољна за остварење поверене улоге – обезбеђење наплате потраживања насталог продајом. Да ли је тиме својина продавца постала акцесорно право у односу на његово потраживање према купцу? Измирењем потраживања престаје право својине продавца, што је један од показатеља акцесорности неког права, али се ова последица, такође, може приписати и остварењу уговореног раскидног услова. Међутим, уступањем потраживања продавац – цедент не преноси на цесионара и право својине на предмету продаје, као што је то случај са заложним правом код цесије потраживања обезбеђеног залогом. Можемо, дакле, закључити да у случају задржавања права својине, својина, иако са сврхом обезбеђења, није акцесорна у односу на потраживање чију наплату обезбеђује.

3) Продаја са задржавањем права својине је регулисана Законом о облигационим односима као модалитет уговора о продаји, док је регистрована залога уређена посебним Законом о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар.

4) Разлика између ова два средства обезбеђења постоји и у погледу начина једностраног одрицања. Продавац може дати изјаву да је својина прената самом предајом, без обзира на околност да ли је цена исплаћена у потпуности. Регистрована залога престаје тек брисањем из регистра.⁴⁰¹

5) Задржавање права својине се користи искључиво за обезбеђење потраживања насталих на основу уговора о продаји. То је природно средство обезбеђења оних који робу продају на кредит.⁴⁰² Насупрот томе, регистрованом залогом се могу обезбедити све врсте потраживања, без обзира на уговорни однос из кога потичу.

6) ЗОЗП, у погледу залог која настаје уписом у регистар, не одступа много од начела специјалности потраживања. Могуће је обезбедити

400 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 229.

401 Члан 51, став 1. ЗОЗП.

402 U. Drobnich, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, страна 788.

условно и будуће потраживање, али се мора утврдити највиши износ обезбеђеног потраживања. У немачкој пословној пракси, код продаје са задржавањем права својине, поред основног облика („einfacher Eigentumsvorbehalt“), користи продужени („verlängerter Eigentumsvorbehalt“) и проширени облик („erweiterter Eigentumsvorbehalt“).⁴⁰³ Као продужени облици продаје са задржавањем права својине се обично наводе клаузула о антиципираној цесији, којом купац цедира продавцу своја будућа потраживања на основу препродаје ствари⁴⁰⁴ и клаузула о преради која спречава продавчев губитак у случају прераде ствари.⁴⁰⁵ Поред продуженог, могуће је и проширено задржавање својине („erweiterter Eigentumsvorbehalt“), у коме продата ствар остаје у власништву продавца до измирења свих потраживања које продавац има према купцу.⁴⁰⁶ У енглеском праву, такође, постоји основни облик клаузуле о задржавању права својине („simple clause“) и неколико варијација основног облика,⁴⁰⁷ с тим да се проширене форме задржавања третирају као „charge“, тако да не производе дејство без регистрације.

7) Регистрована zaloга омогућава повериоцу првенствено намирење у односу на остале повериоце. Заложни поверилац у случају стечаја залогодавца има различно право у погледу предмета залогa. Код задржавања права својине у немачкој пословној пракси и поред недостатка публицитета продавац може своје право својине успешно супроставити онима који су ствар прибавили од купца, али и купчевим повериоцима у извршном поступку и стечају.⁴⁰⁸ У случају стечаја купца, стечајни управник

403 Проширени облици продаје са задржавањем својине не производе дејства према повериоцима у француском праву. О различитим облицима задржавања права својине у Француској: M. Saint – Cene, „France“ у Davies, Iwan (ed.), *наведено дело*, страна 27.

404 Више о ситуацији када продавац задржава право на приходе остварене препродајом оптерећеног добра Pennington, R., *наведено дело*, страна 304.

405 О ситуацији када купац за производњу користи робу набављену уз задржавање права својине продавца: Pennington, R., *наведено дело*, стр. 296–297.

406 Овај облик задржавања права својине се назива „Kontokorrentvorbehalt“. Serick, R., *наведено дело*, стр. 48–49. У пракси се чак уговара и задржавање права својине, све док дужник не измири обавезе према повериоцу и групи компанија с којим је поверилац у вези „Konzernvorbehalt“. Bernd Wass, „Germany“ у Davies, Iwan (ed.), *наведено дело*, стр. 41–42. Ипак, неки немачки аутори се залажу за ограничавање примене продужених и проширених форми пактума U. Droblich, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, стр. 804–805.

407 „Equitable and beneficial ownership clause“ којом продавац задржава „interest“, а на купца се преноси „title“; „All money clause“, (ова се клаузула користи у 50 % случајева); „Mixed or manufactured goods clause“ и „Proceeds of sale clause“. Spencer, J., *The Commercial Realities of Reservation of Title Clauses*, J. V. L. May 1989, стр. 227–228. Hicks, A., *Retention of title – Latest Developments*, страна 10. Слично дејство клаузуле о задржавању својине имају широм Европе. Milo, J. M., *Retention of Title in European Business Transactions*, „Washburn Law Journal“, 2003, страна 133.

408 § 455. НГЗ. По новелама које су ступиле на снагу 1. 1. 2002 ово питање уређује § 499. НГЗ.

има могућност избора између извршења или одустанка од уговора.⁴⁰⁹ У случају стечаја продавца, купац има могућност да стечајном управнику понуди исплату остатка цене и тако постане власник, с тим да стечајни управник не може такву понуду одбити.

Д. Однос регистроване залогe и „floating charge“-а

„Floating charge“ – њојам

„Floating charge“ („лебдеће обезбеђење“) је средство обезбеђења потраживања којим поверилац („debentor holder“, „charge holder“) успоставља обезбеђење на садашњој и будућој имовини компаније дужника.⁴¹⁰ Дужник задржава могућност да у оквиру редовног пословања располаже оптерећеним добром, све до тренутка „кристализације“ када „floating charge“ мења своју природу и прераста у „fixed (specific) charge“.⁴¹¹ Од кристализације поверилац преузима контролу над добрима компаније дужника и одлучује о начину намирења потраживања.⁴¹²

Може се рећи да је „floating charge“ по својој природи *свеобухватно обезбеђење* јер захвата целокупну садашњу и будућу имовину дужника, *садашње обезбеђење* јер није реч о споразуму да се креира обезбеђење у будућности и *ојворено обезбеђење* јер дужник има могућност располагања у оквиру редовног пословања.⁴¹³

Сличности

1) „Floating charge“ је уговорно бездржавинско средство обезбеђења. Успоставља се сагласношћу воља дужника и повериоца, по правилу, на стварима које нису погодне за „fixed charge“. Због предности које доноси „fixed charge“ у случају принудног извршења, повериоци настоје да када је

409 § 103. InsO. У енглеском праву, такође, код стечаја купца, „trustee“ односно „liquidator“ може остати при уговору тако што ће исплатом суме дуговане продавцу стећи право својине на предмету купопродаје или одустати од уговора чиме се гаси и купчев интерес на ствари. Pennington, R., *наведено дело*, страна 307.

410 О карактеристикама које одређују природу „floating charge“: Goode, R., *Legal Problems of Credit and Security*, страна 114; Gough, W. J., *Company Charges*, страна 85; P. Ali, *The Law of Secured Finance*, страна 115.

411 Наравно, могуће је да кристализација никада не наступи, тј. да „floating charge“ не прерасте у „fixed charge“. Davis, Ch. J., *Floating Rights*, „Cambridge Law Journal“ 61 (2), July 2002, страна 431.

412 Поверилац може успоставити државину на оптерећеном добру, именовати „receiver-a“, приступити продаји, захтевати „foreclosure“. О ефектима кристализације на односе „chargor – chargee“ Goode, R., *Commercial Law*, страна 740.

413 Више о различитим погледима на природу „floating charge“, „deferred equitable interest theory“ и „immediate equitable interest theories“ P. Ali, *The Law of Secured Finance*, страна 119.

то могуће уговоре „fixed charge”.⁴¹⁴ Чини се да је основна разлика између ова два средства обезбеђења у томе што уговарањем „floating charge” дужник задржава могућност располагања оптерећеним добром у оквиру редовног пословања, док је код „fixed charge” за располагање предметом обезбеђења неопходна сагласност повериоца.⁴¹⁵

2) „Floating charge” се уписује у регистар. Упис се врши у „Companies Registry”.⁴¹⁶ Ипак, природа таквог уписа се разликује у односу на упис код регистроване залогe. Дејства обезбеђења према трећим лицима наступају тек са кристаллизациом.⁴¹⁷ Ред првенства се не рачуна од тренутка уписа у регистар, већ према моменту кристаллизације.⁴¹⁸ „Floating charge” уписан у регистар ће уживати првенство у намирењу у односу на касније уписани „floating charge”, али не и у односу касније успостављени „fixed charge”.⁴¹⁹

Разлике

1) „Floating charge” се дуго низ година развијао кроз судску праксу и само делимично је регулисан законом.⁴²⁰

2) „Floating charge” могу засновати искључиво друштва капитала. Постоји, дакле, јасна разлика у погледу субјекта обезбеђења у односу на залогу која настаје уписом у регистар. ЗОЗП омогућава успостављање залогe уписом у регистар и физичким и правним лицима. Додатна разлика се огледа у томе што код „floating charge” није могуће оптеретити своју имовину ради обезбеђења туђег дуга тј. не може се појавити једно лице као лични дужник, а друго као реални.

3) „Floating charge” обухвата целокупну имовину дужника, покретне ствари, непокретности, тражбине. Предмет „floating charge”-а је збир ствари и права (*universitas iuris*).

414 McKnight, Andrew, *The difference between Fixed and Floating Charges*, „Journal of International Banking Law”, 2001, 16(6), страна 157.

415 Goode, R., *Commercial Law*, страна 735.

416 Постоји обавеза уписа у року од 21. дана. Дејства уписа наступају од тренутка закључења споразума, тако да је обезбеђење у том периоду за треће лица практично невидљиво. Више о „21 days invisibility problem” Ellinger, E. P. – Lomnicka, E. – Hooley, R., *Modern Banking Law*, страна 762. Овај проблем се наводи као један од главних недостатака система обезбеђења потраживања у енглеском праву, para. 2.5 (3) Company Security Interest, A Consultative Report.

417 На пример, отварање стечаја кристаллизација претходног или накнадног „floating charge”, именовање „receiver” или аутоматска кристаллизација у случају наступања уговором предвиђених околности. Опширније о четири групе разлога који доводе до кристаллизације Goode, R., *Legal Problems of Credit and Security*, стр. 135–145.

418 McCormack, G., *Priority of Charges and Registration*, J.B.L. Nov. 1994, стр. 587–588.

419 „Legal interest” има првенство у односу на „equitable interest” Tajti, T., *наведено дело*, стр. 238–239.

420 Part XII Companies Act 1985, О развоју овог института у енглеском праву уместо свих McCormack, G., *Secured Credit under English and American Law*, страна 47.

Јасно је да и у погледу објекта обезбеђења постоји разлика у односу на залогу која настаје предајом. Генерално посматрано, начело специјалности је очувано и код залогe која настаје уписом у регистар. ЗОЗП допушта залагање будућих ствари, ствари одређених по врсти и збира покретних ствари, али није прихваћена могућност генералног обезбеђења на имовини компаније, што по својој суштини јесте „floating charge”.

Уговарањем „floating charge”-а није издвојена имовина која ће служити као обезбеђење, тако да поверилац нема право следовања у односу на ствари којима дужник располаже у оквиру редовног пословања.⁴²¹ Дужник може отуђити ствари које су заложене без додатне сагласности повериоца а прибавилац стиче право својине неоптерећено залогом.⁴²² Дужник може предузимати и акте делимичног располагања, те на добру оптерећеном „floating charge”-ом конституисати „mortgage” или „fixed charge”.⁴²³

4) Поверилац у чију корист је успостављен „floating charge” има посебна овлашћења која се тичу управљања компанијом дужником.⁴²⁴ ЗОЗП такву могућност не предвиђа у погледу залогe која настаје уписом у регистар.

Након свега изреченог о „floating charge”-у, јасно је да ово бездржавинско средство обезбеђења има значајне предности у односу на залогу која настаје предајом предмета залогe залогопримцу. „Floating charge” омогућава дужнику да остане у поседу оптерећеног добра и настави са редовним пословањем и након успостављања обезбеђења.

Поверилац је, такође, у предности у погледу принудног намирења. По наступању кристаллизације, поверилац може одабрати начин намирења који највише одговара његовим интересима у конкретном случају. Он може сачекати са уновчењем и преко именованог „receiver-a” управљати компанијом дужником до њеног опоравка. Ово средство такође омогућава продају компаније дужника као такве („as going concern”), без њене ликвидације.⁴²⁵

Наравно, ни „floating charge” није без негативних страна. Нарочито ако се упореди са залогом која настаје уписом у регистар. Регистрована залога се, такође, може засновати на објекту који је променљиве садржине,

421 Ипак, поверилац има могућност да након кристаллизације захтева повраћај ствари којима је дужник располагао изван редовног пословања. Goode, R., *Legal Problems of Credit and Security*, страна 117.

422 Wood, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, страна 12.

423 Слобода располагања омогућава „chargee-y” да касније заснује залог који ће имати предност у односу на ранији уговорени „floating charge”.

424 У одређеним ситуацијама поверилац има могућност вета. Insolvency Act 1986, s. 9 (3). У супротном, ако компанија – дужник не послује успешно, доћи ће до умањења вредности оптерећеног добра. Ellinger, E. P. – Lomnicka, E. – Hooley, R., *Modern Banking Law*, страна 765.

425 Таква продаја, поред погодности које доноси повериоцу, по правилу, одговара запосленим у компанији и друштву у целини.

уз могућност располагања у оквиру редовног пословања, с тим што није ограничена у погледу субјекта само на компаније. Поверилац се осећа далеко сигурније пошто дејства у односу на сва трећа лица наступају од момента уписа. То су неки од разлога због којих се и у енглеском праву предлаже напуштање традиционалног приступа „floating charge”-у.⁴²⁶

С тим у вези, сматрамо правнополитички потпуно оправданом одлуку нашег законодавца да не предвиди законску могућност залагања предузећа као таквог.⁴²⁷ Ово решење је у складу са нашом правном традицијом, али не занемарује ни интересе дужника и поверилаца.

Део V

ПОТРАЖИВАЊЕ КОЈЕ СЕ МОЖЕ ОБЕЗБЕДИТИ ЗАЛОГОМ

⁴²⁶ Више о предлогу за реформу постојећег права обезбеђења које се заснива на разликовању „floating charge” и „fixed charge” (paras 1.11, 1.12, Company Security Interest, A Consultative Report, стр. 17-18). У том погледу још увек не постоји општеприхваћено становиште (супротно: paras 8.2 – 8.8, Company Security Interest Commentary by the Financial Law Committee of the City of London Society, страна 90).

⁴²⁷ У овом погледу наш закон не следи МЗОП, који препоручује могућност генералног залагања компаније „enterprise charge”. Чл. 5.6, 6.6 и 8.4.5 МЗОП.

1. ПРАВНА ПРИРОДА ПОТРАЖИВАЊА ПОДОБНИХ ЗА ОБЕЗБЕЂЕЊЕ

Питање правне природе потраживања подобних да буду обезбеђена залогом је нарочито значајно за ову књигу. Разлог постојања заложног права је обезбеђење одређене тражбине. Не може се говорити о обезбеђењу, ако не знамо шта се то обезбеђује.

Потраживање се обично дефинише као овлашћење једне стране да од друге стране у облигационом односу тражи неко давање, чињење или уздржавање.⁴²⁸ „Право да се прими, односно да се захтева оваква чинидаба зове се тражбина или тражбено право.”⁴²⁹

Друга страна је дужна да своју обавезу изврши, али често то није случај. Управо то је разлог због кога су људи дошли на идеју да извесност извршења дужникове обавезе појачају заснивањем заложног права. Иако све тражбине поседују елемент неизвесности, само су неке од њих подобне да буду обезбеђене заложним правом. Та потраживања имају следеће карактеристике:

а) Потраживање мора бити пуноважно

Свака тражбина која је по закону допуштена и пуноважна може се обезбедити залогом.⁴³⁰ Ако је потраживање ништаво, неће важити ни заложно право, ако је потраживање рушљиво, залога ће важити, под условом да се правни посао не огласи ништавим.⁴³¹

б) Основ потраживања може бити различит и, по праву, није од значаја – уговор, деликт или неки други основ⁴³²

Може се рећи да су уговор о зајму (*mutuum*) односно кредиту најчешћи извори потраживања обезбеђеног залогом.⁴³³ Разуме се, обезбеђују се и тражбине из других уговора. Код класичне залог, ЗОО прави разлику у зависности од чињенице, да ли обезбеђено потраживање потиче из уговора у привреди или не. Ако потраживање потиче из уговора у привреди, поверилац се у случају принудног намирнења не мора обраћати суду.⁴³⁴

428 Перовић, С., *Облигационо право*, стр 7.

429 Марковић, Л., *Облигационо право*, страна 30.

430 Марковић, Лазар, *Грађанско право, Општи део и Сиварно право, прва књига*, Београд, 1927, страна 505.

431 Гамс, А., *Основи сиварног права*, Београд, 1961, страна 152.

432 Рашовић, З., *Сиварно право*, Подгорица, 2002, страна 358.

433 Чл. 557. и 1065. ЗОО.

434 Члан 981. ЗОО.

Код регистроване залoге, могућност уговарања посебних одредби о намирењу се везује за правну природу залогодавца. Значајно је да ли залогодавац има својство привредног субјекта или својство физичког лица, које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности.⁴³⁵ Без обзира на то да ли је разликовање изведено с обзиром на основ потраживања, или својства уговорних страна, чини се да у крајњем исходу добија сличан резултат.⁴³⁶

Законодавац ипак издваја као посебну категорију потраживања превозиоца, комисионара, отпремника и складиштара, настала отпремом и превозом која имају првенство у односу на заложно право уписано у регистар. Такав третман имају и потраживања накнаде за рад, накнаде за утрошени материјал и осталих потраживања посленика у вези са његовим радом, настала на основу уговора о делу.⁴³⁷

ЗОЗП не признаје посебан статус потраживањима која настају као резултат уговора о продаји. У упоредном праву се таквим потраживањима даје суперприоритет код принудног намирења.⁴³⁸ Обезбеђено потраживање продавца за исплату цене на предмету купопродаје, има првенство у односу на остала обезбеђена потраживања, без обзира на то што је залoга на ствари која је предмет купопродаје, касније уписана.⁴³⁹ Такав приступ се сматра нарочито значајним за дугорочно кредитирање дужника.⁴⁴⁰

в) Залогом која настаје уписом у регистар може се обезбедити *новчано пошраживање*⁴⁴¹

Потраживања могу по својој природи бити новчана или неновчана.⁴⁴² ЗОЗП не помиње изричито могућност обезбеђења неновчаних тражбина.

435 Члан 27, став 3. ЗОЗП.

436 Решење увојено у ЗОЗП сматрамо једноставанијим и примеренијим савременом правном промету.

437 Члан 33. ЗОЗП.

438 Такво решење садржи МЗОП. о приоритету неплаћеног потраживања продавца „inpaid vendor's charge” члан 17, 3. МЗОП. У праву Црне Горе, такође: „Залoга на предмету купопродаје има приоритет у односу на било коју уговорну залoгу на истој ствари која је дата од стране истог залогодавца и у односу на било коју залoгу која не настаје на основу уговора.” Члан 9, став 5. ЗОЗСОП.

439 Али и потраживање зајмодавца који је купцу позајмио новац како би овај купио предмет залoге „enabling loan” UCC § 9- 103(a). За право САД Gilmore, Grant, *The Purchase Money Priority*, 76 „Harvard Law Review” 1333, May 1963, страна 1370 и White, J. – Summers, R., *Uniform Commercial Code, Secured Transactions*, St. Paul, Minn. 2000, стр. 760–762.

440 Опширније о овом питању у делу књиге посвећеном предмету залoге (Део VI).

441 Члан 7, став 1. ЗОЗП.

442 „Тачно је да се све облигације могу свести на новац као свеопшти еквивалент, али новчаним облигацијама називају се само оне које се непосредно односе на суму новца, чији предмет се испољава у акту предаје суме новца, док су неновчане оне које немају за предмет суму новца, иако се посредно могу новчано изразити.” Перовић, С., *Облигационо право*, страна 94.

Ако прихватимо становиште да су новчане само оне облигације чији се предмет испољава у акту предаје суме новца, није спорно да се потраживање зајмодавца у односу на зајмопримца, као новчано, може обезбедити залогом. Нешто је компликованија ситуација код уговора код којих је обавеза једне стране новчана, а друге стране неновчана. Ако би се доследно спровео принцип да се уговором о залози могу обезбедити само новчана потраживања, то би, практично, значило да се потраживање продавца за исплату цене може обезбедити залогом, док се неновчана обавеза продавца да испоручи робу купцу не би могла обезбедити залогом. Чини се да то није у складу са намером законодавца.⁴⁴³

Сматрамо да је ову одредбу ЗОЗП могуће тумачити нешто шире, у смислу да обавеза дужника може бити и неновчана, ако је у уговору о залози новчани еквивалент дуговане престације изражен на одговарајући начин.⁴⁴⁴

г) Обезбеђено потраживање може бити изражено у *домаћој или сираној валути*.⁴⁴⁵

д) Залогом се обезбеђује *не само исплатна главне тражбине*, већ и других *споредних тражбина*, које потичу из те главне тражбине.⁴⁴⁶ Заложним правом обезбеђује се одређен износ главног потраживања, дужна камата и трошкови остварења наплате.⁴⁴⁷

ђ) Потраживање, у складу са начелом специјалности, мора бити *довољно одређено*.⁴⁴⁸

Начело специјалности налаже да се залогом може обезбедити само одређено потраживање једног повериоца (а не неодређени број, или неодређени износ потраживања). Једном залогом може се обезбедити једно

443 За потраживање обезбеђено класичном залогом такође постоји становиште да није битно о ком типу престације је реч. Рашовић, З., *Заложно право на покрећним стварима*, страна 98.

444 МЗОП, коментар уз члан 4.2 „обавеза неког лица да испоручи робу не може се обезбедити залогом, али може накнада штете због неиспуњења уговорне обавезе, уколико до испоруке не дође. Много година пре појаве овог модела професор Марковић у објашњењу природе потраживања које се обезбеђује истиче: „Једино ограничене састоји се у томе што се тражи да се тражбина може у новцу проценити, или да се накнада штете услед неиспуњења тражбине може у новцу одредити”. Марковић, Лазар, *Хијотекарно право*, Београд 1911, страна 59.

445 „Заложним правом може се обезбедити новчано потраживање, чији је износ изражен у домаћој или страној валути.” Члан 7, став 1. ЗОЗП.

446 Члан 175. ОИЗ.

447 Члан 7, став 2. ЗОЗП. МЗОП предлаже нешто шире одређење споредних потраживања која су, такође, обезбеђена залогом, ако супротно није уговорено, залогом је обезбеђен и износ законске и уговорне камате, разумни трошкови чувања, одржавања и уновчења оптреног добра и тражбине, накнада штете због раскида уговора из кога потиче потраживање, највише до 20% уписаног максималног износа. (члан 4. 6 МЗОП).

448 ЗОЗП у члану 3. каже да уговор о обезбеђењу треба нарочито да садржи и податке о потраживању које се обезбеђује.

или више потраживања.⁴⁴⁹ Ако један поверилац има више потраживања према истом дужнику, мора се одредити које потраживање, или које између више потраживања је обезбеђено заложним правом.⁴⁵⁰ Обично се каже да је одређена она тражбина којој су одређени поверилац и дужник, правни основ и висина, или барем највиши износ до којег је потраживање обезбеђено залогом.⁴⁵¹ Поред тога, чини се да је за одређеност потраживања битан и тренутак његове доспелости.

ЗОЗП се не изјашњава о ситуацији када заложни поверилац после закључења уговора о залози, а пре намирења потраживања обезбеђеног залогом, стекне још нека потраживања из уговора закључених са залогодавцем.

Према ЗОО: „Залог којом је обезбеђено испуњење неке обавезе протеже се и на уговорне обавезе које би настале између залогопримца и залогодавца после закључења уговора о залози, а које би доспеле за исплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење залога дата.”⁴⁵²

На судској пракси је задатак да примереним тумачењем прописа попуни ову празнину, применом ЗОО, или на основу начела садржаних у ЗОЗП. Чини се да је друго решење извесније, те ће се ово питање решавати аналогном применом одредби ЗОЗП које регулишу залагање будућих потраживања.⁴⁵³

е) Тражбина може бити и *природна*.⁴⁵⁴

„Заложни поверилац се може намирити из вредности предмета заложног права и после застарелости његовог потраживања.”⁴⁵⁵ Застарелост не чини да потраживање престане, поверилац губи само захтев да тражбину наплати принудним путем.⁴⁵⁶

Повериоца који је своје потраживање обезбедио залогом не погађа накнадни губитак захтева за принудно намирење. Он само губи могућност да принудним путем намири и вредност припадајуће камате.⁴⁵⁷

Намеће се питање да ли се залогом може обезбедити потраживање које од самог почетка има карактер природне облигације, или само оно

449 Члан 4. 1. МЗОП.

450 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сиварно право*, страна 243.

451 Gavella, N., (red.), Josipović, T. – Gliha, I. – Belaj, V. – Stipković, Z. *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, страна 727.

452 О протезању залогне на друге обавезе залогодавца члан 972. ЗОО.

453 Што, практично, значи да би уговорне обавезе које би настале између залогопримца и залогодавца после закључења уговора о залози биле обухваћане залогом, само ако су у границама највишег износа главног потраживања уписаног у Регистар.

454 „Ако је тражбина једна природна тражбина, а такве су застареле тражбине и она се може залогом обезбедити.” Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшћи гео и Сиварно право*, страна 562.

455 Члан 51. ЗОЗП.

456 Стојановић, Драгољуб, *Сиварно право*, Крагујевац, 1998, страна 228.

457 ЗОЗП се не изјашњава изричито о овом питању, али важе правила Закона о облигационим односима. Члан 368, став 2. ЗОО.

потраживање које је у тренутку настанка подразумевало и могућност принудног намирења. Чини се да овде треба водити рачуна о изречно или прећутно израженој вољи учесника облигационог односа. Ако је уговорено да се природни дуг појача заложним правом, могућност принудног намирења уновчењем оптерећеног добра не зависи више од врсте облигације, већ је резултат постојања стварног права са дејством *erga omnes*.⁴⁵⁸

ж) Потраживање које се обезбеђује може настати из облигационог односа са власником оптерећеног добра, али и као резултат *правној* *посла са неким ипрећим лицем*.

Другим речима, залогом се може гарантовати и за туђи дуг. Својство личног и реалног дужника није увек обједињено у истој особи. С друге стране, заложно право се не може осамосталити од тражбине коју обезбеђује, не може тражбина припадати једном лицу, а заложно право другом.⁴⁵⁹

Приговоре које лични дужник има према залогодавцу који се тичу конкретног потраживања може истицати и реални дужник.⁴⁶⁰ Заложни дужник не губи могућност да истиче приговоре који су везани за потраживање, чак и ако би се лични дужник одрекао тог права.

з) Залог се може уговорити истовремено са настанком потраживања, али *појтраживање може настати и многи пре залог*.⁴⁶¹ Уговорне стране могу накнадно одлучити да постојеће потраживање ојачају стварним правом.⁴⁶² На пример, дужник који касни са измирењем своје обавезе понуди повериоцу заснивање гаранције, а да овај заузврат одложи покретање поступка принудног намирења. Може се догодити и да је залог већ успостављена, али да дужник понуди додатно обезбеђење. Наравно, дејство залогне и њен редослед у односу на друга заложна прва се везује за тренутак уписа у регистар.

и) Потраживање може бити и *будуће као и условно*.⁴⁶³

458 „Може се обезбедити утужива, али и неутужива природна тражбина.” Gavella, N., (red.), *Stvarno pravo*, страна 728. Има и супротних становишта да се обезбеђење не може дати за природну обавезу, пошто она по дефиницији искључује могућност било какве тужбе за принудно извршење. Simler, Philippe – Delebecque, Philippe, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, Dalloz, 3e édition, Paris, 2000, страна 452. Према ЗОО, давање залогне или ког другог обезбеђења за застарело потраживање има дејство одрицања од застарелости. Члан 366, став 2. ЗОО.

459 Gavella, N., (red.), *Stvarno pravo*, страна 727.

460 „Што се тиче приговора, које би лични дужник имао према тражбини, ти се приговори могу истицати и према заложном праву.” Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшћи гео и Сиварно право*, страна 562, такође и Гамс, А., *Основи сиварној права*, страна 153.

461 О временској коинциденцији залогне и гарантованог потраживања Рашовић, З., *Заложно право на покрећним сиварима*, страна 76.

462 Такав споразум повериоца и дужника којим се мења или додаје одредба о обезбеђењу испуњења се не сматра преновом (члан 348, став 2 ЗОО).

463 Члан 7, став 3. ЗОЗП.

Предмет обезбеђења је некада потраживање које може, али не мора настати.⁴⁶⁴ У регистар залог се тада уписује највиши износ главног потраживања до којег заложно право обезбеђује условна или будућа потраживања.⁴⁶⁵

2. ОБЕЗБЕЂЕЊЕ БУДУЋЕГ ПОТРАЖИВАЊА

А. У којим случајевима се јавља потреба да поверилац обезбеди потраживање које још није настало

Поверилац и дужник заснивају заложно право пре настанка потраживања у случајевима такозване кауционе и кредитне залог. Код кауционе залог настанак потраживања је везан за будућу неизвесну околност. Неизвесно је да ли ће потраживање уопште настати, а поготово се не зна колики ће бити износ потраживања (на пример, потраживање накнаде штете).⁴⁶⁶ Залог из отвореног кредита подразумева дугорочан пословни однос дужника и повериоца. Поверилац једноставно одобри дужнику укупан износ до којег овај може да се задужи, али од тренутних потреба дужника зависи колико ће задужење заиста и бити.

У таквим случајевима, право залогопримца мирује до тренутка када се потраживање претвори у безусловну или постојећу облигацију.⁴⁶⁷ Ако је дуг услован, условна је и залог. Опстанак заложног права је неизвештан и зависи од наступања услова, настанка потраживања које заложно право треба да обезбеди.⁴⁶⁸ Поверилац жели да на овај начин стекне првенство у односу на остале повериоце и да његово потраживање од самог почетка има подршку заложног права са дејством *erga omnes*. Пошто је заложно право то које обезбеђује првенство у складу са правилом *prior tempore potior iure*, поверилац остварује приоритет од тренутка уписа залог у регистар, а не од тренутка настанка потраживања.

Б. На који начин одредити потраживање које тек треба да настане

Како је, практично, немогуће одредити износ потраживања које може, али не мора настати, Закон захтева да се у таквим случајевима у

466 „Кад се потписује какво добро у заставу коме се количина у напријед не може чисто знати, на пр. кад се ко заставом потхвати за какве штете, које би неко тек могао од нечијег дјела имати и т.д., тад ће стране, у заставној исправи, одредити највишу количину новца до које ће добро јемчити.” члан 201. ОИЗ.

467 Поверилац се може намирити из залог тек од тренутка, кад се тражбина претвори у безусловну или садашњу облигацију. Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшши гео и Сйварно йраво*, страна 561.

468 „Ако се ови дугови не учине ни заложно право неће постојати”. Перић, Живојин, *Сйварно йраво*, Специјални део грађанског права, штампано као рукопис по предавањима Ж. Перића, Београд, 1937, страна 191.

464 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сйварно йраво*, страна 244.

465 Члан 7, став 4. ЗОЗП.

Регистар упише највиши износ главног потраживања до којег заложно право обезбеђује условна или будућа потраживања.⁴⁶⁹ Начело специјалитета је, дакле, очувано, али у нешто измењеном облику.

У енглеском праву и праву САД, тражбина не мора бити тачно одређена нити се тај износ уноси у уписник.⁴⁷⁰ Уговарањем „future advance clause” искључује се потреба за закључењем новог уговора о обезбеђењу сваки пут када поверилац одобри нови износ дужнику. Обезбеђени поверилац тако задржава свој статус не само у погледу постојећих, него и будућих тражбина.

Шта се жели постићи нормом о обавезном упису највишег износа главног потраживања?

Уговор о залози треба да садржи податке о потраживању које се обезбеђује заложним правом.⁴⁷¹ Заиста, оно што се дугује треба да је опредељено, али тражбина није резултат уговора о залози. Дужникова права и обавезе су регулисане другим уговором на пример, уговором о кредиту, тако да он добро зна колико дугује тј. колики је износ потраживања обезбеђеног заложним правом. Чини се, дакле, да првенствени циљ начела специјалности код заложног права није заштита дужника, већ трећих лица.⁴⁷²

Податак о највишем износу потраживања које је обезбеђено залогом указује трећим лицима на могуће задужење дужника. Несумњив је интерес потенцијалног купца предмета залог.⁴⁷³ Необезбеђени повериоци, такође, желе да знају колики може бити износ потраживања који ће се у случају принудног намирења наћи испред њихових обичних потраживања. С друге стране, овај податак је значајан и за нове повериоце који намеравају да своје потраживање обезбеде залогом слабијом по рангу. Потенцијални повериоци врше процену да ли је предмет залог такве вредности да представља довољно обезбеђење и за њихово потраживање. Другим речима, они пореде вредност предмета залог и обезбеђеног потраживања, па, сходно томе, доносе одлуку, да ли ће кредитирати дужника или не.

469 Члан 7, ст. 3. и 4. ЗОЗП.

470 Опширније о садржини захтева за упис у праву САД White, J. – Summers, R., *наведено дело*, страна 787. У румунском праву такође не мора бити одређена максимална сума обезбеђеног потраживања, Stoica, Cristina – Stoica, Valeriu, *Romania's legal regime for security interest in personal property*, Focus on south-eastern Europe – Law in Transition, Spring 2002, страна 64, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/spr02.pdf>.

471 Члан 3. ЗОЗП.

472 Чини се да упис највишег износа обезбеђеног потраживања има већи значај када дужник и залогодавац нису исто лице. Реални дужник нема директни увид у висину потраживања за чију вредност одговара, иако има интерес да зна колика је вредност хиперохе која ће му бити враћена након принудног намирења.

473 Лица која предмет залог купе у оквиру редовне делатности продавца стичу својину без терета, па им овај податак, разуме се, није од значаја.

Какве су реалне могућности такве норме да оствари наведене циљеве? Првенствени циљ норме о упису највишег износа је заштита трећих лица. Жели се избећи стварање лажне слике о платежној способности односно задужености дужника. Поред тога, сужава се простор за могуће преварно поступање дужника и повериоца кроз накнадно уговарање зајма обезбеђеног залогом са првенственим редом намирења.⁴⁷⁴

Међутим, да ли у случају уписа највишег износа потраживања у регистар трећа лица заиста могу да знају колико је стварно задужење дужника?

У регистру се налази само податак максималног, али не и одобреног износа. Ако је у јавну књигу уписан максимални износ будућег потраживања које потиче из уговора о кредиту, трећим лицима још увек није доступан податак колико је тренутно задужење дужника. Висина обезбеђеног потраживања, по правилу, флукуира.⁴⁷⁵ То је управо главна карактеристика револвинг кредита. Дужник, с једне стране, измирује постојеће обавезе, а с друге стране, ствара нова дуговања према повериоцу.⁴⁷⁶

Чини се да потенцијални нови поверилац радије доноси одлуку о кредитирању дужника на основу увида у стварно задужење дужника. Што, практично, значи да се и овде као и у ситуацији када максимални износ потраживања није уписан у регистар, поверилац ослања на податке које му саопшти дужник.⁴⁷⁷

Такође се може поставити питање колико је та одредба корисна потенцијалном повериоцу, ако је на захтев заложног повериоца у јавну књигу уписан максималан износ, много виши од оног колико ће дужнику заиста бити омогућено да се задужи. На пример, вредност оптерећеног добра је милион динара. Поверилац једноставно може захтевати да се као највиши износ будућег потраживања упише милион динара, чиме се практично искључује могућност појаве новог заложног повериоца.⁴⁷⁸

Закон каже да уговор о залози треба да садржи податке о потраживању које се обезбеђује. Поред тога, Регистар залог треба да садржи податке којима се ближе одређује потраживање, уз назначење основног и максималног износа.⁴⁷⁹

474 На значај назначивања максималног износа дуга („stating maximum amount”) указује и МЗОП. Коментар уз члан 4.5. МЗОП.

475 У МЗОП израз „secured debt” подразумева и „permanently changing pool of present and future debts”. Коментар уз члан 4.1 МЗОП.

476 Goode, R., *Commercial Law*, страна 640.

477 Наравно, не треба занемарити „due diligence” и услуге Кредитног бироа.

478 Не може се занемарити ни могућност да уписана вредност потраживања прелази тренутну вредност оптерећеног добра. На пример, ако поверилац није сигуран да је вредност оптерећеног добра правилно процењена.

479 Члан 62, став 1, тачка 3. ЗОЗП.

В. Да ли се највишим износом главног потраживања могу обухватити споредна потраживања

У јавну књигу се уписује највиши износ главног потраживања. Законодавац не помиње споредна потраживања, која су такође обезбеђена залогом. Како унапред одредити колики ће бити укупан износ евентуалне камате? Слично је и са трошковима принудног извршења који подразумевају на пример, трошкове повериоца око успостављања државине и чувања предмета залогe до уновчења, или трошкове везане за активности администратора, ако је предмет заложног права због своје природе неподобан за пренос у државину повериоца.⁴⁸⁰ Неизвесни су и трошкови у вези са поступком продаје, на пример, колика ће накнада бити исплаћена стручњаку који треба да процени вредност оптерећеног добра, када суд донесе одлуку да се предмет залогe прода по цени утврђеној проценом стручњака, ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики.⁴⁸¹

Овом питању се, у складу са начелом специјалности, може приступити и другачије, те рећи да максималан износ обезбеђеног потраживања уписан у регистар треба да обухвати и главницу и камату.⁴⁸² „Ако потраживање пређе назначени износ, залогa не обезбеђује овај вишак потраживања.”⁴⁸³ Поверилац у погледу овог вишка потраживања који није обезбеђен, јасно, нема право првенства и мора да стане у ред са осталим необезбеђеним повериоцима. Начело специјалности би тако било доследно спроведено, али би прихватање овог правила произвело и значајне споредне ефекте.

Такво би решење у већој мери подстицало несавесно поступање учесника у правном промету. На пример, мало је вероватно да је поверилац, који са сигурношћу може да рачуна само на део камата и трошкова уновчења, спреман да у поступку вансудске продаје предмета залогe поступа као разуман и пажљив човек.⁴⁸⁴

Г. Какав је практични значај нормe о упису највишег износа главног потраживања

Чини се да је начело специјалности потраживања дефинитивно нарушено оног тренутка када је право прихватило идеју обезбеђења

⁴⁸⁰ Члан 41, став 6. ЗОЗП.

⁴⁸¹ Члан 43, став 2. ЗОЗП. У случају вансудског намирења такође постоји читав низ нужних и могућих трошкова, на пример, оглашавање продаје и накнада за лице које се бави продајом таквих ствари као занимањем ако је поверилац њему поверио уновчење.

⁴⁸² Ову дилему су имали и творци Нацрта ЗОЗП. коментар уз члан 8. Нацрта VI ЗОЗП из 2002. године.

⁴⁸³ Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 245.

⁴⁸⁴ Члан 27, став 5. ЗОЗП. Опширније у делу књиге посвећеном принудном извршењу потраживања обезбеђеног регистрованом залогом (Део X).

потраживање које може, али не мора да настане. Будуће потраживање не може бити одређено, оно је само одредиво. Вредност обезбеђеног потраживања је тиме, практично, везана за вредност оптерећеног добра. Горња граница до које је обезбеђено будуће потраживање је цена по којој оптерећено добро може бити уновчено. То, опет, указује на потребу да се, у одређеном обиму, ипак очува начело специјалности у погледу предмета залогe.

Чини се да утврђивање максималног износа обезбеђеног потраживања нема баш исте ефекте код покретних ствари као код хипотеке. Покретне ствари које се залажу нису много веће вредности од потраживања, тако да је заснивање нове залогe на предмету који је већ заложен много ређе него код залагања непокретности.⁴⁸⁵ Вишеструко залагање је учесталије код непокретности, те је већа и потреба објављивања максималног износа обезбеђеног потраживања.

Закон о облигационим односима не садржи правило о обавези утврђивања максималног износа за будућа и условна потраживања која су обезбеђена класичном залогом. Сходно томе, и код регистроване залогe се може поставити питање колико је упис максималног износа од практичног значаја за потенцијалне заложне повериоце који би пристали на залогу слабију по рангу.

Тражећи одговор на ово питање треба водити рачуна о томе да ће у пракси већина поверилаца, приликом уписа залогe прве по рангу, инсистирати на забрани даљег залагања.⁴⁸⁶

У погледу значаја ове нормe за необезбеђене повериоце, приметно је да они, ипак, не знају колико је стварно задужење дужника, већ само колико оно може бити. Да ли је боље да регистар залогe упише било какав оквир у смислу максималног износа будућег потраживања? Сматрамо да је одговор на ово питање позитиван. Усвајање овог правила у ЗОЗП има карактер очувања традиције начела специјалности, чиме се не негира чињеница да неки системи обезбеђења потраживања у упоредном праву добро функционишу и без такве одредбе.

⁴⁸⁵ Закон о хипотеци у члану 13, став 3 чак предвиђа ништавост одредбе уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца. Код регистроване залогe такве уговорне одредбе су допуштене.

⁴⁸⁶ Члан 25. ЗОЗП.

3. ОДНОС ЗАЛОЖНОГ ПРАВА И ПОТРАЖИВАЊА КОЈЕ СЕ ОБЕЗБЕЂУЈЕ

А. Залого претпоставља дуг⁴⁸⁷

Заложно право се заснива и постоји зарад тражбине.⁴⁸⁸ Залого служи потраживању и од њега зависи.⁴⁸⁹ Заиста, залого редовно претпоставља потраживање, али ово правило познаје и одређене изузетке. Поверилац понекад жели да обезбеди потраживање чији су настанак и висина неизвесни. Он стварањем заложног права иде у сусрет потраживању и на тај начин прибавља првенство у односу на остале повериоце. Залого овде претходи потраживању које се може очекивати, али још није извесно да ли ће настати.

Код класичне залого, заложно право настаје у тренутку предаје ствари повериоцу.⁴⁹⁰ Слично резонување ваља спровести и на терену регистроване залого. Залого настаје у моменту уписа заложног права у регистар, без обзира на то да ли потраживање које обезбеђује постоји, или тек треба да настане. На основу уговора, поверилац може тражити упис заложног права, без одлагања.⁴⁹¹

Ако је поверилац одобрио дужнику највиши износ будућег кредита, залого настаје од тренутка када је извршен упис заложног права у Регистар, а не од дана када је одобрена свака појединачна сума. У супротном би поверилац морао да пре одобравања сваког појединачног износа достави одговарајући извод из јавне књиге како би повериоца уверио да у међувремену није уписана нека нова залого. Такво поступање није

487 Члан 306. СГЗ.

488 „Начело акцесорности значи не само то, да се заложно право не може засновати без тражбине, која са залогом има да се обезбеди, већ и то, да је за даље постојање залого меродавна та околност, да ли постоји и тражбина.” Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшћии гео и Сйварно йраво*, страна 560.

489 „Ако је тражбина ништавна, ништавно ће бити и заложно право. Ако је тражбина само оборљива, пуноважност заложног права зависиће од тога, да ли ће онај, који има право на то, тражити да се тражбина поништи или не.” Марковић, Л., *Грађанско йраво, Ојшћии гео и Сйварно йраво*, страна 561.

490 Када говори о заснивању заложног права код кауционе и кредитне залого предајом ствари повериоцу професор Орлић каже: „Заложно право у овом случају настаје у тренутку предаје ствари повериоцу, иако потраживање још није настало.” Орлић М., у Станковић- Орлић, *Сйварно йраво*, страна 244.

491 Код класичне залого, поверилац на основу уговора може одмах тражити државину на ствари чиме ће се обезбедити његова потпунија заштита. Рашовић, З., *Сйварно йраво*, страна 406.

у складу са природом отвореног кредита и не одговара намери уговорних страна да смање укупне трошкове обезбеђења.⁴⁹²

Може се рећи да је залого тада заснована под раскидним условом и да се гаси ако услов наступи. Услов је овде негативно одређен, поверилац губи заложно право, ако потраживање не настане. Заложно право ни у овом случају није независно од потраживања, али се потраживање појављује накнадно и доноси оправдање постојању залого.

Могло би се, такође, тврдити да је залого уговорена под одложним условом и да поверилац нема заложно право до тренутка наступања услова. Такво резонување је у већој мери усклађено са начелом акцесорности.

Ипак, чини се да је такав условни поверилац заиста стекао овлашћења својствена заложном повериоцу. Заложни поверилац чије потраживање може али не мора настати, у току пенденције услова има иста права као да је реч о заложном повериоцу чије потраживање већ постоји. Истина, титулар таквог заложног права не може остваривати право на принудно намирење, али то овлашћење нема ни заложни поверилац потраживања које већ постоји, све до тренутка доспелости тражбине. Условни поверилац не може уступати заложно право, али ни заложни поверилац постојећег (извесног) потраживања не може уступати залого независно од потраживања.

С друге стране, условни поверилац има право следовања. Ако потенцијани дужник пренесе право својине на предмету залого, прибавилац стиче својину оптерећену залогом. Наравно, опстанак такве залого зависи од тога да ли ће се преносилац (*tradens*) заиста и задужити код повериоца. Уколико потраживање не настане, заложно право губи своју сврху, односно залого давац стиче право да тражи брисање заложног права из јавне књиге.

Б. Залого прати судбину дуга⁴⁹³

Поверилац је, по правилу, овлашћен да своје потраживање уступи другом лицу. Забрана уступања је изузетак који произилази из закона, из природе облигационог односа, или из уговора.⁴⁹⁴

Уговором о забрани уступања (*pactum de non cedendo*), поверилац се обавезује дужнику да своје потраживање према њему неће пренети другоме, или да то неће учинити без дужникове сагласности.⁴⁹⁵

492 О хипотеци код отвореног кредита или обећаног зајма Павловић, Ђорђе, *Хипотекарно йраво у Кнежевини Србији*, Београд, 1868, страна 153.

493 Перић, Ж., *Сйварно йраво*, страна 191.

494 Радишић, Ј., *Облигационо йраво*, страна 376.

495 „Уговор о уступању нема дејство према дужнику, ако су он и поверилац уговорили да овај неће моћи пренети потраживање на другога, или да га неће моћи пренети без дужниковог пристанка.” члан 436, став 2. ЗОО.

Заложно право, као споредно, прелази на прибавиоца главног права. Таква одредба се сматра природном садржином уговора о уступању.⁴⁹⁶ Наравно, уговорници могу стипулисати и да се тражбина пренесе без заложног права.⁴⁹⁷ У том случају, заложно право губи своју сврху, односно дужник може захтевати да се залога избрише из јавне књиге.⁴⁹⁸ Заложно право се не појављује самостално у правном промету и не може се преносити без потраживања које обезбеђује.

За уступање потраживања није неопходан пристанак дужника, сходно томе и заложно право које прати потраживање прелази на новог титулара без сагласности дужника. Довољно је само да је дужник обавештен. Код класичне залоге, дужник може забранити једино предају оптерећеног добра новом повериоцу. У том случају, заложно право прелази на пријемника потраживања, али предмет залоге остаје у непосредној државини уступцоца.

Поставља се питање да ли ово правило можемо аналогно применити и на залогу која настаје уписом у Регистар. Другим речима, треба ли упис залоге на име новог повериоца условити сагласношћу залогодавца. Законодавац се о томе не изјашњава, али се чини да је овде ситуација нешто другачија у односу на класичну залогу. Оптерећено добро остаје у непосредном поседу залогодавца, те не постоји опасност да залогодавац буде оштећен несавесним поступањем заложног повериоца у односу на предмет залоге. Чини се, дакле, да нема нарочитог разлога да се уступање заложног права уписаног у Регистар условљава сагласношћу залогодавца.

Слична је ситуација и код делимичног располагања. Ако поверилац заложно потраживање обезбеђено залогом, заложно право прати потраживање и настаје подзалога. Сагласност залогодавца није неопходна из разлога што се залогодавац на тај начин не доводи у лошију позицију у односу на ону у којој се налазио пре заснивања подзалогe. Чини се да би за упис подзалогe био потребан само изречан пристанак заложног повериоца.⁴⁹⁹

Код преузимања дуга ствари стоје нешто другачије него у случају уступања потраживања. Преузимање дуга доводи до замене дужника

⁴⁹⁶ До преноса заложног права долази и на основу самог закона у случају *cessio legis*. Ако неко лице испуни туђу обавезу, испуњење не води гашењу заложног права већ оно на основу самог закона прелази на лице које је испунило обавезу. На пример, јемац који плати дуг главног дужника, суброгира се у права повериоца према дужнику, до висине плаћеног износа. Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 379.

