

*Dr Danica Popov, redovni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

ZABRANJENE ODREDBE U UGOVORU O ZALOZI¹

Sažetak: *Zabranjene odredbe u ugovoru o zalozi predviđene su neko-licinom zakona u našem pravu, i za slučaj da se ugovore podležu sankciji apsolutne ništavosti. Zakonom o obligacionim odnosima, predviđeno je da se smatraju ništavim odredbe ugovora o zalozi da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. Ova ugovorna odredba se još od rimskog prava do danas naziva *lex commissoria*. Druga zabranjena odredba koju ustanovljava pomenuti Zakon, je Marcijanski pakt, prema kome, će založni poverilac za slučaj da njegovo potraživanje ne bude namireno o roku dospelosti, moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe. U našoj pravnoj teoriji izvestan broj autora smatra da se oba slučaja zabranjenih odredaba u ugovoru mogu smatrati kao *lex commissoria*. Pristalice smo mišljenja da se pomenute zabranjene odredbe ugovora o zalozi znatno razlikuju i da treba uzeti da se radi o različitim ugovornim odredbama. Ugovaranje ovih ugovornih odredaba zabranjeno je pre i u trenutku zaključenja ugovora o zalozi jer su nepovoljne za založnog dužnika koji pristaje na njih zbog neophodne potrebe za kreditiranjem u nedostaku novčanih sredstava. U kasnijoj fazi, a pogotovo u vreme dospelosti potraživanja i realizacije založnog prava, založni dužnik nije u tako nepovoljnom položaju u odnosu na založnog poverioca i stoga je u ovoj fazi ugovaranje pomenutih odredaba dozvoljeno. Zakonom o obligacionim odnosima, predviđen je još jedan izuzetak od ugovaranja komisornog i marcijanskog pakta, i to u slučajevima kada je u zalogu data stvar čija je cena propisana, s tim da je poverilac može zadržati za sebe po toj ceni. Kao i Zakon o obligacionim odnosima tako i*

¹ Rad je posvećen projektu *Pravo Srbije u evropskoj perspektivi* br. 149042 koji finansira Ministarstvo za nauku i tehnološki razvoj Republike Srbije.

Zakon o hipoteci Republike Srbije iz 2005, navodi još jednu, zabranjenu odredbu u ugovoru o zalozi, antihrezu, prema kojoj je ništava odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje poverilac ima pravo da upotrebljava predmet hipoteke, odnosno da pribira plodove koje daje predmet hipoteke. Ako založena stvar daje plodove, a nije ugovoreno kome oni pripadaju nakon odvajanja od stvari poverilac ako hoće može da ih zadrži za sebe, s tim što se njihova vrednost odbija od troškova na čiju naknadu poverilac ima pravo, zatim od dužne kamate i konačno od glavnice. U radu se na kraju navode još neke od zabranjenih klauzula koje ovom prilikom nećemo obrađivati.

Ključne reči: *zaloga, ručna zaloga, hipoteka, komisorni pakt (lex commissoria), Marcijanski pakt, (pacto Martiano), antihreza.*

Zabrana ugovaranja *lex commissoria*

Lex commissoria predstavlja odredbu u ugovoru o zalozi kojom se predviđa da će založena stvar preći u svojinu založnog poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti. U slučaju ručne zaloge koja je regulisana Zakonom o obligacionim odnosima, „ništava je odredba ugovora o zalozi da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i odredba da će u tom slučaju poverilac moći po unapred utvrđenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe“.² Ovakve odredbe u ugovoru o zalozi ugovorene u trenutku zaključenja ugovora su ništave i ne proizvode ni obligaciono ni stvarnopravno dejstvo.

Ove ugovorne odredbe su ništave ukoliko se ugovaraju pre ili u toku zaključivanja ugovora o zalozi, jer založni poverilac može da zloupotrebi stanje preke potrebe dužnika za kreditiranjem što može da rezultira nepovoljnim čak i zalenaškim klauzulama. Prema stanovištu usvojenom u našoj sudskoj praksi i pravnoj doktrini, ove odredbe ugovora o zalozi su punovažne ako su ugovorene u trenutku dospelosti dužnikove obaveze.