⁴⁹⁷ Код фидуцијарног обезбеђења потраживања у немачком праву важи супротно правило, уступање потраживање не доводи до преноса фидуцијарне својине, али је акцесорност могуће уговорити. Ваг, Ф. – Ваг, Ј. – Стјртнер, Р., *Sachenrecht*, страна 710.

⁴⁹⁸ „Само ако би странке изречно утврдиле да се тражбина преноси без залогe, само у том случају не бива и прелазак заложног права, већ ово престаје важити по самом закону”. Марковић, Л., *Грађанско право, Ојштин гео и Стиварно право*, страна 576.

⁴⁹⁹ Аналогно би се могла применити правила о заснивању надхипотеке (члан 21. Закона о хипотеци).

у облигационом односу и за тако нешто је потребан пристанак повериоца.⁵⁰⁰ Поверилац може спречити да на место дужника дође лице које је инсолвентно, или лице које поверилац из неког разлога не жели на месту дужника.⁵⁰¹ Предмет преузимања може бити било који дуг. Својим пристанком поверилац изражава вољу да чинидбу преузимаоца прихвата као испуњење.

У случају преузимања дуга обезбеђеног хипотеком, сматра се да је хипотекарни поверилац дао пристанак на уговор о преузимању дуга, ако га на писмени позив сопственика или продавца није одбио у року од три месеца од пријема позива.⁵⁰² Сматрамо да се ово правило може применити и код преузимања дуга обезбеђеног залогом уписаном у Регистар.⁵⁰³

Поверилац или дужник такође могу свој правни положај у уговору уступити неком трећем лицу, тако да оно стекне исти положај који би имало да је од самог почетка било у уговору.

Извесна споредна права не могу због саме природе прећи на примаоца самим уступањем уговора. На пример, јемство и залога трећих лица не важе за примаоца, осим ако јемац и залогодавац пристану да одговарају за њега.⁵⁰⁴

В. Престанком потраживања гаси се и заложно право

Једном прибављена залога постоји само дотле, докле и главно право.⁵⁰⁵ Гашењем главног права престаје и смисао постојања споредног права. Код класичне залогe, настаје обавеза залогопримаца да врати предмет залогe његовом власнику. Код залогe која настаје уписом у регистар престанком потраживања, заложно право такође постаје излишно, али се гаси тек брисањем залогe из регистра. Принцип вођења јавних књига налаже да се право које је настало уписом може угасити само актом који је супротан упису – екстабулацијом. Престанак потраживања, дакле, даје могућност залогодавцу да тражи брисање залогe, али то није обавеза залогодавца.

⁵⁰⁰ Преузимање дуга се врши уговором између дужника и преузимаоца на који је пристао поверилац (члан 446. ЗОО).

⁵⁰¹ Ђорђевић, Живојин – Станковић, Владан, *Облигационо право*, Београд, 1987, страна 625.

⁵⁰² Члан 447, став 1. ЗОО. Закон о хипотеци дерогира ову одредбу ЗОО, тако да је за преузимање дуга обезбеђеног хипотеком сада неопходна писана сагласност хипотекарног повериоца. Члан 22. став 2. тачка 2.

⁵⁰³ ЗОЗП прописује обавезу залогодавца да без одлагања поднесе захтев ради уписа заложног права у Регистар залогe на терет новог власника. Тако да би се овде могло предвидети да се поверилац прећутно сагласио са преузимањем дуга, ако се томе није успротивио у року од три месеца од сазнања о извршеним изменама у Регистру.

⁵⁰⁴ Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 380.

⁵⁰⁵ Заложно право постаје излишно. Марковић, Л., *Грађанско право, Ојштин гео и Стиварно право*, страна 578.

Законодавац се не изјашњава о ситуацији када потраживање престане, али залога не буде избрисана из Регистра. Да ли залогодавац може таквом већ постојећом залогом обезбедити потраживање новог повериоца који би остваривао првенство у намирењу од тренутка уписа залог у Регистар? Чини се да таква могућност није искључена, али само до висине потраживања које је претходно било уписано.⁵⁰⁶

Потраживање редовно престаје добровољном исплатом, али су могући и други начини престанка потраживања, које можемо посматрати и као посредне начине престанка заложног права: опроштај дуга, компензација, сједињење (конфузија), новација и слично.⁵⁰⁷

За постојање облигације је нужно да у њој учествују два лица.⁵⁰⁸ Када се у истом лицу стекну својства повериоца и дужника, облигација се као однос *inter partes* гаси.⁵⁰⁹ Нико не може дуговати самом себи.⁵¹⁰ До конфузије најчешће долази услед универзалне сукцесије и у случају спајања два правна лица.⁵¹¹ Код регистроване залог ваља водити рачуна о томе да сједињење не доводи до гашења обавезе уписане у јавне књиге.⁵¹² Лице у коме су сједињена својства дужника и повериоца стиче могућност да залогу која постоји у регистру избрише, или поново активира стварањем дуга према новом повериоцу.⁵¹³

Новација се састоји у споразуму дужника и повериоца да свој облигациони однос, сходно *animus novandi*, угасе и замене новим облигационим односом, који се од претходног разликује по предмету или основу обавезе.⁵¹⁴ Престанком првобитне обавезе престаје и заложно право као споредно, изузев ако је са залогодавцем другачије уговорено.

506 Опширније о овом питању у делу књиге посвећеном својинској залози (Део VII 3.).

507 Као начини престанка заложног права обично се наводе: а) принудно уновчење оптерећеног добра, међутим, ако се поверилац принудно наплати из вредности заложене ствари чији власник није лични дужник, тада потраживање не престаје, већ у пуном обиму прелази на залогодавца; б) наступање раскидног услова, ако је залог уговорен за обезбеђење будућег дуга који није настао и в) накнадна немогућност испуњења потраживања такође доводи до гашења залог, међутим ако је дужник ослобођен обавезе због немогућности испуњења, те је услед тога стекао неко право, дужан је да то право уступи повериоцу (на пример, право на осигурану суму), члан 356. ЗОО.

508 Ж Ђорђевић – В. Станковић, *Облигационо право*, страна 705.

509 „О слијевању дуга и дужења” и Богишић, В., „Кад се деси да уступањем, наследиством или иначе, исти имаоник постане и дужитељ и дужник у каквој обавези или дугу, тада таким сједињењем или слијевањем, дуг и сам по себи престаје” (члан 620. ОИЗ).

510 § 910. СГЗ „Дуг престаје и онда, кад пређе на ону исту особу којој право припада; јер би иначе поверилац сам себи дужан био.”

511 Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 361.

512 Члан 353, став 3. ЗОО.

513 Ако дужник није истовремено и залогодавац, за поновно активирање залог би била неопходна и сагласност власника оптерећеног добра.

514 Члан 348 ЗОО, Опширније Марковић, Л., *Облигационо право*, стр. 401–403; Аранђеловић, Д., *Основи облигационог права, С нарочитим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије*, Општи део, Београд, 1936, страна 188; Радишић, Ј., *Облигационо право*, страна 358.

С друге стране, има ситуација када тражбина и даље постоји, али заложно право престаје: пропаст заложене ствари, одрицање од заложног права, када се у истом лицу стекну својства заложног повериоца и реалног дужника и други.⁵¹⁵

Г. Залог је недељива

Потраживање које залог обезбеђује се посматра као једна целина.⁵¹⁶ Залог прати потраживање као такво. Ако се тражбина подели, за сваки део и даље одговара цела ствар.⁵¹⁷

Заложно право обезбеђује не само исплату главне тражбине, већ и споредних потраживања, која потичу из те главне тражбине. Начело недељивости треба да утиче на дужника да у потпуности исплати своје обавезе. Ако је залог настала предајом ствари повериоцу, поверилац није дужан да оптерећено добро врати дужнику до потпуног намирења дуга.⁵¹⁸ Код залог која настаје уписом у јавне књиге начело недељивости добија нешто другачију димензију. Заложни поверилац није дужан да дозволи залогодавцу брисање заложног права из регистра залог, све док дуг није у потпуности намирен. Има мишљења да „недељивост залог не извире из саме суштине заложног права. То је више прећутни споразум између залогодавца и залогпримца, њихова претпостављена воља. Због тога се ово начело може ограничити, или од њега одступити споразумом странака.”⁵¹⁹

Сматрамо да ово становиште у потпуности одговара савременом праву обезбеђења потраживања и да га као такво треба следити приликом тумачења уговора о обезбеђењу потраживања уписом заложног права у регистар.⁵²⁰

515 „Брисање заложног права из регистра залог може се тражити и кад се заложни поверилац одрекне заложног права у писаној форми, када се својство заложног повериоца стекне у истом лицу са својством заложног дужника, као и када заложни поверилац стекне право својине на предмету заложног права.” (Члан 54. ЗОЗП). Такође, и § 323. СГЗ: „Ако ствар заложена пропадне, или се зајмодавац права на залог одрекне, или је безусловно дужнику поврати, онда и залог престаје, премда дуг и даље остаје”.

516 Начело недељивости залог је познавало и римско право *pignoris causa indivisa est* D.(21.2) 65. Fritz Schultz, *Classical Roman Law*, страна 421.

517 Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшћи гео и Сјварно право*, страна 567.

518 „Све док дуг није потпуно намирен дужитељ је властан држати залогу за обезбеду дуга.” Члан. 174. ОИЗ.

519 Гамс, А., *Основи сјварног права*, страна 154; Такође, и Рашовић, З., *Заложно право на јокрећним сјварима*, стр. 109–112.

520 Одступање од начела недељивости залог ће, по правилу, зависити и од природе предмета залог. На пример, залагање збира ствари као што је роба на одређеном складу или продавници је, разуме се, погодније за одступање од начела недељивости у односу на залагање аутомобила или машине за производњу. Члан 9, став 3. ЗОЗП.

Део VI

ПРЕДМЕТ ЗАЛОГЕ

1. УОПШТЕ О СТВАРИМА ПОДОБНИМ ЗА ЗАЛАГАЊЕ

Када је реч о стварима које се у правном промету користе као предмети залогe, није тешко приметити да такве ствари, пре свега, морају испуњавати одређене фактичке услове. Објекат залагања мора имати вредност како за повериоца, тако и за дужника, али још важније и за трећа лица, како би по потреби могао бити уновчен. С променама у друштву мењала се и природа ствари које су се сматрале довољно вредним да би служиле као обезбеђење. За дуг се најпре гарантовало животом, својим или чланова своје породице. Тежиште обезбеђења се касније померило ка заснивању залогe на вредним телесним стварима,⁵²¹ да би се постепено дошло до фазе у којој преовлађује залагање бестелесних ствари: потраживања и права индустријске својине.⁵²²

Једном откривени објекти залагања не губе у потпуности такву сврху, напротив, они се и даље користе у зависности од природе конкретног правног посла. Препознавање нових материјаних вредности је само водило ширењу круга добара подобних за заснивање заложног права. Наш законодавац није остао имун на такве тендеције.⁵²³ ЗОЗП у српско право доноси читав низ новина које се односе на предмет залагања.

Дилеме које се с тим у вези намећу су бројне: да ли се природа ствари подобних за залагање значајније мења у односу на систем заложног права установљен Законом о облигационим односима? Залажу ли се само индивидуално одређене ствари, или и генеричне? Обухвата ли заложно право на некој ствари и њене припатке и побољшања? Може ли се заложити

521 Члан 90. Душановог законика (1349. и 1354.) „Залози где се нађу, да се откупљују” указује на учесталост залагања покретних ствари у средњовековној Србији. Занимљиво је да се у једном Душанових писама упућених у Дубровник, 30. марта 1352, сам Цар заузима за то да се кнезу Вратку врати његов појас заложен за 118 перпера у Марина Бунића-Пуцића. Соловјев, Александар, *Законодавство Сјефана Душана*, Београд, 1928, стр. 124-125.

522 У савременом правном промету се прави разлика између традиционалне имовине, као што су пословне просторије, намештај, рачунари, и „new economy” имовине коју превасходно чине права интелектуалне својине: услужни жиг, име домена и слично. Опширније о овој разлици на примеру компаније као што је „Yahoo” Cohen, Neil – Gerber, Michael A., – Janger, Ted, *Bankruptcy in a Brave E – World: Planning for the Day a Dot-Com Crashes*, „Practising Law Institute”, January – March 2001, 816 PLI/Comm 247, страна 251.

523 Пољски Закон о регистрованој залози и регистру залогa (члан 7); чешки Грађански законик (члан 153); македонски Закон о уговорном залогy (члан 4); Закон о залози као средству обезбеђења потраживања РЦГ (члан 3); Закон о регистрованим залогaма на покретним стварима и чланским удјелима („Службени гласник Републике Српске” бр. 16/00 и 52/01), члан 4).

ствар која у тренутку закључења уговора не постоји, или се не налази у својини залогодавца? Постоји ли могућност залагања имовине као целине?

Према ЗОО: „Уговором о залози обавезује се дужник или неко треће лице (залогодавац) према повериоцу да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу.”⁵²⁴

Закон о облигационим односима широко поставља круг могућих објеката залогa. То су све оне покретне ствари на којима постоји право својине. Ствар као објекат субјективног права је материјални део природе који се налази у људској власти, односно такав део природе који је појединачно одређен, служи људима а није човек.⁵²⁵

Објекат једног стварног права може бити неприхватљив као предмет неког другог права исте врсте, уколико природа саме ствари не приличи вршењу овлашћења које титулар тог субјективног права има.⁵²⁶

Заложити се могу само ствари у промету, *in commercio*.⁵²⁷ Правни поредак може ствари које по својим фактичким особинама то јесу, ставити изван промета, прогласити их за *res extra commercium*, што је чест случај на пример, код средстава за рад државних органа.⁵²⁸

Неке су ствари, опет, такве, да су по самој природи подобне само за опште коришћење и присвајање тзв. добра у општој употреби⁵²⁹ и природна богатства.⁵³⁰ Оне не могу бити објекат заложног права. Поставља се, међутим, питање, да ли концесија као право коришћења ових добара

524 Члан 966. ЗОО.

525 То нипошто не значи да објекат стварних права не би могла бити ствар која припада неком роду, него значи да та ствар мора бити одређена толико да се може разликовати од ствари истог рода, на пример, нико не може имати заложно право на нафти која тече нафтоводом, али га може имати на нафти која је укрцана на одређени танкер. Gavella, N., (red.), стр. 50. и 734.

526 На пример, непокретности не могу бити оптерећене ручном залогом, или покретне ствари стварним службеностима. Gavella, N., (red.), *Stvarno pravo*, страна 51.

527 Перлић, Ж., *Сиварно право*, страна 192, као и Орлић М., у *Коментар Закона о облигационим односима*, Благојевић, Б. – В. Круљ (ред.), књига II, Београд, 1980, страна 562.

528 Покретне и непокретне ствари које служе за обављање делатности суда, тужилаштва, управних органа, те војних и органа безбедности. Одредница „Средства државних органа” у *Лексикону грађанског права*, Номос, Београд, 1996, страна 678.

529 Пuteви, воде, луке и пристаништа, ваздухопловна пристаништа, морске обале и обале унутрашњих пловних путева, овоме треба придодати мостове као и пијаче и тргове. Јелић, Р., *Посебни облици права својине у СРЈ*, Београд, 1999, стр. 37–48.

530 Ту спадају руде (минералне сировине), дивљач, рибе и друге водене животиње у отвореним водама и мору, морско биље, природна богатства воденог и морског дна и подземља. Одредница „Природна богатства” у *Лексикону грађанског права*, стр. 583–584.

уступљено концесионару на одређено време може бити предмет залагања.⁵³¹ У праву Црне Горе, минерали и сировине као и права на њихову експлоатацију могу бити предмет залогa, ако то није у супротности са законом.⁵³²

Залажу се само покретне ствари, дакле, оне које је могуће премештати с једног места на друго, без нарушавања њихове суштине.⁵³³

Мада ЗОО то не наглашава, предмет залогa може бити само индивидуално одређена ствар. Залог настаје искључиво предајом покретне ствари залогопримцу или неком трећем лицу, а само ствар која је адекватно одређена може бити објекат предаје. Предаја, дакле, условљава индивидуализацију.

Предмет залогa је, по правилу, непотрошна ствар. Залогопримац нема право да употребљава заложену ствар или да је да другоме на употребу.⁵³⁴

Уговорне стране могу предвидети да заложена ствар пређе у власништво залогопримца, те да је он може потрошити тзв. *pignus irregulare*.⁵³⁵ Када се залаже новац постоји ирегуларно заложно право у облику кауције.⁵³⁶ Новац може бити предмет залогa и тако да се одређена сума новца посебно издвоји.⁵³⁷

Објекат залогa је замењива ствар. Ако се покаже да заложена ствар има неки материјални или правни недостатак, те не представља довољно обезбеђење наплате потраживања, заложни поверилац има право захтевати од залогодавца другу одговарајућу залогу.⁵³⁸

531 Наша пословна пракса пре Другог светског рата говори томе у прилог. Пресуда I грађ. већа Касационог суда од 31. III 1938. г. Рев. 69/38, Тихомир И. Ивановић, „Бранич”, 1938, стр. 311–314; У Закону о концесијама („Сл. гласник РС”, број 55/2003), каже се да концесионар може добијену концесију пренети другом лицу, уз сагласност концедента на начин и под условима предвиђеним уговором о концесији (члан 30). На основу тога би се дало закључити да концесионар под истим условима може заложити уступљено право коришћења.

532 Члан 3, став 2. ЗОЗСОП.

533 О објектима залогa: Ковачевић Куштримовић, Радмила – Лазић, Мирослав, *Сиварно право*, страна 279.

534 Правило је диспозитивног карактера, те залогопримац и залогодавац могу уговорити и супротно (антихреза). „Дужитељ се није властан служити заложеном стварју, ако му то није нарочито допуштено, осим ако су заложене какве ствари за које се такво служење и онако разумије, док изречно забрањено није.” Члан 177. ОИЗ.

535 О могућности заснивања „irregulären Pfandrecht” у немачком праву. Ваг, F.-Ваг, J.-Stürner, R., *Sachenrecht*, страна 673.

536 Стојановић, Д., *Сиварно право*, страна 210.

537 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сиварно право*, страна 248.

538 Члан 979. ЗОО. Такође, у ситуацији када се заложена ствар квари или губи вредност, те постоји опасност да постане недовољна за обезбеђење потраживања, суд може одбити захтев за продају залогопримца, ако залогодавац понуди да залогопримцу преда уместо заложене ствари неку другу ствар исте вредности, чије чување не

Оптерећено добро мора имати имовинску вредност. Тржишна процени-вост код предмета залог је неопходна.⁵³⁹ Не могу се заложити ствари које за залогодавца имају искључиво *praetium affectionis*.⁵⁴⁰ Ако би, полазећи од принципа приватне аутономије, прихватили и ову опцију, таква би залога била само средство притиска на дужника да испоштује своје уговорне обавезе.⁵⁴¹ Има аутора који сматрају да би овом послу недостајала кауза.⁵⁴² Чини се, ипак, да разлог обвезивања код уговора о залози није принудно намирење као такво. Оно је само супсидијарна могућност и, с једне стране, пружа повериоцу осећај сигурности, а с друге стране је својеврстан притисак на дужника да добровољно изврши обавезу, под претњом принудног намирења.

Предмет залог могу бити само ствари подобне за принудно извршење.⁵⁴³ У нашем праву постоје оне ствари које су изузете од принудног извршења, углавном с циљем заштите минимума егзистенције дужника.⁵⁴⁴ Присутна је, наравно, дилема, да ли и код средстава обезбеђења добровољног карактера дозволити позивање на правила о изузимању од извршења.⁵⁴⁵

Овде се мора водити рачуна о основним принципима солидарности и узајамног поштовања, без којих нема живота у заједници. На пример, помагала која су инвалиду или другом лицу са телесним недостацима неопходна за обављање његових животних функција, никако не би смела бити предмет уновчења. Тржиште погодује повериоце, али се негде мора

захтева већи труд и бригу од чувања првобитно заложене ствари (члан 982. ЗОО). У економском смислу, овде је, свакако, реч о истом односу, правно посматрано могло би се говорити о новом уговору о залози.

539 Међутим, ако заложен ствар има берзанску или тржишну цену, долази до примене посебних правила у погледу принудног извршења. Поверилац чије потраживање није намирено о доспелости, може захевати од суда одлуку да се ствар прода, не на јавној продаји као код осталих ствари, већ по берзанској или тржишној цени, а ако је потраживање настало из уговора у привреди, поверилац може заложену ствар продати по овој цени, без обраћања суду, по истеку осмог дана од упозорења дужнику односно залогодавцу (члан 980, став 1. и члан 981, став 3. ЗОО). Перовић, С., Стојановић, Д., *Коментаријар Закона о облигационим односима*, књига II, 1980, стр. 958–961.

540 Ђуровић, Љ., *Уговор о ручној залози*, „Правни живот” бр. 9-10/1993, страна 1127.

541 О односу два принципа на којима почива целокупно грађанско право, аутономије воље, с једне и начела савесности и поштења, с друге стране. Антић, О. у Стојановић – Антић, *Увод у грађанско право*, стр. 9–15.

542 Медић, Д., *Заложно право*, Бања Лука, 2002, страна 70.

543 Стојановић, Д., у Стојановић – Павићевић, *Право обезбеђења кредитира*, страна 156.

544 Члан 70. Закона о извршном поступку.

545 У прилог могућег уговорног залагања ствари изузетих од принудног извршења. Врховни суд Хрватске, Рев. 125/85 од 6. 2. 1985, Б. Старовић, *Коментаријар Закона о извршном поступку (законодавство, теорија, пракса)* Нови Сад, 1991, страна 628; Према Овртном закону Републике Хрватске, предмет обезбеђења потраживања могу бити и ствари које се изузимају од извршења, односно на којима се извршење ограничава (члан 262. ОЗ). Наш Закон о извршном поступку такође познаје слично правило, али знатно уже постављено. Мада предмет извршења не може бити пољопривредно земљиште земљорадника у површини од 10 ари, ово правило се не примењује у погледу остварења новчаних потраживања обезбених уговорним заложним правом на непокретностима (хипотеком). Члан 111. ЗИП.

повући граница, јер би у једном тренутку неко могао рећи: зашто не прихватити као залог људско срце, бубрег или други орган? Била би то прилично „сигурна гаранција” да ће дужник испоштовати своје уговорне обавезе.⁵⁴⁶ ЗОЗП доноси значајне промене на плану дозвољених објеката залагања. „Предмет заложног права може бити индивидуално одређена ствар којом залогодавац може слободно располагати.”⁵⁴⁷

Наш законодавац се, дакле, опредељује за слободан избор предмета заложног права.⁵⁴⁸ У упоредном праву постоје и другачија решења. У француском праву постоји *numerus clausus* објеката залог, установљен низом посебних закона,⁵⁴⁹ док „UCC (article 9)” такође допушта слободу избора, с тим да се оптерећено добро („collateral”) мора подвести под одговарајућу законску класификацију.⁵⁵⁰

546 Waren, E., *Making Policy with Imperfect Information: the Art. 9 Full Priority*, страна 1386.

547 Члан 9, став 1. ЗОЗП. Одредбе овог закона примењују се и на залогу права интелектуалне својине, с тим да се залога на тим правима уписује у регистре завода надлежног за интелектуалну својину. Одредбе овог закона не примењују се на залогу бродова и ваздухоплова, за које су установљени регистри према посебним прописима. Одредбе овог закона не примењују се ни на залогу хартија од вредности, за које је установљен регистар према посебним прописима у који се уписују права трећих лица на хартијама од вредности (члан 14. ЗОЗП). Међутим, у прелазним и завршним одредбама (члан 66. ЗОЗП) каже се да ће се до доношења посебних прописа којима се ближе уређује упис заложног права у регистре интелектуалне својине заложно право на правима интелектуалне својине ипак, уписивати у Регистар залог у складу са овим законом.

548 Слично решење садржи холандски Грађански законик из 1992. године, који предвиђа да се право залог или хипотеке може засновати на свим стварима подобним за пренос (Одељак 9. члана 228.). О природи државинске залог („vuistpand”) и бездржавинске залог („bezitloos pand”) у Холандији J. Chorus – P. Gerver – E. Hondius – A. Koekkoek, *Introduction to Dutch Law For Foreign Lawyers*, Boston, 1993, стр. 84–87.

549 Мобилијарна хипотека се јавља у два облика: „nantissement” аутомобила, трговачког фонда (радње), професионалног алата и опреме, кинематографских филмова, удела у трговачком друштву и као „warrant” складиштара, пољопривредни и комерцијални (хотелијерски, индустријски и петролејски) вариант. Simler, Ph. – Delebecque, Ph., *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, стр. 504–533.

550 Да би се утврдило којој групи ствари припадају, одлучујућа је њихова намена, а не особине. Тајти, Т., *наведено дело*, страна 44.

2. СПЕЦИФИЧНОСТИ ПРЕДМЕТА РЕГИСТРОВАНЕ ЗАЛОГЕ

А. Залогѣ генерично одређених ствари

Напуштањем принципа обавезне предаје оптерећеног добра залогопримцу, омогућено је залагање ствари одређених по роду. Круг објеката који се могу појавити као предмет заложног права се умногоме проширује.⁵⁵¹ Генеричне ствари добијају на значају, као реална подлога за одобравање кредита.

„Заложити се могу и покретне ствари одређене по врсти, ако је уговором о залози одређена количина или број и начин на који се могу разликовати од других ствари исте врсте.”⁵⁵²

Начело специјалности је ипак очувано.⁵⁵³ Чак и када се залажу генерично одређене ствари, границе оптерећеног добра постоје, као својерстан оквир у коме поверилац има право првенственог намирења.⁵⁵⁴

„Предмет заложног права може бити и збир покретних ствари као што су роба у одређеном складишту или продавници, инвентар који служи за обављање привредне делатности и друго у складу са уговором о залози.”⁵⁵⁵

551 На пример, у праву САД се као један од могућих предмета залагања појављују „goods”, све оне ствари које су покретне у тренутку када је „security interest” уговорен. Појам „goods” такође обухвата и припатке („fixtures”), дрвеће које на основу споразума треба да буде посечено, нерођене животиње, плодове (дрвећа, жбуња и лозе), монтажно – покретне куће („manufactured homes”), као и компјутерски програм инкорпорисан у оптерећено добро. § 9- 102 (a)(44) УСС, страна 753; „Goods” се може класификовати на следећи начин: потрошачка роба („consumer goods”); пољопривредни производи („farm products”); роба намењена продаји и сировине („inventory”); опрема („equipment”). Bailey, H. III, Hagedorn, R., *Secured Transactions in a Nutshell*, стр. 33–37.

552 Члан 9, став 2. ЗОЗП.

553 О ограниченој примени начела специјалности код бездржавинске залогѣ. Simitis, K., *Das Besitzlose Pfandrecht*, страна 112.

554 У том смислу ЗОЗП је много захтевнији у односу на МЗОП. Према Модел закону, појам оптерећено добро („charge property”) има широко значење, које првенствено зависи од споразума самих странака. Може се односити на индивидуално одређену ствар или више индивидуално одређених ствари, али се може поставити и шире на пример, све сировине у складишту или све сировине и готови производи (члан 5.1 МЗОП). Према начину на који је оптерећено добро одређено, разликују се „specific charge” и „class charge” (члан 5.5 МЗОП).

555 Члан 9, став 3. ЗОЗП. Сматрамо да је код набрајања могућих предмета залогѣ требало избећи употребу термина „инвентар” за предмете који служе за обављање делатности, јер се у енглеском говорном подручју термин „inventory” користи за робу намењену продаји, што може довести до грешака у преводу. Употребом термина опрема уместо инвентар избегла би се ова забуна. Нешто другачије решење, с циљем очувања начела специјалности се јавља у праву Републике Српске. „Регистрована залогѣ се може успоставити и на групама покретних ствари одређених по роду, које чине економску целину (нпр. роба у одређеном складишту или продавници, инвентар у одређеним пословним просторијама и слично). У таквом случају се сачињава пописни лист појединих врста покретних ствари и њихове вриједности као саставни дио уговора о залози.” члан 4, ст. 3. и 4. ЗОРЗ.

Неки аутори сматрају да је залагање збира ствари било могуће и према ЗОО, али само уз одговарајућу предају.⁵⁵⁶

Б. Залогѣ будуће ствари

Начело одређености оптерећеног добра је једно од основних принципа у заложном праву.⁵⁵⁷ Међутим, прецизна индивидуализација предмета обезбеђења је често крајње непрактична. Начело специјалности стога у многим правним системима узмиче, док је у неким готово напуштено.⁵⁵⁸

У којој мери је принцип специјалности уопште могуће испоштовати до краја?

Оптерећено добро нужно трпи извесне промене. Оне могу бити природне или настати као резултат активности залогодавца. Уговорне стране прећутно пристају на одређени ниво алеаторности. Уколико предмет залогѣ случајно пропадне, поверилац нема право на нови.⁵⁵⁹ Међутим, могућ је и обрнут исход. Већа улагања у односу на трошкове амортизације довешће до увећања вредности саме ствари. По принципу екстензивности залогѣ, заложно право ће обухватити и новонасталу вредност, без обзира на то што у тренутку закључења уговора није припадала залогодавцу.⁵⁶⁰

Да ли се овако схваћена екстензивност залогѣ може применити и на иријатке?

Залог неке ствари обухвата њене саставне делове и припатке.⁵⁶¹ Важи правило *accessorium sequitur principali*. Али, шта ако је однос припадака и главне ствари установљен нешто касније, по настанку заложног права?

556 Стојановић, Д., *Сиварно право*, страна 210. „Исто тако предметом ручног залогѣ може бити и нека скупна ствар (*universitas rerum*), узета као једна целина, као што је одређено стадо стоке, одређена библиотека и слично.” Vizner, B., *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1980, страна 381.

557 Као залог служе само појединачни предмети, није допуштена генерална залогѣ на укупној покретној имовини дужника, нити заложно право на збиру ствари. Baur, F. – Baur, J. – Stürner, R., *Sachenrecht*, страна 673. О забрани генералног залагања у француском праву Simler, Ph. – Delebecque, Ph., *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, страна 312.

558 Wood, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, страна 5; „Енглеско право не познаје начело специјалности као немачко право, тако да се оптерећено добро може дефинисати прилично широко.” Goode, R., *Secured Credit and Insolvency Under English Law*, Rabels, 1980, страна 686.

559 Поверилац у случају пропасти оптерећеног добра, ипак стиче заложно право на потраживању износа (или накнаде) осигурања. чл. 19. и 52. ЗОЗП, као и члан 5.10 МЗОП.

560 Ако је залог уговорен на дуже време оптерећено добро, по правилу, употребом губи на вредности, с друге стране, од дужника се очекује да улаже у његово одржавање. Више о односу „input-a” и „output-a”: Van Ngo, Minh, *Getting the Question Right on Floating Liens and Securitized Assets*, 19 „Yale Journal on Regulation” 85, Winter 2002, страна 101.

561 Професор Baur сматра да, за разлику од хипотеке, залог покретне ствари не обухвата и њене припатке. Baur, F. – Baur, J. – Stürner, R., *Sachenrecht*, страна 676.

„Интерпретирати ову везу као да је она настала у моменту конституисања гаранције овде не долази у обзир.” Била би то неодржива фикција. „Овај припадак је обухваћен `заложним нексусом` само под условом да о томе постоји несумњиво изражена воља.”⁵⁶² Очигледно би било погрешно претпостављати да је залогодавац од самог почетка хтео да заложити све касније припатке.⁵⁶³

Овом се питању, међутим, може приступити и на други начин. Ако усвојимо дефиницију по којој припадак обухвата непотпуно инкорпорисане делове који се могу одвојити без оштећења (точак на аутомобила), као и оне који су физички самостални али функционално повезани са главном ствари (резервни точак)⁵⁶⁴ и потом, такво појмовно одређење припатка ставимо у контекст регистроване залог, изгледа да изречна изјава воље није неопходна, нови припадак потпада под исти правни режим самим довођењем у функционалну везу са главном ствари.

Уградња новог акумулатора уместо старог повлачи примену правила о реалној суброгацији (*subrogatum capit naturam subrogati*). Нешто је теже разрешити дилему, да ли би, на пример, CD уређај и звучници, које је залогодавац по први пут уградио у аутомобил по заснивању заложног права, такође, чинили предмет обезбеђења.

Чини се да је посредна изјава воље и у таквој ситуацији сасвим довољна. Наравно да би дужник пре принудног намирења могао одвојити учињена побољшања (осим ако уговором није искључена ова могућност).⁵⁶⁵ Раскидом функционалне везе са главном ствари, престало би и заложно право. Право слеђења (*droit de suite*) се не би односило на ове припатке.

Како ће бити са плодовима које даје заложена ствар?

Код класичне залог, оптерећено добро је у рукама повериоца. Он има право да прибира плодове са оптерећене ствари, али је дужан да њихову вредност урачуна у отплату дуга.⁵⁶⁶

Код регистроване залог ситуација је потпуно другачија. Дужник остаје у поседу заложене ствари. Ако предмет заложног права даје плодове, залогодавац је овлашћен да их прибира, мада се уговором може предвидети

562 Рашовић, З., *Стварно право*, страна 359.

563 Медић, Д., *Заложно право*, страна 71.

564 Станковић, О., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 10.

565 Залогодавац ће некад због мале вредности или специфичних карактеристика припатка, бити потпуно незаинтересован за његово одвајање, поготово ако су пратећи трошкови већи од могуће користи (на пример, пресвлаке за одређени тип аутомобила, носачи за скије и слично).

566 Члан 178. ОИЗ.

и супротно.⁵⁶⁷ Заложно право се простире и на плодове до тренутка одвајања, али се може уговорити и посебно заложно право на плодовима.⁵⁶⁸

Савремено заложно право засновано на бездржавинској залози, по правилу, допушта дужнику да располаже предметом залог. Поставља се, међутим, питање, задржава ли поверилац право првенствене наплате и у односу на приходе остварене таквим располагањем.⁵⁶⁹

Могу ли будуће ствари као икакве бити предмет залог?

„Комплексни заложноправни однос се према општем правилу остварује заснивањем залогопримчеве државине на ствари, овај моменат елиминише будуће ствари из круга замисливих заложних објеката.”⁵⁷⁰

Ипак, право обезбеђења се постепено развијало у другом правцу. Предаја ствари као *conditio sine qua non* настанка залог, условљавала је и правило по коме предмет залог може бити само ствар која постоји у тренутку закључења уговора.⁵⁷¹ Напуштањем концепције реалних уговора у ЗОО, отклоњене су сметње да уговор о залагању буде закључен у погледу будуће ствари, с тим, да заложно право као право *erga omnes* настаје тек када ствар буде предата повериоцу. Сличне промене су се, истина много раније, одвијале кроз судску праксу и у упоредном праву.

Признањем клаузуле о накнадно стеченој имовини „after acquired property clause” у одлуци *Holrout v. Marshall*⁵⁷² у енглеском праву је омогућено залагање будуће имовине.⁵⁷³ Међутим, дужник и даље није могао отуђити предмет залог без дозволе повериоца. Роба намењена продаји је била неупотребљива као објекат заложног права. Случај *Re. Panama* доноси преокрет у том смислу.⁵⁷⁴ Дужнику је овом одлуком признато овлашћење располагања оптерећеним добром, у оквиру редовног пословања.

Код фидуцијарног преноса својине „*Sicherungübereignung*” у немачком праву, такође, постоји могућност преноса ствари које ће фидуцијант

567 Члан 21. ЗОЗП.

568 Орлић М., у *Коментарију Закона о облигационим односима*, Благојевић, Б. – В. Круљ (ред.), страна 562. Енглеско право разликује садашњу имовину („present property”), која укључује и очекивану имовину („potential property”) на пример, плодови са поља, вуна, млеко, сточни прираст у односу на будућу имовину („future property”). Уговор о залагању садашње имовине, по правилу, обухвата и очекиване плодове. Goode, R., *Commercial Law*, страна 682.

569 Опширније о овом питању у делу киге „Приходи остварени располагањем предметом залог” (Део IX, Одељак Б, Глава II).

570 Рашовић, З., *Заложно право на покретним стварима*, докторска дисертација, Београд, 1991, страна 267.

571 Члан 866. ОИЗ „али док год залага у твоје руке (или руке онога које је за то одређен) не дође, дуг ти још није залогом зајамчен.”

572 (1862)10 HL Cas 191.

573 UCC такође допушта клаузуле о накнадно стеченој имовини („after acquired property clause”), са одређеним изузецима у погледу „consumer goods”. UCC § 9- 204.

574 *Re Panama, New Zealand Australian Royal Mail Company* (1870) 5 Ch App 318.

накнадно стећи, на пример, уговарањем антиципиране фиктивне предаје *constitutum possessorium*.⁵⁷⁵

ЗОЗП усваја решење по коме се уписом у Регистар могу заложити ствари које ће залогодавац прибавити у будућности, с тим што, у том случају, заложно право настаје тек када залогодавац стекне право својине на предмету залогa.⁵⁷⁶

В. Залогa имовине као целине

Римско право је познавало генералну хипотеку која је обухватала будућу имовину дужника.⁵⁷⁷

„Установа генералне хипотеке је у модерном праву напуштена уступајући место принципу специјалности чије су користи очигледне и вишеструке. Генералним залагањем су угрожени не само интереси дужника, већ постоји и опасност од скривених залогa.”⁵⁷⁸ Имовина као целина не може бити предмет залогa. Обезбеђени поверилац, међутим, код принудног намирења има привилегију избора, односно може захтевати намирење не само из заложене ствари, већ и из осталих ствари и права која припадају дужнику.⁵⁷⁹

Чини се, ипак, да савремена средства обезбеђења, обликована потребама праксе, све више подсећају на римске узорe. Тако нешто би се могло рећи и за „floating charge”, вероватно, највећи допринос енглеског права развоју права обезбеђења.⁵⁸⁰ „Floating charge” је опште стварно право, које као „облак” лебди над имовином залогодавца.⁵⁸¹ Састав оптерећеног добра се мења из дана у дан, у оквиру редовног пословања. Наступањем околности предвиђених уговором или законом, долази до кристализације. Заложно право „fixed charge” се успоставља на свим стварима и правима које су се у том тренутку нашле у имовини залогодавца.

У праву САД, пандан „floating charge” је „floating (blanket) lien” најважнији и за заложне повериоце најатрактивнији инструмент обезбеђења.⁵⁸²

575 § 930. НГЗ.

576 Члан 13. ЗОЗП. Према МЗОП, залогa („charge”) може обухватити ствари и права које још не припадају залогодавцу, било због тога што нису ни настале, било због тога што имају неког другог за титулара. У таквој ситуацији, залогa као стварно право не постоји док оптерећено добро не припадне залогодавцу, али ако се то деси, сматра се да је залогa постојала од самог почетка (члан 5.8 и 5.9 МЗОП).

577 Keinan, Y., *The Evolution of Secured Transactions*, страна 39.

578 Потенцијални нови кредитори не знају који је стварни обим дужникове имовине, те би се уздржавали од нових кредита. Рашовић, З., *Стварно право*, стр. 357–358.

579 „Ко се лично обавезе дужан је да испуни обавезу свим својим добрима покретним и непокретним, садашњим и будућим.” члан 2092. француског Грађанског законика.

580 McCormack, G., *Personal Property Security Law Reform in England and Canada*, страна 115.

581 Goode, R., *Secured Credit and Insolvency Under English Law*, страна 687.

582 Tajti, T., *наведено дело*, страна 91.

„Floating lien” није посебно средство обезбеђења, већ уговорни оквир, који подразумева комбинацију клаузула о накнадно стеченој имовини („after acquired property clause”) и клаузуле о будућим уплатама („future advance clause”).

Такав начин обезбеђења значајно поједностављује поступак дугорочног кредитирања.⁵⁸³ Стално закључивање нових уговора у погледу ствари које пристижу у дужникову имовину, било би заиста непотребно оптерећење за уговорнике. Јасно да ни овај концепт обезбеђења није без недостатака.

Поверилац који има опште право обезбеђења („continuing general lien”), од тренутка перфекције („perfection”), стиче право првенствене наплате у односу на готово целокупну дужникову садашњу и будућу имовину, а да висина његових потраживања није ограничена. У таквим околностима је сасвим разумљиво што нови повериоци не показују интересовање за кредитирање залогодавца. Дужник је практично везан за једног повериоца. Као могући подстицај за потоње повериоце, установљен је суперприоритет зајма за куповину добара „purchase money security interest”.⁵⁸⁴ Доцнијем повериоцу који испуни одређене услове је тако дата могућност да се намири пре осталих поверилаца, супротно усвојеном принципу *prior tempore potior iure*.⁵⁸⁵

Када је реч о дугорочном зајму и обезбеђењу које прати такав зајам, наш законодавац не предвиђа овај подстицај за касније повериоце.⁵⁸⁶

Питање прибављање нове вредности („new value”) на пример, опреме која ће омогућити дужнику да иде у корак са конкуренцијом, у пословној пракси ће се вероватно решавати кроз уговорање неког другог средства обезбеђења.⁵⁸⁷

Наш законодавац, у погледу залагање имовине као целине, остаје веран начелу специјалности и у складу са нашом традицијом не оставља могућност залагања привредног друштва као таквог или имовине као

583 Дугорочни кредити се у француском праву обезбеђују залогом трговачког фонда (радње) „nantissement du fonds de commerce”. Simler, Ph. – Delebecque, Ph., *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, стр. 521–525.

584 Тако обезбеђено потраживање може настати продајом робе на кредит („conditional sale”), али и давањем зајма за куповину робе.

585 Више о односу „first – in – time” и „late – in – time” принципа приоритета у UCC. Kanda, H. – Levmore, S., *Explaining Creditor Priorities*, 80 „Virginia Law Review” 2103, November 1994, стр. 2113–2114.

586 Супротно у праву Црне Горе. члан 9, став 5. ЗОЗСОП.

587 На пример, на основу уговора о финансијском лизингу давалац лизинга задржава право својине и на тај начин остварује предност у односу на повериоца који је претходно уписао залогу на свим машинама у некој фабрици. Када је реч о набавци ствари одређених по врсти, дужник се мора везати за првобитног зајмодавца и његове услове кредитирања.

целине.⁵⁸⁸ Ипак, пословне банке ће, вероватно, настојати да у оквиру усвојених законских решења изнађу начине лакшег дугорочног кредитирања уговарањем обезбеђења на што ширем кругу ствари и права која улазе у имовину дужника.⁵⁸⁹

Концепт залогe прихваћен у српском праву, у погледу предмета заложног права, новим законом је значајно измењен. Предаја престаје да буде услов настанка заложног права. Публицитет залогe се остварује уписом у одговарајући регистар, што омогућава да се, поред индивидуално одређених ствари, могу залагати и генеричне, као и збир ствари. Заложити се може и будућа ствар, али тада заложно право настаје тек када залогодавац стекне право својине на предмету залогe.⁵⁹⁰

Део VII

УГОВОРНЕ СТРАНЕ

588 МЗОП предвиђа залагање предузећа са свим стварима и правима, што омогућава залогопримцу да у случају принудног извршења прода предузеће као такво „as a going concern” (члан 5.6 МЗОП). Могућност залагања предузећа као целине допушта и мађарски Грађански законик (члан 266.), као и чешки Грађански законик (члан 153, став 1).

589 На пример, једним уговором о обезбеђењу је могуће обухватити: робу на одређеном складишту, инвентар који служи за обављање делатности али и потраживања, хартије од вредности и имовинску компоненту права интелектуалне својине.

590 Чини се да је такав приступ у потпуности усклађен са препорукама UNCITRAL-а. Recommendation no. 12, UNCITRAL Recommendations A/CN.9/WG.VI/WP.16.

1. УОПШТЕ О ЗАЛОЖНОМ ПОВЕРИОЦУ И ЗАЛОГОДАВЦУ

А. Својства уговорника

Заснивање заложног права је акт конститутивног правног промета и као такав се заснива на скупу одређених правних чињеница. Код *pignus voluntarium*, уговор о залози, по правилу, представља *iustus titulus* успостављања залогa. Такав уговор поред одређених захтева у погледу форме и битних елемената, мора испуњавати и услове који се тичу самих уговорника односно њихове способности да пуноважно заснују заложно право на одређеном предмету.

Заложни поверилац је увек и искључиво поверилац из облигационог односа који залога обезбеђује.⁵⁹¹ С друге стране, као залогодавац се може појавити дужник из облигационог односа, али и треће лице које пружа обезбеђење за туђи дуг (стварни дужник).⁵⁹² Док лични дужник одговара целокупном својом имовином, одговорност стварног (реалног) дужника је ограничена на вредност заложене ствари.

Залогодавац је, дакле, лице овлашћено да располаже предметом залогa.⁵⁹³ То подразумева да залогодавац има одговарајућу пословну способност, како би изјавама воље могао утицати на настанак залогa као грађанског субјективног права.

С друге стране, залогодавац мора бити власник предмета залогa, како би могао конституисати заложно право као *ius in re aliena*.⁵⁹⁴

Да ли је за заснивање заложног права нужна пуна пословна способност уговорника?

Посао обезбеђења потраживања заснивањем заложног права подразумева знатно ограничење права својине залогодавца на предмету залогa

591 Гамс, А., *Основи стварног права*, страна155.

592 Члан 17. ЗОЗП. „Залогом се може гарантовати или дуг сопственика заложене ствари, или дуг неког другог.” Перић, Ж., *Стварно право*, страна191; Драгор Хибер, *Заложно право* у Станковић – Лазаревић – Китаровић (ред.), *Практикум за полагање правосудног испитија*, Београд, 1990, страна706.

593 Члан 969. ЗОО.

594 Слично и МЗОП: „Залогодавац (chargor) мора бити власник објекта залогa.” (члан 2. МЗОП и члан 6.5.1 МЗОП). У праву САД дужник не мора бити власник ствари, већ је довољно да на објекту обезбеђења има неко макар и ограничено право („right in collateral”). UCC § 9-203 b(2) Опширније White, J. – Summers, R., *наведено дело*, страна 756.

и редовно није посао малог значаја.⁵⁹⁵ Разуме се, процена значаја посла ће, у великој мери, зависити од вредности предмета залогa.⁵⁹⁶

То би, практично, значило да лице које самостално предузима посао залагања покретне ствари мора бити потпуно пословно способно.⁵⁹⁷ Залогодавац, дакле, мора бити пунолетан и способан за расуђивање.⁵⁹⁸

Ипак, изгледа да принцип по коме залогодавац мора имати пуну пословну способност није без изузетака.

Малолетник који је са навршених 15. година закључио уговор о раду, може закључивати послове којима управља и располаже својом зарадом или имовином коју је стекао сопственим радом.⁵⁹⁹ Законско заступање у погледу тако стечене имовине не постоји. Дакле, малолетник који је стекао радну способност би могао самостално заложити ствар стечену радом. Разуме се, и овде треба узети у обзир да је кауза уговора о залози садржана у неком другом правном послу на пример, уговору о зајму. Овај уговор обично претходи уговору о залози и за његову пуноважност је, сходно значају посла, неопходна сагласност законског заступника.

Обавеза залогодавца може настати и једностраном изјавом воље: „Завешталац може наредити наследнику или легатару, да у корист неког

повериоца свог или туђег, конституише залогa на неком његовом добру (*pignus testamentarium*).⁶⁰⁰

Тестамент је у овом случају само правни основ залагања.⁶⁰¹ За упис залогa у регистар (*modus*) поверилац ће морати да прибави и сагласност наследника.⁶⁰²

Чини се, дакле, да је за залагање у неким случајевима довољна активна завештајна способност.⁶⁰³ Ако на пример, малолетник који је стекао радну способност жели да помогне пријатељу да добије кредит, он може ради обезбеђења туђег дуга тестаментом заложити неко добро прибављено сопственим радом.⁶⁰⁴

Лице које је постало накнадно залогодавац наслеђивањем заложене ствари не мора имати пословну способност. Исто важи и за универзалног сукцесора заложног повериоца који наслеђује обезбеђено потраживање, а с њим и заложно право као акцесорно.⁶⁰⁵

Пословна способност залогодавца је, разуме се, неопходна само за уговорно заснивање залогa. Одлуком суда, заложно право може настати на стварима у својини пословно неспособног лица. На пример, малолетник је уз сагласност законског заступника закључио уговор из кога је настала нека неизмирена обавеза. Поверилац ће у извршном поступку ради намирења таквог потраживања стећи судско заложно право пописом покретних ствари из имовине малолетника.⁶⁰⁶ Код законског заложног права државе за потраживање пореза, власник предмета залогa такође не мора имати пословну способност.

600 Перић, Ж., *Стиварно право*, страна 194. Залагање на основу допунске клаузуле у легату *per damnationem* је било познато још у римском праву. Милошевић, М., *Римско право*, страна 256.

601 Такав основ би поред услова за пуноважност тестамена морао испуњавати и допунске услове у погледу садржине: назначење повериоца, предмета залогa и износа потраживања.

602 Пристанак наследника да поверилац упише заложно право ће зависити и од тога у ком облику је завешталац наложио наследнику да заснује залогa, односно да ли је то учињено у облику легата или налога. Легатар има право да судским путем захтева испуњење легата, док кориснику налога то право не припада. Неиспуњење налога има карактер наступања раскидног услова. Антић, Оливер, *Наследно право*, Београд, 2004, страна 233.

603 Способност сачињавања завештања у нашем праву се стиче са навршених 15 година. Члан 79. Закона о наслеђивању Републике Србије из 1995.

604 У другим ситуацијама, ако залогa заснива за лични дуг завешталац који нема способност за закључење основног посла, не би могао засновати ни залогa као акцесорно право.

605 Гашењем правног субјективитета обезбеђеног повериоца заложно право прелази на његове универзалне сукцесоре, на пример, у случају смрти или банкротства дужника. Goode, R., *Commercial Law*, страна 696.

606 Члан 75. Закона о извршном поступку.

595 „Што је фактичко питање и процењује се у сваком поједином случају.” Станковић, О., у Станковић – Водинелић, *Увод у грађанско право*, страна 57. У нашем праву, малолетник који није навршио 14 година (млађи малолетник), може предузимати правне послове којим прибавља искључиво права, правне послове којима не стиче права ни обавезе и правне послове малог значаја. Дете које је навршило 14. годину живота (старији малолетник), може предузимати правне послове као и млађи малолетник и све остале правне послове, уз претходну или накнадну сагласност родитеља, односно сагласност органа старатељства за послове располагања непокретном имовином и покретном имовином велике вредности (члан 64, став 1, став 2. и члан 193, став 3. Породичног закона, „Службени гласник РС”, број 18/05).

596 Морају се имати у виду последице по имовину детета. Антић, О. у Стојановић – Антић, *Увод у грађанско право*, страна 146.

597 У нашем праву, пуна пословна способност се стиче са пунолетством (18 година), и склапањем брака пре пунолетства, уз дозволу суда. Поред тога „суд може дозволити стицање потпуне пословне способности малолетном лицу које је навршило 16. годину живота, а постало је родитељ и достигло је телесну и душевну зрелост потребну за самостално старање о сопственој личности правима и интересима.” (члан 11. Породичног закона).

598 Опширније о животној доби и менталном здрављу као елементима пословне способности физичког лица. Антић, О. у Стојановић – Антић, *Увод у грађанско право*, страна 143. Чини се да и заложни поверилац, такође, мора имати пуну пословну способност, иако уговор о залози не садржи обавезе које терете његову имовину.

599 Члан 64, став 3. Породичног закона. „Ту, према томе, долазе и све ствари (покретне и непокретне) прибављене од личног дохотка, затим камате, плодови у натуралном облику и остали приходи са тих ствари као и накнада по основу њиховог оштећења (накнада штете, осигурана сума).” Станковић, О., *Ограничена пословна способност и заступање малолетника од стране њихових родитеља у нашем праву*, „Анали Правног факултета у Београду”, број 6/1982, страна 1226.

Б. Да ли је могућност залагања ограничена с обзиром на правни субјективитет залогодавца или заложног повериоца

У упоредном праву је доступност одређених средстава обезбеђења ограничена с обзиром на својства дужника и повериоца. На пример, „floating charge” у енглеском праву је резервисан за обезбеђење потраживања према друштвима капитала.⁶⁰⁷ Код залагања привредног друштва као целине („enterprise charge”) предложеног у МЗОП, залогодавац може бити само „company” у смислу комерцијалног правног лица.⁶⁰⁸ У француском праву залогодавац трговачког фонда може бити само трговац.⁶⁰⁹

Поред ограничења на страни дужника, могућа су и ограничења на страни повериоца. У белгијском праву је само банкама дозвољено да буду повериоци код залагања трговачког фонда.⁶¹⁰ У пољском праву је законом предвиђена листа субјеката који се могу појавити као заложни повериоци.⁶¹¹

ЗОЗП не предвиђа таква ограничења ни на страни дужника, ни на страни заложног повериоца.⁶¹² Уговор о залози могу закључити како физичка тако и правна лица.⁶¹³ Ипак, чини се да није потребно нарочито наглашавати да ће се, и поред таквог законског решења, на поверилачкој страни углавном налазити банке које одобравају зајмове. Домаћи и страни субјекти могу равноправно уписати заложно право у Регистар залог.⁶¹⁴ Захтев за упис подноси на језику и писму који је у службеној употреби у Републици Србији. Ако је уз захтев за упис достављена документација на страном језику, подносилац захтева је дужан да достави и њен оверен превод.

⁶⁰⁷ Gough, W. J., *Company Charges*, страна 52.

⁶⁰⁸ Садржина овог појма, наравно, варира у различитим правним системима. Члан 6.6 МЗОП.

⁶⁰⁹ Залогодавац мора да буде власник и да има право располагања. Simler, Ph. – Delebecque, Ph., *наведено дело*, страна 522.

⁶¹⁰ Loius H. Verbeke, „Belgium”, у Dickson, Michael G. – Rosener, Wolfgang – Storm, Paul M., *Security on Movable Property and Receivables in Europe*, Oxford, 1988. Ова специфичност белгијског права обезбеђења је наглашена и у *Study on security interests*, UNCITRAL, Report of the Secretary – General: (A/CN. 9 /131), Yearbook of UNCITRAL, 1977, Vol. VIII, страна 177.

⁶¹¹ Члан 1. пољског Закона о регистрованим залозима и регистру залог.

⁶¹² Занимљиво је да професор Константиновић у свом предлогу за увођење хипотеке на стоци у српско право, по узору на Швајцарску, предлаже да заложно право на стоци путем уписа у регистар могу стећи само оне кредитне установе које би добиле дозволу од надлежних власти. Константиновић, М., *Хипотека на стоци*, страна 382.

⁶¹³ Recommendation no. 3(a) UNCITRAL Recommendations A/CN.9/WG.VI/WP. 21.

⁶¹⁴ Такво решење је и у мађарском праву. *Guide for taking charges in Hungary*, EBRD, страна 9.

Ипак, и у нашем праву, својство залогодавца долази до изражаја код уговарања посебних одредби о намирењу. Ако залогодавац има својство привредног субјекта, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској продаји, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Према слову ЗОЗП: „Својство привредног субјекта има предузеће, привредно друштво, ималац радње и друго физичко лице које у виду занимања обавља привредну делатност.”⁶¹⁵

⁶¹⁵ Члан 27. ЗОЗП.

2. СТИЦАЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА ОД НЕВЛАСНИКА

А. Да ли се лице које није власник ствари може појавити као њен залогодавац

„Сваки само своју сопствену ствар заложити може. Залог на туђој ствари не вреди ништа и уништава се на тужбу господара ствари, коме припада право на повраћај своје ствари, коју онај издати мора, имајући право на накнаду од заложноца тражити.”⁶¹⁶

Ово генерално правило познаје и одређена одступања. Изузетно, дужник би могао неовлашћено заложити ствар на којој нема право својине.⁶¹⁷ Такво залагање ће производити дејства уколико су испуњени услови за стицање права својине *a non domino*.⁶¹⁸ Ако је предмет залог изашао из државине власника против његове воље, на пример, ако је украден, могућност стицања заложног права је искључена.⁶¹⁹

Залог заснована од невластника производи, практично, иста правна дејства као и она коју је конституисао власник оптерећеног добра. Савесни залогопримац стиче право на уновчење залог ако његово потраживање не буде измирено по доспелости.

Власник заложене ствари је дужан да трпи принудно намирење из предмета залог, али се тиме не дира у његово право на накнаду штете у односу на лице које је залогу неовлашћено засновало.

Власник заложене ствари би, наравно, могао исплатити потраживање залогопримцу и тако избећи принудну продају предмета залог. У таквој ситуацији, власник ступа на место заложног повериоца, тј. долази до примене правила о персоналној суброгацији.⁶²⁰

Који разлози опредељују такав приступ стицању заложног права од невластника?

616 Члан 314. СГЗ, у том смислу и одлука Врховног суда НР Србије, Гж. 3671/55, од 26. јануара 1956, „Збирка судских одлука”, књига I свеска 1 одлука број 133.

617 Члан 456. АГЗ.

618 Д. Хибер, *Заложно право* у Станковић – Лазаревић – Китаровић (ред.), *наведено дело*, страна 706. Услови за стицање својине од невластника су прописани у члан 31. ЗОСПО.

619 Осим код хартија од вредности на доносиоца и новца. Планојевић, Нина, *О могућности стицања својине на украденој или на други начин несјалој ствари*, „Правни живот”, број 10/2003, страна 68.

620 На сличан начин долази до персоналне суброгације, по самом закону, и када јемац исплати дужникову обавезу члан 1013. ЗОО.

Ако се од невластника може стећи својина као у границама закона најшире право држања, коришћења и располагања онда, тим пре, таква могућност постоји у погледу заложног права.⁶²¹

Власник ствари је најчешће несмотрено изабрао лице коме је поверио ствар, али је сасвим довољно и то што је поверавајући ствар другоме, објективно створио могућност да се то лице вршењем фактичке власти на ствари трећима лажно представи као власник. Савесни прибавилац заложног права стога може приговором одбити реивиндикациони захтев власника и захтевати принудно извршење на предмету залог у случају доцње дужника.

Ипак, ЗОЗП је ово питање је изричито регулисано на други начин.

„Залогодавац је дужник који има право својине на покретној ствари или својство имаоца неког права којим може слободно располагати.”⁶²²

„Ако је залогодавац заложити ствар на којој нема право својине или ако залог није пуноважна из других разлога, упис у Регистар залог не производи правно дејство.”⁶²³

Поставља се питање да ли можемо приликом уписа заложног права у регистар, проверавати да ли је залогодавац заиста власник ствари и који би се докази сматрали довољним (уговор о куповини, оверене приватне исправе).

Чини се да би тако нешто било изводљиво само код покретних ствари, чији је број релативно ограничен и у погледу којих постоји поуздана евиденција власништва, на пример код: аутомобила, камиона и сл. Регистри би тада морали бити у потпуности засновани на принципима земљишних књига, где упис хипотеке производи правно дејство само онда ако је лице на чију се непокретност уписује хипотека њен власник или да постоји предбељба права својине на његовој страни.⁶²⁴

Некада је и самом власнику забрањено да располаже могућим предметом залог, јер је његово право ограничено одлуком суда.⁶²⁵ Располагање се може ограничити и уговором у виду забране отуђења на одређено

621 О стицању заложног права од невластника: Рашовић, З., *Заложно право на непокретним стварима*, страна 235. и Gavella, N., (red.), *Stvarno pravo*, страна 332.

622 „Залогодавац може бити и треће лице које пружа обезбеђење за туђи дуг.” Члан 17. ЗОЗП.

623 Члан 4, став 2. ЗОЗП.

624 „Ипак, у пракси је могуће да лице које се налази у одржају, савесни и својински законити држалац непокретне ствари конституише хипотеку. Све до момента стицања права својине путем одржаја, има се сматрати да се ради о хипотеци на туђој ствари. Власник ствари и не мора захтевати њено брисање јер му она не може шкодити; он не мора да докажује да не постоји хипотека, већ хипотекарни поверилац да је она конституисана.” Радмила Ковачевић – Куштримовић, *Уговорна хипотека – стицање хипотеке*, „Правни живот” бр. 9-10/1993 страна 1113. Сматрамо ово становиште неприхватљивим, јер је у супротности са начелом уписа које важи код земљишне књиге, с друге стране, упис хипотеке није могућ ако није прибављена *clausula intabulandi*. Чак и ако је грешком дошло до уписа, власник ствари би морао да оспорава такав упис.

625 На пример, свим лицима која поседују или имају контролу над стварима пописаним у извршном поступку забрањено је да располажу тим стварима без судског налога (члан 78. Закона о извршном поступку).

време.⁶²⁶ О овим забранама располагања покретним стварима је са становишта регистрације заложних права прилично тешко водити рачуна.

Ако упоредимо решење прихваћено у ЗОЗП и чл. 31. ЗОСПО, долазимо до закључка да се право својине на покретној ствари може стећи на основу уговора са невлашником, али да је та могућност искључена у погледу заложног права.

Савестан заложни поверилац, који није знао нити је могао знати да дужник није власник ствари, а често и није имао могућност да тако нешто провери, може остати без заложног права које гарантује намирење његовог потраживања. Такође, треба узети у обзир да: „Упис података у Регистар залогe није доказ о постојању својинских или других права залогодавца на заложеним покретним стварима, нити да је обезбеђено потраживање или залагање пуноважно.”⁶²⁷

У погледу Регистра залогe није као код земљишних књига предвиђен рок након уписа, чијим истеком се стање у Регистару има узети за тачно.⁶²⁸ Правна сигурност је прилично угрожена ако, неколико година од регистрације залогe прави власник ствари може рејиндикационом тужбом повратити предмет залогe од залогодавца и тако укинути обезбеђења које је на прописан начин уписано у Регистар.

Видимо дакле да се у сукобу интереса правог власника и заложног повериоца наш законодавац определио за доследну заштиту права својине, док су заштита савесног прибавиоца заложног права и поверење у правни промет стављени у други план.

Чини се да би рестриктивно тумачење члана 4, ст. 2. ЗОЗП могло задати доста „главобоље” заложним повериоцима, јер није тешко замислити злоупотребе којима би у пракси могли прибећи несавесни дужници и трећа лица – „прави власници”.

Повериоци ће, свакако, трагати за начинима што сигурније провере залогодавчевог права својине на предмету залогe, пошто евентуална кривична одговорност залогодавца због преваре за повериоце није нарочито значајна.⁶²⁹

⁶²⁶ „Пуноважан је уговор којим се неко обавезује да одређену ствар не отуђи или не оптерети за одређено време, које не може бити дуже од десет година” (члан 28. *Скице за законик о облијацијама и уговорима* професора М. Константиновића).

⁶²⁷ Члан 61, став 2. ЗОЗП.

⁶²⁸ Опширније о фикцији апсолутне тачности земљишних књига Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сиварно право*, страна 358.

⁶²⁹ „Ко у намери да себи или другоме прибави какву потивправну имовинску корист доведе кога лажним приказивањем или прикривањем чињеница у заблуду или га одржава у заблуди и тиме га наведе да овај на штету своје или туђе имовине нешто учини или не учини, казниће се новчаном казном или затвором до три године.” (члан 208, став 1. Кривичног законика, „Службени гласник РС” број 85/05). „Ко лажним приказивањем чињеница или њиховим прикривањем добије за себе или другог кредит, субвендију или другу погодност иако за то не испуњава прописане услове, казниће ће новчаном казном или затвором до две године.” (члан 209, став 1. Кривичног законика).

Право својине на покретним стварима се не стиче уписом у Регистар. Заложни поверилац не може у разумном року и уз сразмерне примерене трошкове прибавити поуздане доказе да је неко лице заиста власник предмета залогe. Стога, сматрамо да би стицање заложног права на покретним стварима од невлашника требало прихватити, и то *a maiori ad minus*, ако су испуњени општи услови стицање својине *a non domino*.⁶³⁰

Власник ствари може рејиндикационом тужбом повратити ствар која се до тада налазила у државини залогодавца, разуме се, ако докаже своје право својине. С друге стране, то неће имати утицаја на постојање заложног права уписаног у јавне књиге. Савесни прибавилац регистраване залогe се може принудно намирити из вредности предмета залогe, а прави власник ће бити дужан да то трпи.

Б. Заснивање заложног права од стране будућег власника

Ствари које ће неко лице прибавити у будућности могу бити предмет залагања.⁶³¹ Али, тада заложно право настаје тек када залогодавац постане њихов власник. На пример, плодуживалац, закупац и савесни држалац би могли заложити плодове чији ће власници тек постати њиховим одвајањем.⁶³²

У сличној ситуацији је и лице на путу да ствар стекне одржајем „*in conditione usucapiendi*”. Ипак, ако таквом држаоцу предмет залогe буде одузело лице које има јачи правни основ, упис залогe у Регистар ће остати без правног дејства.⁶³³

Да ли је залогодавац увек непосредни држалац предмета залогe? Код класичне залогe, у тренутку закључења уговора залогодавац не мора бити непосредни држалац предмета залогe, довољна је и посредна државина.⁶³⁴ Ствар се може по неком другом основу већ налазити у рукама залогопримца (*traditio brevi manu*) или у поседу неког трећег

⁶³⁰ Наравно, услови за стицање својине од невлашника би се примењивали *mutatis mutandis*, на пример, регистрована залогa се не може стећи јавном продајом.

⁶³¹ Члан 13. ЗОЗП.

⁶³² Ова лица стичу право својине на плодовима њиховим одвајањем од плодноне ствари. Члан 27, став 2. ЗОСПО.

⁶³³ У немачком праву, фидуцијант не мора бити власник ствари, довољно је само да има „*Anwartschaftrecht*” односно да очекује да ће постати власник. У америчком праву, уговор о обезбеђењу може обухватити ствари које ће накнадно постати власништво залогодавца (“*after acquired property*”). UCC § 9-204. У енглеском праву, такође. Gough, W. J., *Company Charges*, страна 77.

⁶³⁴ Д. Хибер, *Заложно право* у Станковић – Лазаревић – Китаровић (ред.), *наведено дело*, страна 710.

на пример, складиштар.⁶³⁵ Залогодавац се појављује као посредни држалац и код вишеструког залагања. За настанак заложног права повериоца је довољно само да први залогопримац буде обавештен о томе да по намирењу свог потраживања залогоу преда новом залогопримцу.

Код заложног права које настаје уписом у Регистар, оптерећено добро је, по правилу, у поседу залогодавца који наставља да га употребљава у складу са његовом наменом. Ако дужник падне у доцњу право на државину по самом закону прелази на повериоца.⁶³⁶

635 „Правни проблем настаје са питањем шта је складиштар у овом односу, да ли је залогодавац или пуномоћник залогодавца? Одговор на питање да ли је складиштар залогодавац је негативан. Пошто залогопримац нема потраживање према складиштару, јер складиштар није учесник у уговору о залози.” Василић, Јелисавета, *Средсѝва обезбеђења извршења уговора у пракси*, „Право и привреда”, број 5-8/97, страна 537. Ауторка исправно закључује да складиштар није залогодавац, али се чини да разлог није то што поверилац нема потраживање према складиштару, јер се из члана 96б. ЗОО јасно види да залогодавац може бити и треће лице (реални дужник), битно је само да је реч о неком ко има могућност располагања предметом залогоа. Реч је о заснивању заложног права фиктивном предајом *cessio vindicationis*. Лице, које се налази у непосредној државини оптерећеног добра, биће обавештено да ствар преда залогопримцу у случају остварења одложног услова, односно ако потраживање залогопримца не буде намирено о доспелости.

636 Члан 35, став 1. ЗОЗП.

3. СВОЈИНСКА ЗАЛОГА

А. Може ли власник стећи заложно право на сопственој ствари

Према традиционалној концепцији која је прихваћена у нашем праву, залогоа на својој ствари није могућа. *Rei sue pignus non consistit*.⁶³⁷

Својинска залогоа не може настати ни изворно, ни у случају консолидације тј. сједињења својства залогодавца и залогопримца у једној личности. Напротив, и консолидација и конфузија (сједињење потраживања и дуга у истом лицу), у правној књижевности се наводе као начини престанка заложног права.⁶³⁸

Можемо ли на исти начин приступити и залози која настаје уписом у регистар?

„Ако потраживање заложног повериоца престане исплатом дуга или на други начин, заложно право престаје и брише се из Регистра залогоа на захтев заложног повериоца, дужника или залогодавца, кад то није исто лице.”⁶³⁹

Брисање заложног права се може тражити и када се својство заложног повериоца стекне у истом лицу са својством дужника, као и када заложни поверилац стекне право својине на предмету заложног права.⁶⁴⁰

Чини се да је у том погледу залогоа која настаје уписом у регистар много ближа хипотеци, за чији престанак је неопходна радња исписа, брисања из јавних књига. Из тог разлога се код расправе о својинској залози мора узети у обзир и то на који начин се у нашем праву приступа питању својинске хипотеке.⁶⁴¹

Арјументи ирошив својинске залогое

Размотримо, најпре, разлоге који негирају потребу постојања заложног права на сопственој ствари.

Залогоа је по својој природи стварно право на туђој ствари (*ius in re aliena*) и као таква постоји само у правном односу.

Свеобухватност права својине чини непотребним постојање ужег права, које власнику не доноси неко овлашћење које он већ не поседује.

637 (Ulpianus D. 50, 17, 45).

638 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 257; Стојановић, Д., *Стварно право*, страна 227; Д. Хибер, *Заложно право* у Станковић – Лазаревић – Китаровић (ред.), *наведено дело*, страна 710.

639 Члан 51. ЗОЗП.

640 Члан 54. ЗОЗП.

641 О могућности заснивања власничке хипотеке у нашем праву. Лазаревић, М., *Стварно право на сопственој ствари*, „Правни живот”, број 10/2003, страна 91.

Сврха заложног права се остварује кроз принудно намирење потраживања у случају доцње дужника, што код својинске залог не може бити могуће.

Заложно право је акцесорно. „Залог не може постојати без дуга, она се појављује као гаранција неке обавезе, а гаранције тек не може бити кад нема онога што треба да се гарантује.”⁶⁴² Нико не може имати потраживање према себи самом, па, сходно томе, не може имати ни залог.⁶⁴³

Формални опстанак регистроване залог и поред њеног материјално-правног гашења противречи рекадентности права својине.⁶⁴⁴ Гашењем права изведеног из права својине, она се као апсолутно право враћа у првобитно стање и успоставља у пуном обиму.

Арјументи који говоре у прилог залог на својинској ствари

У нашем праву је традиционално усвајано становиште о клизећем рангу хипотеке по коме се са престанком хипотеке, прве по рангу касније хипотеке померају напред за по једно место.⁶⁴⁵ Ако би доследно применили овај принцип, обезбеђење потраживања новог повериоца раније уписаног у хипотеку не би било допуштено. Ипак неки аутори сматрају да ЗОСПО не искључује ову могућност.⁶⁴⁶ „Ако сопственик хоће да тражи нови кредит, он може повериоцу дати овакву неугашену хипотеку и уступити му заложно право на непокретности са оним редом првенства које је он сам имао.”⁶⁴⁷ Гашењем потраживања су испуњене само материјалне претпоставке за престанак хипотеке. Поред тога, неопходан је и *contrarius actus*, формални предлог заинтересоване стране да се хипотека избрише.⁶⁴⁸

Нови закон о хипотеци поред могућности располагања неисписаном хипотеком предвиђа и могућност да власник хипотековане непокретности,

642 Перић, Ж., *Стварно право*, страна 191.

643 Марковић, Л., *Хипотекарно право*, страна 151.

644 Еластичност права својине се истиче као битна карактеристика овог апсолутног права. Станковић, О., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 57; Гамс, А., *Основи стварног права*, страна 36.

645 Живковић, М., *Хипотека и земљишни дућ*, у „Промене својинског законодавства у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи” Институт за упоредно право, Београд 2004, страна 132.

646 „Заложно право, мада је дуг и намирен, постоји и даље као таково, док се из јавне књиге не испише. Намирени хипотекарни поверилац губи свако право на хипотеци и нема право тражити испис намирене хипотеке”, Огорелица, Никола, *Хипотека на својинској ствари*, Београд, 1893, страна 61.

647 Орлић, М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 241. Проф. Л. Марковић истиче да ово решење није неумесно, али оно у СГЗ није нигде изражено. Марковић, Л., *Хипотекарно право*, страна 157. „Ако је појављивање хипотекарног повериоца претпоставило исплатом или на други начин, својински хипотековане непокретности на основу признанице којом се доказује да је дућ исплаћен може до исписа дућа из земљишне књиге иренести хипотеку на новој повериоца (или на старој повериоца за нови кредит) за обезбеђење потраживања и до до износа раније уписаног, а сада угашеног потраживања.” члан 66, став 1. Нацрта закона о хипотеци – Други нацрт, 4. октобар 2004. Орлић, М., *Нацрт Закона о хипотеци*, „Правни живот”, број 10/2004, страна 57.

648 Стојановић, Д., у Стојановић – Павићевић, *Право обезбеђења кредитира*, страна 278.

уз захтев за испис, захтева забележбу првенственог реда за упис нове хипотеке до износа потраживања обезбеђеног ранијом хипотеком, на њеном месту, у року од три године од дана када је забелешка била дозвољена (члан 53–55.). Поред тога, власник може на месту већ уписане хипотеке предбележити нову хипотеку са истим редом првенства до износа потраживања обезбеђеног већ уписаном хипотеком, с тим да овај упис производи дејство само ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке (члан 56.).

Изгледа да би се овај принцип аналогно могао применити и на залог која настаје уписом у регистар.⁶⁴⁹ Гашење потраживања и престанак регистроване залог временски се не подударују. Потраживање је, можда, претпоставка за настајак регистроване залог, али не и услов њеног опстанка. Од тренутка регистрације, залог као јавнокњижно право има извесну самосталност и формално престаје тек чином екстабулације. До тада заложни поверилац или има латентну својинску залог, или, једноставно, задржава првенствени ред регистрације. Он стиче правну наду која ће се претворити у субјективно право онда када добије нову сврху, односно када власник уступи тако очувани ранг залог новом повериоцу, ради обезбеђења његовог потраживања.

У сваком случају, каснији повериоци се томе не могу успротивити. Они и немају правно ваљане разлоге за оспоравање таквог уговора. Интереси ових поверилаца ни по чему нису угрожени. Они од почетка рачунају с тим да је њихова залог слабија по рангу. Повећан ризик намирења је, по правилу, већ изражен кроз остале услове везане за њихово потраживање: већа каматна стопа, краћи рокови отплате зајма и слично. Ако би каснији повериоци напредовали у рангу, то би значило да им се *ipso iure* додељује корист коју нису уговорили и за коју нису дали одговарајући еквивалент.⁶⁵⁰

Е. *Pignus in re propria* – могућност да се помогне дужнику

Ако се прихвати решење по коме залогодавац након измирења потраживања обезбеђеног залогом може задржати њен ред првенства, то би значило да такав залогодавац може тражити нови зајам нудећи потенцијалним повериоцима ранг залог угашеног потраживања.⁶⁵¹ Ново потраживање ће имати исти ранг у намирењу само до вредности раније залог односно потраживања које је исплаћено.

649 „Обавеза уписана у јавној књизи престаје сједињењем тек када се изврши упис брисања.” Члан 353. ЗОО. Видети и члан 1446. АГЗ.

650 Марковић, Л., *Хипотекарно право*, страна 153.

651 Код система фиксног ранга није прихваћена консолидација као разлог престанка хипотеке. (§ 889. НГЗ). Лазић, М., *Ране стварних права*, „Правни живот”, број 10/2002, страна 78.

Такву конструкцију, чини се, треба допунити утврђивањем рока у коме би поверилац могао користити ову могућност. Свака резервација подразумева привременост, ограничено време, у коме онај који је нешто резервисао располаже опцијом да резервацију претвори у неко право, или да ту могућност препусти другим заинтересованим лицима. Неопходно је, дакле, ограничити време у коме поверилац може располагати неизбрисаном залогом, односно задржати првенствени ред, како би се смањила неизвесност на страни поверилаца чија је zaloга слабија по рангу.⁶⁵² Истеком прописаног рока, власник ствари губи право располагања неизбрисаном залогом, те каснији повериоци напредују у рангу.⁶⁵³

Противници својинске залогe полазе од тога да власнику који поседује *plena in re potestas* једноставно није потребно неко уже стварно право на сопственој ствари. Нама се, међутим, чини, да власницима у смислу аутономије воље треба оставити и ову могућност. Тако схваћена својинска zaloга може бити од користи залогодавцу, а ничи м не угрожава права трећих лица. На залогодавцу је да просуди да ли је за њега овај институт користан и да ли ће га употребити у конкретној правној ситуацији.⁶⁵⁴

Својинску залогу видимо, дакле, као још једну могућност да се изађе у сусрет практичним потребама дужника. Сразмерна заштита интереса дужника и заложних поверилаца је циљ коме тежи савремено право обезбеђења. Повериоци који имају залогу слабију по рангу, не заслужују померање напред, јер су повећани ризик компензовали кроз уговарање веће камате. Њихово померање унапред би имало карактеристике неоснованог богаћења, прибављања користи за коју нису платили.

За разлику од њих, залогодавац је тај који је за регистрацију залогe прве по рангу издвојио одређена средства. Природно је онда да залогодавац може тако створену вредност сачувати, како би њоме у погодном тренутку располагао. Својинска zaloга га чини мање зависним од заложних поверилаца слабијег ранга. Зајам обезбеђен залогом првом по рангу је мање ризичан, па самим тим и јефтинији за дужника.

Сматрамо, стога, да је систем који залогодавцу нуди опцију временски ограниченог фиксног ранга праведнији, јер успоставља одговарајућу равнотежу између ранга и околности под којим је zaloга заснована.

652 Тако је на пример Законом о хипотеци, власниково располагање неисписаном хипотеком ограничено на период од три године, од када је потраживање престало.

653 Сматрамо да због брзине којом се промећу покретне ствари, овај рок не би требало да буде дужи од шест месеци.

654 „О оправданости и умесности својинске хипотеке не може бити никакве дискусије.” Марковић, Л., *Хипотекарно право*, страна 155.

Део VIII

ПРАВА И ОБАВЕЗЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА И ЗАЛОГОДАВЦА

1. ПРАВНА ПРИРОДА УГОВОРА О ЗАЛОЗИ

„Уговором о залози обавезује се залогодавац према повериоцу да му пружи обезбеђење за његово потраживање тако што ће се повериочево право на ствари уписати у регистар заложног права.”⁶⁵⁵

Уговор о залози је именован, формалан,⁶⁵⁶ двострано-обавезан,⁶⁵⁷ казуалан,⁶⁵⁸ теретан,⁶⁵⁹ комутативан,⁶⁶⁰ акцесоран уговор.⁶⁶¹ Уговор о залози се закључује без обзира на лична својства уговорника.⁶⁶²

Заснивање залогe има карактер конститутивног правног промета. Уговор није довољан за настанак заложног права. Уговарање залогe представља само *iustus titulus*, док је упис у јавну књигу *modus acquirendi*. Поред основног дејства усмереног на заснивање заложног права, уговор о залози производи и посредна дејства. Уговарањем залогe прекида се застарни рок, а ако је потраживање већ застарело, давање сагласности за упис залогe у регистар има карактер одрицања од застарелости.

Размотримо сада које то обавезе настају за уговорне стране закључењем овог двострано-обавезног уговора.

655 Члан 2, став 1. ЗОЗП.

656 Члан 3, став 2. ЗОЗП. Уговор се закључује у писаној форми и не мора бити оверен.

657 Расправа о томе да ли је уговор о залози једнострано или двострано обавезан Рашовић, З., *Заложно право на покрећним стварима*, стр. 174–179.

658 Основ (казуа) залогодавчеве обавезе лежи изван уговора о залози. Орлић М., у Станковић – Орлић, *Стварно право*, страна 247.

659 Уговору о залози, по правилу, претходи уговор о зајму са интересом, који је класичан пример онерозног уговора. Константиновић, М., *Облигационо право – општи део*, по белешкама с предавања средно В. Капор, Београд, 1959, страна 23.

660 Позната је висина и узајамни однос престација О појму комутативних уговора Перовић, С., *Облигационо право*, страна 208.

661 Акцесоран уговор је завистан од постојања неког другог уговора. Перовић, С., *Облигационо право*, страна 231.

662 Заложни поверилац уговара могућност принудног намирења из вредности предмета залогe, отуда су за њега много значајнија вредност и својства предмета залогe од личних својстава залогодавца.

2. ОБАВЕЗЕ ЗАЛОГОДАВЦА

А. Чување и одржавање предмета залогe

Залогодавац је дужан да по закључењу уговора о залози чува предмет заложног права са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.⁶⁶³ Код класичне залогe, обавеза пажљивог чувања оптерећеног добра је на страни повериоца.⁶⁶⁴

Ако је заложно право настало уписом у регистар, залогодавац има обавезу не само да ствар чува, већ и да одржава предмет залогe у исправном стању и врши потребне оправке на њему.⁶⁶⁵ Начин испуњења ове обавезе ће зависити од природе саме ствари. По правилу, залогодавац ће тако и поступати са стварима које му доносе приход, али се овом одредбом једноставо штите повериоци од несавесног поступања залогодавца. Дужник се не може ослободити одговорности доказујући да се на исти начин опходио и према осталим стварима у својој имовини. Заложене ствари добијају посебан статус и за њихову пропаст залогодавац одговара *culpa leviss in abstracto*.⁶⁶⁶

Шта ће се догодити ако дужник поступи супротно овој обавези?

Код класичне залогe залогодавац може захтевати да се заложена ствар одузме и преда трећем у секвестар.⁶⁶⁷ ЗОЗП се о овом питању изричито не изјашњава. Ипак, уговорне стране могу, у складу са начелом аутономије воље, уговорити да ако залогодавац, и пошто је опоменут, настави са немарним поступањем или неовлашћеном употребом предмета залогe, поверилац може покренути поступак за успостављање државине, или захтевати предају предмета залогe трећем лицу.

Залогодавац сноси трошкове који настају поводом држања и употребе оптерећеног добра. Ти трошкови могу бити последица замене потрошних делова (на пример, уља у мотору), отклањања кварова, али се могу јавити и као резултат других редовних обавеза власника предмета залогe (на пример, регистрација аутомобила).

663 Члан 18, став 1. ЗОЗП.

664 Српски грађански законик говори о обавези позорљивог чувања заложене ствари у § 317. СГЗ.

665 Члан 18, став 2. ЗОЗП.

666 Он је дужан о предмету залогe водити „онакву бригу какву би водио *bonus pater familias*, дакле он би био одговоран за апстрактну куппу”. Упоредити са обавезом повериоца код класичне залогe: Перих, Ж., *Сиварно право*, страна 208.

667 Члан 978. ЗОО. Рашовић, З., *Сиварно право*, страна 419.

Б. Осигурање предмета залогe

„Уговором о залози може се предвидети обавеза залогодавца да осигура предмет заложног права.”⁶⁶⁸

Ризик случајне пропасти ствари сноси њен власник. Ипак, поверилац ће у крајњој линији бити оштећен губитком заложног права које престаје пропашћу предмета залогe.⁶⁶⁹ Разуме се, залогa престаје само ако је њен предмет у потпуности ишчезао, тако да на његово место није ступила друга ствар или право. Ако је предмет заложног права био осигуран, заложно право се успоставља, по самом закону, на потраживању износа (накнаде) осигурања.⁶⁷⁰

Поверилац ће, дакле, инсистирати на томе да залогодавац осигура предмет залогe. Залогодавац, по правилу, закључује уговор о осигурању у своје име, а за рачун заложног повериоца. Залогодавац на себе преузима обавезу плаћања премије осигурања, док право наплате накнаде из осигурања припада кориснику односно заложном повериоцу.⁶⁷¹ Избор осигуравајућег друштва код кога ће предмет залогe бити осигуран обично подлеже претходном одобрењу заложног повериоца.⁶⁷²

В. Дужност сарадње у поступку принудне наплате

Од тренутка када је обавештен о почетку принудног намирења, залогодавац је дужан да сарађује са повериоцем.⁶⁷³ Он је дужан да повериоцу уступи државину на предмету залогe, да трпи намирење заложног повериоца продајом предмета залогe и да у вези с тим заложном повериоцу пружи потребна обавештења.⁶⁷⁴ На пример, залогодавац је дужан да заложног повериоца обавести о томе где се налази предмет залогe, као и о евентуалним недостацима на предмету залогe који могу утицати на умањење његове вредности или узроковати штету трећим лицима.

Залогодавац, такође, има обавезу да предмет заложног права или исправу која је неопходна за стицање државине преда заложном повериоцу на његов захтев. Он је дужан да заложном повериоцу стави на увид и располагање

668 Члан 19. ЗОЗП. Дужник и према МЗОП има обавезу осигурања предмета залогa (члан 15. МЗОП).

669 Заложно право престаје и брише се из Регистра залогe кад предмет заложног права пропадне. (члан 52, став 1. ЗОЗП).

670 Члан 52, став 2. ЗОЗП и члан 938. ЗОО.

671 Опширније о уговору о осигурању за туђ рачун Предраг Шулетић, *Право осигурања*, Београд, 1997, стр. 243–244.

672 Повериоци углавном захтевају да предмет залогe буде осигуран код осигуравајућег друштва које је повезано лице и тако се продаје целокупни пакет услуга.

673 Члан 38, став 1. ЗОЗП.

674 Члан 38, ст 2. ЗОЗП

документацију која се односи на оптерећено добро. На пример, пратећу техничку документацију ако је реч о машинама, саобраћајну дозволу код аутомобила, или листу стања на складишту, ако је предмет залог роба.

Г. Остале обавезе залогодавца

Дугорочни револвинг кредити обично подразумевају и глобално обезбеђење. Уговором о залози се као предмет залагања наводе све покретне ствари, непокретности, и права индустријске својине које залогодавац поседује. Залогодавац тада преузима и читав низ додатних обавеза.

а) Стављање на увид података о пословању

То подразумева: омогућавање прегледа пословних књига, достављање докумената (биланса стања, извода стања на рачунима, извештаја независних ревизора, извештаја намењених акционарима). Такви извештаји се заложном повериоцу достављају у правилним временским размацима, али и онда када то поверилац захтева.

б) Уздржавање од промене елемената правног лица

Залогодавац је такође дужан да поштује различите уговорне забране. По правилу је забрањено или подлеже претходном одобрењу повериоца:

- Спајање залогодавца са другим привредним субјектима;
- Промена власничке структуре залогодавца, докапитализација и слично;
- Промена делатности коју је залогодавац обављао до тренутка закључења уговора о залози;
- Промена имена или седишта залогодавца.

в) Обавештавања заложног повериоца о променама материјалних и правних околности у вези са оптерећеним добром

Залогодавац има обавезу да заложног повериоца обавести о евентуалној штети на предмету залог, о покретању парничног поступка ради намирења таквог потраживања, али и подношењу тужбе против залогодавца.⁶⁷⁵

г) Отварање посебног рачуна

Код кредитних послова који залогодавцу остављају могућност располагања предметом залог, обично се уговара обавеза залогодавца да отвори један или више рачуна посебне намене тзв. „lock-box account”. На овај рачун уплаћују се средства која залогодавац прибира продајом предмета залог у оквиру редовне делатности. Поверилац има бољу контролу над

тако оствареним приходима у погледу којих се такође успоставља заложно право.⁶⁷⁶ Сама контрола се одвија на основу додатног споразума тзв. „deposit account control agreement” између заложног повериоца, залогодавца и банке у којој је отворен рачун.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ Опширније о томе у делу књиге посвећеном приходима оствареним продајом предмета залог.

⁶⁷⁷ Ову конструкцију која се користи и код залагања потраживања, по правилу, допуњава још један рачун тзв. „concentration account” за прикупљање средстава са „lock-box accounts – а”. Ова средства се касније сходно инструкцијама пребацују на рачун агента повериоца „agent payment account” или се одмах користе за куповину потраживања „receivables”.

⁶⁷⁵ На пример, тужба за повраћај ствари од трећег лица које тврди да је власник.

3. ПРАВА ЗАЛОГОДАВЦА

А. Право на државину

Залогодавац и после уписа заложног права у регистар има право да држи предмет заложног права.⁶⁷⁸ Залогодавац је, дакле, непосредни својински држалац и предузима апрехензионе радње у односу на предмет залогa. Он може, путем дозвољене самопомоћи и државинским тужбама, штитити фактичку власт на предмету залогa у односу на сва трећа лица, па чак и заложног повериоца.

Заложни поверилац нема, дакле, реалну фактичку власт на предмету залогa. Поставља се, стога, питање има ли заложни поверилац право на државинску заштиту, ако предмет залогa буде одузет залогодавцу, а он поводом тога ништа не предузима.

Да ли је заложни поверилац уписом заложног права у Регистар постао (табуларни) држалац?⁶⁷⁹

Сматрамо да би прихватање става о табуларној државини заложног повериоца било исувише екстензивно. С једне стране, поверилац никада није био у поседу предмета залогa, а с друге стране, чини се да о табуларној државини можемо говорити само ако она води одржају, као што је то случај код уписа права својине у земљишне књиге.⁶⁸⁰ Ипак, несавесно поступање залогодавца у ситуацији када би морао заштити своју државину, могло би се уговором предвидети као разлог за привремено доспеће.

Ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости, заложни поверилац *ipso iure* стиче право на државину. Од тог тренутка заложни поверилац има могућност државинске заштите, без обзира на то што до тада није остваривао фактичку власт и што је апрехензионе радње предузимао искључиво залогодавац.

Чини се да државина заложног повериоца у случају доцње дужника има карактеристике спиритуализоване државине.⁶⁸¹ Ако изостане

678 Члан 20, став 1. ЗОЗП.

679 О примерима табуларне државине: Водинелић, Владимир, *Државина и прилежње*, у „Промене својинског законодавства у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи – „Институт за упоредно право, Београд, 2004, страна 45.

680 Неки наши писци сматрају да ни табуларни (земљишнокњижни) држалац нема могућност државинске заштите: Гамс, А., *Основи стварног права*, страна 205; док други сматрају да у одређеним ситуацијама табуларни држалац може употребити државинске тужбе. Станковић, О., у Станковић-Орлић, *Стварно право*, страна 52.

681 Члан 73. ЗОСПО. Опширније о државини без фактичке власти: Станковић, О., у Станковић-Орлић, *Стварно право*, страна 34. и Рашовић, З., *Стварно право*, страна 49.

добровољно препуштање државине, заложни поверилац може у посебном поступку успоставити фактичку власт на предмету залогa, али му није допуштено да то учини путем самопомоћи.⁶⁸²

Б. Право на употребу и прибирање плодова

„Залогодавац је овлашћен да употребљава предмет заложног права према његовој уобичајној намени.“⁶⁸³

„Уговором о залози може се ограничити употреба предмета заложног права и одредити начин на који залогодавац може убудуће да га употребљава.“⁶⁸⁴

Залогодавац, као непосредни држалац предмета залогa, задржава овлашћење употребе (*ius utendi*). Залогодавац, такође, може, уз накнаду или без накнаде, уступити употребу оптерећеног добра трећем лицу, на пример, закључити уговор о закупу или послузи. По правилу, у уговор о залози уноси се одредба по којој је залогодавац у случају да предаје предмет залогa у државину трећег лица дужан да о томе, без одлагања, обавести повериоца у писаном облику.⁶⁸⁵

„Ако предмет заложног права даје плодове, залогодавац је овлашћен да их прибира.“⁶⁸⁶ Он не само да има право прибирања плодова (*ius fructu*), него и обавезу да то чини на време. Пропуштање прибирања природних плодова може довести до умањења вредности предмета залогa, па и његовог уништења. Занемаривање наплате цивилних плодова може довести до застарелости, што у крајњој линији, такође угрожава намирење обезбеђеног потраживања.

Уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право на плодове. У том случају се износ чистог прихода од плодова одбија најпре од износа трошкова намирења, камате, а потом од главног дуга.

В. Право располагања предметом залогa

Залогодавац може фактички и правно да располаже оптерећеним добром (*ius disponendi*).

Под фактичким располагањем се подразумева могућност предузимања материјалних аката у односу на предмет залогa. Начин остваривања овог

682 Члан 41. ЗОЗП.

683 Члан 20, став 3. ЗОЗП.

684 Уговором се могу и потпуно искључити неки начини употребе ствари (члан 26. ЗОЗП).

685 У пословној пракси, у том случају, повериоци инсистирају на достављању садржине уговора закљученог са трећим лицем. Уговор мора садржати одредбе о томе да је трећи упознат са постојањем заложног права и да заложном повериоцу неће бити отежан приступ оптерећеном добру – („Collateral Acces Agreement”).

686 Члан 21, став 1. ЗОЗП.

овлашћења зависи, пре свега, од природе оптерећеног добра, али и намере самих уговорника. Ако су предмет залог ствари намењене преради (сировине), дужник на основу уговора, по правилу, наставља са обављањем своје делатности, с тим да се заложно право успоставља и на готовим производима.

У погледу правног располагања, залогодавац може отуђити предмет залог или засновати неко уже право у корист трећег лица. Ако залогодавац предмет залог продаје у оквиру своје редовне делатности, купац стиче право својине без терета.⁶⁸⁷ Такво располагање је у интересу заложног повериоца, пошто дужнику доноси приходе неопходне за измирење дуга. Залогодавац не може правно располагати предметом заложног права без дозволе залогопримца, после достављања обавештења заложног повериоца о намери да потраживање принудно наплати из цене остварене продајом оптерећеног добра.⁶⁸⁸

Г. Уговорне забране отуђења и оптерећења

„Уговором о залози може се искључити право залогодавца да отуђи предмет заложног права.”⁶⁸⁹

„Залогодавац може поново заложити предмет заложног права, ако уговором није друкчије предвиђено.”⁶⁹⁰

У савременој пословној пракси уговор о залози, по правилу, садржи забрану поновног залагања.⁶⁹¹ У складу са општим правилима облигационог права, уговорна одредба не може производити дејство у односу на трећа лица уколико она нису била упозната са том чињеницом. Повериоци ће, стога, настојати да се постојање овог углавка забележи у Регистру залог.⁶⁹²

Забрана залагања се може појавити и као клаузула уговора о зајму у облику тзв. „negative pledge clause”.⁶⁹³ Укратко, „negative pledge clause” је

687 Члан 23, став 6. ЗОЗП.

688 Члан 42, став 1. ЗОЗП

689 Члан 24. ЗОЗП. Више о томе у делу КЊИГЕ посвећеном дејству регистроване залог према трећим лицима (Део IX).

690 Члан 25. ЗОЗП.

691 Код залог на моторном возилу, у француском праву, искључена је могућност вишеструког залагања, услед постојања фикције државине у корист заложног повериоца. Cabrillac, M.,- Mouly, C., *Droit des sûretés*, страна 532. Уговорно ограничење накнадног залагања је нарочито значајно у енглеском праву, где нова средства обезбеђења у форми „fixed charge” остварују првенство у односу на претходно заснован „floating charge”. Предлози за реформу иду ка томе да тренутак регистрације буде одлучујући за стицање приоритетних права и код „floating charge”, тако да би „negative pledge clause” изгубила свој значај. О потреби елиминисања разлика између „floating charge” и „fixed charge” пара 2.43 (7) Company Security Interest, A Consultative Report.

692 Тек регистрацијом уговорних ограничења („restrictive clauses”) наступла њихово дејство *erga omnes*. Такав принцип прихваћен је и у израелском праву. Опширније Lerner, Shalom, *Restrictive Terms in Floating Charges: the Israeli Experience*, 39 „St. Louis University Law Journal” 841, Spring 1995, страна 852.

693 У ширем смислу, и забрана поновног залагања као углавак уговора о залози је „negative pledge clause”. Jonathan. Arkins, *OK – So You ‘ve Promised, Right? The Negative Pledge Clause and the „Security” It Provides*, „Journal of International Banking Law” 2000, страна 199.

обећање зајмопримца дато повериоцу, да неће залагати ствари и права из садашње или будуће имовине с циљем обезбеђења потраживања потоњих поверилаца.

Поред „absolute negative pledge clause”, која потпуно искључује будуће залагање, чести су и облици „equal and ratable security” и „matching security” којим поверилац за себе уговара једнак положај у намирењу са евентуалним заложним повериоцима.⁶⁹⁴

Уговарање забране каснијег залагања ствара за повериоца само релативно право, које се не може супроставити трећим лицима. У случају повреде такве уговорне обавезе, поверилац стиче само могућност да захтева накнаду штете. Другим речима, поверилац који је своје потраживање обезбедио залогом, имаће првенство у намирењу и у односу на ово потраживање.

И поред искључиво облигационоправног дејства, „negative pledge clause” се често користи код кредитирања великих мултинационалних компанија. Уговарање „negative pledge clause” је уобичајено и у међународним кредитним односима. Нарочито када се као зајмопримци појављују државе које на први поглед не могу банкротирати.⁶⁹⁵ На пример, „negative pledge clause” је правило у кредитној пракси Светске банке.⁶⁹⁶

Има аутора који се залажу за остваривање приоритета уговорне забране заснивања заложног права од тренутка њеног уписа у јавну књигу.⁶⁹⁷ Чини се, ипак, да лицима која уговарају забрану залагања објављивање ове клаузуле није нарочито важно. Велике компаније се у дугорочним пословним односима ослањају више на добру веру и пословну етику. Не треба занемарити ни огромну вредност имовине ових компанија, која служи као општа залог за намирење њихових обавеза, те готово монополски положај одређених поверилаца чију благонаклоност дужници не желе да изгубе.