Ako je u zalogu data stvar čija je cena propisana, ugovarači se mogu sporazumeti da će poverilac moći prodati založenu stvar po propisanoj ceni ili je po toj ceni zadržati za sebe.³ U ovakvim slučajevima dozvoljeno je ugovaranje, *lex commissoria* i *marcijanskog pakta*, jer je dužnik u povoljnijoj situaciji nego u trenutku zaključenje ugovora o zalozi i nije u toj meri zavistan od poverioca u pogledu uslova zaduživanja.

² Zakon o obligacionim odnosima, „Sl. list SFRJ“ br. 29/78, član 973 stav 1.

³ Zakon o obligacionim odnosima, član 973, stav 2.

Kod ugovaranja *lex commissoria*, zabranjena odredba ne mora ceo ugovor da učini nevažećim. Moguće je da ugovor o zalozi ostane na snazi, uz poništenje samo zabranjene klauzule ugovora, osim ukoliko ta zabranjena klauzula nije bila za ceo posao „*cause impulsive et determinante*“ kako je predviđeno po francuskom pravu.⁴

Lex commissoria ima dugu tradiciju. Potiče iz pravnog odnosa fiducije, koji je prethodio zalozi. Fiducija je nastajala tako što se u svrhu odezbeđenja potraživanja prema poveriocu, prenosila neka stvar u njegovu svojinu. Poverilac bi postajao vlasnik stvari, ali bi bio obavezan da je vrati dužniku kada ovaj ispuni obavezu. Ako je ugovorom o fiduciji bilo ugovoreno da se stvar koja je data na ime obezbeđenja potraživanja iz fiducijarnog odnosa ne može prodati, poverilac je ipak mogao ako mu dužnik nije isplatio dug o roku, uz prethodno obaveštenje, stvar prodati i iz vrednosti dobijene na taj način naplatiti svoje potraživanje. Ako potraživanje ne bi bilo ispunjeno o dospelosti, stvar koja je bila data poveriocu u fiducijarnu svojinu trajno bi ostala u svojini poverioca jer bi usled delovanja *lex commissoria* prestala njegova obaveza da stvar vrati dužniku.

Za razliku od fiducije ovakva ugovorna odredba kod zaloge nikada nije bila prirodni sastojak ugovora, ali je postojala mogućnost da strane u založnopravnom odnosu ugovorom predvide mogućnost da stvar nakon određenog roka prelazi u svojinu založnog poverioca, što predstavlja *pactum commissorium*. U jednom odeljku *Papinianusove* D. 20,5,4. reguliše se slučaj prodaje založene stvari na način, tako što „ako je sporazumom o zalozi produžen rok ispunjenja obaveze uzima se da je time ujedno ugovoreno da se pre isteka tog roka ne može koristiti pravo prodaje založene stvari“⁵

Car *Konstantin* je u *Konstitucijama* iz 324 godine, zabranio da ugovor o zalozi, sadrži *lex commissoria* jer dužnika dovodi u težak položaj. Prema CJ.8,34,3. *Imp.Constantinus*, „Budući da pored ostalih opasnosti založnog prava, posebnu težinu dobija *lex commissoria*, odlučili smo da taj uglavak u ugovoru proglasimo nevažećim, tako da ubuduće ukinemo čak i spomen na njega. Ako je, dakle neko opterećen takvim ugovorom, on će odahnuti uz pomoć ovog propisa koji ukida prošle i sadašnje, te zabranjuje buduće takve ugovore.“⁶

Ova zabrana je bila potrebna da dužnici ne bi ostajali bez svoje stvari koja je bila često znatno veće vrednosti u odnosu na visinu potraži-

⁴ Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori, S. Perović, D Stojanović, Kragujevac, 1980, knjiga II, str. 952.

⁵ A. Romac, Izvori rimskog prava, Zagreb, 1973, str. 275.