Код кредитирања од међународних финансијских институција, дужник је суочен са различитим облицима институционалних и других средстава које стоје на располагању повериоцу, те је поступање противно уговорној забрани залагања готово неизводиво.

694 Циљ таквих клаузула није да спрече накнадно залагање већ да осигурају једнак третман повериоцу који је претходно уговорио „negative pledge clause”. Mitchell, Thomas, *The Negative Pledge Clause and The Classification of Financing Devices, A Question Of Perspective*, 60 „American Bankruptcy Law Journal” 263, Summer 1986, страна 287.

695 Други значајан разлог је и велика конкуренција међу кредиторима. Asiadu – Akrofi, Derek, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, 26 „Law and Policy In International Business” 407, Winter 1995, стр. 408–409.

696 О кредитној пракси Светске банке у односу на државе чланице и друге финансијске организације потраживање је, по правилу, необезбеђено, али уговор о кредиту садржи „negative pledge clause”. Када банка кредитира приватна лица захтевају се гаранције државе чланице. Asiadu – Akrofi, D., *наведено дело*, стр. 426–427.

697 Bjerre, Carl, *Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants*, 84 „Cornell Law Review” 305, стр. 347–348. У нашем праву идеја уписа облигационог права у јавне књиге није нова ако се узме у обзир могућност уписа уговорног права прече куповине у земљишне књиге. О могућности супростављања уговорног права прече куповине трећим лицима Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сиварно право*, страна 290.

Уговорне забране отуђења и оптерећења у савременој пословној пракси се обично формулишу тако да повреда уговорне обавезе залогодавца доводи до доспелости потраживања.⁶⁹⁸ Намеће се питање да ли би се у нашем праву могла уговорити клаузула о превременом доспећу обезбеђеног потраживања („acceleration clause“)?⁶⁹⁹ Правило је да поверилац не може тражити наплату пре рока.⁷⁰⁰ У супротном би правни положај дужника био крајње несигуран.⁷⁰¹ Ипак, наше позитивно право познаје одређене изузетке када потраживања доспевају по самом закону.

Даном покретања стечајног поступка, потраживања поверилаца према стечајном дужнику која нису доспела, сматрају се доспелим.⁷⁰²

Код уговорне хипотеке поверилац има право да захтева да му дужник пружи додатно обезбеђење сличног степена сигурности ако је због понашања, односно радњи власника, односно непосредног држаоца, вредност предмета хипотеке смањена; или због радњи које власник намерава да предузме прети опасност од смањења вредности предмета хипотеке. Ако у овим случајевима дужник не пружи додатно обезбеђење, поверилац има право да захтева наплату целог потраживања из вредности непокретности без одлагања.⁷⁰³ Могућност намирења пре доспелости постоји, такође, и код уговорног залагања бродова.⁷⁰⁴

698 По правилу, уговорне стране у зависности од садржине конкретног уговора дефинишу шта ће се поред неизмирења обавезе о доспелости сматрати за „default“. Наступање околности као што су оштећење и нестанак предмета залого, пропуштање плаћања премије осигурања и слично доводи до тренутне доспелости целокупног потраживања. White, J. – Summers, R., *наведено дело*, стр. 885–887.

699 У праву Републике Српске, заложни поверилац може захтевати принудну наплату обезбеђеног потраживања и пре његовог доспећа, ако заложни дужник не пријави закључење уговора о отуђењу или повреди уговорну забрану отуђења или даљег залагања заложене индивидуално одређене ствари. Члан 22. ЗОРЗ.

700 „Залогодавац нема право пре уреченог времена зајам натраг искати. Но у случају опасности да му зајам пропасти може, може он својим путем себе осигурати“. § 605. СГЗ. Поверилац у том случају има право тражити обезбеђење, али то не овлашћује повериоца да тражи и сам дуг пре рока. Такво становиште износи Периф, Ж., *Облијационо (Тражбено) право*, други део, страна 70.

701 „Залогопримац би био изложен сталном страховању у очекивању када ће му залогодавац затражити повраћај дуга.“ Перовић, С., *Облијационо право*, страна 650.

702 Члан 67. Закона о стечајном поступку.

703 Смањење вредности предмета хипотеке утврђује судски вештак, на захтев повериоца (члан 18 Закона о хипотеци). Слична правило је било предвиђено и у члану 67. ЗОСПО: „Ако хипотекарни дужник смањује вредност непокретности или на други начин погоршава њено стање хипотекарни поверилац може тражити да суд наложи хипотекарном дужнику да се уздржи од таквих радњи, а ако он то не учини, може захтевати принудну наплату потраживања обезбеђеног хипотеком и пре његове доспелости.“

704 „Кад брод претрпи таква оштећења или је његово стање такво да уговорно заложно право не даје довољно сигурности за измирење потраживања, уговорни заложни поверилац може захтевати исплату потраживања и пре доспелости, ако му дужник за разлику насталу тим смањењем сигурности не понуди обезбеђење на други начин.“ чл 244. Закона о поморској и унутрашњој пловидби („Службени лист СРЈ“, бр. 12/98, 44/99, 74/99 и 73/2000).

Заложно право уписано на непокретности се гаси даном правноснажности решења о продаји непокретности. У поступку извршења на непокретности намирује се и заложни извршни поверилац који није предложио извршење.⁷⁰⁵ То практично, значи да се заложни поверилац у извршном поступку који је покренуо други поверилац намирује из цене остварене продајом предмета залого, без обзира на то да ли је његово потраживање доспело.⁷⁰⁶

Код класичне залого, поверилац недоспелог потраживања које је угрожено, може захтевати превремену продају, с тим да се цена остварена продајом депонује у суду.⁷⁰⁷ Такво би се правило могло аналогно применити и у погледу регистроване залого. Ако се предмет залого квари или губи вредност, те постоји опасност да постане недовољна за обезбеђење, суд би на захтев повериоца могао донети одлуку о превременој продаји и депоновању продајне цене или довољног дела цене у суду.

Чини се да слобода уговарања код регистроване залого отвара широке могућности. Залогодавац као власник и непосредни држалац извлачи користи из предмета залого и након залагања. Ипак, право залогодавца је ограничено, тако да може употребљавати оптерећено добро искључиво у складу са његовом наменом.

Чим дужник доводи у питање повериочеву наплату, поверилац има права да тражи цео дуг.⁷⁰⁸ Другим речима, залогодавац губи благодети рока ако запушта, редовно не одржава, или на други начин угрожава предмет залого тако да се његова вредност смањује.⁷⁰⁹ На тај начин се жели предупредити тзв. недовољност залого (*insufficientia pignoris*). Стога сматрамо да уговорници и у нашем праву могу предвидети да ће се обезбеђено потраживање сматрати доспелим ако залогодавац:

а) употребљава предмет залого противно уобичајној намени, тако да постоји опасност умањења његове вредности;

б) уступи употребу предмета залого трећем лицу без сагласности заложног повериоца;⁷¹⁰ и

705 Члан 105. ЗИП.

706 „И повериоце чијим тражбинама још није рок дошао треба измирити“. Периф, Ж., *Облијационо (Тражбено) право*, други део, страна 69.

707 Члан 982, став 1. ЗОО. Рашовић, З., *Сиварно право*, страна 415.

708 § 1188 ФГЗ. Код залого на трговачкој радњи у француском праву, залогодавац губи привилегију рока ако премести радњу без претходног обавештавања заложног повериоца. Чак и ако је обавештење постојало, али је премештање радње довело до смањења њене вредности, поверилац може захтевати од суда да прогласи доспелост. Simler, Ph.- Delebecque, Ph., *наведено дело*, страна 525.

709 У америчком праву се као разлози који узрокују „default“ и превремено доспеће наводе и премештање предмета залого с места утврђеног уговором, крађа, губитак или значајно оштећење предмета залого. Lawrence, W. – Henning, W. – Freyerth, R., *наведено дело*, страна 424.

710 Са успањем ваља изједначити и ситуацију у којој је треће лице неовлашћено одузело предмет залого од залогодавца, а он не чини ништа да ствар поврати.

в) отуђи или оптерети предмет залогe противно уговорној или законској забрани.⁷¹¹

У случају таквог уговарања, последице повреде уговорне обавезе би биле троструке. Превремено доспеће потраживања, одговорност за штету коју трпи поверилац и кривична санкција ако у поступању залогодавца има елементи кривичног дела.⁷¹²

Д. Уступање заложног права и подзалога

Заложни поверилац може уступити своје обезбеђено потраживање трећем лицу. Он, такође, може засновати залог на потраживању обезбеђеном заложним правом. И у једном и у другом случају, заложно право као акцесорно прати тражбину. Заложни поверилац, дакле, може потпуно и делимично располагати заложним правом, али не одвојено од њиме обезбеђеног потраживања.⁷¹³ Уговор о уступању, односно залагању потраживања је само *iustus titulus*, док је упис у регистар *modus acquirendi*.

С тим у вези, намеће се питање може ли заложни поверилац без сагласности залогодавца уступити заложно право односно засновати подзалог у корист трећег лица?⁷¹⁴ Код класичне залогe уступањем и залагањем потраживања на новог повериоца прелази и заложно право. Сагласност залогодавца није потребна, довољно је да буде писмено обавештен. Међутим, предмет заложног права се не може предати новом залогопримцу без сагласности залогодавца.⁷¹⁵

Можемо ли питању располагања заложним правом приступити на исти начин и код залогe која настаје уписом у одговарајући регистар?

711 Ову листу не треба сматрати затвореном. Њена садржина ће зависити од природе оптерећеног добра и намере странака. Као разлози за превремено доспеће се могу појавити и: пропуштање плаћања премије осигурања, ускраћивање непосредног увида у стање предмета залогe и документацију која се на њега односи, умањење вредности предмета залогe испод одређеног нивоа и слично.

712 „Ко у намери да осујети остварење права на ствари отуђи, уништи, оштети или одузме своју ствар на којој други има заложно право или право уживања и тиме га оштети казниће се новчаном казном или затвором до шест месеци.“ Ако су овим делом оштећени грађани, гоњење се предузима по приватној тужби (члан 220. Кривичног законика РС). У француском праву, код залогe на трговачкој радњи, постоји кривична одговорност залогодавца ако располаже одвојеним елементом радње, пошто је реч о употреби оптерећеног добра противно његовој намени. Simler, Ph. – Delebecque, Ph., *наведено дело*, страна 525. Кривична санкција следи и у случају раскида уговора о закупу пословних просторија као и код премештања радње које умањује њену вредност, или утиче на публицитет обезбеђења. Sabrillac, M., Mouly, C., *Droit des sûretés*, страна 530.

713 Уговор о уступању залогe одвојено од потраживања не производи правна дејства.

714 О могућностима забране уступања и залагања потраживања McCormack, G., *Debts and Non-Assignment Clauses*, J.B.L. Ser, 2000, страна 439.

715 Члан 976, став 1 ЗОО. У енглеском праву се тада први залогопримац појављује као „trustee“ новог залогопримца. Goode, R., *Commercial Law*, страна 697.

Изгледа да у том погледу регистрована залогa више личи на хипотеку. Успостављање надхипотеке на заложеној непокретности је могуће без сагласности власника хипотековане непокретности. Чини се да исто правило можемо применити и код регистроване залогe.⁷¹⁶ Заложни поверилац може уступити своје потраживање ради обезбеђења и дати сагласност за упис подзалога у Регистар без дозволе залогодавца.⁷¹⁷ Подзалогу је могуће установити само до висине потраживања обезбеђеног залогом. Од уписа подзалога у Регистар, дужник се ослобађа обавезе само ако је испуни подзалогопримцу или по његовом налогу. Престанком потраживања залогa и подзалога постају излишне, те залогодавац може захтевати да се испишу из Регистра.⁷¹⁸

716 Упоредити са чланом 66, став 2. ЗОСПО: „Хипотекарни поверилац може засновати хипотеку на постојећој хипотеци у корист трећег лица без пристанка хипотекарног дужника.“ Гамс, А., *Основи стварног права*, страна 165, Орлић М., у Станковић-Орлић, *Стварно право*, страна 279. и Стојановић, Д., *Стварно право*, страна 266. „Пренесена залогa и подзалога стичу се даном уписа у Регистар залогa.“ члан 12, став 3. ЗОРЗ.

717 Довољно је да дужник буде обавештен о уступању article 16 United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade.

718 Постојање подзалога зависи од постојања личне тражбине. Марковић, Л., *Грађанско право, Општи део и Стварно право*, страна 540.

4. ПРАВА ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА

А. Упис заложног права у регистар

Уговором о залози поверилац стиче право на интабулацију. Ово право се огледа у могућности заложног повериоца да уговорену залогу упише у регистар. Пристанак дужника на упис мора бити изречно изражен. Ако је залогодавац физичко лице, изјаву којом пристаје да поверилац упише заложно право мора оверити орган надлежан за оверу.⁷¹⁹ Од тренутка уписа наступају дејства заложног права *erga omnes*. Заложно право улази у период гарантовања.

Б. Принудно намирења из вредности предмета залогe

У случају доцње дужника, заложни поверилац стиче право да уновчи предмет залогe, те из тако остварне цене намири своје потраживање. Ако дужник не измири своју обавезу о доспелости, заложно право из мирног периода гарантовања улази у период намирења. Право на продају оптерећеног добра (*ius distrahendi*) је још у римском праву препознато као редовно овлашћење заложног повериоца.⁷²⁰ Заложни поверилац може по слободној вољи одлучити да ли ће уопште користити заложно право. Без обзира на уговорено обезбеђење, заложни поверилац може као и обични (хирограферни) повериоци захтевати принудно намирење из имовине дужника. Заснивањем залогe, одговорност дужника је само појачана стварним правом, али није престала његова лична одговорност за дуг.⁷²¹

Право на принудно намирење код регистроване залогe, по правилу, отвара повериоцу две могућности:

- а) намирење у судском поступку и
- б) намирење без уплитања државних органа.

Према ЗОЗП, вансудско намирење се може уговорити ако залогодавац има својство привредног субјекта.⁷²²

В. Право следовања и право првенства

Уписом заложног права у регистар заложни поверилац стиче право следовања и право првенства. Право следовања омогућава заложном повериоцу да супростави залогу свим трећим лицима.⁷²³ Право првенства се огледа у могућности заложног повериоца да се намири пре обичних поверилаца, па и оних обезбеђених чије је заложно право касније настало.⁷²⁴ На овом месту ћемо се задржати на овлашћењима заложног повериоца која су у вези са правом првенства, али се појављују искључиво код вишеструког залагања. То су: право уступања реда првенства и право преузимања исплате (*ius offerendi*).

Заложни поверилац може располагати редом првенства тако што ће уступити стечени ранг у намирењу заложном повериоцу који је слабији по рангу.⁷²⁵ Ако уступање реда првенства угрожава правни положај осталих заложних поверилаца, неопходно је прибавити и њихову сагласност.

Ius offerendi је овлашћење заложног повериоца да измири тражбину повериоца који захтева принудну продају предмета залогe и ступи на његово место.⁷²⁶ Ово право заложног повериоца траје искључиво у периоду од кад је сазнао за отварање поступка принудог намирења, до његовог окончања продајом предмета залогe. Ако би поверилац који тражи принудну продају одбио исплату потраживања поверилаца који су слабији по рангу, такав износ би се могао положити у суд.⁷²⁷

Г. Право на контролу

Поверилац има право на повремену преглед оптерећеног добра. Код дугорочног кредитирања се уговара и могућност повериоца да оствари увид у пословање дужника кроз преглед пословних књига дужника. Редовна контрола омогућава повериоцу да у ситуацијама када га дужник не обавести о променама на предмету залогe, на време открије умањење, односно опасност умањења вредности предмета залогe.

723 Код класичне залогe поверилац може повратити ствар која му је одузета путем *vindicatio pignoris*. Станковић, О., *Белешке о заложној римској праву на државину*, страна 259.

724 Опширније о овим правима заложног повериоца у делу књиге посвећеном дејству регистроване залогe према трећим лицима (Део IX).

725 Право на ранг је специјално право повериоца и може се уступити независно од заложног права. О рангу хипотеке: Марковић, Л., *Грађанско право, Ојшћии део и Сиварно право*, страна 543.

726 Ово право има и реални дужник – власник заложене ствари. Лазић, Мирослав, *Рані сиварних права*, „Правни живот”, број 10/2002, страна 80.

727 Vizner, B., *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, страна 431.

719 Члан 65, став 3, тачка 2. ЗОЗП.

720 Марковић, Л., *Хијојшекарно право*, страна 11; Милошевић, М., *Римско право*, страна 257.

721 Уговором о залози се може предвидети да лична одговорност буде супсидијарна, односно да поверилац најпре мора покушати принудно намирење продајом оптерећеног добра. Gavella, N., (red.), *Sivarno pravo*, страна 730.

722 Вансудско намирење је могуће само ако је уговорено. Опширније о правима заложног повериоца у случају доцње дужника видети у делу књиге посвећеном принудном намирењу обезбеђеног потраживања (Део X).

Са правом на контролу је повезано и право повериоца да захтева замену или допуну предмета залогe.⁷²⁸ Ово право заложног повериоца произилази из природе уговора о залози који је теретан. Сходно томе, залогодавац одговара за материјалне и правне недостатке предмета залогe.⁷²⁹ Заложни поверилац кога је залогодавац обавестио о променама, или је у поступку контроле уочио да вредност предмета залогe постаје недовољна за обезбеђење могао би захтевати замену, односно допуну предмета залогe. Право на контролу је значајно нарочито када је предмет залогe промењиве садржине. Заложни поверилац непосредно, или поверавањем контроле трећем лицу спречава да вредност робе на складишту падне испод одређеног нивоа.

5. ОБАВЕЗЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА

А. Обавештавање залогодавца о начину уновчења

Ако дужник не измири своју обавезу о доспелости, поверилац може приступити принудном намирењу. У поступку принудне наплате, заложни поверилац је дужан да обавести дужника и залогодавца, када то није исто лице, као и треће лице код којег се ствар налази, о месту и времену одржавања продаје. Циљ такве одредбе је да се омогући јавност поступка намирења и објективност постигнуте цене.

Б. Давање сагласности за брисање залогe

Ако дужник измири своју обавезу о доспелости, поверилац је дужан да му изда одговарајућу потврду да је дуг престао. Поред тога, он мора дужника снабдети писменом изјавом да пристаје на брисање залогe из Регистра.⁷³⁰

Намирење дуга се појављује као претпоставка за давање брисовне дозволе. Наравно, заложни поверилац се може једнострано одрећи заложног права и без намирења потраживања.

Ако заложни поверилац не дозволи гашење заложног права, залогодавац може брисовном тужбом издејствовати испис.⁷³¹ Овом тужбом се од суда захтева да установи да је заложно право престало. Залогодавац ће, по правилу, захтевати и да се до окончања парнице у Регистар упише забелешка спора, како би се трећа лица могла упознати са овом чињеницом.⁷³²

730 „Ако дужник тражи брисање заложног права дужан је да поднесе Регистру писмену изјаву заложног повериоца да пристаје на брисање или судску одлуку да је заложно право престало” – члан 55. ЗОЗП. Код залогe на трговачкој радњи у француском праву, брисање се може захтевати ако је приложен пристанак повериоца у форми јавне исправе или судска одлука. Simler, Ph.- Delebecque, Ph., *наведено дело*, страна 524; ЗОЗП не регулише изричито питање, шта се догађа ако поверилац не изда залогодавцу потврду да је дуг исплаћен. Можда није довољно рећи да заложно право престаје и брише се из регистра на захтев заложног повериоца, дужника односно залогодавца када то није исто лице (члан 51 ЗОЗП). У америчком праву поверилац има обавезу да у року од 20 дана од одговарајућег захтева достави дужнику „termination statement”, у супротном дугује 500 \$ и одговара дужнику за претрпљену штету. UCC §§ 9-513, 9-625.

731 У једном случају из наше судске праксе, туженом је наложено да изда брисовну дозволу односно да ће ако он то одбије тужитељ на основу пресуде моћи да захтева брисање хипотеке. *Пресуда Окружної суда у Новом Сагу*, Гж.4443/92 од 23. 3. 1994, *Судска пракса у М. Срдић – Р. Слијепчевић, Заложно право у обезбеђењу и ојивања*, страна 139.

732 Члан 64, став 2. ЗОЗП.

728 Опширније о начину остваривања овог права код класичне залогe: Марковић, Л., *Грађанско право, Ојивање део и Сиварно право*, страна 576. и Рашовић, З., *Сиварно право*, страна 414.

729 Поверилац нема право на другу заложну ствар ако предмет залогe пропадне услед више силе или кривицом трећег лица. Код класичне залогe залогодавац одговара само за скривене недостатке предмета који су постојали у тренутку закључења уговора о залози. Ковачевић-Куштримовић, Р. – Лазић, М., *Сиварно право*, страна 288.

Део IX

ДЕЈСТВА РЕГИСТРОВАНЕ ЗАЛОГЕ ПРЕМА
ТРЕЋИМ ЛИЦИМА

1. ДЕЈСТВА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА *ERGA OMNES*

Стварноправна средства обезбеђења потраживања дају повериоцу најмање два права: право следовања и право првенства. Залогодавац на основу овлашћења следовања може захтевати принудно уновчења оптерећеног добра, без обзира на то у чијим рукама се оно тренутно налази.⁷³³

Према Закону о облигационим односима уговорно заложно право настаје предајом предмета залогe повериоцу.⁷³⁴ Залогопримац може заложену ствар која му је одузета повратити било државинском тужбом, било путем *vindicatio pignoris*.⁷³⁵ Међутим, државина залогопримца у очима трећих лица ствара привид власништва, те није занемарљива опасност да залогопримац поступи противно уговору и оптерећено добро отуђи. Ако су испуњени општи услови за стицање од невласника, треће савесно лице ће стећи право својине, од залогопримца коме је власник на основу уговора поверио предмет залогe на чување.

Код регистроване залогe предмет залогe остаје у непосредној државини дужника. Ризик неовлашћеног фактичког и правног располагања и даље постоји, али су улоге обрнуте.

Професор Константиновић је о томе резонувао на следећи начин: „Обично се каже: хипотека на стоци представља за заложног повериоца једну опасност, дужник може стоку отуђити или уништити и на тај начин осујетити реализовање залогe”. Та је опасност претерано увеличана; у сваком случају, она није такве природе да се против ње не би могло ништа предузети. Разуме се, против савесног прибавиоца стоке као и оног коме је стока предата у залогу не би се могло ништа, иначе би се уздрмала сигурност оптицаја покретних добара.”⁷³⁶

Уговор о залози производи дејства *inter partes*. Сагласношћу воља уговорних страна настају релативна права која, по правилу, немају снагу према трећим лицима. Упис залогe у регистар доноси квалитативну промену повериоцевом праву, оно од тог тренутка делује *erga omnes*. Објава његовог постојања има, дакле, конститутивни карактер за настанак апсолутног права.⁷³⁷

733 Goode, R., *Commercial Law*, страна 673.

734 Члан 968. ЗОО.

735 Станковић, О., *Белешке о заложној праву на државину*, страна 260; Ђуровић, Љ., *Уговор о ручној залози*, страна 1131.

736 Константиновић, М., *Хипотека на стоци*, страна 379.

737 Чини се да би упис код регистроване залогe могао имати и декларативни карактер. Залогодавац може на основу уговора о залози претходно предати ствар повериоцу, с тим да касније изврше упис. Дакле, залогa која је изворно настала као класична, државинска залогa, може уз испуњење додатних услова прерасти у регистровану залогу. Насупрот томе, код хипотеке, упис у јавну књигу увек има конститутивни карактер.

ЗОЗП прописује:

„Залогодавац може отуђити предмет заложног права и право својине пренети на треће лице.”⁷³⁸

„Прибавилац стиче право својине оптерећено уписаним заложним правом.”⁷³⁹

Стога је залогодавац дужан да без одлагања, поднесе захтев ради уписа заложног права у Регистар залогa на терет новог власника.⁷⁴⁰

„Залогодавац и нови власник солидарно одговарају заложном повериоцу за штету која може настати због њиховог пропуста да у Регистар упишу заложно право на терет новог власника.”⁷⁴¹

Закон не каже ништа о ситуацији, у којој, насупрот законској обавези, до уписа заложног права на терет новог власника ипак не дође, а купац предмет залогa поново прода. Пошто заложно право није уписано на име претходног купца, постоји реална могућност да нови купац буде савестан и тако стекне право својине на предмету залогa неоптерећено заложним правом повериоца.

Поверилац, наравно, може захтевати накнаду штете од дужника и првог купца, али је његов положај прилично ослабљен. Он губи заложно право које прати ствар и обезбеђује му приоритет у намирењу потраживања у односу на остале повериоце.

Овом питању би се могло приступити и нешто другачије, те рећи да је такав уговор о преносу својине на оптерећеном добру ништав, ако изостане упис заложног права на терет новог власника.

Друга могућност је прихватање правила да сваки нови власник солидарно са залогодавцем одговара за штету коју трпи поверилац, без обзира на то да ли се о постојању залогa могао обавестити из Регистра.

Ипак, чини се да нема ваљаних разлога за одговорност савесног купца за штету коју трпи заложни поверилац.⁷⁴²

⁷³⁸ Члан 23, став 1. ЗОЗП.

⁷³⁹ Члан 23, став 5. ЗОЗП. Наравно да ће се овде применити правила о одговорности продавца за правне недостатке ствари. Опширније о заштити од евикције: Константиновић, М., *Облигационо право – општи део*, стр. 67–70.

⁷⁴⁰ Иста обавеза терети и новог власника (члан 23, став 3. ЗОЗП). У праву Републике Српске, заложни дужник је дужан поднети пријаву о закључењу уговора о отуђењу у року од пет дана по његовом закључењу, ради уписа у Регистар залогa новог власника заложене ствари односно чланског удела (члан 19, став 3. ЗОРЗ). Сматрамо да је наш законодавац исправно поступио прописујући да се регистрација залогa на име новог власника мора извршити без одлагања. Остављање рока, па био то и рок од пет дана, представља озбиљну опасност по поузданост и потпуност података у Регистру.

⁷⁴¹ Члан 23, став 4. ЗОЗП.

⁷⁴² У упоредном праву постоји општа сагласност да у ситуацији када власник заложног предмета ствари без предаје у посед повериоцу, а потом их прода трећем лицу, предност треба дати савесном купцу. Wood, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, страна 173.

2. СТИЦАЊЕ ПРАВА СВОЈИНЕ НА ПРЕДМЕТУ ЗАЛОГЕ БЕЗ ТЕРЕТА

А. Продаја предмета залогe у оквиру редовне делатности

„Ако залогодавац предмет заложног права продаје у оквиру своје редовне делатности, купац стиче право својине без терета.”⁷⁴³

ЗОЗП не даје дефиницију шта се то сматра редовном делатношћу правног субјекта.

У праву Црне Горе је у сличном контексту прихваћен стандард „уобичајени ток пословања”⁷⁴⁴ „Уобичајним током пословања сматра се куповина делова инвентара у складу са уобичајним пословањем продавца чиме купац стиче право својине неоптерећено уговорном залогом, чак и ако је та залогa перфектуирана и ако је купац имао сазнање о тој залози.”⁷⁴⁵

⁷⁴³ Члан 23, став 6. ЗОЗП. Чини се да свако лице које је ствар прибавило уз накнаду од залогодавца такође стиче право својине без терета. На пример, предузеће које у оквиру редовне делатности производи и продаје намештај закључи уговор о размени неколико столова оптерећених залогом са предузећем које их снабдева вијцима. Столови којим ће друго предузеће наместити нове канцеларије нису оптерећени залогом, иако није било речи о куповини у оквиру редовне делатности. Нешто сложенија ситуација је ако, на пример, приватни колекционар закључи с галеријом уговор о размени два „уља на платну”. У таквом случају, колекционар, чини се, стиче право својине без терета, без обзира на то што је слика коју је добио у размени можда предмет регистроване залогe. Иако важе правила о реалној суброгацији, заложни поверилац ће кроз уговорну забрану располагања настојати да се заштити од такве размене и могућих губитака заснованих на разлици у вредности. Према ЗОО, купац коме је ствар предата може своје право супроставити прибавиоцу, без обзира на то да ли је овај знао за постојање закупчевог права (члан 591, став 2. ЗОО). Сходно томе, могло би се закључити да такав купац своје право може супроставити и заложном повериоцу ако је уговор о закупу закључен у оквиру редовне делатности залогодавца. На пример: купац је са „rent a car” агенцијом закључио уговор о закупу аутомобила на шест месеци. Сви аутомобили у својини агенције су оптерећени регистрованом залогом. У случају да жели спровести принудно намирење, заложни поверилац не би могао успостави државину на предмету залогe пре протека времена на који је закуп уговорен.

⁷⁴⁴ С тим да су могућности стицања права својине на предмету залогe нешто шире: „Прибавилац стиче право својине на заложеној ствари оптерећено залогом осим: 1) у правном послу у којем залогодавац преноси право путем продаје у уобичајном току пословања; 2) у правном послу у којем залогодавац преноси заложену ствар са писаном сагласношћу свих залогопримаца који имају уговорну залогu на тој ствари; и 3) у правном послу у којем је ствар која се преноси, а која је предмет залогe акција или инструмент дуга који се котира на признатом тржишту; инструмент; или новац (готовина)” члан 13. ЗОЗСОП.

⁷⁴⁵ Члан 14, став 1. ЗОЗПО.

Осврнимо се за тренутак на сличне правне стандарде и начин њиховог тумачења у упоредном праву.

У енглеском праву, „floating charge” подразумева могућност располагања оптерећеним добром у оквиру редовног пословања („ordinary course of business”) све до тренутка кристализације.⁷⁴⁶ По кристализацији, стицање својине на стварима из имовине дужника трећих лица је и даље могуће, али само уз сагласност „receiver-a”. Стандард „ordinary course of business” се користи и у праву САД, али такође није прецизно одређен.⁷⁴⁷

Сходно томе, сматрамо да је наш законодавац исправно поступио избегавајући било какво дефинисање појма редовна делатност залогодавца. Такво уопштавање изгледа готово немогуће, с обзиром на то да се као залогодавци могу појавити различита правна и физичка лица.⁷⁴⁸

Уобличавање садржине овог правног стандарда је дакле препуштено судовима, који ће питање продаје у оквиру редовне делатности ценити према околностима у сваком конкретном случају.

У једном случају из америчке судске праксе, у центру пажње се нашла агенција за издавање аутомобила. Агенција је, такође, периодично продавала аутомобиле у циљу очувања квалитета и обнављања возног парка.⁷⁴⁹ Суд је такву продају окарактерисао само као повремену, држећи да није реч о продаји од стране лица које је у послу трговине аутомобилима.⁷⁵⁰

С друге стране, МЗОП појам редовног пословања схвата нешто шире.⁷⁵¹ Продавац може отуђити имовину различиту од робе на складишту,

746 „Fixed charge” се успоставља на одређеној имовини али оставља дужнику слободу располагања оптерећеним стварима у оквиру редовног пословања. Goode, R., *Commercial Law*, страна 718.

747 УСС не прописује шта је тачно уобичајни ток пословања али се, по свему судећи, таква могућност односи на куповину од лица која, тргује том врстом робе („business of selling goods of that kind”) и примарно се примењује на предмет обезбеђења „inventory”: UCC § 9-320 (a) Више о томе: Lawrence, W. – Henning, W. – Freyeremuth, R. *наведено дело*, страна 297.

748 Члан 27. ЗОЗП.

749 *Hempstead Bank v. Andy's Car Rental System, INC.* 35 A. D 2d 35 312 N. Y.S. 2d 317, 7. U.S.C Rep. Serv. 932 (N. Y. Sup. Ct. 1980).

750 Продаја од појединца, осим ако то лице није уобичајно ангажовано у послу продаје такве робе, такође се не може тако оквалификовати. На пример, неко лице прода свој аутомобил пријатељу. Исто важи и када трговац продаје нешто што одступа од његових редовних активности (продавац воћа и поврћа прода стару регистар-касу у намери да купи нову). Више о условима за признавање статуса „buyer in ordinary course of business” у америчком праву: Morris G. Shankler *The General Secured Transactions Law under Article 9 of the American UCC and the British Crowther Report у Sauveplanne, J. (ed.) Security Over Corporeal Movables*, страна 60.

751 Према члану 21. МЗОП „charge” прати предмет залогe осим у случају када се: а) продаја заснива на законској дозволи „legal licence”; б) ако прибавилац у тренутку продаје није имао актуелно знање о постојању залогe, или је веровао да постоји дозвола за располагање; в) ако прибавилац није знао нити је могао знати да је уговорена дозвола располагања („contractual licence”) престала („termination”), или не производи дејства („suspension”).

на пример, возило за испоруку, у жељи да га замени новим возилом. Битно је да је посао у вези са редовним током пословања залогодавца и да је такво располагање уобичајно.⁷⁵²

Сматрамо да би наши судови стандард „редовна делатност” требало да тумаче уже, тако да редовна делатност не подразумева и располагање које је са том делатношћу повезано.⁷⁵³

Основ идеје по којој куповином у оквиру редовне делатности дужника прибавилац стиче право својине неоптерећено залогом јесте заштита сигурности правног промета. Од прибавиоца се не може захтевати да врши увид у Регистар залогe када је реч о свакодневной куповини мањег значаја. Међутим, ако неко лице које отвара пекару, на пример, купује употребљавану опрему за производњу пецива од локалног пекара, од таквог купца се основано може очекивати да провери да ли је можда опрема коју купује предмет залогe. Супротно поступање се може окарактерисати као немарно и као такво повлачи одговарајуће последице по прибавиоца.

Расправа о садржини стандарда редовна делатност, чини се, генерише још нека питања која ћемо у даљем тексту размотрити.

Да ли је редовна делатност она делатност за коју је неко лице реинстировано

Купац стиче право својине неоптерећено залогом ако је делатност продаје редовна.⁷⁵⁴ Према нашем позитивном праву, привредно друштво може обављати све законом дозвољене делатности.⁷⁵⁵ У Регистар привредних субјеката се уписује шифра и опис претежне делатности.⁷⁵⁶

Поставља се питање односа између редовне и претежне делатности привредног субјекта. Да ли се ова два стандарда поклапају те је разлика

752 Члан 19.3 МЗОП.

753 Разуме се, то не искључује могућност супротног уговарања, да залогодавац може располагати таквим предметом залогe без терета, као да је реч о редовној делатности (на пример, продаја старих машина ради набавке модернијих).

754 За стицање права својине од невластника је, уз испуњење осталих услова из члана 31. ЗОСПО, довољно да невластник у оквиру своје делатности ставља у промет такве ствари. Иако ЗОСПО не наглашава да делатност треба да буде редовна, чини се да то ништа не мења у тумачењу, те да се, и у једном и другом случају, подразумева да је реч о уобичајној активности продавца.

755 Члан 5, став 1. Закона о привредним друштвима. Прихваћен је, дакле, систем опште пословне способности привредних друштава. „Предмет пословања као укупност делатности привредног друштва” није ограничен, већ је прихваћен принцип слободе обављања делатности. Мирко Васиљевић, *Водич за читање Закона о привредним друштвима*, Београд, 2004, страна 34.

756 Члан 6, став 1, тачка 8. Закона о регистрацији привредних субјеката, „Службени гласник РС”, бр. 55/2004 и 61/2005. Претежном делатношћу се сматра делатност у којој је остварена највећа добит, увећана за износ бруто зараде, односно делатност из акта о оснивању. Члан 5, став 3. Закона о класификацији делатности и о регистру јединица разврставања „Службени лист СРЈ”, број 31/96, 34/96 испр., 12/98, 59/98 и 74/99.

само у одабиру речи или су у питању појмови различите садржине? На пример, шта ако је претежна делатност неког привредног друштва транспорт путника, али оно поред тога обавља делатност продаје половних возила и редовно закључује такве послове?

Може се поставити и питање, да ли је битна количина ствари које су купљене, тј. да ли се право својине без терета стиче само у случају продаје на мало, или и код продаје на велико?⁷⁵⁷ Ова дилема би се могла формулисати и нешто другачије. Да ли је лице које је купило ствар за даљу продају и прераду стиче својину без терета, или се правило о продаји у оквиру редовне делатности примењује само ако је купац крајњи потрошач, односно онај који ће купљени предмет залог употребљавати за себе и потребе своје породице?

Такође се можемо запитати, да ли је и време релевантно тј. колико дуго неко привредно друштво или предузетник треба да обавља одређену делатност да би се могло рећи да је она редовна?

Претежна делатност се лако може утврдити из Регистра привредних субјеката и представља објективну чињеницу. Редовна делатност, у смислу ЗОЗП, је претежна, али и свака друга делатност којом се привредно друштво или предузетник обично бави, коју обавља у континуитету.

Чини се да је приликом оцене да ли је ствар купљена у оквиру редовне делатности залогодавца нагласак ипак на фактичким околностима конкретне случаја. Битно је да се залогодавац према трећим лицима легитимише као лице које се бави продајом одређене врсте ствари, односно да у очима купаца залогодавац оставља такав утисак.

Количина купљених ствари може у контексту осталих околности указивати да је продавац у конкретном случају одступио од редовне делатности. На пример, власник бутика једном купцу прода целокупну одећу која се у том тренутку налазила у радњи. С друге стране, продаја исте количине одеће коју обави трговац на велико, представља његову редовну делатност.

Мање је значајно, да ли је делатност продаје ствари које су предмет залог регистрована као залогодавчева претежна делатност, и колико дуго залогодавац обавља ову делатност.

Постојање околности регистрације правног субјекта за продају одређене врсте ствари није одлучујућа. Купац, практично, и не зна да ли је неко лице регистровано за продају одређених ствари. На пример,

⁷⁵⁷ У праву Црне Горе је изричито предвиђено да се скупна продаја инвентара, као пренос већег дела исте врсте инвентара привредног субјекта, не сматра уобичајним током пословања, па, сходно томе, не води стицању права својине на предмету залог без терета. Поред тога, битно је да купац и продавац нису повезани и да савесно послују. члан 14, ст. 2. и 3. ЗОЗСОП.

за обављање неких делатности су неопходне нарочите дозволе надлежног органа.⁷⁵⁸ Ипак, купац који улази у апотеку или продавницу оружја претпоставља да су они регистровани за ту врсту делатности и да поседују неопходне дозволе.⁷⁵⁹

Одучујућа је, дакле, спољашња манифестација, окружење које на купца оставља утисак да се ова лица баве продајом такве врсте ствари у оквиру редовне делатности. Суд једноставно цени да ли је уобичајно пажљив човек на основу конкретних околности продаје могао закључити да је посреди редовна делатност продавца. Ако је овај услов испуњен, важи необорива претпоставка савесности трећих лица, и они стичу право својине без терета.

Постоји ли редовна делатност физичкој лица

Када се говори о делатности физичких лица, свакако највећу пажњу заслужују пољопривредници, лица која обављају пољопривредну делатност.⁷⁶⁰ Према нашем позитивном праву, упис пољопривредних газдинстава је добровољан.⁷⁶¹ Пољопривредник нема својство предузетника.⁷⁶² Ипак, лица која обављају пољопривредну делатност могу продавати производе остварене том делатношћу.⁷⁶³ Ово питање се додатно компликује ако таква производња и продаја нема карактер активности која је за продавца основна, ако он обезбеђује егзистенцију на други начин, а продајом пољопривредних производа остварује додатне приходе.

Замислимо, на пример, кардиолога који у слободно време сакупља мед на породичном имању, углавном за потребе породице и пријатеља. У намери да купи машину за врцање меда, он затражи зајам од банке која прихвати

⁷⁵⁸ О продаји лекова на мало и продаји на велико чл. 70. и 71. Закона о лековима и медицинским средствима, „Службени гласник РС”, број 84/04. У вези са прометом оружја и муниције члан 27. Закона о оружју и муницији „Службени гласник РС” бр. 9/92, 53/93, 67/93, 48/94, 44/98 и 39/2003.

⁷⁵⁹ С друге стране, купац који поступа са пажњом која се у промету захтева, разуме се, неће помислити да продаја ловачке пушке у апотеци представља редовну делатност продавца.

⁷⁶⁰ „Земљорадник означава лице коме је пољопривредна производња претежни извор прихода.” (члан 28, став 1. тачка 8. ЗИП). „Пољопривредник односно земљорадник је осигураник који обавља пољопривредну делатност.” члан 6, став 22. Закона о доприносима за обавезно социјално осигурање „Службени гласник РС”, бр. 84/2004 и 61/2005.

⁷⁶¹ Члан 1, став 2. Уредбе о регистру пољопривредних газдинстава, „Службени гласник РС”, бр. 45/2004, 139/2004 и 71/2005.

⁷⁶² „Индивидуални пољопривредник није предузетник у смислу Закона о привредним друштвима.” Члан 48, став 6. Закона о привредним друштвима. „Пољопривредни произвођач који се бави узгојем шелади није дужан да оснује радњу”, Врховни суд Србије, У. бр. 2349/2002 од 20.12. 2002. године. Paragraf.net.

⁷⁶³ Члан 10. Закона о условима за обављање промета робе, вршење услуга у промету робе и инспекцијском надзору, „Службени гласник РС”, бр. 36/96, 20/97, 46/98, 34/2001-др. закон и 80 /2002- др. закон.

кошнице са пчелама као предмет залогe и заложно право буде уписано у Регистар, у складу са Законом. Да ли ће у таквој ситуацији продаја производа од меда представљати редовну делатност залогодавца, другим речима, да ли ће његови познаници стицати право својине неоптерећено залогом?

Једно решење би било једноставно рећи, да физичко лице, које није предузетник, не може имати редовну делатност продаје и да, сходно томе, купац не може стећи право својине на предмету залогe без терета куповином од таквог физичког лица.

Друго решење, којем смо склонили, каже да ако смо код привредних друштава и предузетника прихватили концепцију по којој регистрација претежне делатности није значајно за утврђивање њихове редовне делатности у смислу ЗОЗП, онда је стицање права својине без терета могуће и у случају продаје од физичког лица.⁷⁶⁴ Није значајно у ком обиму делатност продаје доприноси укупним приходима залогодавца.

Коначан суд о овим питањима ће, наравно, дати судска пракса онда када се пред њом појаве конкретни спорови о томе да ли је купац стекао право својине без терета или не.

Може ли се уговором о ограничењу могућности располања у оквиру редовне делатности

Границе дужникове слободе располања често ће зависити и од воље самих уговорника. Код расправе о правима и обавезама уговорних страна смо видели да се уговором о залози може искључити право залогодавца да отуђи предмет заложног права.⁷⁶⁵ ЗОЗП се не изјашњава о томе да ли могућност таквог уговарања постоји и на стварима које дужник продаје у оквиру редовног пословања.⁷⁶⁶

Уговорно ограничење тог типа не треба одбацити, мада би оно често било потпуно непродуктивно за самог повериоца. Дужниково располање

764 Према УСС, правило о куповини у оквиру редовног пословања се не примењује на пољопривредне производе. Поверилац може захтевати намирење и од произвођача хране коме су стока или усеви продати. УСС § 9- 320 (а). Ипак, према § 1324. „Food Security Act” из 1985. године, куповином пољопривредних производа од произвођача купац стиче својину без терета. Купац који је купио теле од пољопривредника како би га искористио за исхрану породице, стиче право својине неоптерећено залогом. Међутим, лице које је теле купило ради даљег узгоја, трпи право следовања обезбеђеног повериоца. Опширније о заштити купаца пољопривредних производа у америчком праву: White, J. – Summers, R., *наведено дело*, стр. 871–872.

765 Члан 24. ЗОЗП. „Поверилац ће често настојати да кроз уговорне одредбе ограничи дужниково располање оптерећеним стварима и тако спречи угрожавање сигурности наплате његовог потраживања”. О ризицима којима је изложен поверилац код бездржавинске залогe. Стојановић, Д., *Бездржавинска zaloга*, страна 57.

766 Као предмет залогe се, по правилу, продаје када су заложене ствари одређене по врсти, збир ствари или роба на одређеном складишту.

оптерећеним стварима управо и јесте једна од компаративних предности регистроване залогe у односу на залогу која настаје предајом предмета у државину залогопримаца. Отуда би углавком који искуључује дужникову могућност располања предметом залогe у оквиру редовне делатности значајно умањивао способност дужника да на време измири потраживење.

Ипак, у зависности од конкретне ситуације поверилац може у уговору инсистирати: а) да дужник може већу количину робе продати само уз додатну сагласност повериоца; б) да количина робе на складишту не сме пасти испод одређене вредности. Могућност таквог уговарања је у тесној везу са повериочевим правом на контролу предмета залогe коју ЗОЗП изричито предвиђа.

Постоји ли могућност располања предметом zaloге након оиварања иосиуика иринудној намирења

После достављања обавештења заложног повериоца о намери да своје доспело потраживање намири из вредности предмета залогe, залогодавац не може правно располагати предметом заложног права без дозволе заложног повериоца.⁷⁶⁷ Чини се да ова одредба није импертивна, тако да би дужник и након почетка поступка намирења могао располагати оптерећеним добром ако постоји одговарајућа писмена сагласност повериоца.

Међутим, „ако залогодавац продаје предмет заложног права у оквиру редовне делатности забрана отуђења не производи правно дејство према савесном прибавиоцу и он стиче право својине без терета.”⁷⁶⁸

Ако узмемо у обзир да се почетак поступка намирења уписује у Регистар, није тешко уочити да је ова одредба својеврстан изузетак од правила да се нико не може позивати на околност како му стање у Регистру није било познато.⁷⁶⁹

Такође се може закључити да, *mutatis mutandis*, ни евентуална уговорна забрана располања стварима које дужник продаје у оквиру редовне делатности не би производила дејства према савесном прибавиоцу, чак и ако је уредно унета у Регистар.⁷⁷⁰

767 Члан 36. и 42, став 1. ЗОЗП, као и члан 19.5.2 МЗОП. Чини се да ова позиција дужника у нашем праву, у извесној мери, одговара позицији „chargor” – а од тренутка кристализације код „floating charge”, након чега дужник не може располагати својом имовином без сагласности „receiver-a”. „Floating charge” постаје „fixed charge” На сличан начин заложни поверилац стиче право на државину од тренутка доспелости. Регистрована zaloга прераста у класичну залогу.

768 Члан 42, став 2. ЗОЗП.

769 Чл. 37 и 61, став 1. ЗОЗП.

770 Не може се од купца у оквиру редовне делатности очекивати да пре него приступи куповини, истражује да ли је у регистру на име продавца уписано неко обезбеђење. R Goode, *Commercial Law*, страна 719.

Међутим, таква продаја би свакако представљала повреду уговорне обавезе од залогодавца, која рађа захтев за накнаду штете. Додатно, уговорне стране би повреду ове обавезе могле везати за клаузулу превременог доспећа.

Ипак, у случају забране располагања по отварању поступка намирења и у случају уговорне забране располагања у оквиру редовне делатности, прибавилац стиче право својине само ако је савестан. Неопходно је да треће лице није знало, нити је према околностима могло да зна да је поступак намирења почео, или да постоји уговорна забрана располагања.

Ако уговорне забране нема, или ако није отпочео поступак намирења, треће лице стиче право својине на ствари коју је купило у оквиру редовне делатности залогодавца, без обзира на своју савесност, дакле, чак и ако је знало за постојање заложног права.

Приликом процене савесности прибавиоца суд би, свакако, требало да поведе рачуна о томе да ли је реч о лицу које обавља привредну делатност. Од таквог лица се може очекивати да изврши проверу у Регистру, на пример, ако му, сходно делатности коју обавља, није могло остати непознато да се одређене ствари редовно користе као предмет залогa.

С друге стране, када је прибавилац нетрговац – потрошач, од њега се не може очекивати да проверава постојање заложног права у јавној књизи. По правилу, то лице не располаже специфичним знањима и искуством које би га могло навести на помисао да је ствар коју купују у оквиру редовне делатности продавца предмет залогa, односно да је обухваћена уговорном или законском забраном располагања.

Б. Приходи остварени располагањем предметом залогa

Савремена бездржавинска залага подразумева да залогодавац остаје у поседу предмета залогa и њиме слободно располаже. Поставља се, међутим, питање, задржава ли поверилац заложно право у односу на приходе остварене таквом продајом?

У Енглеској, уговорено обезбеђење обухвата и приходе стечене продајом оптерећеног добра, под условом да се дају препознати („indentifiable”).⁷⁷¹ У праву САД, обезбеђење се, такође, простире на приходе

⁷⁷¹ Ово је у складу са прихваћеном „tracing” доктрином. Уговором се може предвидети и обавеза дужника да приходе остварене продајом предмета залогa усмерава на рачун под контролом заложног повериоца. На уплаћеним средствима се успоставља „fixed charge”. Goode, R., *Commercial Law*, страна 667. Такав принцип се предлаже и за ново енглеско право обезбеђења потраживања. Company Security Interest, A Consultative Report, страна 114.