⁶ A. Romac, Izvori rimskog prava, *op. cit.*, str. 276–277.

vanja, u slučaju da ne mogu da ispune svoju obavezu o dospelosti. Ako dužnik nije u mogućnosti da ispuni svoju obavezu, založena stvar trebalo bi da se proda, tako da se za nju dobije što veća cena. Poverilac ima založno pravo na stvari, a ne svojinu na založenoj stvari. Ona nije njegova kao ni novac dobijen njenom prodajom. Iz vrednosti dobijene prodajom založene stvari poverilac će podmiriti svoje potraživanje, a sve preko toga iznosa mu ne pripada, nego se vraća dužniku. Poverilac iz založnog prava ne može sticati bilo kakvu korist, osim one koja mu osigurava mogućnost namirenja svog potraživanja. Sve ostalo bilo bi iskorišćavanje teškog položaja dužnika ili njegove lakomislenosti u času zaduživanja i zalaganja stvari. Iz istih razloga i savremeni pravni poreci zabranjuju da stranke u ugovor o zalozi ugovore *lex commissoria*, ili druge odredbe koje bi proizvele jednaka ili slična pravna dejstva.⁷

Zabrana *lex commissoria* bila je ustanovljena i građanskim kodifikacijama. Francuski građanski zakonik, kao i Nemački građanski zakonik, sadržavali su odredbe o zabrani ugovaranja *lex commissoria*, kod ugovora o zalozi koje su ništave samo u slučaju kada su one unapred ugovorene u trenutku kada se dužnik zadužuje kod poverioca s tim da je dozvoljeno njeno ugovaranje u trenutku dospelosti potraživanja a dužnik nije u mogućnosti da izmiri dug prema poveriocu.⁸ Slične odredbe sadržavali su i Švajcarski građanski zakonik, Grčki građanski zakonik, ali i Trgovački zakonik Francuske.⁹ Italijanski građanski zakonik za razliku od gore pomenutih zabranjuje klauzulu *lex commissoria* čak i kada je ugovorena po zaključenju ugovora o zalozi. „Ništava je svaka pogodba, čak i ako je sklopljena posle zaključenja ugovora, kojom se ugovara da u slučaju neplaćanja duga svojina na nepokretnosti prelazi na poverioca“. ¹⁰ Prema Austrijskom građanskom zakoniku: „Nevažni su svi uslovi i sporedni ugovori, protivni prirodi ugovora o zajmu i zalozi, kao što su da poveriocu pripadne založena stvar po isteku roka plaćanja tražbine; da dužnik nikad ne može zalogu iskupiti ili da nepokretno dobro ne sme ni kod koga drugog zadužiti; ili da poverilac po isteku roka plaćanja ne sme zahtevati prodaju zaloge“. ¹¹

Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844, slično Austrijskom građanskom zakoniku, predviđa: „Poverilac ne može založenu stvar u

⁷ N. Gavela, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998. str. 756.

⁸ Francuski građanski zakonik, čl. 2078, Nemački građanski zakonik par. 1229.

⁹ Švajcarski građanski zakonik, član 816 i 894, Grčki građanski zakonik, član 1239, Trgovački zakonik Francuske, član 93.

¹⁰ Italijanski građanski zakonik član 1963.

¹¹ Austrijski građanski zakonik, paragraf 1371, stav 1.

dug zadržati, no samo po isteku roka ima pravo sa znanjem vlasti prodati je ...stoga neće važiti svi pobočni ugovori i uslovi protivni prirodi zaloge i zajma kao što su: ugovor da poveriocu pripadne zaloga, ako mu se zajam na vreme ne vrati...¹² Ova ugovorna odredba je bila zabranjena i prema Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru iz 1888, „nezakonita je pogodba, po kojoj bi dužitelj mogao uzeti stvar u vlasništvo bez javne prodaje, kad dužnik ne bi na rok platio; takva će se pogodba dakle smatrati kao da je ni bilo nije“¹³

Ugovaranje komisorne klauzule nije dopuštena ni po našem pozitivnom pravu. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, „ništava je odredba ugovora o zalozi da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i odredba da će u tom slučaju poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe.“¹⁴ Ova odredba Zakona o obligacionim odnosima, se u našoj teoriji i praksi tumači kao zabrana ugovaranja *lex commissoria*. Ali analizom ove odredbe dolazimo do zaključka da se ove dve zabrane međusobno razlikuju. Prva zabrana se odnosi na ugovaranje odredbe u ugovoru o zalozi po kojoj stvar prelazi u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, a druga se odnosi na pravo založnog poverioca da založenu stvar može prodati po unapred određenoj ceni li je zadržati za sebe, ukoliko založni dužnik o roku dospelosti nije izmirio obavezu.

Prva od ovih klauzula bi bila nedvosmisleno tipičan primer zabrane ugovaranja *lex commissoria*, ali da li se i druga zabrana o tome da poverilac može založenu stvar prodati po unapred određenoj ceni ili je zadržati za sebe tretira kao *lex commissoria*. Ako se uzmu u obzir izvori rimskog prava, onda nas dublje proučavanje može dovesti do drugačijeg zaključka. Izvorni tekst *Marcijanskog pakta* glasi: „*Pignus* i hipoteka se mogu ustanoviti i na taj način da, ako u određenom roku novac ne bude isplaćen, založni poverilac stekne kao kupac založenu stvar koju treba pravično proceniti. Smatra se, da se u ovom slučaju u neku ruku zaključuje uslovna prodaja. To su u svom reskriptu odlučili božanski *Sever* i *Antonin*“¹⁵

Uporedimo li ovu odredbu sa odgovarajućom gore citiranom odredbom Zakona o obligacionim odnosima, vidimo da su one jako slične, ali postoje razlike. Dok *Marcijanski pakt* govori o sticanju prava svojine na

¹² Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, paragraf, 843.

¹³ Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, član 181.

¹⁴ Zakon o obligacionim odnosima, član 973, stav 1.

¹⁵ A. Romac, Izvori rimskog prava, *op. cit.*, str.275.

založenoj stvari, koju treba pravično proceniti, što stvara obavezu za poverioca da eventualni višak povрати, dotle Zakon o obligacionim odnosima predviđa zabranjenim ugovorne odredbe na osnovu kojih poverilac može po unapred određenoj ceni prodati stvar ili je zadržati za sebe. Iz ovoga proizilazi da kada bi ovakvo ugovaranje bilo dozvoljeno, dužnik bi mogao da traži eventualni višak. Zakon o obligacionim odnosima ne isključuje mogućnost ugovaranja odredbe po kojoj poverilac može prodati založenu stvar po ceni određenoj procenom stručnjaka ili je po toj ceni može zadržati za sebe, što bi u stvari bio tipičan primer *Marcijanskog pakta*. Ona proizilazi iz stava 2 člana 973. Zakona po kojoj je moguće ugovarati prodaju založene stvari po propisanoj ceni ili je po toj ceni poverilac može zadržati za sebe. Izvan ove hipoteze nije moguće odstupanje od zabrane navedenih odredbi kada su u pitanju ugovornici fizička lica. To znači da u našem pravu nije moguće ugovoriti tipičan *Marcijanski pakt* kod zaloge.¹⁶

Razlika između komisornog i marcijanskog pakta je u tome što se kod ovog drugog nameće imovinski gubitak za dužnika koji je proporcionalan dugu, dok kod prvog ovaj gubitak često nije proporcionalan. Iz svega navedenog može se zaključiti da Zakon o obligacionim odnosima poznaje u suštini zabranu obe odredbe kod ugovora o zalozi: jedne po kojoj poverilac postaje vlasnik založene stvari ako njegovo potraživanje ne bude ispunjeno o dospelosti (*patto commissorio*), i druge po kojoj poverilac koji se nije namirio o dospelosti potraživanja, založenu stvar može sam prodati ili postati njen vlasnik s obavezom da preda razliku u vrednosti dobra i garantovanog potraživanja, odmah po izvršenoj prodaji ili po neispunjenju obaveze (*patto Marciano*).