остварене располагањем предметом залогa, било да су то приходи изражени у новцу („cash proceeds”), или су неновчани („non cash proceeds”).⁷⁷² Обезбеђење тражбине се простире и на другу генерацију прихода, тј. предмет купљен од новца оствареног продајом.⁷⁷³ Ова правила су диспозитивне природе, тако да уговорне стране могу предвидети и супротно.

У нашем праву дужник је, такође, овлашћен да правно располаже предметом залогa, да га прода или изда у закуп, осим ако уговором није супротно предвиђено. Међутим, законодавац се не изјашњава о томе да ли се на тако оствареним приходима такође успоставља залага. Чини се да овде ваља разликовати две ситуације. Прву, у којој дужник располаже предметом залогa, тако да купац стиче право својине оптерећено залогом. И другу када залогодавац продаје предмет залогa у оквиру редовне делатности, те купац стиче право својине без терета.⁷⁷⁴

Недостатак изричите законске одредбе даје могућност странкама да уговором ово питање уреде на начин који одговара њиховим интересима. Странке у уговор о залози могу стипулисати да се заложно право уписано у регистар простире и на приходе остварене продајом, или давањем у закуп предмета залогa.

Таква би уговорна одредба, у складу са слободом уговарања, била не само допуштена, него и веома корисна за уговорнике. Дужник би у располагању предметом залогa био далеко слободнији, пошто би у том случају повериоци са мање жара захтевали уговорно ограничење располагања. Не треба нарочито наглашавати да би се поверилац осећао сигурније ако би се његово заложно право, у складу са правилима о реалној суброгацији, простирало и на приходе остварене продајом оптерећеног добра. Такво уговарање доноси заложном повериоцу могућност избора у случају доцње дужника. Он може искористити право следовања и захтевати принудно намирење на предмету залогa који се налази код прибавиоца, или ако му то више одговара, захтевати принудно намирење на основу заложног права на приходима које је дужник остварио продајом оптерећеног добра.⁷⁷⁵ Разуме се, поверилац би могао остварити намирење обезбеђеног потраживања само на један од наведених начина.

Овај углавком би имао нарочит значај у ситуацији када дужник продаје предмет залогa у оквиру своје редовне делатности. С тим, што би тада

⁷⁷² UCC §§ 9- 203 (f), 9- 315; Tajti, T., *наведено дело*, стр. 170–171.

⁷⁷³ Ови приходи могу настати као резултат продаје, размене, давања у закуп, али могу бити остварени и исплатом накнаде штете или осигурања. E. Carolan Berkley, *Equipment Financing*, Practising Law Institute, 864 PLI/Comm 87, April 2004, стр. 99. и 114.

⁷⁷⁴ Члан 23. ЗОЗП.

⁷⁷⁵ Такво уговарање би било нарочито корисно за повериоца, ако је залогодавац, противно уговорној забрани, располагао предметом залогa тако да није познато ко је прибавилац, али је могуће идентификовати средства која су у имовину залогодавца доспела продајом оптерећеног добра.

поверилац имао само могућност принудног намирења на приходима оствареним продајом предмета залогe.

Сматрамо да би у ситуацији када дужник располаже предметом залогe требало за наше право *de lege ferenda* усвојити правило да се заложно право простире на приходе које та ствар доноси.⁷⁷⁶ Чини се да би се прихватљиво решење огледало у усвајању диспозитивног правила, по коме заложни поверилац стиче заложно право на приходима оствареним продајом предмета залогe у оквиру редовне делатности. Додатни услов је да су ови приходи на одговарајући начин индивидуализовани. У случају када заложни поверилац има право следовања, заложно право би се простирало на приходе остварене продајом предмета залогe само ако су странке то изричито уговориле.

5. РЕДОСЛЕД ЗАЛОЖНИХ ПРАВА

А. Ред првенства регистроване залогe

Дејство заложног права *erga omnes* се не исцрпљује у праву следовања тј. могућности истицања залогe према прибавиоцима оптерећеног добра. Заложни поверилац ужива и право првенства, које га овлашћује на истицање залогe у односу на друге повериоце, како оне обезбеђене, тако и необезбеђене (хирограферне).

У овом одељку предмет наше анализе је однос заложног повериоца који је заложно право стекао уписом у регистар и других обезбеђених поверилаца титулара заложних права стечених на основу уговора, судске одлуке или закона.⁷⁷⁷

Када је реч о положају заложног повериоца у односу на остале титуларе уговорног заложног права, ваља разликовати две ситуације:

а) Када је исти предмет путем уписа заложен већем броју поверилаца. Редослед исплате њихових потраживања из вредности предмета залогe се одређује према времену (дан, час и минут) пријема захтева за упис заложног права у Агенцији за привредне регистре;⁷⁷⁸

б) Вишеструко залагање постоји и у ситуацији када је на истом предмету залогe заснована класична и регистрована залогa. Заложно право стечено предајом у државину ужива предност у односу на залогу уписану у Регистар, ако се заснива на уговору о залози који је закључен у писаној форми и оверен у суду или другом органу овлашћеном за оверавање потписа.⁷⁷⁹ Залогопримац је при том дужан доказати да је до предаје дошло пре уписа заложног права у Регистар.⁷⁸⁰

Б. Регистрована залогa и судско заложно право

Залогa се може добити и на основу судске одлуке.⁷⁸¹ Сагласност дужника није неопходна, стога он и не утиче на избор ствари које ће бити

⁷⁷⁷ Положај заложног повериоца у односу на обичне повериоце размотрићемо у деловима књиге посвећеним принудном намирењу заложног повериоца у извршном поступку и стечају.

⁷⁷⁸ Члан 30. ЗОЗП. Такав принцип утврђивања првенства је усвојен и код регистрације патента. члан 32. Закона о патентима, „Службени лист СЦГ” бр. 32/2004 и 35/2004 – испр.

⁷⁷⁹ Члан 31, став 2. ЗОЗП.

⁷⁸⁰ Члан 32. ЗОЗП.

⁷⁸¹ Перић, Ж., *Сиварно право*, страна 195.

оптерећене заложним правом.⁷⁸² Решење суда о попису донето на основу предлога за извршење је само *ius tus titulus*. Начин стицања заложног права је попис покретних ствари извршног дужника.⁷⁸³

„Кад је попис извршен у корист више извршних поверилаца, ред првенства у стицању заложног права одређује се према дану када је предлог за извршење примљен у суд, а ако су предлози за извршење примљени истог дана њихова заложна права имају исти ред првенства.”⁷⁸⁴ Регистровано судско заложно право у односу на друга регистрована заложна права се рачуна од часа стицања пописом. С тим, да се трећа лица од момента регистрације не могу позивати да за ово право нису знала.⁷⁸⁵

В. Регистрована залога и законско заложно право

„Законска заложна права превозиоца,⁷⁸⁶ комисионара,⁷⁸⁷ отпремника⁷⁸⁸ и складиштара,⁷⁸⁹ настала отпремом или превозом ствари које су предмет залогe имају првенство у односу на заложно право уписано у Регистар.”⁷⁹⁰

Законско заложно право у овим случајевима настаје на основу императивних прописа и уговорне стране не могу уговорити супротно. Уговори поводом којих је признато законско заложно право повериоцима су у правном промету веома чести. Функционисање привреде би било знатно успорено ако би се код склапања сваког конкретног посла те врсте додатно закључивао и уговор о залози у погледу трошкова које ће поверилац имати.⁷⁹¹ Слични аргументи се могу навести у прилог законског заложног

782 „Пописаће се онолико ствари колико је потребно за намирење потраживања извршног повериоца и трошкова извршења” (члан 74, став 1. ЗИП).

783 „На пописаним стварима извршни поверилац стиче судско заложно право у моменту када судски извршитељ потпише записник о попису.” (члан 75, став 1. ЗИП).

784 „Ако је предлог за извршење упућен преко поште препоручном пошиљком, дан предаје пошти сматра се као дан пријема у суду.” (члан 75, ст. 4. и 5. ЗИП).

785 Члан 76, став 1. ЗИП.

786 Члан 679. ЗОО.

787 „Комисионар има право залогe на стварима које су предмет уговора о комисиону, док се те ствари налазе код њега или код неког који их држи за њега, или док он има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.” (члан 786. ЗОО). Опширније о законском заложном праву комисионара: Васиљевић, М., *Пословно право*, Београд, 2004, страна 549.

788 Члан 846. ЗОО. Више о томе: Васиљевић, М., *Пословно право*, страна 602.

789 За своја потраживања из уговора о ускладиштењу и остала потраживања у вези са чувањем складиштар има заложно право на тој роби (члан 736. ЗОО).

790 Члан 33, став 1. ЗОЗП.

791 Јанковец, Ивица, *Законско заложно право у привредним односима*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, страна 913.

права посленика за потраживање награде за рад, накнаде за утрошени материјал и осталих потраживања у вези са његовим радом настала на основу уговора о делу.⁷⁹²

Може се приметити да је законодавац, у намери да ограничи број заложних права која нису праћена публицитетом, ускратио приоритет неким законским заложним правима предвиђеним у ЗОО. Тако законска заложна права ради обезбеђења накнаде и трошкова налогопримца,⁷⁹³ доспелих потраживања трговинског заступника,⁷⁹⁴ као и потраживања вршиоца контроле робе имају првенство у намирењу у односу на класичну залогу, али не и односу на регистровану залогу.⁷⁹⁵

ЗОЗП, такође, не предвиђа законско заложно право закупаодавца непокретности за обезбеђење закупнине.⁷⁹⁶ Према СГЗ, законско заложно право закупаодавца на стварима унетим у стан или пословне просторије је настајало самим уношењем ствари.⁷⁹⁷

Такво заложно право није прихватљиво за савремено право обезбеђења које карактерише начело публицитета.⁷⁹⁸ Наравно, закупаодавац може, ако је тако уговорено, уписати кауциону залогу за случај неизмиреног потраживања кирије односно накнаде евентуалне штете на закупљеним просторијама и инвентару.

Г. Регистрована залога и заложно право пореског повериоца

„За потраживање пореза и других дажбина ред првенства одређује се према времену њиховог уписа у Регистар залогe.”⁷⁹⁹

Заложно право државе за потраживање пореза може настати као:

792 „Посленик има заложно право на стварима које је направио или оправио као и на осталим предметима које му је предао наручилац у вези са његовим радом, све док их држи и не престане драговољно да их држи.” (члан 33, став 2. ЗОЗП и члан 628. ЗОО). Опширније Перовић, С., *Облигационо право*, стр. 725–726.

793 Члан 763. ЗОО.

794 Члан 809. ЗОО.

795 Члан 853. ЗОО.

796 Овај облик залогe на *invecta at illata* је био познат још у римском праву. Милошевић, М., *Римско право*, страна 255.

797 § 686. СГЗ. Аранђеловић, Д., *Законско заложно право давалаца под кирију и закуп*, „Бранич” I књига за 1903. годину, страна 8. О домашају овог института такође Борислав Благојевић, *Посебни гео Облигационој праву, Уговори, Једностранни правни односи, Грађанско-правни деликти*, Београд, 1939, стр. 100–101.

798 Такво законско заложно право је познавао СГЗ, али није било предвиђено ни Скицом за законик о облигацијама и уговорима, ни ЗОО. Не може се прихватити становиште неких аутора да би се на ово питање могла применити правна правила предатног права. Рашовић, З., *Сиварно право*, страна 394.

799 Члан 34. ЗОЗП.

а) привремена мера обезбеђења наплате пореза.⁸⁰⁰ Пореска управа може, одмах по доспелости пореза, уписати заложно право у Регистар залога,⁸⁰¹

б) У случају одлагања плаћања пореског дуга када се од пореског обвезника захтева давање обезбеђења,⁸⁰²

в) Као обезбеђење пореског потраживања у поступку принудне наплате.⁸⁰³ Порески поверилац је Република. Пореска управа решењем налаже попис покретних ствари пореског обвезника.⁸⁰⁴ По извршењу пописа, решењем се налаже упис заложног права у Регистар. Залога траје до намирења пореског дуга или поништења пореског решења.

Закон изричито каже да држава као порески поверилац има законско заложно право, али се чини да такав приступ, у самом начину регулисања овог института, није доследно спроведен.⁸⁰⁵

Заложно право с циљем намирења пореских потраживања не настаје сагласношћу воља и нема карактер *pignus voluntarium*. Пристанак дужника, дакле, није потребан, ипак, ово заложно право се не стиче испуњем законских услова, као код поменутих уговора у привреди (отпремом или превозом), већ су неопходне додатне чињенице. Правни основ за настањак заложног права је решење Пореске управе, а начин стицања упис у Регистар залоге.⁸⁰⁶

Обично се каже да законско заложно право постоји без публицитета. У нашем позитивном праву залога чија је сврха обезбеђење наплате пореза остварује приоритет тек од тренутка објављивања. До уписа заложног права, порески поверилац нема право следовања које би могао истицати према прибавиоцима ствари из имовине дужника.

Законско заложно право има приоритет у односу на уговорно, заложно право, без обзира на тренутак настанка. Код заложног права пореског повериоца то није случај, пошто је порески извршитељ, уколико

800 „Ради обезбеђења наплате пореза који није доспео за наплату или који није утврђен, али је покренут поступак утврђивања или контроле, а постоји опасност да порески обвезник осујети, онемогући, односно учини неефикасним његову наплату.“ (члан 66, став 1. Закона о пореском поступку и пореској администрацији), „Службени гласник РС“ бр. 80/2002, 84/2002-испр., 23/2003-испр., 70/2003, 55/2004 и 61/2005.

801 Члан 72. ЗПППА.

802 Члан 74, став 2, тачка 2. ЗПППА.

803 Члан 86. ЗПППА.

804 „Најлаша пореза како редовна тако и принудна, као и средства обезбеђења у вези са најлашом у целини су стављени у надлежност Пореске управе.“ Образложење одлуке Уставног суда Републике Србије, ПУ број 270/2004 од 15. јула 2004. објављене у „Сл. гласнику РС“, број 82/2004.

805 Члан 34. ЗОЗП који носи наслов законско заложно право државе, и члан 86, став 1. ЗПППА.

806 „Законско заложно право у корист Републике се установљава уписом у одговарајући регистар.“ Члан 87, став 7. ЗПППА.

порески обвезник то истакне, дужан да узме у обзир постојање заложног права уписаног у Регистар у корист приватноправног повериоца.⁸⁰⁷

Може се приметити да у погледу начина настанка заложно право пореског повериоца личи на судску залогу која настаје у извршном поступку. Основ настанка залоге, и у једном и другом случају, решење је државног органа. Ипак, очигледне су и разлике :

а) Прва разлика постоји у погледу надлежности. За заснивање судске залоге надлежан је орган судске власти, док пореска залога настаје на основу решења управног органа;

б) Регистровано судско заложно право се рачуна од часа стицања пописом. С тим, да се трећа лица, од момента регистрације, не могу позивати да за ово право нису знала. С друге стране, дејства заложног права пореског повериоца наступају тек од тренутка регистрације односно достављања захтева за упис,⁸⁰⁸

в) Решење о заснивању заложног права код намирења пореза (за разлику од судске залоге), мора бити допуњено и судском одлуком ако порески извршитељ жели да изврши попис ствари у стану пореског обвезника, а држалац стана то не дозвољава.⁸⁰⁹

г) Заложно право пореског повериоца се не може преносити, док би поверилац у чију је корист установљено судско заложно право могао уступити своје потраживање, па самим тим и заложно право које га прати.

На основу свега изложеног, јасно је да залога пореског повериоца има карактер специфичне привилегије фискаса. Држава има могућност намећања заложног права пореском дужнику (*pignus necessarium*). Таква принуда има своје оправдање у општем интересу обезбеђења наплате пореза.⁸¹⁰

По својим правним карактеристикама, ова установа је *sui generis*, блиска законској, али и судској залози.⁸¹¹ Стога сматрамо да би такву

807 Члан 89, став 6. ЗПППА.

808 Чини се да је ова решења требало ускладити, те рећи да се и заложно право пореског повериоца стиче пописом ствари пореског дужника. Или усвојити друго решење, да се заложно право пореског повериоца и судска залога стичу у тренутку уписа у Регистар, поготово што се записник о попису без одлагања мора доставити органу надлежном за регистрацију.

809 Судска одлука није неопходна за попис ствари на земљишту или пословним просторијама у којима порески обвезник обавља своју пословну делатност. члан 89. ЗПППА).

810 Могло би се аргументисати да је ово заложно право резултат „прећутног друштвеног уговора“ између државе и њених грађана.

811 Додатну недоумицу изазива правило садржано у ЗИП, које каже да, ако се у принудном намирењу продајом покретних ствари намирује више извршних поверилаца, ваља сходно применити одредбе о првенству намирења у вези са продајом непокретности (члан 89. ЗИП). У складу с тим, држава би, у случају принудне продаје, имала право првенственог намирења у погледу пореза и других дажбина које терете продату покретност у последњој години (члан 141, став 1, тачка 1. ЗИП). Порески

привилегију фискаса било правилније звати не законским заложним правом већ, пореским заложним правом, или заложним правом пореског повериоца.

Део X

ПРИНУДНО ИЗВРШЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА ОБЕЗБЕЂЕНОГ РЕГИСТРОВАНОМ ЗАЛОГОМ

поверилац се, дакле (без обзира на то да ли је уписао заложно право у Регистар), у извршном поступку намирају одмах након трошкова поступка и потраживања на основу законског издржавања, али уз двоструко ограничење. Право првенственог намирења постоји искључиво у погледу пореза насталих у последњој години и само ако се ти порези односе на предмет уновчења. На пример, ако је предмет принудног уновчења аутомобил који припада предузетнику, власнику трговачке радње, порески поверилац неће имати право првенственог намирења за потраживање пореза на доходак који трговац остварује. Сматрамо, стога, неприхватљивим становиште које повлачи једнакост: „законско заложно право = привилеговано потраживање = право првенствене наплате”. Вуксановић, Драгиња *Правна природа привилегованих потраживања*, магистарски рад, Београд, 2005, страна 79.

1. О ПРИНУДНОМ НАМИРЕЊУ УОПШТЕ

А. Сазревање става о потреби бржег намирења обезбеђеног потраживања

Правило *pacta sunt servanda* је настало, вероватно, на самом почетку уговарања. Уговарањем првих обавеза јавило се и подозрење да друга страна неће поступити у складу са договореним. Људска природа се, до данас, у том погледу није променила. Мењао се само начин на који је поверилац реаговао у намери да осигура извршење обавезе. Првобитно је поверилац у потрази за намирењем узимао правду у своје руке. Међутим, полако је сазревала идеја да такво поступање угрожава сигурност у друштву, те је повериоцима наметнута обавеза да своје потраживање остварују искључиво у судској процедури. Принудно намирење у складу са начелом официјелности је потом дуго важило као једини систем који пружа адекватну заштиту дужнику. Ипак, клатно правно-политичких циљева у поступку намирења се временом померило у другу страну. Савремени правни промет намеће потребу за брзом и ефикасном процедуром принудног намирења. Заштита дужника није занемарена, али није више у првом плану. С тим у вези, јавило се и схватање да повериоцима који су своје потраживање обезбедили залогом, треба пружити могућност да се намире без обраћања суду.

Таква линија развоја може се уочити и у српском праву. Зато ћемо се у овом делу књиге најпре осврнути на решења ЗОО, у погледу принудног намирења обезбеђеног потраживања, потом на институт који је знатно убрзао поступак намирења, залогу која настаје споразумом странака, према одредбама Закона о извршном поступку. На крају ћемо указати на значајне промене до којих је, у вези са принудним намирењем, дошло усвајањем ЗОЗП.

Тако изведена анализа би требало да пружи одговор на једно од кључних питања за ефикасност залагања: да ли је у нашем праву очувана забрана *lex commissoria*?

Б. Одступања од начела официјелности

Према ЗОО: „Ништава је одредба уговора о залози да ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено о доспелости као и одредба да ће у том случају поверилац

моћи по унапред одређеној цени продати заложену ствар или је задржати за себе.”⁸¹²

„Ако повериочево потраживање не буде намирено о доспелости поверилац може од суда захтевати одлуку да се ствар прода на јавној продаји или по текућој цени, кад ствар има тржишну или берзанску цену.”⁸¹³

Тако схваћено, начело официјелности у заложном праву се показало као сметња нарочито развоју тржишне привреде. Залогопримац је, да би принудно намирио доспело потраживање, морао проћи кроз парнични и извршни поступак. Непостојање ефикасног система извршења је, с једне стране, отворило врата „утеривању дугова”, принудном намирењу потраживања на законом недозвољан начин, а с друге стране, у потпуности је уништило тржиште кредита.

Појава споразумног судског заложног права је донекле убрзала поступак намирења.⁸¹⁴ Споразум о залагању се склапа пред судом на захтев странака. Потписани записник о споразуму странака има снагу судског поравнања.⁸¹⁵ На основу споразума суд одређује и спроводи попис покретних ствари.⁸¹⁶ Потраживање постаје извршно у тренутку доспећа.⁸¹⁷ Има мишљења да овде није реч о посебном средству обезбеђења, већ о начину прибављања извршног наслова, који у процесном смислу олакшава намирење потраживања.⁸¹⁸ Ипак, неке специфичности споразумног заснивања заложног права пред судом у односу на класичну уговорну залогу се не могу занемарити и овде ћемо их навести.

Заложно право не настаје предајом ствари залогопримцу, већ пописом покретних ствари дужника. Поверилац стиче заложно право када судски извршитељ потпише записник о попису.⁸¹⁹

812 Члан 973, став 1. ЗОО. Слична одредба је постојала и у Општем имовинском законикау за Црну Гору: „Незаконита је погодба, по којој би дужитељ могао узети ствар себи у влаштину без јавне продаје, кад дужник не би на рок платио; така ће се погодба дакле сматрати као да је није ни било.” члан 181. ОИЗ).

813 Члан 980, став 1. ЗОО. Могућност продаје без обраћања суду је постојала код обезбеђења потраживања из уговора о привреди, (члан 981. ЗОО). Опширније Орлић М., у Станковић-Орлић, *Сиварно право*, страна 249.

814 Могућност стицања залогне на основу судског поравнања је уведена 1990. године. Закон о извршном поступку из 2004. године такође познаје такву могућност.

815 Члан 270, став 2. ЗИП. *Споразум који је преходио упису заложној права има значај судској поравнања и правоснажно пресуђене ствари, те стога поверилац не може поново водити парницу, о чему суд иази по службеној дужности.* Из решења Вишег привредног суда у Београду Пж. 1250/2001 од 10. 5. 2001. „Привредник” број 122; „Споразум који није уписан од стране заложног дужника не може представљати ваљану извршну исправу на основу које се може дозволити извршење.” Решење Окружног суда у Зрењенину, Гж. број 93/00 од 31. 1. 2000. *Судска пракса у М. Срдић – Р. Слијепчевић, Заложно право у обезбеђењу потраживања*, страна 145.

816 „За одлучивање о предлогу заснивањем заложног права на покретним стварима месно је надлежан суд на чијем се подручју ствари налазе.” (члан 268, став 3. ЗИП).

817 Gavella, N., (red.), *Stvarno pravo*, страна 798.

818 Povlakić, M., *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima*, страна 224.

819 „Судски извршитељ је дужан да поред свог потписа јасно назначи дан и час кад је записник потписао” (члан 75. ЗИП).

Записник садржи само споразум странака о постојању новчаног потраживања и времену његовог доспећа, те сагласност да се пописом покретних ствари заснује заложно право.⁸²⁰ Споразум, дакле, може бити крајње апстрактан, односно не мора бити видљива кауза основног посла из кога је потраживање настало.

Странке у споразуму не морају одредити ствари које су предмет залагања.⁸²¹ Ако странке то учине, слободно изражена воља ће искључити примену правила о изузимању од принудног извршења.⁸²²

Предмет залогне се, по правилу, оставља на чување дужнику и по томе би се ова врста залагања могла оцијенити као бездржавинско средство обезбеђења.⁸²³ На пописаним стварима се видно назначавало да су оптерећене залогом.⁸²⁴ Међутим, такав публицитет се показао као прилично непоуздан и условио је ограничену примену овог начина обезбеђења у пракси. Поставило се и питање да ли поверилац обезбеђен споразумном залогом према одредбама ЗИП има право следовања.

Једна група аутора је сматрала да поверилац може, ради наплате обезбеђеног потраживања извршење спровести на пописаним стварима, без обзира на то што су оне накнадно постале имовина трећег лица.⁸²⁵

С друге стране, постојао је став да је у таквој ситуацији заштита сигурности правног промета претежнији интерес и да савестан прибавилац ствари обухваћених овом врстом заложног права стиче својину без терета.⁸²⁶ Чинило се да у ситуацији када је заложно право настало пописом и заложене ствари остале на чувању код дужника, савесни прибавилац може стећи право својине неоптерећено залогом, само ако је правни посао теретан и ако се дужник бави продајом те врсте ствари у оквиру редовне делатности.⁸²⁷

820 Члан 270, став 1. ЗИП.

821 Ако у споразуму странке не утврде границе оптерећеног добра „пописаће се онолико ствари колико је потребно за намирење повериочевог потраживања и трошкова извршења.” (члан 74. ЗИП).

822 Члан 273, став 1. ЗИП, којим је искључена сходна примена члана 70. ЗИП-а, у коме се наводи листа ствари и права изузетих од принудног извршења.

823 Наравно, није искључена могућност да се на основу споразума странака ствари предају на чување повериоцу или трећем лицу, али до таквог расплета може доћи и на основу захтева повериоца. (члан 77. ЗИП-а).

824 Члан 70, став 3. Закона о извршном поступку из 2000 године. Публицитет споразумне залогне у хрватском праву се остварује обављивањем у Народним новинама. чл 266. Овршног закона.

825 Шаркић, Небојша – Рашић, Драган, *Обезбеђење поверилаца у извршном поступку*, „Правни живот”, бр. 5-6/1993, страна 680. Без обзира на то што је стекао право својине на ствари, прибавилац мора трпети да се заложни поверилац намири из њене вредности. Рашовић, З., *Сиварно право*, страна 399.

826 „Уколико је прибавилац савестан, а то значи ако није знао и није могао знати за постојање судског заложног права треба да добије предност у односу на имаоца судског заложног права.” Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сиварно право*, страна 236.

827 Јасно, то не искључује одговорност дужника који је уклонио ознаке са пописаних ствари и на тај начин довео прибавиоца у заблуду.

Новим Законом о извршном поступку, разрешена је ова дилема. Публицитет залоге која настаје споразумом странака пред судом се, такође, остварује уписом у Регистар залогa. Од момента регистрације залогe, трећа лица се не могу позивати да нису била упозната са постојањем овог права.⁸²⁸

Након свега наведеног, можемо закључити да је залогa која настаје на основу споразума странака пред судом начин обезбеђења *sui generis*. Не може се рећи да је реч о заложном праву које настаје на основу уговора (*pignus voluntarium*), али ни о залози заснованој на одлуци суда (*pignus iudicale*).⁸²⁹

Таква залогa је, по правилу, бездржавинско обезбеђење, али за разлику од залогe која настаје уписом у регистар овде постоји додатна обавеза да се копија записника о попису истакне на видном месту у просторији у којој се ствар налази у моменту пописа. На пописаним стварима које остају у државини дужника видно се назначава да су узете у попис.⁸³⁰ Лице које има контролу над пописаним стварима не може њима располагати без судског налога, што представља значајан недостатак у односу на регистровану залогу која настаје на основу уговора.

Чини се да ће овај начин обезбеђења ширим прихватањем уговорне залогe која настаје уписом у регистар изгубити значај. Суд је дужан да без одлагања достави записник о споразумном зајимању залогe Регистру залогa.⁸³¹ Поставља се питање зашто би странке приступиле овом начину обезбеђења уместо да одмах закључе уговор о залагању и изврше упис у Регистар. Разлог за такво поступање би се могао тражити у чињеници да је споразум о заснивању залогe апстрактан и има снагу судског поравнања.

2. УСПОСТАВЉАЊЕ ДРЖАВИНЕ ПОВЕРИОЦА НА ПРЕДМЕТУ ЗАЛОГЕ

А. Разлози за успостављање државине

Поверилац који је потраживање обезбедио регистрованом залогом у случају доцње дужника, разуме се, настоји да у што краћем року успостави државину на оптерећеном добру. Разлога за такво поступање има много.

Јасно је да дужник чије ће право на ствари ускоро престати није нарочито мотивисан да ту ствар обезбеди и одржава на одговарајући начин.⁸³²

Поверилац успостављањем државине онемогућава неовлашћено правно и фактичко располагање предметом залогe дужнику. Некада ће и сам притисак заснован на губицима услед немогућности коришћења предмета залогe навести дужника да додатним напорима изврши преузете обавезе.⁸³³

У случајевима када је уговорена могућност продаје без учешћа суда, повериоцу који је у поседу је свакако лакше да организује продају и омогући заинтересованим купцима разгледање предмета залогe.

Наравно, успостављању државине на објекту залогe не треба приступати по сваку цену. Поверилац мора водити рачуна и о трошковима таквог поступања. За успостављање непосредне државине, у зависности од природе оптерећеног добра често ће бити неопходни радници различитих специјалности (монтажери, пакери и слично), посебна средства за транспорт, одговарајуће просторије за складиштење. У ситуацијама када су ови трошкови претерани, поверилац ће настојати да успостави посредну државину преко трећих лица.

Поверилац, такође, мора узети у обзир и правило да за штету од опасне ствари одговара њен ималац односно држалац.⁸³⁴ Ако је предмет

828 Члан 76, став 1. ЗИП.

829 У Словенији је концепт заснивања заложног права на основу споразума странака пред судом напуштен, те такво непосредно заложно право може настати ислучиво актом нотара (члан 171. *Stvarnopravnog zakonika RS*). У хрватском праву и даље паралелно постоје обе могућности: непосредна залогa на основу споразума пред судом (чл. 261 – 268. *Ovтšnog zakona*) и непосредна залогa на основу споразума пред јавним бележником (чл. 269 – 272. *Ovтšnog zakona*).

830 Члан 76, став 3. ЗИП.

831 Члан 76, став 1. ЗИП.

832 Lopucki, L., – Waren, E., *Secured Credit, A Systems Approach*, страна 42. У француском праву, код залогe на моторном возилу, дужник који одбије предају предмета залогe повериоцу након доцње кривично одговара. Cabrillac, M., – Mouly, C., *Droit des sûretés*, страна 533.

833 Често предмет залогe много више вреди за залогодавца, него што би се његовим уновчењем у том тренутку могло добити на тржишту. Оптерећено добро може имати афекциону вредност, на пример, уметничка слика која се у некој породици наслеђује „с колена на колена”. Ванредна цена може бити и резултат нарочитих околности. На пример, предмет залогe је машина специјално направљена за израду кључног дела неког индустријског производа, тако да се без те машине процес производње залогодавца, једноставно, зауставља. Може се догодити да таква специфична машина готово нема своје купце на тржишту, али да је за дужника изузетно вредна.

834 Члан 174. ЗОО.

залагања опасна ствар, поверилац ће претходно размотрити и могућности настанка штете приликом премештања оптерећеног добра.

Ако се одлучи за принудно намирење из вредности предмета залогe, заложни поверилац је дужан да о својој намери обавести препоручним писмом дужника и залогодавца када то није исто лице. Таква обавеза постоји и у погледу трећег лице код кога се ствар налази.⁸³⁵ Обавештење се доставља препоручним писмом на адресе уписане у Регистар залогe. Поред тога, заложни поверилац је дужан да затражи да се у Регистар залогe упише да је започео поступак намирења.⁸³⁶

По достављању обавештења, заложни поверилац има право да предмет залогe узме у државину.⁸³⁷ Успостављање државине на предмету залогe је још једна привилегија обезбеђеног повериоца. Необезбеђени поверилац не располаже таквом могућношћу.⁸³⁸

Ипак, према ЗОЗП, поверилац није овлашћен да сам одузме заложену ствар од дужника.⁸³⁹ Стога ће поверилац који жели да избегне евентуалне приговоре како је ствар одузео мимо воље дужника, настојати да прибави писмену сагласност дужника да пристаје на успостављање државине. Поред тога, пажљив поверилац ће, у зависности од конкретних околности, фотографисати или снимити предмет залогe и тако обезбедити доказе о стању у коме се оптерећено добро налазило у часу успостављања државине. Ако су заложене ствари одређене по врсти или збир ствари, поверилац ће направити попис таквих ствари и тако обесмислити евентуалне касније оптужбе о крађи или умањењу вредности оптерећеног добра.

С друге стране, дужник, по правилу, није расположен да добровољно преда оптерећено добро повериоцу. Такво поступање је разумљиво, избегавањем предаје залогодавац наставља са извлачењем користи из предмета

835 Члан 36. ЗОЗП упоредити са чланом 22.2. МЗОП. О почетку поступка принудног намирења би ваљало обавестити и друге заложне повериоце, чије је право уписано у Регистар. Ако је њихово заложно право раније настало, припада им првенство у намирењу. Слично је и са заложним повериоцима који имају залогу слабију по рангу. Они су често заинтересовани да преузму дужников доспели дуг и спрече принудно уновчење.

836 Члан 37. ЗОЗП.

837 Чини се да ова одредба није у потпуности усклађена са општим правилом, по коме, у случају неизвршења обавезе од дужника, заложни поверилац стиче право на државину *ex lege*. Чл. 40. и 35, став 1. ЗОЗП. Није сасвим јасно да ли фраза „право на државину” има исто значење као и фраза „право да се предмет залогe узме у државину”, јер се време када ова два права, према тексту Закона, настају прилично разликује. Заложни поверилац стиче „право на државину” од тренутка доспелости потраживања, а „право да предмета залогe узме у државину” од достављања обавештења дужнику.

838 Lopuski, L. – Waren, E., *наведено дело*, страна 5.

839 У праву Црне Горе, у случају неиспуњења обавезе залогопримац има право да ступи у државину заложене ствари, али се може одлучити за покретање судског поступка са захтевом да се заложена ствар одузме од залогодавца. члан 20, ст. 2. и 3. ЗОЗСОП.

залогe, у нади да ће сакупити новац потребан за намирење обезбеђеног потраживања. Поред тога, није искључено да дужник касни са предајом, у намери да поднесе захтев за отварање стечајног поступка.

У таквој ситуацији, ако залогодавац не уступи добровољно предмет залагања, заложни поверилац може суду поднети захтев за доношење решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца, или лица у чијој се државини предмет залагања налази и предаји оптерећеног добра у државину повериоца.⁸⁴⁰ Уз захтев се доставља оверени извод из Регистра и уговор о залози. Извод из Регистра се изједначава са извршном исправом. Суд је у обавези да о овом захтеву одлучи у року од три дана од његовог подношења. Месно је надлежан суд на чијем подручју се налази предмет залогe. Ако у предлогу за одузимање није назначено место где се оптерећено добро налази, за одлучивање о том предлогу месно је надлежан суд на чијем подручју је пребивалиште или боравиште, односно седиште извршног дужника.⁸⁴¹

Судски извршитељ одузима предмет залогe од дужника и предаје га, уз потврду, заложном повериоцу. Ако је, на пример, заложен трактор, или слична пољопривредна или грађевинска машина, контрола над предметом залогe се може успоставити одузимањем неког од кључних делова, тако да се машина не може померати или користити до тренутка принудног уновчења.

Поступак одузимања спроводи се у року од три дана од доношења решења којим се усваја захтев о предаји предмета залагања повериоцу.⁸⁴² Законодавац је прописао прилично кратке рокове за одлучивање о захтеву и приступање извршењу, из простог разлога што је природа покретних ствари таква да се могу сакрити, уништити или отуђити, отуда је за повериоца сваки сат, па и минут, у поступку принудног извршења веома значајан.⁸⁴³

Б. Администратор

„Ако је предмет заложног права због своје природе неподобан за пренос у државину, или ако је то у интересу заложног повериоца, суд на предлог заложног повериоца, одређује администратора који се стара о предмету до тренутка намирења.”⁸⁴⁴

840 Члан 41. ЗОЗП. У америчком праву поверилац је овлашћен да самостално успостави државину на оптерећеном добру, под условом да то чини без кршења мира („without breach of peace”) UCC § 9 – 609 (a), (b). Наш закон не познаје могућност „self – help repossession”. Таква одредба представљала би опасност по друштвени поредак и сасвим сигурно довела до великог броја физичких обрачуна и спорова. Различита становишта о томе шта се може сматрати успостављањем државине без нарушавања мира постоје и у америчком праву. Lawrence-Henning-Frayermyth, *наведено дело*, стр. 436–439.

841 Члан 69. ЗИП.

842 Члан 41, став 5. ЗОЗП.

843 T. Taiti, *наведено дело*, страна 356.

844 Члан 41, став 6. ЗОЗП.

Институт администратора представља новину у нашем праву и као такав у пракси може изазвати одређене недоумице.⁸⁴⁵ Једно од питања које се може поставити је: да ли администратор има иста или шира овлашћења од лица коме се према ЗОО ствар предаје у секвестар ако залогопримац са предметом залогe поступа противно уговору и закону.⁸⁴⁶

Тумачење одговарајућих одредби ОИЗ, ЗОО и ЗОЗП могло би нас, с тим у вези, довести до занимљивих закључака. Према ОИЗ, заложена ствар се у случају неодговарајућег поступања залогопримца предаје на чување трећем лицу, према ЗОО, треће лице ствар држи за залогопримца, док је према ЗОЗП, администратор лице овлашћено да се *сћара* о предмету залогe до окончања поступка намирења.

Употреба формуле „стара”, чини се, оставља довољно простора суду да администратору повери и неке друге дужности, осим простог чувања и држања оптерећеног добра.

Упоредно право познаје сличне институте. У енглеском праву се као један од начина принудног намирења појављује именовање „receiver-a”.⁸⁴⁷ Именује га или поверилац („administrative receiver”), или суд („court appointed receiver”).⁸⁴⁸ „Receiver” у склопу својих овлашћења може приступити уновчењу објекта „floating charge”-а у виду продаје предузећа као целине „going concern basis”, продаји по деловима „break down basis” и у варијанти оснивања компаније *кхерке* „hiving down”.⁸⁴⁹

Како код нас није прихваћен принцип залагања имовине предузећа као целине, такво широко тумачење овлашћења администратора није прихватљиво. Основна функција администратора је да онемогући дужнику приступ оптерећеном добру, али и очува вредност предмета залогe до тренутка принудног уновчења.

845 Није сасвим јасно зашто је законодавац употребио енглески термин *администратор*. Термин ближи српском језику – управник, вероватно није употребљен да би се направила разлика у односу на шири круг овлашћења које има стечајни управник. Ако посматрамо целину правног система, чини се да је термин *сћаралац* далеко прикладнији. Администратор је ништа друго до једна врста *ad hoc* стараоца. Суд, тако, поставља привременог стараоца заоставштине ако је непознато пребивалиште односно боравиште наследника, или стараоца имовини непознатог власника кад је потребно да се неко о тој имовини стара. О Антић, Стојановић- Антић, *Увод у грађанско право*, страна 347. и Станковић, О., у Станковић-Водинелић, *Увод у грађанско право*, страна 207.

846 „На захтев залогодавца суд ће наредити да се заложена ствар одузме од залогопримца и преда неком трећем лицу да је држи за њега, ако залогопримац не чува заложену ствар како треба, ако је употребљава без дозволе залогодавца, или је даје другом на употребу, или ако је не употребљава сагласно датој му дозволи, и уопште ако поступа са њом противно уговору и закону.” (члан 978. ЗОО). На сличан начин овом питању приступа и Божишић, В.: „Кад дужитељ, чувајући заложену ствар, не би, пошто је опоменут поступао с њоме како треба, залагалац може искати да се ствар коме другоме, по увиђају суда, на чување преда.” (члан 177. ОИЗ).

847 Section 101. Law of Property Act 1925, те sections 29, 42 Insolvency Act 1986.

848 P. Ali, *The Law of Secured Finance*, стр. 259.

849 Goode, R., *The Secured Creditor and Insolvency under English Law*, стр. 701–703.

Ипак, чини се да би у оквиру слободe уговарања и у нашем праву, уговорници могли предвидети да у случају доцње лице које именује поверилац преузме управу над привредним друштвом. Уговорници ће о таквом начину успостављања контроле на предмету залогe, свакако, размишљати када је зајам велике вредности, а оптерећено добро такве природе да га је тешко узети у државину. Предмет залогe је често променљиве садржине. У ситуацији када је предмет залогe сва роба на складишту залогодавца и будућа потраживања заложног дужника према купцима ове робе, ни дужнику, ни повериоцу није у интересу да се стави катанац на складиште и тако онемогући даља продаја робе.

У сличним ситуацијама би и суд на захтев повериоца могао овластити администратора на одређена правна и фактичка располагања, на пример, да прикупља плодове и убира приходе које та ствар даје.⁸⁵⁰ Суд би могао донети одлуку да администратор изда у закуп предмет залогe или да настави са његовом продајом у оквиру редовног пословања, нарочито, ако је реч о роби која губи вредност. Уплате купаца се тада усмеравају на посебан рачун под контролом повериоца, уз примену правила о реалној суброгацији.

В. Заштита дужника у посебном поступку за стицање државине

Разуме се, модеран поступак принудног намирења мора тежити стварању одговарајуће равнотеже између оправдане тежње повериоца да успостави контролу над оптерећеним добром, с једне стране, и јасне потребе да права дужника буду адекватно заштићена, с друге стране.

„Против решења о одузимању предмета залогe залогодавац може у року од три дана од дана пријема решења, уложити приговор да повериочево потраживање или заложно право не постоји, или да је дуг исплаћен, о чему мора поднети писмене доказе.”⁸⁵¹

За ефикасност поступка намирења је јако битно да приговор не одлаже извршење. Од успостављања државине на предмету залогe до продаје обично пролази одређено време. Тај рок је код вансудске продаје најмање 30 дана од почетка поступка, мада се уговорници могу накнадно споразумети о скраћењу Законом прописаног рока.⁸⁵²

850 Идеје о активнијој улози повериоца у принудном намирењу потраживања нису нове у српском праву. „Државна хипотекарна банка има право да од свог неуредног дужника одузме управу над заложеним имањем. Овако одузетим имањем, Банка ће руководити или преко стараоца којег она одреди или давањем у закуп. За то време Банка има право да прибира све плодове и приходе заложеног имања, и да их употребљава на отплату неплаћене отплате и интереса, по одбитку трошкова око одржавања и чувања заложеног имања.” члан 54. Закона о уређењу Управе фондова (1906, 1910, 1922, 1924. године).

851 Члан 41, став 7. ЗОЗП.

852 Члан 44, став 1. и члан 45. ЗОЗП.

Поставља се питање на који начин је залогопримац од тренутка успостављања фактичке власти дужан да поступа са предметом залогe. Сматрамо да у овом случају треба сходно применити правило ЗОО, по коме је залогопримац у поседу предмета залогe дужан да ствар чува са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.⁸⁵³

Спорно је да ли поверилац у поседу оптерећеног добра има обавезу да отклони недостатке који постоје на предмету залогe како би предмет залогe приликом уновчења достигао већу цену.

Ако се поверилац одлучи за судску продају, таква му се обавеза јасно не може наметати. С друге стране, ако је поверилац уговорио могућност вансудске продаје, сврсисходност отклањања недостатака би требало процењивати према томе како би, у том случају, поступио пажљив и разуман човек. Од повериоца се, рецимо, може очекивати да опере аутомобил пре него што га изложи продаји, или отклони ситније кварове, како би евентуални купац могао проверити квалитет аутомобила током пробне вожње.

Г. Судска продаја предмета залогe

„Заложни поверилац може захтевати од суда одлуку да се предмет залогe прода на јавној продаји, или по текућој цени, када ствар има тржишну или берзанску цену.”⁸⁵⁴

Предмет залогe може се продати усменим јавним надметањем, или непосредном погодбом. Начин продаје одређује суд одговарајућим закључком, пазећи да се постигне најповољније уновчење ствари.⁸⁵⁵

Продаја надметањем одредиће се када су ствари веће вредности, а може се очекивати да ће се ствари продати по цени већој од процењене вредности.⁸⁵⁶ Уговор о продаји непосредном погодбом закључује се између купца, с једне стране, и судског извршитеља, или лица које обавља комисионе послове, с друге стране.

Ако се из продајне цене намирају само један извршни поверилац, суд ће без одржавања рочишта решењем одредити да се из износа добијеног продајом ствари намире редом трошкови извршног поступка, трошкови

853 Члан 975, став 1. ЗОО. Ако је залогодавац ствар оставио код трећег лица, у случају штете, одговара за избор чувара *culpa in eligendo*. Стојановић, Д., у Стојановић-Павићевић, *Право обезбеђења кредити*, страна 177.

854 „Тржишна цена је цена по којој се исте или сличне ствари редовно продају под уобичајним околностима на месту и у време продаје предмета залогe. Ако такве цене нема узима се у обзир цена на најближем тржишту. Берзанска цена је цена по којој се исте или сличне ствари продају на најближој берзи.” члан 47. ЗОЗП.

855 Члан 84, став 1. ЗИП.

856 Члан 84, став 2. ЗИП.

одређени у извршној исправи, камата до дана уновчења ствари и главно потраживање.⁸⁵⁷

Чини се да нема оправданог разлога због којих се купац предмета залогe и заложни поверилац не могу споразумети да након продаје купцу на заложеној ствари остане заложно право, а да купац преузме постојећи дуг према повериоцу.⁸⁵⁸

Јавна продаја под судским надзором је, свакако, један од начина заштите интереса дужника, али се не могу занемарити и негативне последице таквог поступања. Укључивање државних органа неминовно продужава поступак и води повећању трошкова намирења. Треба нагласити то да јавна продаја с циљем уновчења предмета залогe није нужно и гарант остварења највише продајне цене.⁸⁵⁹ Код судске продаје купац треба одмах да обезбеди новац за исплату цене, што такође смањује број заинтересованих купца.⁸⁶⁰

Код уновчења које је организовао поверилац, могу се уговорити различити модалитети продаје, на пример, исплата цене на више рата, битно је само да је поступање повериоца трговачки разумно.

857 Члан 88, став 1. ЗИП.

858 Аналогном применом правила о принудном уновчењу непокретности (члан 106. ЗИП).

859 Wood, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, страна 143.

860 ”Понуђач са највећом понудом ће платити цену за покретну ствар одмах након објављивања резултата, ако суд закључком не одлучи другачије. Ако понуђач не плати одмах по позиву суда, други понуђач ће бити проглашен купцем и платити ону цену коју је он понудио, и тако редом.” члан 87, став 1., ЗИП.

3. ВАНСУДСКО НАМИРЕЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА

А. Посебне уговорне одредбе о намирењу

У савременом праву обезбеђења потраживања искристалисало се схватање по коме је погрешно сматрати да је добар једино поступак принудног намирења путем суда. Напротив, сматра се да велики број захтева за принудно извршења води претрпаности судова и значајно успорава намирење.⁸⁶¹

У енглеском праву, на пример, постоји неколико начина принудног намирења потраживања: узимање у посед, продаја, присвајање оптерећеног добра („foreclosure”), именоване „receiver-a”.⁸⁶² Ако су узимање у посед и продаја предвиђени уговором, онда се њима по доспелости може приступити без обраћања суду. У америчком праву поверилац стиче право на намирење у случају „default”-а доцње дужника, и такође има на располагању неколико начина намирења: продаја оптерећеног добра („foreclosure by sale”), али и присвајање ради намирења („strict foreclosure”).⁸⁶³ Поверилац може оптерећено добро дати у закуп, или њиме располагати на други, трговачки разуман начин.⁸⁶⁴

У другим правним системима поверилац је ограничен на јавну продају углавном по налогу суда.⁸⁶⁵

У српском праву је, такође, предвиђена могућност вансудског намирења повериоца. Законодавац прописује и одговарајуће услове под којим је вансудска продаја допуштена:

„Заложни поверилац може приступити вансудској продаји предмета залогe по истеку рока од 30 дана од уписа почетка намирења у Регистар залогe.”⁸⁶⁶

Ако залогодавац има својство привредног субјекта (лице које се професионално бави привредном делатношћу), уговором о залози се може предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској јавној продаји, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.⁸⁶⁷

861 T. Taiti, *Comparative Secured Transactions Law*, страна 357.

862 P. ALI, *The Law of Secured Finance*, страна 249.

863 UCC §§ 9-620, 9-622.

864 Lawrence – Henning – Freyermuth, *Understanding Secured Transactions*, страна 442.

865 Wood, Ph., *Comparative Law of Security and Guarantees*, страна 138.

866 „Залогодавац и поверилац се након достављања обавештења могу споразумети да се рок од 30 дана скрати.” члан 24. 1 и 24.2 МЗОП.