U pravnoj teoriji je bilo pokušaja da se pod komisornim paktom podrazumavaju razne vrste ugovornih odredaba: a) da založena stvar pripadne u svojину poveriocu (tzv. čista klauzula o dospelosti); b) da se založena stvar po unapred ili kasnije utvrđenoj ceni proda na licitaciji ili da se može zadržati za sebe (tzv. klauzula o pravnoj dospelosti); v) da dužnik ne sme nikada da otkupi zalogu (tzv. klauzula o pokrivenoj dospelosti).¹⁷

U našem pravu je pored zabrane ugovaranja *patto commissorio*, zabranjeno i ugovaranje *patto Marciano*, iako se u odredbi Zakona o obligacionim odnosima ne vrši njihovo razgraničenje, a o ovom razgraničenju se u najvećem delu naše pravne teorije takođe ne polemíše. Složili bi

¹⁶ Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 370.

¹⁷ Z. Rašović, *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, str.

se sa mišljenjem prof. dr Z. Rašovića da su ovo dve različite ugovorne odredbe. Iako su pravne posledice za založnog dužnika u oba slučaja iste, gubitak prava svojine, ipak postoje razlike, koje smo pomenuli i o kojima ćemo kasnije govoriti.

Ugovaranje klauzule *lex commissoria*, zabranjeno je na osnovu Zakona o obligacionim odnosima, kao i drugih zakona, ako je ugovorena u trenutku zaključenje ugovora o zajmu i ugovora o zalozi.

Razlozi za zabranu *lex commissoria* su višestruki.

Najpre zbog toga što se protivi svrsi založnog prava, jer se ono zasniva i postoji radi osiguranja namiranja poveriočevog dospelog potraživanja, a ne radi naplate poverioca iz vrednosti založene stvari. Založno pravo je akcesorno i uslovno pravo, koje se ugovara za slučaj da potraživanje ne bude izmireno o roku.

Ona je nepovoljna za dužnika, jer je on prinuđen da iz stanja preke potrebe za novčanim sredstvima, nužde, lakomislenosti ili drugih subjektivnih razloga, pristane na njeno ugovaranje. Ovakvo dužnikovo ponašanje je razumljivo ako se imaju u vidu okolnosti u kojima se on nalazi u trenutku zaključenje ugovora o zajmu povodom kojeg se konstituiše zalog. S jedne strane dužnik ima preku potrebu za novcem i zbog toga nije u stanju da ravnopravno pregovara sa poveriocem o uslovima ugovora i prihvata ugovaranje *lex commissoria* koja je za njega nepovoljna jer ga lišava svojine na stvari u slučaju da ne bude u stanju da izmiri obavezu o dospelosti. Ova klauzula je nepovoljna za dužnika i zbog toga što založena stvar prelazi u svojinu poverioca bez obzira da li je vrednost stvari proporcionalna visini neisplaćenog duga ili je veća od iznosa dugovanja. U slučaju hipoteke vrednost predmeta hipoteke je obično viša od iznosa potraživanja, pa je ugovaranje ove klauzule posebno nepovoljno za hipotekarnog dužnika. S druge strane dužnik očekuje da će se njegovo imovinsko stanje vremenom poboljšati i prihvata nepovoljne uslove ugovora o zalozi računajući da neće doći do realizacije založnog prava, prodajom založene stvari. Naše zakonodavstvo zabranjuje ovakve ugovorne odredbe u ugovoru o zalozi jer dužnik na njih pristaje iz nužde ili lakomislenosti, po čemu se izjednačava sa zelenaškim ugovorom, koji je nemoralan, i kao takav apsolutno ništav.

Komisorni pakt nije štetan samo za dužnike, nego i za poverice u založnopravnom odnosu. U slučaju postojanja više založnih poverilaca, ugovaranjem ove klauzule bili bi oštećeni oni poverioci čija je zalog nastala kasnije, tzv. poverici kasnijeg ranga. Interes ovih poverilaca je da se stvar koja je data u zalogu proda na javnoj prodaji, a ne da bude predata u svojinu poveriocu koji ima prednost po *komisornom paktu*, kako bi even-

tualno mogli da se naplate po namirenju poverilaca čija je zaloga ranije nastala. *Komisorni pakt* je štetan ne samo za založne, nego i za obične, hirograferne, poverioce, koji se naplaćuju posle založnih poverilaca bez obzira na njihov rang.