867 „Својство привредног субјекта има предузеће, привредно друштво, ималац радње и друго физичко лице које у виду занимања обавља привредну делатност.” Члан 27, став 3. ЗОЗП.

„Ако предмет заложног права има тржишну или берзанску цену, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе.”

„Ако предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.”⁸⁶⁸

Чини се да стандард *разуман и пажљив човек*, којим поверилац треба да се руководи приликом уновчења предмета залогe, није одговарајуће изабран. У нашем праву, продаја без учешћа суда се може предвидети само уговором о залози у коме залогодавац има својство привредног субјекта, па је мало вероватно да ће се у таквом уговору као заложни поверилац појавити физичко лице. Управо супротно, на поверилачкој страни ће се, по правилу, наћи банка односно правно лице које кредитира дужника у оквиру своје редовне делатности.

Сматрамо да није прикладно да се од такве уговорне стране захтева да у случају вансудске продаје предмета залогe поступа као „разуман и пажљив човек”. Прихватање стандарда *разуман и пажљив човек*, у овом случају представља спуштање прага одговорности за професионалце који посао одобравања зајмова и уновчења оптерећеног добра обављају готово свакодневно. Поверилац који сам организује продају предмета залогe, морао би да поступа као трговац. Другим речима, није на суду да процењује како би у тој ситуацији поступио разуман човек, већ да оцени да ли би трговац који ствар продаје у своје име и за свој рачун, под таквим условима продао предмет залогe. Суд процењује да ли су начин, време, место и услови продаје били трговачки разумни.

Чини се да је формулација употребљена у праву Црне Горе, по којој поверилац приликом намирења треба да поступа на начин који је „економски оправдан”, за нијансу прихватљивија.⁸⁶⁹ Ипак, употреба термина „економски” у правном стандарду је углавном спорна, те сматрамо да је за српско право требало усвојити формулацију по којој заложни поверилац мора спровести уновчење предмета залогe на начин који је *трговачки разуман или трговачки оправдан*.⁸⁷⁰

Поред тога, чини се да је формулација по којој је поверилац дужан да продају организује *чувајући интересе залогодавца и дужника* непотребна, па чак и противречна самој природи залагања. Интереси

868 Члан 27, став 5. ЗОЗП.

869 У праву Црне Горе се захтева да начин, време, место и услови располагања морају бити у складу са принципом економске оправданости. Члан 20, став 13. ЗОЗСОП.

870 У препорукама UNCITRAL-а се каже да би поверилац требало да поступа у доброј вери или трговачки разумно. Recommendations no. 63, UNCITRAL Recommendations, Addendum A/CN.9/WG.VI/ WP.16/Add.1.

повериоца и дужника, односно залогодавца су, по правилу, крајње сурпростављени. Поверилац ће као уговорна страна у двострано-обавезном правном послу, јасно, штитити своје интересе. Држава је та којој дужник може да се обрати у судском поступку, ако поверилац приликом уновчења није поступао трговачки разумно. Али се чини да није правно-логички оправдано наметати повериоцу општу обавезу да чува интересе друге уговорне стране, нарочито ако та друга страна није увек физичко лице (потрошач).

У америчком праву се, такође, захтева да повериочево располагање оптерећеним добром буде трговачки разумно „commercially reasonable”⁸⁷¹ Тумачећи овај стандард, судска пракса је дошла до закључка да на пример, продаја пољопривредне опреме зими, изван сезоне, није трговачки разумна.⁸⁷² Поверилац, такође, не поступа трговачки разумно ако продају зложене музичке опреме не огласи у популарном музичком часопису.⁸⁷³ Свакако да ова становишта америчких судова могу послужити као смерница нашим судовима у тумачењу стандарда „разуман и пажљив човек”.⁸⁷⁴

Суд, дакле, процењује: да ли је поверилац изабрао метод уновчења који одговара природи предмета залогe, да ли је продаја на одговарајући начин оглашена у јавности, да ли је време продаје било примерено, обзиром на то када се почело са оглашавањем, да ли су цена и други услови продаје били трговачки разумни.

Продајна цена предмета залогe није и не може бити једини показатељ.⁸⁷⁵ Мора се узети у обзир поступање повериоца у целини, али свакако да ниска цена или мали број присутних понуђача може створити сумњу да продаја није на одговарајући начин оглашена. Поверилац би у огласу требало да примерено опише предмет залогe и избегне изразе који истичу да је продаја последица финансијских тешкоћа дужника. Препоручљиво је да оглашавање траје извесно време у медијима чији садржај прате управо потенцијални купци предмета залогe.

Занимљиво је да се захтев да продаја предмета залогe буде трговачки разумна уопште не поставља када је реч о судској продаји. Закон, ипак,

871 UCC § 9 – 610 (b).

872 First Interstate Credit Alliance, Inc. v. Clark 11 UCC Rep. Serv. 2d 1012 (S. D. N. Y. 1990).

873 American Express International Banking Corp. v. Hurley (1985) 3 All ER 564.

874 Залогодавац који је поднео захтев за накнаду штете зато што поверилац није поступао као разуман и пажљив човек, морао би то да докаже. Међутим, у ситуацији када део обезбеђеног потраживања није намирен кроз вансудску продају те поверилац поднесе захтев за наплату остатка из дужникове имовине, на њега прелази и терет доказа да је поступао као пажљив и разуман човек. Kogybu, Michael, *Searching for Commercial Reasonableness Under the Revised Article 9*, 87 „Iowa Law Review” 1383, August 2002, страна 1386.

875 Ниска цена није, сама по себи, довољна да би се утврдило поступање противно стандарду, али указује суду на потребу да се пажљиво размотре све околности под којим је дошло до продаје. UCC Official Comment § 9-610.

прописује објективна мерила, која морају бити испуњена да би се предмет залогe могао продати на првом рочишту.⁸⁷⁶

Б. Да ли је у српском праву очувана забрана *lex commissoria*

Судска продаја је и даље правило. Вансудску продају путем надметања и продају по тржишној и берзанској цени је могуће уговорити. При свајање предмета залогe се може унапред уговорити само ако залогодавац има својство привредног субјекта.

„Ако је залогодавац физичко лице које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности, уговором о залози не може се предвидети да ће предмет зложног права прећи у својину зложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.”⁸⁷⁷

„У тренутку доспелости потраживања, зложни поверилац и залогодавац се могу споразумети да ће предмет зложног права прећи у својину повериоца уместо исплате дуга, или да ће поверилац моћи да га прода по одређеној цени, или да га по тој цени задржи за себе.”⁸⁷⁸

„Вишак вредности изнад износа потраживања зложни поверилац је дужан да исплати залогодавцу без одлагања.”⁸⁷⁹

Начин уновчења оптерећеног добра установљен Законом о облигационим односима је, дакле, само делимично напуштен.

Разлози постојања забране *lex commissoria* у тренутку закључења уговора о зајму и залози, чини се, нису спорни. Потенцијални дужник се, по правилу, налази у стању нужде, што му, најблаже речено, одузима могућност да равноправно преговара.⁸⁸⁰ Често у великој невољи, притиснут ранијим дуговима, он пристаје на све, па чак и на изразито неповољне уговорне одредбе.

876 „Пописане ствари не могу се продати за износ испод процењене вредности на првом надметању, односно у року који је суд одредио за продају непосредном погодбом. Ако на првом надметању није постигнута цена у висини процењене вредности, суд ће на предлог странке одредити ново надметање на коме ће почетна цена бити једнака једној половини процењене вредности.” члан 85, ст. 1. и 2. ЗИП.

877 Члан 28, став 1. ЗОЗП. Уговором о залози не може се предвидети и да зложни поверилац може ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, предмет зложног права продати по унапред одређеној цени или га задржати за себе (члан 28, став 2. ЗОЗП).

878 Члан 28, став 4. ЗОЗП.

879 Члан 28, став 5. ЗОЗП. „Ако се залогa прода више него ли дуг са приложјем (добити, трошковима) износи, превишак ће се вратити дужнику; ако ли извађени од продаје новци не намирују свега дуга са приложјем, та недостиж остаје на дужнику; она се намирује као сваки прости дуг.” члан 180, став 2. ОИЗ.

880 Орлић М., у Станковић – Орлић, *Сйварно йраво*, страна 242.

С једне стране, санкција ништавости погађа комисорну клаузулу због могућности зеленашке злоупотребе подређеног положаја дужника. С друге стране, тако се штите и интереси осталих дужникових поверилаца, којима више одговара да се заложена ствар прода, па да се они намире из евентуалног вишка вредности, него да заложена ствар, једноставним потезом дужника, постане власништво само једног повериоца.⁸⁸¹

По закључењу уговора о зајму, дужников положај постаје знатно повољнији. Он се на неки начин ослобађа притиска и много реалније сагледава опасности којима је изложен, као и користи које му уступање предмета залогe повериоцу може донети.⁸⁸² Отуда је теорија склона да сматра правно ваљаном ону комисорну погодбу која је настала накнадно.⁸⁸³ Дилема је само где повући временску границу те дозвољености.

Наша судска пракса држи да тек дужник који падне у доцњу тачно зна на чему је, па се споразум по коме би залогопримац могао присвојити дужникову ствар након доспелости потраживања сматра допуштеним.⁸⁸⁴

Насупрот томе, ново решење у праву Републике Српске одступа од овако схваћеног начела официјелности.⁸⁸⁵ Ако је то уговором предвиђено,

881 Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења иотраживања*, „Правни живот”, број 10/2002, страна 112. Ни ЗОЗП не узима у обзир овај недостатак присвајања. Заложни поверилац и залогодавац се могу споразумети о томе да поверилац стекне право својине на предмету залогe без сагласности на пример, залогопримца који има залогу нижу по рангу на истом предмету. У праву Црне Горе, разликовање физичких лица и лица која обављају привредну делатност није значајно у погледу принудног намирења. У случају неиспуњења обавезе, залогопримац може понудити да прими заложену ствар ради потпуног или делимичног испуњења обезбеђеног потраживања. „Ова понуда постаје обавезујућа ако је залогодавац дао сагласност у писаној форми и ако залогодавац, лице које је дужник у правном послу из којег је настало обезбеђено потраживање, гарант или споредни дужник не стави приговор у писаној форми у року од осам дана од пријема понуде.” члан 20, став 16. ЗОЗП. Слична правила се у америчком праву примењују за намирење потраживања присвајањем оптерећеног добра „strict foreclosure” (§§ 9–620, 9-621. UCC).

882 Дужник, дозвољавајући повериоцу да задржи предмет залогe, по правилу, избегава тужбу за накнаду потраживања изнад вредности која би била остварена продајом оптерећеног добра, осим ако поверилац није понудио присвајање само као делимично намирење. Lopucki, L. – Waren, E., *Secured Credit, A Systems Approach*, страна 97.

883 Орлић М., *Коментар Закона о облигационим односима* (ред. Благојевић, Б.-В. Крућ), књига II, Београд, 1980, страна 568.

884 Решење Врховног суда НР Босне и Херцеговине Гзз. 13/57, *Збирка судских одлука*, књига II, св.1 одлука број 80. И у америчком праву намирење потраживања присвајањем оптерећеног добра „strict foreclosure” производи дејства само ако је дужник то прихватио након што је доспео у доцњу. White, J. – Summers, R., *наведено дело*, стр. 899–902.

885 „Код регистроване залогe на индивидуално одређеној покретној ствари, заложни поверилац се може, ако је уговором о залози то предвиђено и уписано у Регистар залогa, намирити преношењем права власништва на предмету залогe са заложног дужника, односно трећег лица на које је заложни поверилац пренео право власништва после уписа регистроване залогe. До намирења заложног повериоца на овај начин може доћи само ако је у уговору одређена и у Регистар залогa уписана вредност предмета залогe” (члан 26, ст. 1. и 2. ЗОРЗ).

поверилац може изабрати намирење потраживања једноставним присвајањем оптерећеног добра.⁸⁸⁶

Чини се да ЗОЗП о овом питању представља уравнотежену комбинацију решења садржаних у Закону о облигационим односима, наше судске праксе и модерних тенденција у упоредном праву обезбеђења потраживања.

Код субјеката који обављају привредну делатност се може уговорити да поверилац вансудски прода предмет залогe путем јавног надметања, или по тржишној и берзанској цени, док је код физичког лица која не обавља привредну делатност уговарање такве клаузуле допуштено тек након доспелости.⁸⁸⁷

Писци Закона полазе од претпоставке да су лица која обављају привредну делатност кадра препознати свој пословни интерес и опасности које доноси такво уговарање.⁸⁸⁸

Насупрот томе, ограничењем слободе уговарања, штите се она лица која нису редовно укључена у овај тип послова на тржишту. Законодавац обезбеђује заштиту физичким лицима код којих је закључење уговора о залози изузетак у односу на редовне животне активности. Жели се спречити злоупотреба мањка искуства и знања на страни таквог залогодавца као подлога за наметање неповољних уговорних одредби.

Треба рећи и то да у савременом правном промету већина поверилаца није заинтересована за својину над оптерећеним добром. Поверилац, по правилу, жели само државину на предмету залогe због заштите постојеће вредности оптерећеног добра и његове продаје.⁸⁸⁹ Према ЗОЗП, уговором о залози може се предвидети да ће предмет заложног права прећи у државину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.⁸⁹⁰ Чини се да је ова одредба сувишна ако заложни поверилац по самом закону стиче право на државину на предмету залогe ако потраживање није измирено о доспелости.⁸⁹¹

У овом контексту се може поставити и питање да ли се обезбеђени поверилац може појавити као купац на продаји коју сам организује.

Чини се да не постоје правне сметње за укључење повериоца у такву лицитацију. Наравно, уговором о залози ова могућност се може изричито

886 Опширније о овом одступању од начела официјелности код намирења обезбеђеног потраживања у праву Републике Српске. Медић, Д., *Заложно право*, стр. 174–175.

887 Упоредити са чл. 27. и 28. ЗОЗП.

888 Опширније о аргументима за одступање од општих правила извршења у односу на комерцијална (правна) лица Д. Хибер (ред.) *Нови Закон о извршном иотпујуку*, Београд, 2004.

889 Lopucki, Lynn M. – Mirick, Chistopher R., *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, Aspen Publisher 2003, страна 301.

890 Члан 28, став 3. ЗОЗП.

891 „Ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости, заложни поверилац стиче право на државину по самом закону” (члан 35, став 1. ЗОЗП).

предвидети или искључити. Ако се узму о обзир практичне последице таквог поступања, већи број учесника у надметању омогућава постизање веће продајне цене.⁸⁹² С друге стране, ако се поверилац на крају надметања појави као купац, суд ће ову чињеницу свакако узети у обзир, ценећи према околности конкретног случаја да ли је поверилац поступао у складу са прописаним стандардом понашања. Наравно, у пракси ће повериоци настојати да избегну подвргавање таквој процени. Није нарочито компликовано договорити се са трећим лицем да купи ствар у своје име, с тим да касније пренесе својину на заложног повериоца.

У неким ситуацијама ће и јавни поредак ограничити заложног повериоца у намирењу потраживања вансудском продајом. Поверилац може успоставити државину на неком предмету залог, без могућности да сам организује уновчење. На пример, предмет залог су лекови на складишту залогодавца. Поверилац који не поседује прописане дозволе за продају ове врсте производа, јасно, не може организовати њихову вансудску продају, без обзира на садржину уговора о залози.⁸⁹³

В. Још неке могућности вансудског намирења

а) ЗОЗП познаје још један облик уновчења предмета залог од заложног повериоца. У ситуацији када су трошкови јавне продаје несразмерно високи према вредности заложене ствари, суд може препустити уновчење повериоцу. Он може продати предмет залог по цени утврђеној проценом стручњака или га задржати за себе по тој цени.⁸⁹⁴ Реч је о принудном намирењу које почиње као судско, да би се окончало продајом у организацији повериоца.⁸⁹⁵

Законодавац је, вероватно, сматрао излишном одредбу по којој уговорници могу предвидети да заложни поверилац након доцње дужника може продати заложену ствар по цени утврђеној проценом стручњака. С једне стране, ни тада се не смеју занемарити недозвољени утицаји повериоца на избор лица које ће вршити процену вредности оптерећеног добра.⁸⁹⁶ С друге стране, одредба по којој поверилац може продати предмет

залог на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чини се, подразумева и опцију продаје по цени утврђеној проценом стручњака.

б) Наш закон не предвиђа изричито могућност да поверилац изда предмет залог у закуп и тако намири своје потраживање, али нам се чини да би таква уговорна одредба била могућа, наравно, у границама општих ограничења слободе уговарања.⁸⁹⁷ У неким ситуација, оптерећено добро је по својој природи нарочито погодно за такав вид намирења. На пример, предмет залог је скупа телевизијска опрема која у том тренутку не може да се прода по цени која је довољна за намирење. Уговорне стране могу унапред предвидети могућност да се поверилац може намирити и давањем у закуп такве опреме. Слично се може поступити и када су предмет залог аутомобили које је заложила „rent a car” агенција.

в) Поверилац може уновчење заложене ствари поверити трећем лицу које се редовно бави таквом делатношћу. На основу одговарајућег споразума, треће лице ће организовати јавну продају путем надметања, или ће у име и за рачун залогодавца продати предмет залог по тржишној или берзанској цени.⁸⁹⁸

г) Понекад ће се дужник у доцњи, одлучити да сам прода оптерећено добро и тако обезбеди средства за намирење повериоца. Дужник добро познаје предмет залог и потенцијалне купце, па је често у бољој позицији да постигне прихватљиву цену уновчења и тако заштити своје, али и интересе повериоца.⁸⁹⁹

892 У праву Црне Горе, таква могућност је изричито предвиђена: „Залогопримац има право да купи заложену ствар на јавном надметању, а путем непосредне погодбе само ако се такве ствари продају на признатом тржишту, или постоји широко распрострањена стандардна цена таквих ствари.” члан 20, став 15. ЗОЗСОП.

893 Lopuski, L. – Waren, E., *Secured Credit, A Systems Approach*, страна 94.

894 Члан 43, став 2. ЗОЗП.

895 ЗОО код намирења потраживања обезбеђеног класичном залогом такође познаје ову могућност. члан 980, став 2. ЗОО.

896 У праву Републике Српске је због таквих опасности предвиђено да власник оптерећеног добра може у року од седам дана захтевати да суд надлежан за извршење одреди вредност предмета залог, ако сматра да је вредност одређена у уговору нижа од тржишне цене (члан 28. ЗОРЗ).

897 Насупрот томе, у праву Црне Горе је таква могућност изричито предвиђена, те залогопримац, након успостављања државине, може продати, дати у закуп или на други начин располагати заложеном ствари (члан 20, став 11. ЗОЗСОП).

898 Члан 46, став 3. и члан 47, став 7. ЗОЗП.

899 О овој могућности која стоји на располагању дужнику у финансијских проблемима: Mann, Ronald J., *Strategy and Force in the Liquidation of Secured Debt*, „Michigan Law Review”, November 1997, стр. 215–218.

4. СРЕДСТВА ЗАШТИТЕ КОЈА СТОЈЕ НА РАСПОЛАГАЊУ ДУЖНИКУ

Сврха убрзавања поступка принудног намирења није у искључивом погодовању повериоца, већ у равномерној заштити интереса дужника и повериоца. Не може се говорити о правној сигурности ако поверилац није у стању да принудно намири своје потраживање, али је правни поредак једнако угрожен када принуда у извршењу није ограничена.⁹⁰⁰

„Залогодавац може оспоравати право заложног повериоца да се намири вансудским путем, ако у року од 30 дана од уписа почетка поступка намирења у Регистар залогe поднесе тужбу суду и доказе да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.”⁹⁰¹

„При одређивању рокова и рочишта по тужби залогодавца, суд ће увек обраћати нарочиту пажњу на потребу хитног решавања ових спорова.”⁹⁰²

Принудно намирење потраживања обезбеђеног залогом не трпи одугљачење. Стога је битно да подношење тужбе не одлаже извршење.⁹⁰³ Код залагања покретних ствари, по правилу, тежи се бржем уновчењу. Готово је немогуће да се вредност предмета залогe повећа протеком времена, осим, можда, ако су предмет залогe уметнички и антикварни предмети.⁹⁰⁴

Како је ефикасно уновчење и у интересу дужника, било би неправедно дозволити успостављање државине, ако поверилац није подстакнут да у што краћем року приступи продаји.

У енглеском праву, обезбеђени поверилац слободно одлучује о томе када ће приступити продаји. Ипак, дужник може, ако му због одлагања продаје прети губитак који је у несразмери са оним што би поверилац могао добити одлагањем, издејствовати судски налог да се приступи

900 Т. Taiti, *наведено дело*, страна 355.

901 Члан 49, став 1. ЗОЗП.

902 Члан 49, став 3. ЗОЗП.

903 Осим ако залогодавац поднесе јавну исправу или приватну исправу оверену на законом прописан начин, којом се привремено или трајно одлаже извршење (члан 49, став 2. ЗОЗП).

904 Насупрот томе, код непокретности вредност предмета хипотеке често расте протеком времена.

продаји оптерећног добра.⁹⁰⁵ С друге стране, дужник нема могућност да захтева од суда одлуку о одлагању продаје.⁹⁰⁶

Обезбеђени поверилац, који успостави државину на предмету залогe, има на располагању разуман период времена да га уновчи.⁹⁰⁷ Претерано одлагање продаје предмета залогe се не може сматрати трговачки оправданим поступањем, па би се залогодавац у захтеву за накнаду штете, у односу на повериоца, могао позвати на овај стандард.

„Заложни поверилац и лице коме је поверена продаја предмета заложног права солидарно су одговорни залогодавцу ако му проузрокују штету приликом продаје.”⁹⁰⁸

Заштита дужника се, дакле, остварује према општим правилима о накнади штете, док треће савесно лице, које купи предмет залогe на судској или вансудској продаји, стиче право својине без терета.⁹⁰⁹ По окончању вансудске продаје, заложни поверилац је, пошто намири главно потраживање дужну камату и трошкове око наплате потраживања, дужан да дужнику врати вишак вредности остварен уновчењем. Законом је прописано да ако заложни поверилац у року од осам дана не исплати залогодавцу вишак добијен изнад износа потраживања, плаћа прописану затезну камату.⁹¹⁰

Заложни поверилац може, ако је то уговорено, предмет залогe уновчити по тржишној или берзанској цени, односно, када ове цене нема, на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек. Тржишна цена је дефинисана као „цена по којој се исте или сличне ствари редовно продају под уобичајеним околностима на месту и у време продаје предмета залогe” Када је реч о цени по којој се ствари „редовно продају”, на судској пракси је да се одреди према томе, да ли је овде реч о малопродајној или велепродајној цени, што је нарочито значајно ако су предмет залогe ствари одређене по врсти. Принудна продаја је резултат дужниковог непоштовања уговорних обавеза. Поред тога, уновчење ствари одређених по врсти

905 Р. ALI, *наведено дело*, стр. 255–256.

906 Дужник и залогодавац имају могућност да у времену до продаје ствари измире дуг и тако угасе залогу на оптерећеном добру (right of redemption). „Дужник може пуноважно испунити дуг у било које време пре продаје предмета заложног права. У том року, залогодавац може иако није дужан испунити обавезу дужника.” члан 44, ст. 2. и 3. ЗОЗП.

907 Примереност периода за уновчење ће, по правилу, зависити од природе оптерећеног добра. Pascover, M., *A Commercially Reasonable Sale under Article 9: Commercial Reasonable, and Fair to All Involved*, 28 (Loyola of Los Angeles Law Review), 235, November 1994, страна 239.

908 Члан 47, став 8. ЗОЗП.

909 У америчком праву, након продаје која није трговачки разумна, дужник, такође, може тужити повериоца за накнаду штете, уз ограду да то не може утицати на права савесног стицаоца. Lopuski, L. – Wagen, E., *наведено дело*, страна 93.

910 Члан 35. ЗОЗП.

се обавља тако да се на пример, заложена роба на складишту продаје као целина или у већим количинама, најчешће једном, евентуално неколицини купаца. Било би правно нелогично тражити од повериоца да чека док се заложена роба распрода, на комад, по малопродајној цени. Стога смо трамо да је за такво уновчење прикладнија велепродајна цена, нарочито ако је заложни поверилац продају поверио неком трећем ко се продајом таквих ствари бави као занимањем.⁹¹¹ Наравно, као крајњи коректив и овде треба узети стандард организовања продаје на начин који је трговачки разуман.

Ако поверилац није у могућности да на предвидљив и временски прихватљив начин, без излагања претераним трошковима, принудно намири своје потраживање, вредност стварноправног обезбеђења је значајно умањена.

Брзина у намирењу потраживања ће умногоме зависити и од ефикасности судског система. Јасна правила у поступку принудног намирења доносе корист повериоцима, који на тај начин тачно знају којим средствима располажу у заштити својих права. Извесност помаже и дужницима јер се тако смањују каматне стопе, онемогућава шиканирање и злоупотреба подређеног положаја дужника.

Део XI

ДЕЈСТВА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У СЛУЧАЈУ СТЕЧАЈА ЗАЛОГОДАВЦА

⁹¹¹ Велепродајна цена одражава вредност ствари, док је малопродајна цена, у суштини, резултат додатних трошкова које таква продаја доноси. Когуби, М., *Searching for Commercial Reasonableness Under the Revised Article 9*, страна 1410.

1. О СТЕЧАЈУ КАО ПОСТУПКУ КОЛЕКТИВНОГ НАМИРЕЊА

А. Појам стечаја

Ако дужник не може или неће да испуни уговорену обавезу, обезбеђење потраживања омогућава повериоцу да захтева принудну продају оптерећеног добра и тако намири своје потраживање. Међутим у пракси, једна „невоља” обично не долази сама. Дужник, по правилу, касни са измирењем обавезе, не само према обезбеђеном повериоцу, већ и према другим повериоцима. Неспособност за плаћање на страни дужника може довести до отварања стечајног поступка над његовом имовином. Основна формула о праву заложног повериоца на принудну продају оптерећеног добра се тада, у извесном смислу, мења и усклађује са поступком колективног намирења.

У српском праву услови, начин покретања и спровођења стечајног поступка су уређени Законом о стечајном поступку.⁹¹² Према овом закону, стечајни поступак се може отворити у погледу правних лица,⁹¹³ с тим, да се посебна правила примењују на стечај банака и осигуравајућих организација.⁹¹⁴ Стечајни поступак се може отворити и над имовином физичких лица која имају својство предузетника.⁹¹⁵ У стечају правних лица, код одговорности за дугове примењује се начело правне раздвојености и самосталности, док предузетник за обавезе настале у оквиру обављања делатности одговара целокупном имовином.⁹¹⁶

912 Закон је објављен у „Службеном гласнику РС”, број 84/2004 од 24.7.2004. У Републици Црној Гори је на снази Закон о инсолвентности привредних друштава, „Сл. лист РЦГ”, број 06/02. Овим законима је замењен Закон о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, „Службени лист СФРЈ”, број 84/89, „Службени лист СРЈ”, бр. 37/93, 28/96.

913 Стечајни поступак се не спроводи према Државној заједници Србија и Црна Гора, Републици Србији и другим правним лицима која су побројена у члану 6, став 1. Закона о стечајном поступку.

914 Члан 6, став 2. ЗОСП. и Закон о стечају и ликвидацији банака и друштава за осигурање „Службени гласник РС”, број 61/2005. Такав приступ је у складу са препорукама Светске банке. О различитој природи и посебном друштвеном значају стечаја банака што условљава потребу за посебном регулативом. *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, April 2001, <http://web.worldbank.org/>, страна 63.

915 Члан 33, став 1. Закона о стечајном поступку. Предузетник је физичко лице које је регистровано да ради стицања добити у виду занимања обавља законом дозвољене активности, укључујући уметничке и старе занате и послове домаће радиности, док се индивидуални пољопривредник не сматра предузетником. члан 48. Закона о привредним друштвима. Опширније о начелима индивидуалног стечаја: Радовић, Вук., *Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном поступку*, „Право и привреда”, бр. 9 – 12/ 2004, стр. 123–137.

916 Више о овом начелу и лимитној функцији својственој правним лицима Водинелић, В., у Станковић – Водинелић, *Увод у трајанско право*, страна 72.

Сам стечајни поступак се јавља у два облика: као банкротство и реорганизација. Под банкротством се подразумева намирење поверилаца продајом целокупне имовине стечајног дужника, док реорганизација, у најкраћем, представља намирење поверилаца, на начин и под условима одређеним планом реорганизације.

С тим у вези, покушаћемо да дамо одговоре на нека питања која се чине нарочито значајним за заложно право уписано у регистар.

Да ли и у ком обиму отварање стечаја утиче на право заложног повериоца? Како заложни поверилац може заштитити своје право у односу на оптерећено добро без обзира на отварање стечаја? Да ли је обезбеђени поверилац у неповољнијем положају у случају реорганизације дужника и који је његов интерес да подржи опстанак дужника?

Б. Стечајни разлог

Стечајни поступак може бити покренут на захтев повериоца, али и на захтев самог дужника (добровољни стечај).⁹¹⁷ Поверилац може да поднесе предлог за отварање стечајног поступка ако учини вероватним постојање свог потраживања и то да је стечајни дужник неспособан за плаћање.⁹¹⁸ Поверилац не мора да докаже да је неспособност плаћања извесна, већ само да је таква неспособност дужника вероватна.

У упоредном праву се као општи стечајни разлог обично наводе презадуженост (*insuficiencia* „balance sheet test”) и неспособност за плаћање – инсолвентност (*insolventia*).⁹¹⁹ Компанија је презадужена ако њени дугови односно износ пасиве превазилази тржишно процењену вредност активе.⁹²⁰ Тест инсолвентности узима у обзир прилив новца и дужникову неспособност да испоштује доспеле обавезе. Као показатељи прекида плаћања, узимају се обично неплаћање закупа просторија у којима

917 О добровољном стечају Радовић, В., *Предлој дужника за њокрејвање стечајној њосџуйка (вољни стечај)*, „Право и привреда”, бр. 5-8/2004, стр. 692–705. Ипак, дужник захтев за стечај, по правилу, подноси под притиском поверилаца. Lopucki, L – Mirick, C., *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, страна 21.

918 Члан 40, став 2. ЗОСП. О материјалним и процесним условима за покретање стечајног поступка од повериоца Радовић, В., *Предлој њовериоца за њокрејвање стечајној њосџуйка (невољни стечај)*, „Право и привреда”, бр. 1-4/2002, стр. 160–174.

919 Опширније Радовић, В., *Индивидуални стечај, Сџечај над имовином физичкој лица*, Београд, 2006, стр. 252–259.

920 „Balance sheet” тест је много скупљи јер захтева ангажовање експерата. Ако се не следе одговарајући међународни стандарди процене вредности, може доћи до арбитражности и несигурности. *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, April 2001, <http://web.worldbank.org/>, страна 29. Овај приступ је нарочито проблематичан код привредних субјеката који се баве пружањем услуга, када вредност имовине не указује на реалну одрживост таквог субјекта. Part Two, Chapter I, para. 23, UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*, страна 57.

дужник обавља делатност, неплаћање пореских обавеза, плата и доприноса за запослене и других трошкова редовног пословања.

У пракси се мора водити рачуна и о могућим злоупотребама, односно и подношењу захтева за отварање стечаја који није заснован на реалним основама.⁹²¹ С тим у вези, у нашем праву су Законом прописани објективни показатељи који помажу да се утврди дужникова неспособност за измирење обавеза. Сматра се да је дужник неспособан за плаћање:

– ако не може да одговори својим обавезама у року од 45 дана од доспелости обавезе;

– када је потпуно обуставио своја плаћања у периоду од 30 дана, или

– када постоји претећа неспособност плаћања.⁹²²

„Ако је поступак покренут на предлог повериоца који у судском или пореском извршном поступку није могао намирити своје потраживање, претходни стечајни поступак се неће спроводити, нити ће се доказивати да је стечајни дужник презадужен, већ ће се одмах покренути стечајни поступак.”⁹²³

Ако дужник није више у стању да одговори својим обавезама, могућа су само два излаза из такве ситуације. Једна могућност је да се повериоци утркују у намирењу из преостале имовине дужника. Друга могућност је да се пријаве свих потраживања окупе на једном месту, те да се заједнички одлучи на који начин и у ком обиму ће се приступити намирењу. Како би прва опција представљала атак на правну сигурност, правни поредак се опредељује за колективно, контролисано намирење у оквиру стечаја. На првом поверилачком рочишту, стечајни повериоци на основу добијеног извештаја разматрају да ли ће се стечајни поступак окончати банкротством стечајног дужника, или треба предузети мере ради подношења плана реорганизације у стечајном поступку.⁹²⁴

921 Нарочито је значајно питање приступа потпуним и тачним подацима о имовини, дуговањима и пословима дужника, како би се омогућила процена његовог финансијског стања, наравно, уз одговарајућу заштиту података који, иначе, нису доступни јавности. Part One, Chapter II, para. 13, UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law*, страна 33.

922 Сматра се да постоји претећа неспособност плаћања ако дужник учини вероватним да своје већ постојеће обавезе неће моћи да испуни по доспећу. члан 2, став 2, тачка 3. ЗОСП.

923 Члан 3. ЗОСП. *При њоме њоверилац у извршном њосџуйку не мора њокушајћи најлајћу њојисом и њорогајом њокрејњих и њојокрејњих стџвари дужника, довољно је само да њружи доказе да своје новчано њоџраживање њринудно није мојао најлајћији њујем њленидбе новчаних средсџава дужника са њејовој рачуна*. Одговор на питање о ненаплативости потраживања, Саветовање трговинских судова „Вршац 2005”, одржано од 16. до 18. марта 2005, Paragraf Press број 206/207.

924 Ако на рочишту стечајни повериоци, за чија потраживања се учини вероватним да износе више од 70% укупних потраживања, одлуче да се стечајни поступак оконча банкротством стечајног дужника, стечајно веће доноси одлуку о започињању поступка продаје имовине стечајног дужника. члан 23, став 5. Закона о стечајном поступку.

Важно је приметити да у стечају одлучује потребна већина поверилаца и да се не захтева једногласност. Принцип индивидуализма који доминира у извршном поступку уступа место колективном одлучивању и намирењу.⁹²⁵

2. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈНОГ ПОСТУПКА

А. Последице отварања стечаја по обезбеђено потраживање

а) Најважнија последица која отварањем стечаја наступа у погледу свих потраживања, па и обезбеђеног потраживања, јесте забрана извршења и намирења.

„Од дана покретања стечајног поступка не може се против стечајног дужника, односно над његовом имовином, одредити и спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења у циљу намирења потраживања, осим извршења која се односе на трошкове стечајног поступка.”⁹²⁶

б) Даном покретања стечајног поступка, потраживања поверилаца према стечајном дужнику, која нису доспела, сматрају се доспелим.⁹²⁷

в) Неновчана потраживања стечајног дужника која нису доспела сматрају се доспелим и уносе се у стечајну масу изражена у новцу (конверзија).⁹²⁸

г) Даном подношења предлога за покретање стечајног поступка престаје обрачунавање уговорених камата за необезбеђена потраживања. Насупрот томе, у погледу обезбеђених потраживања уговорена камата наставља да се обрачунава, али само до висине вредности имовине која служи за обезбеђење потраживања.⁹²⁹

д) Пријавом потраживања прекида се његова застарелост према стечајном дужнику.⁹³⁰

926 Члан 73. ЗОСП. Ово питање је било регулисано чланом 99. некадашњег Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији, који је прописивао да се од дана отварања поступка стечаја не може против дужника дозволити мера обезбеђења, нити принудног извршења ради намирења потраживања у погледу којих постоји извршна исправа.

927 Члан 67. ЗОСП. О последицама које стечај доноси у погледу потраживања према дужнику у швајцарском праву Walter König – Hans Moede, *The Bankruptcy Law of Switzerland* у Botwinik, David A. – Weinrib, Kenneth W., (ed.) *European Bankruptcy Laws*, ABA 1986, страна 123.

928 Поред тога, новчана и неновчана потраживања према стечајном дужнику која имају за предмет повремена давања, постају једнократна потраживања. Потраживања у страниој валути уносе се у стечајну масу у тој валути, али се обрачунавају у динарској противвредности према средњем курсу динара који утврђује Народна банка Србије на дан покретања стечајног поступка. Члан 68. ЗОСП.

929 Члан 69. ЗОСП и члан 49. Закона о инсолвентности привредних друштава.

930 Члан 70, став 1. ЗОСП. О наступању прекида застарелости у овом случају се може закључити и на основу одредби ЗОО: „Застаревање се прекида подизањем тужбе и сваком другом повериоцевом радњом предузетом против дужника пред судом или другим надлежним органом, у циљу утврђивања, обезбеђења или остварења потраживања.” Члан 388. ЗОО.

925 Mokal, R., *Priority as Pathology The Pary Passu Myth*, „Cambridge Law Journal” 60, November 2001, страна 592. О другим разликама између стечаја и судског извршног поступка Весна Ракић Водинелић у Д. Хибер (ред.), *Нови Закон о извршном поступку*, стр. 14–15.

Б. Последице отварања стечаја по заложног дужника

Решење о покретању односно о одбијању предлога за покретање стечајног поступка, стечајно веће састављено од троје судија доноси на рочишту за покретање стечајног поступка, а најкасније у року од два дана од закључења тог рочишта.⁹³¹ Доношење решења о покретању стечаја повлачи значајне последице по самог дужника:

а) Дужник остаје титулар имовине, али практично губи могућност располагања. Послове управљања и располагања његовом имовином преузима стечајни управник.⁹³² Дужник не одлучује више о томе ком повериоцу ће се исплатити потраживање;

б) Формира се стечајна маса коју чини целокупна имовина стечајног дужника у земљи и иностранству на дан покретања стечајног поступка, као и имовина коју стечајни дужник стекне током стечајног поступка.⁹³³ Законодавац не дефинише појам имовине.⁹³⁴ Ипак, чини се да није спорно да покретне ствари на којима је уписом у регистар засновано заложно право такође улазе у стечајну масу.⁹³⁵

в) Уз фирму стечајног дужника, при потписивању, додаје се ознака „у стечају”, са назначењем новог рачуна преко којег ће се вршити пословање стечајног дужника.⁹³⁶

г) Покретање стечајног поступка је разлог за отказ уговора о раду који је стечајни дужник закључио са запосленима.⁹³⁷

931 Члан 55, став 1. ЗОСП.

932 „Покретањем стечајног поступка стечајни управник узима у државину целокупну имовину која улази у стечајну масу и њоме управља” (члан 84, став 1. ЗОСП). „Даном покретања стечајног поступка престају права директора, заступника и пуномоћника, као и органа управљања и надзорних органа стечајног дужника и та права прелазе на стечајног управника.” (члан 60, став 1. ЗОСП). „Стечајног управника решењем о отварању стечајног поступка поставља стечајно веће.” (члан 11. ЗОСП). У америчком праву постоји уверење да „trustee”, поред обавезе да ради у корист обезбеђених и необезбеђених поверилаца у случају ликвидације, углавном заступа интересе необезбеђених кредитора који га и бирају. Lopucki, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 286.

933 Члан 81. ЗОСП.

934 Упоредити са чланом 30. Закон о insolventности привредних друштава РЦГ, где се детаљније описује која то права улазе у стечајну масу дужника. Опширније о појму имовине Антић, О. у Стојановић – Антић, *Увод у грађанско право*, стр. 401–405.

935 На овај начин се питању стечајне масе приступа и у америчком праву. Имовина у стечају подразумева и ону која је објекат залог и хипотеке, чак и ако је оптерећено добро у рукама повериоца. Такво решење омогућава дужнику да настави са обављањем делатности Gerber, Michael, *Business Reorganizations*, New York 2000, страна 14.

936 Члан 64. ЗОСП.

937 Члан 63. ЗОСП.

3. ПОСЛЕДИЦЕ ОТВАРАЊА СТЕЧАЈА ПО ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА

А. Повлашћен положај заложног повериоца

Отварање стечајног поступка показује да дужник нема довољно средстава за измирење дугова. То, наравно, не значи да дужник уопште не располаже имовином, могуће је да су у том тренутку једноставно доспела потраживања веће вредности од количине новца коју дужник може да прибави кроз емисију акција, зајам или из сопствених прихода. Народски речено, каса дужника је празна или полупразна. Како дужникова имовина није довољна за све повериоце, једни ће се намирити у потпуности, други само делимично, али није искључено и да остану „кратких рукава”.

Општи принцип који важи за колективно намирење у стечајном поступку јесте *pari passu*. Обични, стечајни повериоци се намирују сразмерно (*pro rata*), дакле деле преосталу имовину дужника на равне части. У савременом праву тај принцип познаје бројна одсупања, али се увек настоји да се повериоци, чија су потраживања слична по својој природи, намире у једнаком обиму.⁹³⁸ С друге стране, није погрешно рећи да стечајни повериоци сразмерно губе. Они су принуђени да се одрекну дела свог потраживања, јер се намирују само делимично.

Насупрот томе, заложни поверилац има могућност одвојеног намирења на, по правилу, највреднијем делу дужникове имовине.⁹³⁹ Такав поверилац се намирује у целости и то у границама вредности оптерећеног добра, тако да за необезбеђене повериоце често не остаје много.⁹⁴⁰ У већини стечајних поступака обични повериоци су једнаки у немогућности да наплате било шта од свога потраживања.⁹⁴¹ Природан је, отуда, сукоб интереса заложног повериоца и обичних (необезбеђених) поверилаца.

Да ли ће неки поверилац захтевати обезбеђење зависи од мноштва фактора: износа зајма, времена на који је зајам одобрен, преговарачке снаге уговорника, дужникове кредитне подобности, трошкова кредита.⁹⁴² Поред тога, нису сви повериоци једнако обавештени, нити у позицији

938 Allan, David – Drobnig, Ulrich, *Secured Credit in Commercial Insolvencies a Comparative Analysis*, RabelZ 44 (1980), страна 617.

939 § 47. Стечајног закона за Краљевину Југославију од 22. новембра 1929, ступио на снагу 1930.

940 McCormack, G., *A Priority of Secured Credit: an Anglo – American Perspective*, страна 393.

941 Ово је довољан разлог да неки аутори закључе како су необезбеђени повериоци изједначени у беди (Mokal, R., *Priority as Pathology*, страна 583).

942 Ziegel, Jacob, *Secured Transactions in Personal Property and the Federal – Provincial Conflict in Canadian Bankruptcy Law*, 46 „South Carolina Law Review” 877, Summer 1995, страна 877.

да своје понашање прилагоде новонасталој ситуацији.⁹⁴³ У пракси је због тога значајна већина поверилаца необезбеђена.⁹⁴⁴

С друге стране, разлози због којих дужник пристаје на обезбеђење су често крајње једноставни – давалац кредита то захтева. Дужник је слободан само да одлучи, да ли ће ступити у уговорни однос.⁹⁴⁵ За неке, нарочито мање компаније, то је једини начин да дођу до потребних средстава, док ће друге компаније, руководећи се мањом ценом зајма, и саме понудити обезбеђење.⁹⁴⁶

У стечајном поступку се, дакле, јасно разликују две групе поверилаца. Обични (стечајни) повериоци, који своје потраживање нису обезбедили до отварања стечајног поступка,⁹⁴⁷ и заложни повериоци, заштићени од брига које стечајни поступак доноси обичним повериоцима.⁹⁴⁸

У стечајном праву је општеприхваћен принцип да отварање стечајног поступка не би смело угрозити положај оних поверилаца који имају разлучна права.⁹⁴⁹ Права обезбеђених поверилаца стечана у одређеном периоду пре отварања стечаја морају бити препозната као таква и у стечајном поступку.⁹⁵⁰ У складу с тим, заложни поверилац ће имати право

намирења из средстава остварених продајом имовине која је обухваћена разлучним правом.⁹⁵¹

”Повериоци који имају заложно право или право намирења на ствари или правима о којима се воде јавне књиге или регистри имају право на намирење на тој ствари или праву.”⁹⁵²

Повериоци који имају државину и право задржавања ствари нису дужни да предају ствар стечајном дужнику док им се не исплати њихово потраживање. Дакле, поверилац који је обезбедио потраживање класичном залогом и поверилац који је обезбедио потраживање регистрованом залогом, али је по доспелости успоставио државину на предмету залог, није дужан да врати предмет залог у стечајну масу. Ипак, ако је такав предмет залог значајан за реорганизацију или уновчење дужника као целине, суд би могао наложити враћање у стечајну масу, под условом да је обезбеђена одговарајућа заштита права заложног повериоца. На пример, заложном повериоцу је у замену понуђен други предмет залог сразмерне вредности, или му је обећана новчана накнада за губитке и штету која се може очекивати.

Мада поседује стварно право које му гарантује првенство у намирењу, од покретања стечајног поступка заложни поверилац може остваривати своје разлучно право искључиво у оквиру стечајног поступка.⁹⁵³ Заложни поверилац мора пријавити своје потраживање као и остали повериоци.⁹⁵⁴ У пријави мора навести предмет залог на коме је стекао заложно право, као и износ обезбеђеног потраживања са обрачунатом каматом. Ако његово потраживање није у целини обезбеђено, мора се назначити и износ потраживања који није обезбеђен.⁹⁵⁵ Титулар заложног права које је настало уписом у регистар своја потраживање може намирити само у оквиру поступка колективног намирења, с тим, што му заложно право доноси посебан положај. Он има могућност да своје потраживање намири у целини, у границама вредности предмета залог.

951 Члан 38, став 2. Закона о стечајном поступку. У америчком праву, обезбеђени поверилац у стечају има право да захтева 100% свога потраживања, камату и накнаду за адвоката. Lopucki, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 308.

952 Члан 38. ЗОСП. Упоредити са чланом 38, став 2. Закона о стечајном поступку Републике Српске, где су као разлучни повериоци побројани: хипотекарни повериоци и повериоци земљишног дуга; повериоци који су законом, пленидбом, споразумом пред судом или правним послом стекли неко заложно право; повериоци којима је стечајни дужник ради обезбеђења пренео неко право; повериоци којима припада право задржања.

953 Члан 66, став 2. ЗОСП.

954 У неким правима се не захтева пријава потраживања, ако су разлучна права на некретнинама као и разлучна права на бродовима и ваздухопловима уписана у јавне књиге. члан 54. 4. *Stечајног закона RH*.

955 О осталим формалним елементима које мора да садржи пријава потраживања члан 90. ЗОСП.

943 Ово се нарочито односи на оштећене као повериоце накнаде штете. Међутим, неки учесници у тржишној утакмици нису едуковани у погледу заштите потрошача, или животне средине, али се не поставља питање њиховог изузећа од примене таквих прописа. О овим и другим разлозима за неприхватање става о неопходности посебне заштите тзв. „неприлагођених” поверилаца: Mokal, R., *The Search for Someone to Save: A defensive Case for the Priority of Secured Credit*, „Oxford Journal Of Legal Studies”, Vol 22, No. 4 2002, страна 708.

944 На ову карактеристику већине поверилаца указују и Ellinger, E. P. – Lomnicka, E. – Hooley, R., *Modern Banking Law*, страна 727.

945 Ziegel, J., *Preferences and Priorities In Insolvency Law: Is there a Solution?* 39 „Saint Louis University Law Journal” 793, Spring 1995, страна 798.

946 Mokal, R., *The Search for Someone to Save: A Defensive Case for the Priority of Secured Credit*, страна 722.

947 „Стечајни поверилац је лице које на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање према стечајном дужнику” (члан 34. ЗОСП).

948 Mokal, R., *The Search for Someone to Save: A Defensive Case for the Priority of Secured Credit*, страна 688.

949 У том смислу, занимљива је формулација члана 117. став 1. Закона о принудном правнању, стечају и ликвидацији: ”Отварање стечајног поступка не утиче на права одвојеног измирења из одређених ствари, односно из имовине дужника (заложно право, право намирења, право ретенције и друга разлучна права), као и на права издвајања ствари која дужнику не припадају (излучна права)”.

950 Разлучна права стечена извршењем или обезбеђењем за последњих 60 дана пре дана покретања стечајног поступка ради принудног намирења или обезбеђења, престају да важе и такви повериоци нису разлучни повериоци (члан 38, став 5. ЗОСП). Правни посао или друга правна радња предузети у последња три месеца пре подношења предлога за покретање стечајног поступка, којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење на начин и у време који су у складу са садржином његовог права (у даљем тексту: убицајено намирење), могу се побијати ако је у време када су предузети стечајни дужник био неспособан за плаћање, а поверилац је знао или морао знати за његову неспособност плаћања. (Члан 99. ЗОСП). Као и у случају тзв. неубичајног намирења, правни посао или правна радња којима се једном повериоцу пружа обезбеђење или даје намирење које он уопште није имао право да тражи или је имао право да тражи, али не на начин и у време када је предузето, могу се побијати ако су предузети у последњих шест месеци пре подношења предлога за покретање стечајног поступка. (члан 100. ЗОСП).