Od ugovaranja ove klauzule korist bi imao hipotekarni poverilac sa prvenstvenim rangom naplate. Ostali hipotekarni poverioci ne bi mogli da realizuju hipoteku. Zato bi dopuštanje ugovaranja komisorne klauzule otežalo i praktično isključilo mogućnost višestrukog zalaganja iste stvari nekolicini poverilaca.¹⁸

Iz svega navedenog, može se zaključiti da je razlog zabrane ugovaranja pomenutih odredbi u ugovoru o zalozi „interes sprečavanja generalne štete“ za dužnike u stanju nužde i za poverioce uopšte.¹⁹

Ugovaranje *lex commissoria*, je u suprotnosti sa preovlađujućim načelom oficijelnosti, u realizaciji založnog prava, prema kojem založni poverilac može namiriti svoje dospelo potraživanje iz vrednosti založene stvari samo sudskim putem. Naša pravna teorija kao i sudska praksa, stoje na stanovištu da je načelo oficijelnosti kod zaloge jedno od bitnih načela, koje karakterišu zalogu, i stoga je zabranjeno svako ugovaranje koje bi protivrečilo ovom načelu, što se naročito odnosi na klauzulu *lex commissoria*. Načelo oficijelnosti, kod zaloge, proklamovano je Zakonom o obligacionim odnosima, na sledeći način: „Ako poveriočevo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, poverilac može zahtevati od suda odluku da se stvar proda na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni, kada stvar ima berzansku ili tržišnu cenu“.²⁰

Poveriočevo pravo da se namiri iz vrednosti založene stvari ne daje mu mogućnost da sam odredi način na koji će ostvariti ovo pravo, jer je isključena svaka forma realizacije založnog prava izvan onih utvrđenih zakonom. To znači da poverilac mora da se obrati sudu i da traži javnu prodaju predmeta zaloge. Javna prodaja može biti izbegnuta u slučaju kada bi troškovi javne prodaje bili nesrazmerno veliki u odnosu na vrednost založene stvari o čemu odlučuje sud u svakom konkretnom slučaju. Sud može odlučiti da poverilac proda stvar po ceni utvrđenoj procenom stručnjaka, veštaka ili po tržišnoj ili berzanskoj ceni.

Ugovaranje *lex commissoria*, biće punovažno, ukoliko su se ugovorne strane sporazumele da će ona važiti posle zaključenja ugovora o zalozi, bez obzira da li se to događa pre dospelosti potraživanja, u vreme dospelosti potraživanja ili posle dospelosti potraživanja. Način na koji je

¹⁸ M.Lazić, Sadržina hipoteke, magistarski rad, Niš, 1994, str. 78.

¹⁹ Z. Rašović, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, *op. cit.*, str. 101.

²⁰ Zakon o obligacionim odnosima, član 980, stav 1.

formulisan stav 1 člana 973. Zakona o obligacionim odnosima „Ništava je odredba ugovora o zalozi da će...“, može se tumačiti da je zabranjeno ugovaranja ovakve sporedne odredbe ugovora o zalozi u vreme njegovog zaključenja, kada se dužnik nalazi u materijalnoj oskudici i traži zajam. Ali naknadno ugovaranje ove odredbe, nije zabranjeno jer je prvobitna situacija koja je postojala u vreme zaključenja ugovora u kojoj se nalazio dužnik vremenom promenila, pa je dužnik oslobođen pritiska i u mogućnosti je da razumno i slobodno odluči da založena stvar pređe u svojinu poverioca.