Поверилац који је своје потраживање обезбедио залогом не улази у групу стечајних поверилаца. Он је обезбеђен до висине вредности оптерећеног добра. Потраживање које превазилази износ који се може остварити уновчењем предмета залогe представља необезбеђено потраживање. У погледу намирења тог дела потраживања заложни поверилац дели судбину осталих стечајних поверилаца. Тако, заложни поверилац може учествовати у одлучивању на скупштини само до висине потраживања за коју учини вероватном да ће се појавити као стечајни поверилац.⁹⁵⁶ Поред тога, заложни поверилац може остваривати право на сразмерно намирење из стечајне масе, ако се одрекне статуса различног повериоца, или ако без своје кривице не може намирити потраживање обезбеђено залогом.⁹⁵⁷

Б. Одлагање могућности намирења из предмета залогe

Стечајни поступак доноси одређене непријатности и одлагање у намирењу и за обезбеђеног повериоца. Једна од последица отварања стечајног поступка јесте и замрзавање права намирења. Отварањем стечајног поступка наступа мораторијум, престаје могућност појединачних извршења над имовином дужника.⁹⁵⁸ Друштву није у интересу да се имовина дужника распарча и разграби и на тај начин изгуби на вредности као целина.⁹⁵⁹

Стечајно веће може, с циљем очувања имовинског положаја дужника, решењем о покретању претходног стечајног поступка одредити меру обезбеђења забране или привременог одлагања спровођења извршења према стечајном дужнику. Таква мера укључује и забрану или привремено одлагање остваривања права различитих поверилаца – мораторијум.⁹⁶⁰

Без обзира на то да ли је стечајно веће изрекло меру обезбеђења, забрана извршења и намирења ће, у сваком случају, наступити са отварањем стечајног поступка.⁹⁶¹

956 Процену основа и висине потраживања ће вршити стечајни судија, за потребе гласања на првом поверилачком рочишту (члан 22, став 3. ЗОСП).

957 Писмену изјаву о одрицању од статуса различног повериоца заложни поверилац може поднети стечајном судији и стечајном управнику. Упоредити са чланом 39. Закона о стечајном поступку Републике Српске.

958 Чини се да термин „мораторијум” није у духу нашег језика и да су много прикладнији изрази обустава или застој.

959 Опширније о наступању „automatic stay” у праву САД: Lessne, S., *Bankruptcy Issues for the Secured Creditor*, Practising Law Institute, April, 2005, 878 PLI/Comm 507, страна 514.

960 Члан 47, став 2. тачка 4. ЗОСП.

961 У праву Црне Горе, дејства мораторијума наступају подношењем предлога о покретању стечајног поступка (члан 37, став 1. Закона о инсолвентности привредних друштава РЦГ).

„Од дана покретања стечајног поступка не може се против стечајног дужника, односно над његовом имовином, одредити и спровести принудно извршење, нити било која мера поступка извршења у циљу намирења потраживања, осим извршења која се односе на трошкове стечајног поступка.”⁹⁶²

Од доношења решења о отварању стечајног поступка, сви поступци појединачног извршења у односу на имовину дужника се прекидају. Без дејства су све будуће радње усмерене на заснивање, мењање или остварење заложних права, као и све радње с циљем стицања, одузимања или продаје предмета залогe.

В. Заштита права заложног повериоца и поред забране појединачног намирења

Отварање стечаја, по правилу, не одговара заложном повериоцу, али он не може захтевати од дужника да се одрекне права на отварање стечаја.⁹⁶³ С друге стране, заложни поверилац може захтевати отклањање дејства мораторијума у односу на предмет залогe. Он, такође, може захтевати и примерену заштиту вредности оптерећеног добра.⁹⁶⁴

Стечајни управник обезбеђује адекватну заштиту имовине, на начин којим ће осигурати да вредност и стање имовине остану непромењени. Примерена заштита се одобрава заложном повериоцу на његов захтев и, по правилу, нема ретроактивно дејство.⁹⁶⁵

У српском праву, стечајно веће, на писмени захтев заложног повериоца, може донети одлуку о укидању или условљавању дејства мораторијума ако: а) стечајни дужник или стечајни управник нису на адекватан начин заштитили предмет залогe од физичке пропасти;⁹⁶⁶ б) вредност предмета залогe опада, а нема друге могућности да се обезбеди примерена и ефикасна заштита; в) вредност оптерећеног добра мања је од укупног износа обезбеђених потраживања, а предмет залогe није од кључног значаја за реорганизацију.

962 „Уписи права на одвојено намирење у јавне књиге и регистре могу се одобрити и спровести и после покретања стечајног поступка, ако су услови за упис наступили пре дана покретања стечајног поступка, осим ако овим законом није другачије одређено.” (члан 73. ЗОСП).

963 Уговор којим би се дужник обавезао да неће поднети захтев за стечај не производи правна дејства. Ипак, уговором се може предвидети да ће у случају неизвршења обавезе по доспелости дуг бити конвертован у акције, које би омогућиле повериоцу да кроз контролу над компанијом дужником одлучује о стечају. Исти ефекат се постиже и ако дужник као обезбеђење понуди контролни пакет акција. Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 166.

964 Recital (ii), UNCITRAL, *Legislative Guide on Insolvency Law*.

965 Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 304.

966 Члан 48, став 2. ЗОСП и члан 38, став 3. Закона о инсолвентности привредних друштава РЦГ. Упоредити са правом САД § 362 (d) Bankruptcy Code.

Овде треба нагласити да за отклањење дејства мораторијума није довољно да је предмет залогe мање вредности од обезбеђеног потраживања, већ кумулативно мора бити испуњен и услов да предмет залогe није суштински значајан за процес оздрављења.⁹⁶⁷ Суд мора водити рачуна о вредности али и о природи и функцији коју оптерећено добро има у имовини дужника.

„Ако стечајно веће у року од 20 дана од пријема захтева не одлучи по захтеву, сматра се да је мораторијум привремено укинут. Укидање производи дејства само у односу на подносиоца захтева, у оној мери у којој је то неопходно за остваривање права на предмету залогe.”⁹⁶⁸

Поред тога, стечајно веће може на предлог заложног повериоца донети одлуку о предузимању мера примерене заштите оптерећеног добра. У том смислу, може се наложити: а) исплата редовних новчаних надокнада заложном повериоцу, чији је износ једнак износу за који се умањује вредност предмета залогe или надокнаде за стварне или предвиђене губитке; б) замена предмета залогe или одређивање додатног предмета залогe довољне вредности да обезбеди процењени губитак;⁹⁶⁹ в) уступање заложном повериоцу прихода добијених продајом, коришћењем или отуђењем предмета залогe, до висине обезбеђеног потраживања.⁹⁷⁰

На пример, стечајни дужник – привредно друштво које обавља пекарску делатност дугује 10 000 EUR обезбеђених уписом у Регистар заложног права на доставном возилу за превоз пецива. Принудном продајом по отварању стечаја предмет залогe би могао достићи цену од 10 000 EUR. Услед дејства мораторијума у трајању од годину дана, такво возило ће изгубити на вредности 600 EUR. Суд може на захтев повериоца донети одлуку да се поверилац адекватно заштити тако што ће му се сваког месеца исплаћивати по 50 EUR од прихода које дужник остварује продајом пецива, или од прихода остварених продајом ствари мање значајних за пословање дужника. Друга могућност која стоји на располагању стечајном већу јесте да се повериоцу у погледу губитка који му прети, дакле 600 EUR, установи допунска залога, на пример, на рачунарској опреми привредног друштва која до тада није била предмет залагања.

Ипак, у ситуацији када је вредност оптерећеног добра знатно већа од обезбеђеног потраживања, умањење његове вредности неће угрозити обезбеђеног повериоца. На пример, ако је дуг 10 000 EUR, а за доставно возило се на тржишту у тренутку отварања стечаја може добити 15 000 EUR. Јасно да очекивано смањење вредности предмета залогe у току мораторијума од 600 EUR неће указивати на потребу доношење одлуке о адекватној заштити.

967 Лоруски, Л. – Waren, Е., *наведено дело*, страна 125.

968 Члан 48 став 3 ЗОСП. Идентична одредба у случају ћутања суда је предвиђена и у члану 38, став 3. Закона о инсолвентности привредних друштава РЦГ.

969 О начинима да се различном повериоцу обезбеди адекватна заштита у америчком праву: Lessne, S., *наведено дело*, страна 524.

970 Стечајно веће, такође, може наложити поправку, одржавање, осигурање или мере посебног обезбеђивања и чувања имовине и друге заштитне мере или друге врсте надокнада којим се штити вредност имовине заложном повериоца (члан 48, став 4 ЗОСП). На пример, поверилац може захтевати забрану коришћења предмета залогe, док се не обезбеди одговарајуће осигурање оптерећеног добра. Лоруски, Л. – Mirick, С., *наведено дело*, страна 564.

4. ПОЛОЖАЈ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СЛУЧАЈУ БАНКРОТСТВА ДУЖНИКА

А. Уновчење стечајне масе

Отварањем стечајног поступка, а у неким случајевима и раније, наступа мораторијум, забрана појединачног намирења која се односи за заложне повериоце. Вредност оптерећеног добра је, обично, много већа од вредности потраживања, па је смисао правила о застоју намирења у томе да поверилац који је адекватно обезбеђен мора бити стрпљив. Он треба да сачека да се остали необезбеђени повериоци организују, како би и они подмирили макар део својих потраживања.⁹⁷¹

Закључак о уновчењу целокупне стечајне масе или неког њеног дела доноси стечајни судија. Продају обавља стечајни управник, или лице које он овласти.⁹⁷² Поступак уновчења је хитан, нарочито када је реч о покретним стварима које су предмет залогa која настаје уписом у регистар. Док непокретност као објекат хипотеке, може из различитих разлога добијати на цени, код покретних ствари предмет залогa, по правилу, губи на вредности. На пример, предмет залогa као што је рачунарска опрема готово свакодневно губи на вредности.

Принцип којим се стечајно право код организовања уновчења руководи је јасан, добар је онај метод којим се постиже већа цена оптерећеног добра односно већи обим намирења поверилаца.⁹⁷³ У складу с тим, продаја се врши јавним надметањем, јавним прикупљањем понуда или посредном погодбом.⁹⁷⁴ Пре приступања продаји, стечајни управник је дужан да заложном повериоцу достави обавештење о намери, плану, начину и роковима продаје. Заложни поверилац има могућност да у року од 10 дана од пријема обавештења о намераваној продаји предложи повољнији начин уновчења оптерећеног добра.⁹⁷⁵ Заложни поверилац може поднети приговор на извршену продају. Такав приговор не утиче на извршену продају, али може утицати на евентуалну штету до које је дошло радњама стечајног управника у поступку продаје.⁹⁷⁶

971 Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 588.

972 Члан 109. и 110. ЗОСП.

973 Lopuski, L. – Waren, E., *наведено дело*, страна 147.

974 „Продаја непосредном погодбом може се извршити само ако је такав начин продаје унапред одобрен од стране одбора поверилаца” (члан 110, став 5. ЗОСП).

975 Члан 111, став 5. ЗОСП.

976 Члан 111, став 8. ЗОСП.

Стечајни управник има и могућност уступања предмета залогa залогопримцу, ако је вредност предмета мања од укупне вредности потраживања и ако предмет залогa није неопходан за спровођење реорганизације.⁹⁷⁷ Међутим, у пракси, већина поверилаца није заинтересована за својину на предмету залогa, чак и ако успоставе државину њихов коначни циљ није присвајање. Обично је реч о привременом поседу који омогућава несметано уновчење предмета обезбеђења.⁹⁷⁸

Ако је продаја оптерећеног добра постепена и траје дуже, заложни поверилац ће захтевати отварање посебног рачуна на који би се уплаћивао новац од продаје.⁹⁷⁹

Б. Редослед намирења поверилаца

На почетку овог одељка смо истакли да је стечај последица неке врсте немаштине дужника тј. његове немогућности да одговори доспелим обавезама. Повериоци могу захтевати наплату из имовине дужника, као опште залогa којом он одговара за своје обавезе. Међутим, у имовини презадуженог дужника, по правилу, нема довољно средстава за све повериоце. Стечајно права треба да пружи одговор на питање који ће то повериоци имати првенство у намирењу. Дакле, улога стечајног права се огледа у стварању одговарајућег оквира који би омогућио мирно уновчења стечајне масе и у складу са стварним могућностима задовољио интересе страна у поступку.

Пракса јасно показује да су само обезбеђени и привилеговани повериоци у могућности да намире своја потраживања у случају стечаја дужника, док обични (необезбеђени) повериоци добијају ништа или готово ништа.⁹⁸⁰

Ако је успоставио пуноважно обезбеђење, поверилац и не улази у трку са осталим стечајним повериоцима.⁹⁸¹ У таквој ситуацији, традиционални принцип једнаке расподеле на коме почива стечајно право, сукобљава се са принципом слободе уговарања, који важи у облигационом праву. Дужник је властан да располаже својом имовином, а један од облика располагања јесте успостављање заложног права уписом у регистар.⁹⁸²

977 Члан 81. Закон о инсолвентности привредних друштава РЦГ.

978 Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 301.

979 Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 303.

980 Mokal, R., *Priority as Pathology*, страна 613.

981 Goode, R., *Commercial Law*, страна 852.

982 McCormack, G., *A Priority of Secured Credit: an Anglo – American Perspective*, страна 399; Наравно, одвојено је питање да ли овде дужник располаже само својим правом или угрожава и права других који нису у могућности да у томе учествују. Waren, E., *Making Policy with Imperfect Information: the Art. 9 Full Priority Debates*, страна 1375.

Ако је имовина била предмет обезбеђења потраживања једног или више заложних поверилаца, из остварене цене првенствено се намирују трошкови продаје, а из преосталог износа исплаћују се заложни повериоци чије је потраживање било обезбеђено продатом имовином у складу са њиховим правом приоритета.⁹⁸³ Намирење заложних поверилаца мора бити извршено у року од три дана од дана када је стечајни управник примио средства по основу продаје имовине. Ако после намирења заложних поверилаца преостану средства, овај износ улази у стечајну масу и дели се стечајним повериоцима.⁹⁸⁴

У случају када је, уз претходну сагласност одбора поверилаца, стечајни дужник продат као правно лице или је продат део стечајног дужника који чини функционалну целину, разлучни повериоци који су успоставили залогу на било ком делу те имовине имају право приоритета у деоби средстава остарених продајом, према рангу који су стекли у складу са законом.⁹⁸⁵

Новац преостао након намирења заложних поверилаца се дели стечајним повериоцима. По правилу, стечајни повериоци, према основу њихових потраживања, сврставају се у исплатне редове. Стечајни повериоци нижег исплатног реда могу се намирити тек пошто се намире стечајни повериоци вишег исплатног реда, док се стечајни повериоци истог исплатног реда намирују сразмерно висини њихових потраживања.

Када је реч о редоследу намирења, законодавац мора да направи избор која су потраживања од већег значаја, наравно, водећи рачуна о прихваћеним друштвеним вредностима.⁹⁸⁶

Према ЗОСП-у, у први исплатни ред спадају потраживања по основу трошкова стечајног поступка, и са њима изједначена потраживања. Повериоци чије је потраживање настало након наступања стечаја имају привилеговани статус, јер се ова потраживања третирају као трошкови

983 Приходи од продаје се користе за покривање директних трошкова продаје, а потом се према редоследу приоритета намирују обезбеђени повериоци. (члан 85, став 2. Закона о инсолвентности привредних друштава).

984 Члан 111, став 10. ЗОСП. Занимљива формулација у том погледу је постојала у члану 118. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији: „Ако део имовине дужника на коме је стечено различно право (посебна стечајна маса) није довољан да се и њега намири потраживање различног повериоца у целини, различни поверилац има право да ненамири део свог потраживања оствари као стечајни поверилац. Вишак који остане по намирењу потраживања различног повериоца из посебне стечајне масе уноси се у деобну масу.“ ЗОСП не познаје појам посебне стечајне масе.

985 Члан 113, став 3. ЗОСП. Сматрамо да је у овом погледу ЗОСП остао недоречен. Шта ако је предузеће засновало хипотеку на непокретностима и залогу која настаје уписом у регистар на машинама и роби која се налази на складишту? Ко ће се први намирити из вредности остварене продајом предузећа као целине? Ипак, чини се да ће у пракси ови повериоци захтевати отклањање дејстава стечајног поступка.

986 Радовић, В., *Стечајни исцлајни редови*, „Актуелна питања савременог законодавства“, Будва, 2005. стр. 173–192.

поступка.⁹⁸⁷ У другом исплатном реду се намирују неисплаћане нето зараде запослених код стечајног дужника у износу минималних зарада за последњих годину дана пре покретања стечајног поступка и неисплаћени доприноси за пензијско и инвалидско осигурање запослених за последње две године пре покретања стечајног поступка.⁹⁸⁸

Многи савремени правни системи дају неисплаћеним накнадама за рад приоритет.⁹⁸⁹ Широко прихваћено оправдање за такво поступање налази се у образложењу да је реч о невољним повериоцима који нису у могућности да се адекватно заштите у односу на дужника. За разлику од банака и трговаца чија потраживања настаје у оквиру професионалног обављања делатности, запослени нису у могућности да кроз сарадњу са више дужника правилно распореде ризик немогућности намирења.⁹⁹⁰ Наравно да такво резонување отвара проблем правилне процене вредности дужникове имовине за даваоце кредита, тако да се обично исплата накнада за рад ограничава на краћи временски период.

Према ЗОСП-у, у трећи исплатни ред спадају потраживања по основу свих јавних прихода доспелих у последња три месеца пре покретања стечајног поступка, осим доприноса за пензијско и инвалидско осигурање запослених.⁹⁹¹

Наплата пореза обично има приоритет и у упоредном праву.⁹⁹² Држава се као творац закона налази у таквој позицији да не мора да тражи неко нарочито оправдање за норму којом штити државну касу.

Наше стечајно право не познаје привилегована потраживања која се по слову Закона намирују пре потраживања обезбеђених

987 У праву Црне Горе, потраживања настала из активности дужника након подношења предлога за покретање стечајног поступка имају приоритет као административни трошкови потребни за одржавање и управљање имовином (члан 89. Закона о инсолвентности привредних друштава). Такво правило важи и у енглеском праву Goode, R., *Legal Problems of Credit and Security*, страна 196. и Mokal, R., *Priority as Pathology*, страна 586.

988 У овом погледу, законодавац је делимично одступио од решења које је постојало у члану 138. Закона о принудном поравнању, стечају и ликвидацији. „Пре него се приступи намирењу поверилаца, из деобне масе издвојиће се износ потребан за исплату трошкова стечајног поступка и за намирење поверилаца стечајне масе.“ У члану 140. овог закона, међутим, било је предвиђено да се зараде запослених код дужника, у висини гарантованих зарада до дана отварања стечајног поступка, и накнада штете за повреде на раду коју је запослени претрпео код дужника пре отварања стечаја намирују као трошкови стечајног поступка.

989 У француском праву, потраживања запослених за период од 60 дана пре покретања поступка имају приоритет чак и односу на потраживања обезбеђена залогом. Ове накнаде се исплаћују из фонда у који запослени уплаћују одговарајућа средства. Опширније о редоследу намирења поверилаца у француском стечајном праву Didier Salavet – Richard Ortoli, *The Bankruptcy Law in France*, у Botwinik – Weinrib (ed.) *наведено дело*, страна 69.

990 Ziegel, J., *Preferences and Priorities in Insolvency Law*, стр. 800–801.

991 У четврти исплатни ред спадају потраживања осталих стечајних поверилаца (члан 35. ЗОСП).

992 Allan, D. – Drobnig, U., *наведено дело*, страна 638.

залагом.⁹⁹³ У правној науци могу се срести ставови који негирају ваљаност таквог приступа. Према овим ауторима, обезбеђени поверилац је презаштићен у стечају и може му се гарантовати само ограничени приоритет.⁹⁹⁴ Одређена средства остварена продајом оптерећеног добра треба одвојити за намирење необезбеђених потраживања.⁹⁹⁵ Тако би обезбеђени поверилац намиривао приоритетно само део свог потраживања (на пример, 75%), док би остатак потраживања намиривао у истој равни са обичним повериоцима. Добра страна овог решења је то, што би обезбеђени поверилац, суочен са делимичним намирењем настојао да кроз различите облике надзора над пословањем дужника помогне дужнику у избегавању стечаја.

Ова идеја је делимично прихваћена у енглеском праву, те се одређени проценат средстава остварених у намирењу потраживања обезбеђеног са „floating charge” мора одвојити за намирење необезбеђених поверилаца.⁹⁹⁶ Ипак, ово правило не важи за повериоце који су своје потраживање обезбедили са „fixed charge”.⁹⁹⁷ Јасно је да би супротно поступање довело само до поштравања услова кредитирања. Многе компаније би се без приступа кредиту нашле у опасности да постану неспособне за плаћање.⁹⁹⁸ Пошто нису сви повериоци и потраживања једнаки по својим карактеристикама, стечајно право, природно, утврђује приоритете за различите врсте потраживања.⁹⁹⁹

Начело аутономије воље налаже да се законом привилеговани повериоци немирују тек пошто је намирен обезбеђени поверилац, коме је дужник на основу слободе располагања установио привилеговану позицију. Решењем које је усвојено у нашем праву, прихваћен је принцип да се заштита слабих и сиромашних не остварује кроз правила стечајног права, већ кроз друге видове друштвене помоћи и солидарности.

993 У праву Црне Горе се, такође, у првој класи намирују обезбеђена потраживања умањена за објективне трошкове продаје, а потом на ред долазе приоритетна потраживања која укључују судске, административне и друге трошкове поступка (члан 86. Закона о инсолвентности привредних друштава).

994 Опширније о „carve out” предлогу Memorandum from Elizabeth Warren, Leo Gottlieb Professor of Law, Harvard Law School, to the Council of the American Law Institute 1-2 (Apr. 25, 1996).

995 О могућим алтернативама за пуни проиоритет обезбеђених поверилаца у облику „Adjustable-Priority Rule” и „Fixed-Fraction Priority Rule” Bebchuk, L. – Fried, J., *The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, стр. 905–910.

996 С. 40 Pt. 10 s. 252 Enterprise Act 2002 и с. 45 Pt IV с VIII s 176A Insolvency Act 1986.

997 Намирење се и даље спроводи следећим редоследом: повериоци који имају „fixed charge” – трошкови поступка – привилегована потраживања – повериоци који имају „floating charge”. McCormack, G., *A Priority of Secured Credit: an Anglo – American Perspective*, страна 394.

998 McCormack, G., *наведено дело*, страна 414.

999 Mokal, R., *Priority as Pathology*, страна 616. Ипак, тржиште кредита налаже да се број таквих приоритетних права сведе на најмању могућу меру. The World Bank, *Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Rights Systems*, стр. 21.

5. ПОЛОЖАЈ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СЛУЧАЈУ РЕОРГАНИЗАЦИЈЕ ДУЖНИКА

А. О односу заложног повериоца према реорганизацији

Савремено право познаје два облика стечајног поступка: банкротство и реорганизацију.¹⁰⁰⁰ Циљеви који се остварују овим поступцима се прилично разликују, у првом случају долази до гашења правног субјекта, док реорганизација треба да омогући оздрављење дужника.¹⁰⁰¹

На самом почетку, стечај је подразумевао уклањање дужника из правног промета. Корен речи „banca rotta” – „сломљена клупа”, јасно указује на последице наступања стечаја. Трговац лишен своје клупе на тргу није могао да настави са пословањем.¹⁰⁰² Тржиште се тако ослобађало правних субјеката који су неспособни за плаћање, како би остали субјекти могли да послују са више поверења у правни промет.

Временом се схватање природе и улоге стечаја мењало.¹⁰⁰³ Док је кроз историју стечај значио гашење и нестанак из правног промета, данас у већини случајева стечај добија карактеристике поновног почетка. Дужнику се кроз стечај даје друга шанса да се обнови и очува здраво језгро компаније.

У савременом праву се иде и корак даље. Раширена је пракса да се и поред финансијских тешкоћа са којим се суочава, дужнику остави извештан период („standstill period”). Кредитори за то време преговарају са дужником о добровољној реорганизацији, како би се избегло формално отварање стечајног поступка, које никоме не користи.¹⁰⁰⁴ Идеја је да се дужнику који има разумне изгледе да опстане и превазиђе финансијске тешкоће остави шанса да настави са пословањем. Такав приступ омогућава и бољу искоришћеност вредности стечајне масе. Ствари и права у имовини дужника чине функционалну целину (*universitas iuris*) и, по правилу,

1000 У америчком праву се обично говори о постуку у складу са „chapter 7”, који регулише ликвидацију и „chapter 11”, којим је регулисана реорганизација. Опширније о карактеристикама ових поступка: Lopucki, L. – Mirick, C., *наведено дело*, стр. 16–19.

1001 Goode, R., *Commercial Law*, страна 848.

1002 Omar, Paul, *European Insolvency Law*, Ashgate 2004, страна 3.

1003 Jan H. Dalhuisen, *Development of Bankruptcy Remedies in Western Europe and the United States in Nineteenth and Twentieth Centuries* у Botwinik – Weinrib (ed.) *наведено дело*, стр. 131–165.

1004 О принципима којим се руководе повериоци у таквим ситуацијама *The Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor Workouts*, International Federation of Insolvency Professional (INSOL). <http://www.insol.org/statement.htm>.

много више вреде удружени него када се продају одвојено. Често су вредности као „know – how” и „goodwill” (пословни углед) много значајније него сама покретна и непокретна добра дужника.¹⁰⁰⁵ Људски ресурси и пословни контакти које је један правни субјекат стварао годинама, не могу се на одговарајући начин вредновати и наплатити кроз просту ликвидацију.

Интереси разлучних и стечајних дужника у погледу реорганизације су, по правилу, супростављени. Стечајни повериоци желе да се дужник кроз реорганизацију опорави и исплати већи проценат потраживања од онога који би добили кроз ликвидацију. С друге стране, заложни поверилац, по правилу, тежи ликвидацији кроз тренутно уновчење имовине дужника. Да би заложни поверилац пристао на реорганизацију, мора бити одговарајуће мотивисан. Заложни поверилац мора препознати свој интерес, што, практично, значи да ће остварењем плана реорганизације дугорочно добити више од онога што би добио кроз тренутно намирење.

Начин реорганизације ће, пре свега, зависити од природе дуговања и броја поверилаца који су обухваћени. Реорганизација обично подразумева делимичан опроштај дугова или измену распореда наплате, конверзију дугова у власнички удео, продају дела предузећа или предузећа као целине.¹⁰⁰⁶ У оквиру мера за спровођење плана реорганизације, често се предлаже и претварање необезбеђених зајмова у обезбеђене зајмове.

Повериоци који имају најмање 30% обезбеђених потраживања могу поднети план реорганизације.¹⁰⁰⁷ Право гласа имају сви повериоци, сразмерно висини потраживања. Потраживања поверилаца деле се на класе по основу њихових разлучних права и права приоритета њихових потраживања.¹⁰⁰⁸ Повериоци са правом одвојеног намирења се сврставају у посебну класу ако план задире у њихова права.¹⁰⁰⁹ Када је реч о класама поверилаца код реорганизације, у исту класу улазе она потраживања која су слична по својој природи, што код обезбеђених потраживања, практично, значи да је сваки поверилац посебна класа која располаже правом вета у погледу одлуке о реорганизацији.¹⁰¹⁰ Због тога има смисла да се заложном повериоцу на чији правни положај план не делује ускрати право гласа.¹⁰¹¹

1005 Part One, Chapter II, para. 26, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law.

1006 Recital (kk) UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law.

1007 Поред тога, план реорганизације могу поднети стечајни дужник, стечајни управник, стечајни повериоци који имају најмање 30% необезбеђених потраживања, као и лица која су власници најмање 30% капитала стечајног дужника (члан 129, став 1. ЗОСП).

1008 Члан 132, став 4. ЗОСП.

1009 Члан 147, став 1, тачка 1. Закона о стечајном поступку Републике Српске.

1010 Lopuski, L. – Mirick, C., *наведено дело*, страна 620.

1011 Члан 163, став 2. Закона о стечајном поступку Републике Српске.

План реорганизације се сматра усвојеним ако га на прописани начин прихвати све класе поверилаца.¹⁰¹² Положај заложног повериоца према плану је ствар преговора између дужника и повериоца. Ако дужник употребљава предмет залог током периода реорганизације, природно је да разлучни поверилац има право на одговарајућу накнаду. Ако је заложни поверилац обухваћен планом реорганизације, требало би навести у чему се састоји промена његовог положаја.

Б. Однос заложног повериоца и дужника у поседу

Финансирање дужника у току реорганизације је нарочито важно за њену успешност. У циљу ефикаснијег спровођења поступка оздрављења дужник често остаје у поседу стечајне масе („debtor in possession” – DIP).¹⁰¹³ „Debtor in possession” је дужник у поступку реорганизације који задржава пуну контролу над пословањем, тако да суд не именује стечајног управника.¹⁰¹⁴

ЗОСП отвара ову могућност само у погледу ограниченог круга стечајних дужника.¹⁰¹⁵ „Стечајно веће може решењем о покретању стечајног поступка овластити стечајног дужника – предузетника да сам управља и располаже стечајном масом.”¹⁰¹⁶ У осталим случајевима стечајни управник је тај који преузима потпуну контролу. Пошто су дужнику, за поступак реорганизације, неопходна додатна средства, он се, по правилу, обраћа постојећим повериоцима да наставе са финансирањем.¹⁰¹⁷ Финансирање дужника у стечају, у пракси, у 60% случајева наставља један или више постојећих поверилаца.¹⁰¹⁸

1012 „По сваком плану реорганизације, повериоци из ниже класе могу примити средства из деобне масе, односно задржати одређена права, само ако су сва потраживања поверилаца из више класе у потпуности измирена или ако су ти повериоци гласали, да се према плану реорганизације, третирају као повериоци ниже класе.” (члан 134. ЗОСП).

1013 Recital (l), UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law.

1014 У америчком праву се временом учврстило становиште да они који су управљали пословањем пре реорганизације треба да наставе са управом, осим ако постоје посебни разлози за супротно поступање. Gerber, M., *Business Reorganization*, страна 231.

1015 У праву САД дефиницију дужника који је остао у поседу „debtor in possession” садржи § 1101 Bankruptcy Code. На основу § 101. Bankruptcy Code може се, међутим, закључити да се као дужник у овој ситуацији може појавити: „individual”, „partnership” и „corporation”.

1016 Ако се са тим сагласи поверилац који је покренуо поступак или стечајни дужник то сам предложи; или је вероватно да одређивање личне управе неће довести до оштећења интереса поверилаца ни до продужавања стечајног поступка (члан 140. ЗОСП). С друге стране, право Црне Горе познаје појам личне управе у стечају који се одвија према плану личне управе у стечају на који се примењују одредбе закона које се тичу реорганизације. члан 2. Закона о инсолвентности привредних друштава. Више о личној управи предузетника у нашем праву Радовић, В., *Стечај над имовином предузетника према усвојеном Закону о стечајном пословању*, стр. 134–136.

1017 Lessne, S., *наведено дело*, страна 526.

1018 Skeel, David A., Jr., *The Past, Present and Future of Debtor-in-Possession Financing*, 25 (Cardozo L. Rev.) 1905 April, 2004, страна 1918.

„Стечајни управник може подизати кредит без обезбеђења или задужити уз обезбеђење на имовини на којој не постоје претходни терети, ако је претходно обавестио стечајног судију и ако је добио сагласност одбора поверилаца.”¹⁰¹⁹ Такав кредит се сматра трошком стечајног поступка.¹⁰²⁰ У случају када није уговорено обезбеђење, задужења у име стечајне масе улазе у први исплатни ред са трошковима стечајног поступка. Без обзира на то што Закон каже да стечајни управник може само засновати обезбеђења на имовини на којој не постоје претходни терети, јасно је да би стечајни управник могао засновати хипотеку или залогу на покретним стварима које су већ предмет заложног права. Разуме се, неопходно је да поверилац то прихвати тј. да пристане на заложно право друго по рангу.¹⁰²¹

Стога се као један од основних циљева савременог стечајног права истиче успостављање одговарајуће равнотеже између банкрутства и реорганизације.¹⁰²² Стечајни поступци који се данас воде често комбинују ове начине колективног намирења.

Може се, дакле, приметити да ни област стечајног поступка није остала имуна на тенденцију врлинизације грађанског права.¹⁰²³

6. ПОЛОЖАЈ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СТЕЧАЈУ С ЕЛЕМЕНТОМ ИНОСТРАННОСТИ

У савременом праву, све више компанија послује широм света непосредно, или преко својих огранака и повезаних компанија. Развој глобалног тржишта, као веома значајно, отворио је питања суда који је надлежан за вођење стечајног поступка у погледу таквих компанија и меродавног права које би овај суд требало да примени. Правни извори у Србији и Црној Гори на идентичан начин регулишу питање стечајног поступка са елементом иностранности. Може се приметити да су у том погледу прихваћене препоруке садржане у документима UNCITRAL-а.¹⁰²⁴ Ово питање је једнообразано регулисано на нивоу Европске уније,¹⁰²⁵ а онедавно и у праву САД.¹⁰²⁶ Широко прихваћен принцип за утврђивање меродавног права у стечају јесте *lex fori concursus*. На стечајни поступак се примењују правна правила оне земље у којој је отворен главни стечајни поступак („main insolvency proceedings”). Када је реч о компанијама, за отварање главног стечајног поступка надлежан је суд државе у којој је компанија регистрована, осим ако се не докаже да је главни интерес компаније у другој земљи.¹⁰²⁷

Изузетак од општег правила су стварна права повериоца, или трећих лица на покретним, непокретним стварима и правима, као и задржавање права својине.¹⁰²⁸ С тим у вези, у правној литератури се изричито наглашава да се овај изузетак односи и на регистровану залогу као право уписано у јавне књиге.¹⁰²⁹

Стечајно право се не упушта у расправу о пуноважности и природи неког права, већ утврђује редослед намирења тих права. На основу тога је јасно да ће у том погледу свака држава применити сопствена правила међународног приватног права.¹⁰³⁰ „Ако се ствари и права на којима

1019 Члан 17, став 2. ЗОСП.

1020 Члан 35, став 2. тачка 1. ЗОСП. Потраживања која је начинио ликвидатор за потребе стечаја се третирају као трошкови стечаја, у супротном, ликвидатор не би могао да обезбеди робу и услуге током стечаја. Goode, R., *Commercial Law*, страна 852.

1021 Таква могућност је изричито предвиђена у америчком праву (§ 364 (c) (3) Bankruptcy Code).

1022 Увод В 3, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law.

1023 О врлинизацији савременог грађанског права Антић, О., *Начело савесности и поштености у облигационом праву*, „Правни живот”, број 10/2003, страна 282.

1024 UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to Enactment <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

1025 Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0001 – 0018.

1026 Chapter 15 of U.S. Bankruptcy Code, Pub. L. No. 109-8 (2005).

1027 Bütter, Michael, *Cross-Border Insolvency under English and German Law*, (2002) Oxford University Comparative Law Forum <http://ouclf.iuscomp.org/articles/buetter.shtml> и Wessels, Bob, *Realisation of the EU Insolvency Regulation in Germany, France and the Netherlands*, http://www.iiiglobal.org/country/european_union.html.

1028 Art. 5–7. The European Regulation on Insolvency Proceedings.

1029 Omar, P., *European Insolvency Law*, страна 110.

1030 На пример, правило *lex rei site* ће се применити ако су у питању стварна права на непокретностима. Part Two, Chapter I, para. 82, UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law.

постоји излучно или разлучно право налазе на територији државе у којој се тражи признање стране одлуке о покретању стечајног поступка онда се на та права примењује право државе признања.¹⁰³¹ Према нашем праву за својинскоправне односе и друга стварна права, па самим тим и право заложног повериоца, меродавно је право места у коме се ствар налази. На ствари *res in transitum* примениће се право места одредишта, односно опредељења.¹⁰³²

Прихваћени концепт универзализма у савременом стечајном поступку са елементом иностраности спречава одугловачење. Истовремено је омогућено смањење трошкова поступака и извлачење максималне користи из имовине дужника. Сигурност обезбеђеног повериоца била би озбиљно пољуљана уколико постоји стална неизвесност да ли правни поредак државе у којој ће бити покренут главни стечајни поступак препознаје и прихвата уговорено средство обезбеђења. Управо због тога, у погледу средстава обезбеђења је установљен изузетак од начела да се на стечајни поступак примењује право земље у којој је средиште главних интереса („centre of main interest”) дужника.

1031 Члан 148, став 2. ЗОСП.

1032 Када је реч о својинским и другим правима на превозним средствима, меродавно је право државе чију државну припадност имају та средства, ако неким другим прописом није другачије одређено /члан 18. Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља).

Део XII

ЗАКЉУЧАК

*Cum rogo te nummos sine pignore, non habes,
inquis; idem si pro me spondet agellus, habes*¹⁰³³

„Упитам ли те за зајам, без залогa, кажеш да немаш, али када за мене говори моја њивица, имаш.” Чини се да ова мисао на прави начин одражава улогу и значај који је заложно право имало и има у односима дужника и повериоца. Мењала се само природа ствари подобних за залагање и начин обавештавања трећих о постојању обезбеђења. Обезбеђење без предаје заложеног добра у посед повериоца је прешло дут пут од уписа заложног права на камену међашу, до електронских уписника погодних за претраживање путем интернета.

У овој књизи смо настојали да кроз одговарајућу анализу прикажемо актуелни тренутак, али и могуће правце развоја у упоредном и српском праву обезбеђења.

Право је верна слика друштва у коме настаје. С друге стране, право као друштвена норма повратно утиче на изглед друштва. Право обезбеђења у нашој земљи, следећи друштвени преображај, такође је доживело значајне промене. Усвојени су нови закони који регулишу заснивање заложног права, те поступак појединачног и колективног принудног намирења. Тиме је, чини се, окончана једна епизода у нашој историји, у којој питање враћања дуга никога није забрињавало, период у коме је свако свакоме дуговао и нико није плаћао, зато што су и њему сви дуговали.

Српски законодавац данас поново заснива своје резонување на јасним тржишним основама и реалности да је економски и друштвени развој незамислив без инвестиција, инвестиције без зајма, а зајам без обезбеђења.

Зајмодавцима, међутим, није довољно само усвајање нових закона, они су, по правилу, суздржани и чекају да замишљени систем обезбеђења почне да функционише у пракси. Успешна транзиција поред законске реформе подразумева и реформу начина размишљања, како оних на које се закони односе, тако и оних који те законе примењују.

Ову књигу смо схватили као покушај да из угла правне теорије допринесемо истинском препороду нашег права обезбеђења. Циљ је био

испитивање полазне претпоставке по којој је прихватање обезбеђења потраживања уписом заложног права у јавне књиге за српско право једно рационално решење, резултат зрелости нашег правног система и његове способности да препозна унутрашњу снагу одређене идеје. Да у складу с тим, регистрована zaloга представља институт који је можда за корак испред, али не напушта нашу правну традицију. Она обједињује све принципе савременог права обезбеђења и као таква је својеврстан допринос националног права хармонизацији права обезбеђења на међународном нивоу.

Регистровану залогу смо дефинисали као право заложног повериоца које настаје на основу уговора о залози, уписом односно објавом у одговарајућој јавној књизи. Она је субјективно грађанско право, по својој природи имовинско и апсолутно и спада у групу стварних права на туђој ствари (*iura in re aliena*).

Када је реч о елементима који би се могли означити као *essentialia negotii* уговора о залози, чини се да овај уговор не може настати ако заложни поверилац и залогодавац нису именовани и ако предмет залогe и потраживање које је уговором обезбеђено нису разумно одређени.

У погледу форме, сматрамо да је у нашем праву за уговор о залози прописана форма *ad solemnitatem*, уз утисак да је законодавац у том погледу морао бити јаснији, пре свега, користећи језик норми својствен Закоњу о облигационим односима.

Код регистроване залогe залогодавац остаје у поседу оптерећеног добра, с тим да се постојање терета објављује уписом у јавну књигу. Заложни поверилац уписом брани свој правни интерес у односу на необезбеђене повериоце, касније заложне повериоце, прибавиоца оптерећеног добра и у односу на стечајног управника. Другим речима, заложни поверилац уписом обезбеђује извесност уговореног права на принудно намирење из предмета залогe. Истицање заложног права у односу на трећа лица је могуће само ако је поверилац на одговарајући начин обзнанио своје право, ако је свим трећим лицима учинио доступном информацију о постојању залогe.

Сматрамо да се уписом у виду забелешке о залагању остварује довољан публицитет права заложног повериоца. Циљ таквог уписа није да обезбеди савршене и потпуне податке. Детаљи правног посла су утврђени и остају у уговору. Забелешком се јавности само скреће пажња на чињеницу да је закључен уговор о залози, односно да је одређени дужник засновао залогу на делу своје имовине.

Трећа лица могу, по увиду у Регистар, извести закључак да је одређени поверилац своје потраживање обезбедио залогом и да ће у случају принудног извршења на оптерећеном добру тај поверилац имати приоритет. Усвајање таквог метода уписа је корисно и у погледу ширења могућности

регистрације на остала средства обезбеђења, на пример, продају са задржавањем права својине. Забелешка о залагању омогућава обавештавање јавности о постојању обезбеђења без улажења у садржину и правну природу самог споразума, већ у први план ставља функцију обезбеђења.

Када је реч о потраживању и обавези његовог уписа у јавну књигу, чини се да је начело специјалности потраживања дефинитивно нарушено оног тренутка када је право прихватило идеју обезбеђења потраживање које може, али не мора настати.

Будуће потраживање не може бити одређено, оно је само одредиво. Вредност обезбеђеног потраживања је тиме, практично, везана за вредност оптерећеног добра. Горња граница до које је обезбеђено будуће потраживање је цена по којој оптерећено добро може бити уновчено, што указује на потребу да се, у одређеном обиму, ипак, очува начело специјалности предмета залогe.

Чини се да утврђивање максималног износа обезбеђеног потраживања нема исте ефекте код залагања покретних ствари као код хипотеке. Покретне ствари које се залажу нису много веће вредности од потраживања, тако да је заснивање нове залогe на предмету који је већ заложен много ређе него код залагања непокретности. Вишеструко залагање је код хипотеке уобичајно, те је већа и потреба објављивања максималног износа обезбеђеног потраживања.

Закон о облигационим односима не садржи правило о обавези утврђивања максималног износа за будућа и условна потраживања која су обезбеђена класичном залогом. Сходно томе, и код регистроване залогe се може поставити питање у којој мери је упис максималног износа од практичног значаја за потенцијалне заложне повериоце који би пристали на залогу слабију по рангу? Тражећи одговор на ово питање треба водити рачуна о томе да ће у пракси већина поверилаца приликом уписа залогe прве по рангу инсистирати на забрани даљег залагања.

У погледу значаја ове нормe за необезбеђене повериоце, приметно је да они, ипак, не знају колико је стварно задужење дужника, већ само колико оно може бити.

Да ли је боље да се у Регистар залогe уноси било какав оквир у смислу максималног износа будућег потраживања?

Сматрамо да је одговор на ово питање позитиван. Усвајање овог правила у ЗОЗП има карактер очувања традиције начела специјалности, чиме се не негира чињеница да неки системи обезбеђења потраживања у упоредном праву добро функционишу и без такве одредбе.

У погледу лица који могу засновати регистровану залогу, сматрамо да поред могућности да је конституише власник, треба прихватити и могућност да је заснује невластник, и то, *a maiori ad minus*, ако су испуњени

општи услови за стицање својине *a non domino*. Власник ствари може ре-индикационом тужбом повратити ствар која се до тада налазила у државини залогодавца, разуме се, ако докаже своје право својине. С друге стране, то неће утицати на постојање заложног права уписаног у јавне књиге. Савесни прибавилац регистроване залoге може захтевати принудно намирење из вредности предмета залoге, а прави власник ће бити дужан да то трпи.

У књизи смо се, такође, залoжили за могућност тзв. *pignus in re propria*. Гашењем потраживања су испуњене само материјалне претпоставке за престанак залoге. Поред тога, неопходан је и *contrarius actus*, формални предлог заинтересоване стране да се залoга испише из јавне књиге.

Гашење потраживања и престанак регистроване залoге временски се не подударaju. Постојање потраживања је, можда, претпоставка за наста-нак регистроване залoге, али не и услов њеног опстанка. Од тренутка регистрације, залoга као јавнокњижно право има извесну самосталност и формално престаје тек чином екстабулације. Правна нада коју у међувремену поседује залoгодавац, претвара се у субјективно право када добије нову сврху, односно када власник уступи тако очувани ранг залoге новом повериоцу ради обезбеђења његовог потраживања. Залoгодавац, дакле, може тражити нови зајам нудећи потенцијалним повериоцима ранг залoге уташеног потраживања, али тако да ново потраживање има исти ранг у намирењу само до вредности раније залoге, односно потраживања које је исплаћено.

Својинску залoгу видимо као још једну могућност да се изађе у сусрет практичним потребама дужника. Сразмерна заштита интереса дужника и заложних поверилаца је циљ коме тежи савремено право обезбеђења.

Повериоци који имају залoгу слабију по рангу не заслужују померање напред, јер су повећани ризик компензовали кроз уговарање веће камате. За разлику од њих, залoгодавац је тај који је за регистрацију залoге прве по рангу издвојио одређена средства. Природно је онда да залoгодавац може тако створену вредност сачувати, како би њоме у погодном тренутку располагао.

Сматрамо да је систем који залoгодавцу нуди опцију временски ограниченог фиксног ранга праведнији, јер успоставља одговарајућу равнотежу између ранга и околности под којим је залoга заснована.

Када је реч о садржини уговора, сматрамо да се и у српском праву може уговорити клаузула о превременом доспећу обезбеђеног потраживања („acceleration clause”). Чим дужник доводи у питање наплату повериоцу, поверилац има права тражити цео дуг. Другим речима, залoгодавац губи благодети рока ако запушта, редовно не одржава, или на други начин утрожава предмет залoге, тако да се његова вредност смањује. На тај начин се жели предупредити тзв. недовољност залoге (*insufficienciae*

pignoris). Стога, сматрамо да уговорници и у нашем праву могу предвидети да ће се обезбеђено потраживање сматрати доспелим ако залoгодавац, на пример:

а) употребљава предмет залoге противно уобичајној намени, тако да постоји опасност умањења његове вредности;

б) уступи употребу предмета залoге трећем лицу без сагласности заложног повериоца;

в) отуђи или оптерети предмет залoге противно уговорној или законској забрани.

Савремено право обезбеђења засновано на бездржавинској залoзи, по правилу, допушта дужнику да располаже предметом залoге. Главнину имовине залoгодавца често чине сировине, роба на складишту, готови производи и полупроизводи. Способност дужника да уредно одговори преузетим обавезама зависи, у том случају, од његове могућности да у оквиру редовног пословања располаже оптерећеним добром. С друге стране, заштита поверења у правни промет налаже да прибавиоци стичу ове ствари неоптерећене залoгом. Принцип следовања („droit de suite”), повлачи се пред захтевима пословне праксе.

„Ако залoгодавац предмет заложног права продаје у оквиру своје редовне делатности, купац стиче право својине без терета.”¹⁰³⁴ Међутим, ЗОЗП не даје дефиницију шта се то сматра редовном делатношћу правног субјекта.

Чини се да је приликом оцене да ли је ствар купљена у оквиру редовне делатности залoгодавца нагласак, ипак, на фактичким околностима конкретног случаја. Битно је да се залoгодавац према трећим лицима легитимише као лице које се бави продајом одређене врсте ствари, односно да у очима купаца залoгодавац оставља такав утисак. Мање је значајно да ли је делатност продаје ствари које су предмет залoге регистрована као залoгодавчева претежна делатност, и колико дуго залoгодавац обавља ову делатност.

Одучујућа је спољашња манифестација, окружење које на купца оставља утисак да се неко лице бави продајом одређене врсте ствари у оквиру редовне делатности. Суд, једноставно, цени да ли је уобичајно пажљив човек на основу конкретних околности продаје могао закључити да је посреди редовна делатност продавца. Ако је овај услов испуњен, важи неоторива претпоставка савесности трећих лица, и они стичу право својине без терета.

У нашем праву залoгодавац је овлашћен да правно располаже предметом залoге, да га прода или изда у закуп, осим ако уговором није супротном предвиђено. Међутим, законодавац се не изјашњава о томе да ли

¹⁰³⁴ Члан 23, став 6. ЗОЗП.

се на тако оствареним приходима такође успоставља zaloга. Чини се да овде ваља разликовати две ситуације: прву, у којој дужник располаже предметом zaloге тако да купац стиче право својине оптерећено залогом, и другу, када залогодавац продаје предмет zaloге у оквиру редовне делатности, те купац стиче право својине без терета.

Сматрамо да би у ситуацији када дужник располаже предметом залогом требало за наше право *de lege ferenda* усвојити правило да се заложно право простире на приходе које та ствар доноси.

Чини се да би се прихватљиво решење огледало у усвајању диспозитивног правила, по коме заложни поверилац стиче заложно право на приходима оствареним продајом предмета залогом у оквиру редовне делатности. Додатни услов је да су ови приходи на одговарајући начин индивидуализовани.

У случају када заложни поверилац има право следовања, заложно право би се простирало на приходе остварене продајом предмета залогом само ако су странке то изричито уговориле. Дејство заложног права *erga omnes* се не исцрпљује у праву следовања тј. могућности истицања залогом према прибавиоцима оптерећеног добра. Заложни поверилац ужива и право првенства које га овлашћује на истицање залогом у односу на друге повериоце, како оне обезбеђене тако и необезбеђене (хирограферне). С тим у вези, нарочито је занимљив редослед намирења заложног повериоца у односу на пореског повериоца.

Закон изричито каже да држава, односно порески поверилац, има законско заложно право, али се чини да такав приступ, у самом начину регулисања овог института, није доследно спроведен.

Заложно право с циљем намирења пореских потраживања не настаје сагласношћу воља и нема карактер *pignus voluntarium*. Пристанак дужника, дакле, није потребан, ипак, ово заложно право се не стиче испуњем законских услова, као код уговора у привреди.¹⁰³⁵ Неопходне су додатне чињенице: правни основ за настанак заложног права је решење Пореске управе, а начин стицања упис у Регистар залогом.

Држава има могућност наметања заложног права пореском дужнику (*pignus necessarium*). Таква принуда има своје оправдање у јавном интересу обезбеђења наплате пореза. По својим правним карактеристикама, ова zaloга је *sui generis*, блиска законској, али и судској залози. Стога, сматрамо да би специфичну привилегију фискауса која постоји у нашем праву било правилније звати не законским заложним правом, већ пореским заложним правом, или заложним правом пореског повериоца.

Ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости, заложни поверилац *ipso iure* стиче право на државину на оптерећеном добру. Од тог тренутка, заложни поверилац има могућност државинске заштите, без обзира на

то што је апрехензионе радње у односу на предмет залогом, до тада, предузимао искључиво залогодавац.

Чини се да државина заложног повериоца у случају доцње дужника има карактеристике спиритуализоване државине. Ако изостане добровољно препуштање државине, заложни поверилац може у посебном поступку успоставити фактичну власт на предмету залогом, али му није допуштено да то учини путем самопомоћи.

Ако залогодавац има својство привредног субјекта, уговорници могу предвидети да заложни поверилац може предмет залогом продати на вансудској продаји ако његово потраживање не буде измирено о доспелости.

„Ако предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.”¹⁰³⁶

С тим у вези, сматрамо да стандард „разуман и пажљив човек”, којим поверилац треба да се руководи приликом уновчења предмета залогом, није баш одговарајуће изабран. Како се у нашем праву продаја без учешћа суда може предвидети само уговором о залози у коме залогодавац има својство привредног субјекта, мало је вероватно да ће се као заложни поверилац појавити физичко лице. Управо супротно, на поверилачкој страни ће се, по правилу, наћи банка односно правно лице које кредитира дужнике у оквиру своје редовне делатности.

Сматрамо да није прикладно да се од такве уговорне стране захтева да у случају вансудске продаје предмета залогом поступа као „разуман и пажљив човек”. Прихватање стандарда „разуман и пажљив човек”, у овом случају представља спуштање прага одговорности за професионалце који посао одобравања зајмова и уновчења оптерећеног добра обављају готово свакодневно. Поверилац који сам организује продају предмета залогом, морао би да поступа као трговац. Другим речима, није на суду да процењује како би у тој ситуацији поступио разуман човек, већ да оцени да ли би трговац који ствар продаје у своје име и за свој рачун, под тим условима продао предмет залогом, као и да ли су начин, време, место и услови продаје били трговачки разумни.

Сходно томе, чини се да је за српско право требало усвојити формулацију по којој заложни поверилац мора спровести уновчење предмета залогом на начин који је „трговачки разуман” или „трговачки оправдан”.

Ако дужник није више у стању да одговори својим обавезама, могућа су само два излаза из такве ситуације. Једна могућност је да се повериоци

¹⁰³⁵ Уговори о превозу, комисиону, отпреми, складиштењу и уговор о делу.

¹⁰³⁶ Члан 27, став 5. ЗОЗП.

утркују у намирењу из преостале имовине дужника. Друга могућност је да се пријаве свих потраживања окупе на једном месту, те да се заједнички одлучи на који начин и у ком обиму ће се приступити намирењу. Како би прва опција представљала атак на правну сигурност, правни поредак се опредељује за колективно, контролисано намирење у оквиру стечаја.

У стечајном праву је општеприхваћен принцип да отварање стечајног поступка не би смело угрозити положај оних поверилаца који имају различна права. Ако је успоставио пуноважно обезбеђење, поверилац и не улази у трку са осталим – стечајним повериоцима. У таквој ситуацији, традиционални принцип једнаке расподеле на коме почива стечајно право се сукобљава са принципом слободе уговарања које постоји у облигационом праву. Дужник је властан да располаже својом имовином, а један од облика располагања јесте успостављање заложног права уписом у регистар.

Право првенства у стечају добија карактер различног права, које омогућава заложном повериоцу да не стоји у реду са осталим повериоцима. Он се као титулар стварног права намирује одвојено, и у целости, разуме се, у границама вредности предмета залог. Ако се оптерећено добро може уновчити по цени која премашује износ потраживања, заложни поверилац готово нема интерес да подржи реорганизацију. Ипак, савремено стечајно право даје извесну предност реорганизацији дужника у односу на просту ликвидацију.

Дужнику се кроз реорганизацију даје друга шанса, могућност да обнови и очува здраво језгро компаније. Повериоци имају интерес да дужник настави са пословањем, јер је он и у будућности извор њихових прихода. Друштво у целини односно држава, која наступа у име друштва, има посредни и непосредни интерес да правни субјекат опстане. Општи интереси, дакле, добијају примат над „себичним” интересима обезбеђеног повериоца који жели тренутно намирење.

Анализа система обезбеђења потраживања прихваћеног у нашем праву показује да законодавац није посеглао за простом трансплантацијом готових решења из упоредног права. На пример, није преузета идеја о фидуцијарном преносу својине, начину обезбеђења потраживања које у немачком праву функционише без било каквог публицитета. Није прихваћен ни концепт америчког права („self-help repossession”), који омогућава повериоцу да сам успостави државину на оптерећеном добру и уновчи га, јер би такав приступ, у нашој средини, значајно угрозио правну сигурност.

Законодавац се, истина, угледао на Модел – закон о обезбеђењу потраживања, али је водио рачуна о најбољим примерима наше правне традиције, пре свега о ЗОО. Новим законима су одвојено регулисани регистрована залога и лизинг, док су класична залога и продаја са задржавањем права својине остали у ЗОО.

Остављајући по страни расправу о томе да ли би целовито нормирање права обезбеђења у једном правном акту, новом грађанском закону,

било правно-политички прикладније, сматрамо да је за наш правни систем много значајнији резултат само прихватање садржине модерних средстава обезбеђења, у односу на избор конкретне законодавне технике.

Усвојени концепт се ослања на нашу правну традицију и изграђену правничку свест, по којој ЗОО регулише класичну залог, тако да у тренутку усвајања ЗОО није било изразите потребе да се на било који начин нарушава здраво језгро које постоји у области облигационог права.¹⁰³⁷ То не значи да, у будућности, када други чиниоци који утичу на стабилност друштвених односа „уђу у мирније воде”, не можемо размишљати о начину на који би се у једном правном извору објединила правила о свим доступним средствима обезбеђења.

Време је показало да креирање савреног средства обезбеђења потраживања личи на „Сизифов посао”. Уговарањем обезбеђења поверилац само подиже границу вероватноће да ће заиста намирити своје потраживање.

Ипак, треба приметити и то да је регистрована залога у нашем праву средство које остварује основне функције обезбеђења. Она пружа сигурност повериоцима, али тако да не представља превелико бремене за дужнике. Уписом заложног права у одговарајући регистар се даје на знање трећим лицима да на добру дужника постоји одређено *ius in re aliena*.

Правило *prior tempore potior iure* је доследно спроведено. Обезбеђени поверилац који је први регистровао залог је у случају принудног намирења на корак испред осталих, како оних поверилаца које називамо необезбеђеним, тако и оних поверилаца чије је обезбеђење настало касније.

Поступак појединачног и колективног намирења потраживања чине складну целину, а постојање приоритетних права за одређене групе поверилаца је јасно и предвидљиво.

Повериоци нису спремни да улажу на тржишту у коме правни систем подржава неизвесност у погледу остварења њихових права. Ако обезбеђени поверилац није у могућности да на предвидљив и временски прихватљив начин, без излагања претераним трошковима, принудно намири своје потраживање, вредност стварноправног обезбеђења је значајно умањена. Јасна правила у поступку принудног намирења, доносе корист повериоцима, који на тај начин тачно знају којим средствима располажу у заштити својих права. Али, извесност помаже и дужницима, јер се тако смањују каматне стопе на тржишту кредита, онемогућава шиканирање и злоупотреба подређеног положаја дужника.

Отуда је стварање ефикасног система обезбеђења и принудног намирења потраживања, ништа друго до залагање за заштиту врхунског правног начела *suum cuique tribuere*, свакоме дати оно што му припада.

¹⁰³⁷ ЗОО је управо захваљујући унутрашњој вредности одолео „зубу времена”, политичким и економским променама и опстао на подручју свих држава које су настале распадом некадашње СФРЈ.

ЛИТЕРАТУРА

ДЕЛА МОНОГРАФСКОГ КАРАКТЕРА И КОМЕНТАРИ

Домаћи аутори

- Аврамовић, Сима, *Општиа љравна историја – Стари и средњи век*, Београд 2003.
- Антић, Оливер, *Наследно љраво*, Београд, 2004.
- Апостолова – Маршалевски, Магдалена, *Појава и љорекло римске хийољеке*, магистарски рад, Београд 1972.
- Аранђеловић, Драгољуб, *Основи облиационољ љрава, С нарочийим обзиром на Грађански законик Краљевине Србије*, Општи део, Београд 1936.
- Благојевић, Борислав, *Посебни део Облиационољ љрава, Уљовори, Једносљрани љравни љослови, Грађанско-љравни деликљи*, Београд 1939.
- Богишић, Валтазар, *Општи имовински законик за Књажевину Црну Гору и изабрана дјела*, Подгорица – Београд 1998.
- Бујуклић, Жика, *Рогит Романит, Римска држава, љраво, релиљија и мийови*, Београд 2005.
- Васиљевић, Мирко, *Водич за чийање Закона о љривредним друшљвима*, Београд 2004.
- Васиљевић, Мирко, *Пословно љраво*, Београд 2004.
- Вуксановић, Драгиња, *Правна природа привилегованих потраживања*, магистарски рад, Београд 2005.
- Гамс, Андрија, *Основи сљварнољ љрава*, Београд 1961.
- Гамс, Андрија – Ђуровић, Љиљана, *Увод у љрађанско љраво*, Београд 1994.
- Ђорђевић, Живојин – Станковић, Владан, *Облиационо љраво*, Београд 1987.
- Живковић, Милош, *Обим саљласнољи нељходан за закључење уљовора*, магистарски рад, Београд 2004.
- Јакшић, Александар, *Обезбеђење извршења обавеза у међународном љриваљном љраву*, докторска дисертација, Београд 1989.
- Јелић, Рајко, *Посебни облици љрава својине у СРЈ*, Београд 1999.
- Лукић, Радомир, *Мељоголољија љрава*, Београд, 2003.
- Ковачевић – Куштримовић, Радмила – Лазић, Мирослав, *Сљварно љраво*, Ниш 2004.

- Константиновић, Михаило, *Облијације и уговори – Скица за Законик о облијацијама и уговорима*, Београд 1996.
- Константиновић, Михаило, *Облијационо право – ојшћи гео*, по белешкама с предавања средно В. Капор, Београд 1959.
- Марковић, Лазар, *Хијотјекарно право*, Београд, 1911.
- Марковић Лазар, *Грађанско право, Ојшћи гео и Сјварно право*, прва књига, Београд 1927.
- Марковић, Лазар, *Облијационо право*, Београд 1997.
- Медић, Душко, *Заложно право*, Бања Лука, 2002.
- Милошевић, Мирослав, *Римско право*, Београд 2005.
- Огорелица, Никола, *Хијотјека на сојсјвеној сјвари*, Београд, 1893.
- Орлић, Миодраг, *Закључење уговора*, Београд 1993.
- Павловић, Ђорђе, *Хијотјекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868.
- Перић, Живојин, *Сјварно право, Сјецијални гео грађанској права*, штампано као рукопис по предавањима Ж. Перића, Београд, 1937.
- Перић, Живојин, *Облијационо (Тражбено право)*, други део, Уговори, Специјални део грађанског права, штампано као рукопис по предавањима Ж. Перића, Београд, 1920.
- Перовић, Слободан, *Формални уговори у грађанском праву*, Београд, 1964.
- Перовић, Слободан, *Облијационо право*, Београд, 1990.
- Перовић, Слободан, *Правно-филозофске расјраве*, Београд 1995.
- Перовић, Слободан – Стојановић Драгољуб, *Коментар Закона о облијационим односима*, Књига I и II, 1980.
- Перовић, Јелена, *Коментар Закона о финансијском лизинју*, Београд 2003.
- Радовић, Вук, *Индивидуални сјечај, Сјечај над имовином физичкој лица*, Београд 2006.
- Радишић, Јаков, *Облијационо право*, Београд 2000.
- Рашић, Зоран, *Коментар закона о фигуцијарном преносу права својине Црне Горе*, Подгорица 1996.
- Рашовић, Зоран, *Сјварно право*, Подгорица 2002.
- Рашовић, Зоран, *Заложно право на покрећним сјварима*, докторска дисертација, Београд, 1991.
- Соловјев, Александар, *Законодавство Сјефана Душана*, Београд 1928.
- Спасић, Иванка, *Уговор о лизинју*, Београд 1990.
- Станојевић, Обрад, *Римско право*, Београд 2003.
- Станковић, Обрен – Водинелић, Владимир, *Увод у грађанско право*, Београд 1996.

- Станковић, Обрен – Орлић, Миодраг, *Сјварно право*, Београд 1999.
- Станимировић, Војислав, *Обезбеђење извршења уговора у архаичним и сјарим правима*, магистарски рад, Београд 1993.
- Стојановић, Драгољуб, *Сјварно право*, Крагујевац 1998.
- Стојановић, Драгољуб – Павићевић Божидар, *Право обезбеђења кредитија*, Београд 1997.
- Стојановић, Драгољуб – Антић, Оливер, *Увод у грађанско право*, Београд 2004.
- Хибер, Драгор (ред.), *Нови Закон о извршном појсјуку*, Београд 2004.
- Шулејић, Предраг, *Право осјурања*, Београд 1997.

Страни аутори

- Ali, P. A. U., *The Law of Secured Finance, An International Survey of Security Interest over Personal Property*, Oxford, 2002.
- Bailey, H. III, Hagedorn, R., *Secured Transactions in a Nutshell*, 4th Ed, St. Paul, Minnesota, 2000.
- Baird, Douglas G.- Eisenberg, Theodore – Jackson, Thomas H., *Commercial and Debtor-Creditor Law, Selected Statutes*, New York 2004.
- Baird, Douglas G. – Gertner, Robert H. – Picker Randal C., *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994.
- Baur, Fritz, Baur Jürgen F., Stürner Rolf, *Sachenrecht*, 17., neubearbeitete Auflage, München 1999.
- Berden Andrej – Tratnik Matjaž – Vrenčur Renato – Rijavec Vesna – Frantar Tone – Keresteš Tomaž – Juhart Miha, *Stvarno pravo*, Maribor 2002.
- Botwinik, David A. – Weinrib, Kenneth W. (ed.), *European Bankruptcy Laws*, ABA 1986.
- Cabrillac Michel – Mouly Christian, *Droit des sûretés*, 2^e édition, Litec, Paris 1993.
- Cranston, Ross, (ed.) *European Banking Law, The Banker – Customer Relationship*, London 1993.
- Čulinović – Herc, Edita, *Ugovorno osiguranje tražbine zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka 1998.
- Davies, Iwan (ed.), *Retention of Title Clauses in Sale of Goods Contracts in Europe*, Ashgate, 1999.
- Denišlić, Meliha, *Pravna priroda zalaganja prava*, magistarski rad, Beograd, 1988.
- Dickson, Michael G. – Rosener, Wolfgang – Storm, Paul M., *Security on Movable Property and Receivables in Europe*, Oxford 1988.

- Ellinger, E. P.- Lomnicka, Eva – Hooley, Richard, *Modern Banking Law*, Oxford 2002.
- Gavella, N. – Josipović, T. – Gliha, I. – Belaj, V. – Stipović, Z. *Stvarno pravo*, Zagreb 1998.
- Gerber, Michael A., *Business Reorganization*, New York, 2000.
- Goode, Roy, *Commercial Law*, second edition, London 1995.
- Goode, Roy, *Legal Problems of Credit and Security*, third edition, London 2003.
- Gough, William. J., *Company Charges*, London 1996.
- Gilmore, Grant, *Security Interest in Personal Property*, Boston 1965.
- Jordan, Robert L. – Warren, William D. – Walt Steven D., *Secured Transactions in Personal Property*, fifth edition, New York 2000.
- Kieninger, Eva Maria (ed.), *Security Rights in Movable Property in European Private Law, The Common Core of European Private Law*, Cambridge University, 2004.
- Koziol, Helmut – Welser, Rudolf, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Sachenrecht, Familienrecht, Erbrecht*, Band II, Wien 1985.
- Larenz, Karl, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1989.
- Lawrence, W. H. – Henning, w. H. – Freyermuth, R. W., *Understanding Secured Transactions*, LexisNexis, 2000.
- Lopucki, Lynn M., – Waren, Elizabeth, *Secured Credit, A Systems Approach*, second edition, New York 1997.
- Lopucki, Lynn M., Mirick, Chistopher R., *Strategies for Creditors in Bankruptcy Proceedings*, Aspen Publisher, 2003.
- McCormack, Gerard, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge 2004.
- Medicus, Dieter, *Bürgerliches Recht*, München 2002.
- Mousourakis, George, *The Historical and Institutional Context of Roman Law*, Ashgate Publishing Limited, 2003.
- Norton, Joseph J. – Andenas Mads (ed.), *Emerging Financial Markets and Secured Transactions*, London 1998.
- Omar, Paul J., *European Insolvency Law*, Ashgate, 2004.
- Povlakić, Meliha, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja sa posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu zalogu), doktorska disertacija*, Sarajevo 2001.
- Sauveplanne, J. G. (ed.) *Security over Corporeal Movables*, Leiden 1974.
- Schultz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.
- Serick, Rolf, *Securities in Movables in German Law: an Outline*, Kluwer Deventer, 1990.

- Simler, Philippe – Delebecque Philippe, *Droit civil, Les sûretés La publicité foncière*, Dalloz, 3^e édition, Paris, 2000.
- Sprankling, John G., *Understanding Property Law*, LexisNexis, 2000.
- Tajti, Tibor, *Comparative Secured Transactions Law*, Budapest 2002.
- Tamm, Ditlev, *Roman Law and European Legal History*, Copenhagen 1997.
- Versteeg, Russ, *Law in the Ancient World*, Durham, North Carolina 2002.
- Watson, Alan, *Roman Law and Comparative Law*, Athens, Georgia 1991.
- White, James J. – Summers, Robert S., *Uniform Commercial Code, Secured Transactions*, fifth edition, St. Paul, Minn., 2000.
- Vizner, Boris, *Komentar Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb 1980.
- Wood, Philip R., *Comparative Law of Security and Guarantees*, London 1995.
- Wolf, Martin, *Sachenrecht*, 13., ergänzte und überarbeitete Auflage, München 1996.
- Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Tawn 1990.

ЧЛАНЦИ

Домаћи аутори

- Антић, Оливер, *Начело савесности и поштености у облигационом праву*, „Правни живот” бр. 10/2003, стр. 267-283;
- Аранђеловић, Драгољуб, *О фигуријарним правним пословима*, „Архив за правне и друштвене науке”, књига XXX, бр. 5-6/1926 стр. 337- 358;
- Аранђеловић, Драгољуб, *Законско zaloжно право давалаца под кирију и закују*, Бранич I књига за 1903 годину, стр. 3-13;
- Бошкан, Бранко, *Фигуријарни правни послови и залога*, „Билтен судске праксе Вишег привредног суда”, бр.3/96, стр.124-128;
- Василић, Јелисавета, *Средства обезбеђења извршења уговора у пракси*, „Право и привреда” бр. 5-8 / 97, стр. 533-545.
- Васиљевић, Мирко, *Нови пројиси и заштитна инвестиција*, „Право и привреда” бр. 5-8 /2002 стр. 3-19.
- Велимировић, Михајло, *Уговор о фигуријарном обезбеђењу тиражбине*, „Правни живот” бр. 11/1998 стр. 527- 537;
- Вилус, Јелана, *Правни проблеми лизинга*, „Анали Правног факултета у Београду” бр. 1-3/1972, стр. 105-113;

- Водинелић, Владимир, *Државина и њијежање* у „Промене својинског законодавства у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи-“, Институт за упоредно право, Београд 2004, стр. 41-61.
- Гамс, Андрија, *Нешио о фидуцијарним њравним њсловима*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 1-2/1960, стр. 22-37;
- Горавица, Бранислава, *Фидуцијарни њренос њрава својине*, „Правни живот“ бр. 10/1997, стр. 63-77;
- Ђуровић, Љиљана, *Ујовор о ручној залози*, „Правни живот“ бр. 9-10/1993, стр. 1121 – 1140;
- Ђуровић, Љиљана, *Ујовор о фидуцијарном њреносу својине*, „Правни живот“ бр. 10/1998, стр. 811-826;
- Ђурђевић, Марко, *Правне карактеристике и битни елементи ујовора о финансијском лизинју*, „Правни живот“ бр. 11/2002, стр. 545-557;
- Живковић Милош, *Хијојека и земљишни дуї*, у „Промене својинског законодавства у Србији – Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи-“, Институт за упоредно право, Београд 2004, стр. 130-140;
- Златковић, Татјана, *Ујис хијојеке у јавне књије*, „Правни живот“ бр. 10/1998, стр. 781-789;
- Јанковец, Ивица, *Законско заложо њраво у њривредним њсловима*, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том III, Београд 1978, стр. 912-918.
- Лазић, Мирослав, *Рані сїварних њрава*, „Правни живот“ бр. 10/2002, стр. 71-82;
- Лазић Мирослав, *Значај јавној рејисџра за хијојеку*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 1-6 /2000, стр. 222-245;
- Лазић Мирослав, *Сїварна њрава на сојсївеној сївари*, „Правни живот“ бр. 10/2003, стр. 85-100;
- Кнежевић Предраг – Бијорац, Радомир, *Нека њиїања сїварнојравној њбезбеђења у њракси банака*, „Правни живот“ бр. 11/ 2001, стр. 535-549;
- Константиновић, Михаило, *Хијојека на сїоци*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 3-4 1982, стр. 365-381;
- Ковачевић – Куштримовић, Радмила, *Ујоворна хијојека – сїицање хијојеке*, „Правни живот“ бр. 9- 10/1993, стр. 1107- 1120;
- Мићовић, Миодраг, *Савремена средсїва реалној њбезбеђења банкарских кредииа*, Србија и Европско право IV, Крагујевац, 1999 – 2000, стр. 274-283;
- Окичић, Милка – Бијорац, Радомир, *Финансијски лизині – нова мојућностї за сїурнији њласман средсїава банака*, „Правни живот“ бр. 11/2003, стр. 715- 725;

- Орлић Миодраг, *Увођење и обнављање земљишних књиа – Предлої за најїовольнију врсїу јавних рејисџара њоокреїностїи у Србији за XXI век-*, „Правни живот“, бр. 12/2000, стр. 5-25.
- Орлић, Миодраг, *Нацрїї Закона о хијоїеци*, „Правни живот“ бр. 10/2004, стр. 39 – 60;
- Планојевић, Нина, *О мојућностїи сїицања својине на украденој или на друїи начин несїалој сївари*, „Правни живот“ бр. 10/2003, стр. 63- 83;
- Радовић, Вук, *Предлої њоверооца за њокреїање сїечајној њосїуїка (невольни сїечај)*, „Право и привреда“ бр. 1-4/2002, стр. 160-174;
- Радовић, Вук, *Сїечај над имовином њредузетїника њрема усвојеном Закону о сїечајном њосїуїку*, „Право и привреда“ бр. 9-12/2004, стр. 123-137;
- Радовић, Вук, *Сїечајни исїлаїни редови*, „Актуелна питања савременог законодавства“ Будва 2005, стр. 173 – 192;
- Рашовић, Зоран, *Ујис фидуцијарној ујовора и фидуцијарне својине*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 1-6/2000, стр. 389-411;
- Салма, Јожеф, *Фидуцијарни њравни њосао и фидуцијарни њренос својине ради њбезбеђења њоїраживања*, „Правни живот“ бр. 10/1998, стр. 383-395;
- Станковић, Обрен, *Белешке о заложоїримчевом њраву на државину*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 2/1985, стр. 254-263;
- Станковић, Обрен, *Оїраничена њословна сїособностї и засїуїање малолетїника од сїїране њихових родитїеља у нашем њраву*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 6/1982, стр. 1215-1233;
- Станковић, Обрен, *О њодели њрава на айсолуїна и релатїивна (облиїациона)*, „Анали Правног факултета у Београду“ бр. 3-6/1985, стр. 709-716.
- Стојановић, Драгољуб, *Бездржавинска zaloја (їокреїна хијоїека) уїоредно њравна сїудїа –*, „Зборник Правног факултета у Нишу“ свеска X, 1971, стр. 43-60;
- Тешић, Ненад, *Фидуцијарни њренос својине као средсїво њбезбеђења њоїраживања*, „Правни живот“ бр. 10/ 2002, стр. 107-115.
- Топаловић, Александар – Филиповић, Јелисавета, *Кбезбеђење њоїраживања њреносом својине*, „Правни живот“ бр. 5-6/1993, стр. 667-676;
- Хибер, Драгор, *Заложно њраво* у Станковић, Обрен, Лазаревић, Љубиша, Китаровић Игор (ред.), *Практикум за њолаїање њравосудној исїиїа*, Београд 1990, стр. 706- 713;
- Шаркић, Небојша – Рашић, Драган, *Кбезбеђење њоверилаца у извршном њосїуїку*, „Правни живот“ бр. 5-6/1993, стр. 677- 686;

Страни аутори

- Allan, David E. – Drobniг, Ulrich, *Secured Credit in Commercial Insolvencies a Comparative Analysis*, RabelZ 44 (1980), стр. 615- 648;
- Asiadu – Akrofi, Derek, *Negative Pledge Clauses in International Loan Agreements*, 26 Law and Policy In International Business 407, Winter 1995, стр. 407-458;
- Arkins, Jonathan R.C., *OK – So You ‘ve Promised, Right? „ The Negative Pledge Clause and the „Security „ It Provides*, Journal of International Banking Law 2000, стр. 198 – 204;
- Baird, Douglas G., *The Importance of Priority*, 82 Cornell Law Review 1420,, September 1997, стр. 1420-1435;
- Bazinas, Spiros, *Multi Jurisdiccional Receivables Financing: UNCITRAL’s Impact on Securitizations and Cross – Border Perfection*, 12 Duke J. Comp. & Int’l L. 365, 2002, стр. 365- 387;
- Bebchuk, I. A., Fried, Jesse M., *The Uneasy Case For the Priority of Secured Claims in Bankruptcy*, 105 Yale L. J. 857, January 1996, стр. 857- 934;
- Bjerre, Carl S., *Secured Transactions Inside Out : Negative Pledge Covenants, Property and Perfection*, 84 Cornell L. Rev. 305, January 1999, стр. 305-393;
- Bjerre, Carl S., *International Project Finance Transactions: Selected Issues under Revised Article 9*, 73 American Bankruptcy Law Journal 261, Winter 1999, стр. 261- 310;
- Bridge, Michael – McDonald, Roderick – Simmonds, Ralph – Walsh, Catherine, *Formalism, Functionalism and Understanding the Law of Secured Transactions*, 44 McGill Law Journal 567, November 1999, стр. 567- 664;
- Bütter, Michael, *Cross-Border Insolvency under English and German Law*, (2002) Oxford University Comparative Law Forum, <http://ouclf.iuscomp.org/articles/buetter.shtml>;
- Carlson, David G., *On the Efficiency of Secured Lending*, 80 Virginia Law Review 2179, November 1994, стр. 2179- 2213;
- Cohen, Neil B. *Harmonizing the Law Governing Secured Credit: The Next Frontier*, 33 Tex. Int’l L. J. 173, 1998, стр. 173 – 188;
- Cohen, Neil B., *Internationalizing the Law of Secured Credit: Perspectives from the US Experience*, 20 University of Pennsylvania Journal of International Economic Law 423, Fall 1999, стр. 423- 442;
- Cohen, Neil B. – Gerber, Michael, A. – Janger, Ted, *Bankruptcy in a Brave E-World: Planning for the Day a Dot-Com Crashes*, Practising Law Institute, January – March 2001, 816 PLI/Comm 247, стр. 247-298;
- Coogan, Peter F., *Article 9 of the Uniform Commercial Code: Priorities Among Secured Creditors and the "Floating Lien"*, 72 Harv. L. Rev. 838, March 1959, стр. 838-880;

- Cuming, Ronald C., *Article 9 North of 49#: The Canadian PPS Acts*, 29 Loyola of Los Angeles Law Review 971, April 1996, стр. 971- 988;
- Dahan, Frédérique, *Law Reform in Central and Eastern Europe: The Transplantation of Secured Transactions Laws*, European Journal of Law Reform Vol 2, No. 3, Kluwer Law International, (2000), стр. 369–384;
- Dahan, Frédérique, *Secured Transactions law in western advanced economies exposing myths*, Law in Transition, Autumn 2000, стр. 37– 43, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/aut00p2.pdf> ;
- Dahan Frédérique – Kuteničova Eliška, Simpson John, *Enforcing Secured Transactions, in central and eastern Europe: an empirical study*, Law in Transition 2004, [http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/sp04/complete\(E\).pdf](http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/sp04/complete(E).pdf);
- Davies, Iwan, *The New Lex Mercatoria: International Interest in Mobile Equipment*, International and Comparative Law Quarterly, January 2003, стр. 151–176;
- Davis, Christine J., *Floating Rights*, Cambridge Law Journal, 61 (2), July 2002, стр. 423–462;
- Drobniг, Ulrich, *Sicherungsrechte im deutschen Konkursverfahren*, RabelZ 44 (1980), стр. 784–806;
- Drobniг, U., *Die Verwertung von Mobiliarsicherheiten in einigen Landern der Europäishen Union*, RabelZ 60 (1996), стр. 41–57;
- Drobniг, U., *Secured Credit in International Insolvency Proceedings*, (1998) 33 Texas Int’ l Law Journal 53, стр. 53–70;
- Drobniг, U., *Present and Future of Real and Personal Security*, European Review of Private Law, 5/2003, стр. 623- 660;
- Farnsworth, Allan, *Fundamentals of Personal Property Security, International Conference on Secured Commercial Lending in the Commonwealth of Independent States, November 1994 Moscow*, <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/about/history/confer.pdf>;
- Flint, George Lee, Alfaro, Marie Juliet, *Secured Transactions History: The First Chattel Mortgage Acts in the Anglo-American World*, William Mitchell Law Review 2004, стр. 1043- 1464;
- Gabrielli, Enrico, *Security over Movables in Italy*, J.B.L., September 1992, стр. 525-528;
- Gaul, Hans Friedhelm, *Lex commissoria und Sicherungsübereignung*, AcP 168 (1968), стр. 352 – 382;
- Gilmore, Grant, *The Purchase Money Priority*, 76 Harv. L. Rev. 1333, May 1963, стр. 1333- 1401;
- Goode, Roy, *The Secured Creditor and Insolvency under English Law*, RabelZ 44 (1980), стр. 674 – 712;

- Goode, R., *Security in Cross – Border Transactions* (1998) 33 Texas Int'l Law Journal 47, стр. 47-52;
- Goode, R., *The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing*, Uniform Law Review / Revue de droit uniforme, 7 (2002), стр. 3-15 <http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/articles-main.htm>;
- Gopalan, Sandeep, *New Trends in the Making of International Commercial Law*, 23 Journal of Law of Commerce 117, Spring 2004, стр. 117- 168;
- Half, Cameron, *Funding Growth: Leasing and Small and Medium Enterprise Financing in Russia*, 43 Harvard International Law Journal 469, Summer 2002, стр. 469-502.
- Harris, Steven L. – Mooney, Charles W., *A Property Based Theory of Security Interests: Taking Debtors' Choices Seriously*, 80 Virginia Law Review 2021, November 1994, стр. 2021- 2072.
- Hausmann, Jens, *The Value of Public – Notice Filing Under UCC Article 9: A Comparison with the German Legal System of Securities in Personal Property*, 25 Georgia Journal of International and Comparative Law 427, Summer 1996, стр. 427- 478;
- Hicks, Andrew, *Retention of title – Latest Developments*, J. B. L. July 1992, стр. 398-415;
- Jackson, Thomas H. – Kronman, Anthony T., *Secured Financing and Priorities Among Creditors*, (1971) 88 Yale L. J. 1143, стр. 1143-1182;
- Jackson, Thomas H. – Schwartz, Alan, *Vacuum of fact or Vacuous Theory: A Reply to Professor Kripke*, 133 University of Pennsylvania Law Review 987, June 1985, стр. 987- 998;
- Jessel – Holst, Christa, *Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u jugoistočnoj Evropi*, Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, стр. 82-97;
- Kanda, Hideki – Levmore, Saul, *Explaining Creditor Priorities*, 80 Virginia Law Review 2103, November 1994, стр. 2103 – 2154.
- Keinan, Yoram, *The Evolution of Secured Transactions*, 2001, <http://www.worldbank.org/wdr/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf>;
- Korybu, Michael, *Searching for Commercial Reasonableness Under the Revised Article 9*, 87 Iowa Law Review 1383, August 2002, стр. 1383 – 1503;
- Kripke, Homer, *Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact*, 133 University of Pennsylvania Law Review 929, June 1985, стр. 929-985;
- Kyutchukov, Stephan Z., *Bulgaria from paper- based registries to electronic central registries*, Focus on south-eastern Europe – Law in transition, Spring 2002 стр. 68-71, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/spr02.pdf>;

- Lerner, Shalom, *Restrictive Terms in Floating Charges: the Israeli Experience*, 39 St. Louis University Law Journal 841, Spring 1995, стр. 841-864;
- Lessne Scott A., *Bankruptcy Issues for the Secured Creditor*, Practising Law Institute, April 2005, 878 PLI/Comm 507, стр. 507- 535;
- Lopucki, Lynn M., *The Death of Liability*, 106 Yale L.J. 1, 25, October 1996, стр. 1- 91;
- Lopucki, Lynn M., *The Unsecured Creditors's Bargain*, 80 Virginia Law Review 1887, November 1994, стр. 1887 – 1965;
- Mann, Ronald J., *The Role of Secured Credit in Small – Business Lending*, 86 Georgetown Law Journal 1, October 1997, стр. 1 – 44;
- Mann, R. J. *Strategy and Force in the Liquidation of Secured Debt*, Michigan Law Review, November 1997, стр. 159- 244;
- Mann, R. J. *Explaining the Pattern of Secured Credit*, Harvard Law Review, 110 Harvard L. Rev. 626, January 1997, стр. 626- 683;
- McCormack, Gerard, *Priority of Charges and Registration*, J.B.L. 1994, Nov, стр. 587-605;
- McCormack, G., *Debts and Non -Assignment Clauses*, J.B.L. 2000 Sep, стр. 422-445;
- McCormack, G., *Personal Property Security Law Reform in England and Canada*, J.B.L. March 2002, стр. 113-142;
- McCormack, G., *A Priority of Secured Credit: an Anglo – American Perspective*, J.B.L. Jull 2003, стр. 389 – 419;
- Mcknight, Andrew, *Brumark: The difference between Fixed and Floating Charges*, Journal of International Banking Law, 2001, 16(6), стр. 157-162;
- Mitchell, Thomas, *The Negative Pledge Clause and The Classification of Financing Devices, A Question Of Perspective*, 60 American Bankruptcy Law Journal 263, Summer 1986, стр. 263-291;
- Mokal, Rizwan J., *Priority as Pathology: The Pary Passu Myth*, Cambridge Law Journal 60, November 2001, стр. 581-621;
- Mokal, Rizwan J., *The Search for Someone to Save : A defensive Case for the Priority of Seured Credit*, Oxford Journal Of Legal Studies, Vol 22, No. 4 2002, стр. 687-728;
- Morse, C. G. J., *Retention of Title in English Private International Law*, J. B. L. March 1993, стр. 168-184;
- Milo, J. Michael, *Retention of Title in European Business Transactions*, Washburn Law Journal Fall 2003, 43 Washburn L. J. 121, стр. 121-139;
- Osipov, Konstantin, *The Genesis Of Russian Secured Transactions Law before 1917*, 42 Cleveland State Law Review 641, 1994, стр. 641-674;

- Pascover, Maury B., *A Commercially Reasonable Sale under Article 9: Commercial Reasonable, and Fair to All Involved*, 28 Loyola of Los Angeles Law Review 235, November 1994, стр. 235 – 248;
- Penczar, Marta, *Identification of Factors Dynamising the Development of the System of the Register of Pledges in Poland and of Barriers Inhibiting this Growth, in Analysis of the Economic Impact of the Registered Pledge System in Poland*, Gdansk Academy of Banking, Gdansk, November 2003;
- Pennington R., *Retention of Title to the Sale of Goods*, International and Comparative Law Quarterly, April 1978, стр. 277-318 ;
- Povlakić, Meliha, *Leasing kao sredstvo osiguranja potraživanja*, „Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu”, XLV – 2002, стр. 351-368;
- Reich, Norbert, *Funktionsanalyse und Dogmatik bei der Sicherungübereignung*, AcP 169 (1969), стр. 247-270;
- Rocks, Sandra – Sawyer, Kate, *Survey of International Commercial Law Developments During 2003*, 59 Business Lawyer 1663, August 2004, стр. 1663-1674;
- Saksonova, Svetlana – Saksonovs, Sergejs, *Update Analysis of the Economic Impact and Related Risks of Registered Pledge System in Latvia – 2004*. Riga, 2004. http://www.dec.org/pdf_docs/PNACY245.pdf;
- Schwartz, Alan, *Security Interest and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories*, 10 J. Legal Stud. 1 (1981);
- Schwartz, Alan, *The Continuing Puzzle of Secured Debt*, 37 Vanderbilt Law Review 1051, October 1984, стр. 1051-1069;
- Scott, Robert. E., *A Relational Theory of Secured Financing*, (1986) 80 Colum. L. Rev. 901, June 1986, стр. 901-970;
- Shupack, Paul M., *Solving The Puzzle of Secured Transactions*, 41 Rutgers Law Review 1067, 1989, стр.1067-1129;
- Simitis, Konstantin, *Das besitzlose Pfandrecht*, AcP 171 (1971), стр. 94- 154;
- Simpson, John – Menze, Joachim, *Ten Years of Secured Transactions Reform, Law in Transition*, Autumn 2000, стр. 20 – 27, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/aut00p2.pdf>
- Skeel, David A. Jr., *The Past, Present and Future of Debtor -in- Possession Financing*, 25 Cardozo Law Review 1905 April, 2004, стр. 1905 – 1933;
- Spencer, Julie, *The Commercial Realities of Reservation of Title Clauses*, J. B. L. May 1989, стр. 220 – 232,
- Spink, P. M. – Ong, C. A., *Substance Versus Form Anglo – Australian Perspectives, on Title Financing Transactions*, Cambridge Law Journal, 63(1), March 2004, стр. 199-224;
- Stoica, Cristina – Stoica, Valeriu, *Romania's legal regime for security interest in personal property*, Focus on south-eastern Europe -Law in Transition, Spring 2002, стр. 63-66, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/spr02.pdf>;

- Tijo, Hans, *The Future of Company Charges*, J.B.L. July 2002, стр. 457 – 465;
- Van Ngo, Minh, *Getting the Question Right on Floating Liens and Securitised Assets*, 19 Yale Journal on Regulation 85, Winter 2002, стр. 85-169;
- Vrenčur, Renato, *Fiduciarni prenos lastninske pravice v zavoravanje na premičnih stvarih v novem slovenskom pravu*, Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, стр. 297-303;
- Waren, E., *Making Policy with Imperfect Information: the Art. 9 Full Priority Debates*, September 1997, 82 Cornell L. Rev. 1373, стр. 1373- 1393;
- Watson, Alan, *Legal Transplants and European Private Law*, vol. 4.4 Electronic Journal of Comparative Law, (December 2000), <http://www.ejcl.org/ejcl/44/44-2.html>
- Wessels, Bob, *Realisation of the EU Insolvency Regulation in Germany, France and the Netherlands*, http://www.iiiglobal.org/country/european_union.html;
- White, James J., *Efficiency of Justifications for Personal Property Security*, April 1984, 37 Vanderbilt Law Review 473, стр. 473- 508;
- Wheeler, Sally E., *The Insolvency Act 1986 and Retention of Title*, J. B. L. May 1987, стр. 180- 186;
- Widen, William H., *Lords of the Liens: Towards Greater Efficiency in Secured Syndicated Lending*, 25 Cardozo Law Review 1577, April 2004, стр. 1577- 1653;
- Wigmore, John H., *The pledge – idea: A study in Comparative Legal Ideas*, 10 Harv. Law Review, 321 (1896 – 1897), стр. 321- 350 and 11 Harv. Law Review 18, (1897 – 1898), стр. 18-39;
- Ziegel, Jacob S., *Preferences and Priorities In Insolvency Law: Is there a Solution?*, 39 Saint Louis University Law Journal 793, Spring 1995, стр. 793 – 806;
- Ziegel, Jacob S., *Secured Transactions in Personal Property and the Federal-Provincial Conflict in Canadian Bankruptcy Law*, 46 South Carolina Law Review 877, Summer 1995, стр. 877 – 889;

МЕЂУНАРОДНИ ДОКУМЕНТИ

Convention on International Interest in Mobile Equipment and Protocol on matters Specific to Aircraft equipment, Cape Town, Nov. 16, 2001.

<http://www.unidroit.org/english/conventions/mobile-equipment/main.htm>;

Convention on International Financial Leasing 1989, UNIDROIT <http://www.unidroit.org/english/conventions/1988leasing/1988leasing-e.htm>;

Convention on International Factoring 1988, UNIDROIT <http://www.unidroit.org/english/implement/i-88-f.htm>;

United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade 2001, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>;

Council regulation (EC) No 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings, Official Journal L 160, 30/06/2000 P. 0001 – 0018;

Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements Official Journal of European Communities Official Journal L 168, 27/06/2002;

Directive 2000/35/EC of the European Parliament and of the Council of 29 June 2000 on combating late payment in commercial transactions Official Journal L 200, 08/08/2000 P. 0035 – 0038 http://europa.eu.int/eur-lex/en/search/search_lif.html;

Model Law on Secured Transaction, European Bank for Reconstruction and Development, 1994, <http://www.ebrd.com/country/sector/law/st/modellaw/model.pdf>;

Model Inter-American Law on secured transactions, February 2002, http://www.oas.org/dil/CIDIP-VI-securedtransactions_Eng.htm;

UNCITRAL, Report of the Secretary General: Study on Security Interests, (1977) UN Doc A/CN.9/131;

UNCITRAL *Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, UNCITRAL Working Group VI (Security interest), Sixth Sessions, Vienna 27 September – 1 October 2004, A/CN.9/WG.VI/WP.13;

UNCITRAL *Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, Working Group VI (Security interest), Seventh Sessions, New York 24–28 January 2005., A/CN.9/WG.VI/WP.16;

UNCITRAL *Recommendations of The Draft Legislative Guide on Secured Transactions*, Working Group VI (Security interest), Eighth session Vienna, 5-9 September 2005 A/CN.9/WG.VI/WP.21;

UNCITRAL Report of the Working Group on Electronic Commerce, forty-fourth session (Vienna, 11-22 October 2004) A/CN.9/571 http://www.uncitral.org/english/workinggroups/wg_ec/;

UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law* (2004), <http://www.uncitral.org/en-index.htm>;

UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency (1997) with Guide to Enactment, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>;

ДРУГИ ИЗВОРИ

Company Security Interest, A Consultative Report, Law Commission Consultation Paper no. 176, London TSO, http://www.lawcom.gov.uk/files/cp176_web_version.pdf.

Company Security Interest, Commentary by the Financial Law Committee of the City of London Society on Law Commission Consultation Paper no. 176, 22 November 2004.

EBRD Core Principles for Secured Transactions Law, <http://www.ebrd.org/>.

EBRD Project on Publicity of Security Interests – Paper presented by Frederique Dahan at the Fifth session of UNCITRAL Working Group VI on Security Interests. New York, 22-26 March 2004 <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

Incolveny Law, Law in Transition, Spring 2000, <http://www.ebrd.com/pubs/law/lit/english/spr00p2.pdf>.

NEW YORK State Department of State, UCC e-Filing System Instructions, https://appext4.dos.state.ny.us/pls/efiling_public/eucc.euccfilingguide.

The Principles Of European Contract Law, Parts I, II, III Prepared by the Commission on European Contract Law (CECL) 1999, 2002, http://frontpage.cbs.dk/law/commission_on_european_contract_law/Skabelon/pecl_engelsk.htm.

NZPPSA – New Zealand Personal Property Securities Act <http://www.ppsr.govt.nz/pls/web/dbssiten.main>.

The Statement of Principles for a Global Approach to Multi-Creditor

Workouts, INSOL International, International Federation of Insolvency Professional, <http://www.insol.org/statement.htm>.

The World Bank, The Principles and Guidelines for Effective Insolvency and Creditor Right System, April 2001. http://www.worldbank.org/ifa/ipg_eng.pdf.

World Bank, Serbia and Montenegro, Republic of Serbia, An Agenda for Economic Growth and Employment, Report No. 29258-YU, December 6, 2004. <http://siteresources.worldbank.org/INTSERBIA/Resources/SerbiaEconomicMemorandum.pdf>.

Скраћенице

ОваАсР	– Archiv für die civilistische Praxis.
Cornell L. Rev.	– Cornell Law Review.
CLJ	– Cambridge Law Journal.
EBRD	– European Bank for Reconstruction and Development.
Duke J. Comp. & Int'l L.	– Duke Journal of Comparative and International Law.
Harv. L. Rev	– Harvard Law Review.
Harv. Int'l L.J.	– Harvard International Law Journal.
ICLQ	– International and Comparative Law Quarterly.
J. B. L.	– Journal of Business Law.
J.I.B.L.	– Journal of International Banking Law.
MCGILL L.J.	– McGill Law Journal.
MLST	– Model Law on Secured Transaction, European Bank for Reconstruction and Development, 1994.
NZPPSA	– New Zealand Personal Property Securities Act 1999.
RabelZ	– Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
Texas Int'l Law Journal	– Texas International Law Journal.
Tul. L. Rev	– Tulane Law Review.
UCC	– Uniform Commercial Code.
UNCITRAL	– United Nations Commission on International Trade Law.
UNDRÖIT	– International Institute for the Unification of Private Law.
Vand. L. Rev.	– Vanderbilt Law Review.
YALE L. J.	– Yale Law Journal.
	* * *
АГЗ	– Аустријски грађански законик (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich).
НГЗ	– Немачки грађански законик (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch).

МЗОП	– Модел закон о обезбеђењу потраживања, Европске банке за обнову и развој.
ОИЗ	– Општи имовински законик за Црну Гору.
СГЗ	– Српски Грађански Законик.
ЗИП	– Закон о извршном поступку „Службени гласник РС”, бр.125/04.
ЗОО	– Закон о облигационим односима.
ЗОЗП	– Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, „Службени гласник Републике Србије” бр. 57/03, 61/05.
ЗОРЗ	– Закон о регистрованим залогама на покретним стварима и чланским удјелима, „Службени гласник Републике Српске”, бр. 16/2000, 52/2001.
ЗОСПО	– Закон о основама својинскоправних односа.
ЗОСП	– Закон о стечајном поступку, „Службени гласник РС” бр. 84/04.
ЗОЗСОП	– Закон о залози као средству обезбеђења потраживања, „Службени лист Републике Црне Горе ” бр. 38/2002.
ЗПППА	– Закон о пореском поступку и пореској администрацији, „Службени гласник РС” бр. 80/2002, 84/2002 – испр., 23/2003 – испр., 70/2003, 55/2004 и 61/2005.