Ugovaranje komisornog pakta posle zaključenja ugovora o zalozi korisno je i za poverioca. Ali ukoliko je ista stvar založena nekolicini poverilaca, za punovažnost komisornog pakta potrebna je saglasnost svih poverilaca, za slučaj da je pakt zaključen posle njihovih ugovora o zalozi. Komisorni pakt je ništav i kada je nastao pre zaključenja ugovora o zalozi ako o tome nisu obavešteni kasniji poverioci. *Lex commissoria*, je ništava i ako je ugovorena posle dospelosti potraživanja, a saglasnost ostalih založnih poverilaca je izostala.²¹

Ovakvo shvatanje je prihvaćeno i u našoj sudskoj praksi. Presudom Vrhovnog suda Srbije, utvrđuje se da je: „Ništava odredba ugovora zaključenog između parničnih stranaka kojim je tuženi preneo pravo vlasništva na spornim nepokretnostima na tužioca, kao sredstvo obezbeđenja vraćanja kredita (zaloga)“.²²

Dužnik prihvata ovu klauzulu jer se postupak realizacije založnog prava pojednostavljuje i troškovi smanjuju. Stoga razlozi koji dovode do ništavosti ovakve ugovorne klauzule koji postoje u trenutku zaključenje ugovora o zalozi, ne postoje kasnije, na primer, u trenutku dospelosti potraživanja.

Ovo važi posebno u onim slučajevima kada su ovakve odredbe sporazumno ugovorene posle dospelosti potraživanja, jer se tada predaja zaloge poveriocu umesto dospelog potraživanja tretira kao dopuštena zame-na ispunjenja (*datio in solutum*), kao realna subrogacija, za koju se u členu 308, stav 1, Zakona o obligacionim odnosima, navodi: „Obaveza prestaje ako poverilac u sporazumu sa dužnikom primi nešto drugo umesto onoga što mu se duguje“.²³

I pored očigledne sličnosti, koja se naročito manifestuje u konačnom efektu a to je sticanje svojine na stvari od strane poverioca, ova dva insti-

²¹ Z. Rašović, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, *op. cit.*, str.107.

²² Presuda Vrhovnog suda Srbije, Prev.652/97. od 29.10.1997. „Privrednik“ br 132.

²³ I.Bukljaš, B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim odnosima), Zagreb, 1979, knjiga 4, str. 2716.

tuta se bitno razlikuju. Kod *lex commissoria*, poverilac ima pravo na sekundarno namirenje putem sticanja stvari date u zalogu. Ovde je prenošenje svojine uslovljeno. Dužnik se nada da uslov ipak neće nastupiti, tj. da će on obavezu ispuniti na vreme. Na drugoj strani, kod *datio in solutum*, poverilac u sporazumu sa dužnikom prima nešto drugo umesto onoga što se duguje. Shvaćena kao bezuslovno ispunjenje dužnikove obaveze, zamena ispunjenja ima za posledicu gašenje dužnikove obaveze u momentu prijema druge stvari.²⁴

Prema Zakonu o osnovama svojinsko-pravnih odnosa: „Ništava je odredba ugovora o hipoteci kojom hipotekarni poverilac ugovara za sebe pravo da u slučaju neisplate duga namiri svoje potraživanje sticanjem prava svojine na založenu nepokretnost“.²⁵ Ovim Zakonom, zabrana ugovaranja *komisorne klauzule* izričito i jasno je formulisana. Donošenjem Zakona o hipoteci, 2005. godine odredbe Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, koje se odnose na hipoteku prestale su da važe.

Zakonom o hipoteci, predviđeno je da je ništava odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, nepokretnost prelazi u svojinu poverioca ili trećeg lica.²⁶ Ova klauzula nije dopuštena jer dovodi do gubitka svojine dužnika na predmetu hipoteke, čak i ako je vrednost hipotekovane stvari veća od neisplaćenog duga, bez obaveze utvrđivanja i vraćanja razlike u ceni.

U pravnoj teoriji ima mišljenja da ugovaranje klauzule *lex commissoria*, čini ugovor o zalozi ništavim bilo da je nastala u fazi konstituisanja zaloge, bilo da se njen nastanak vezuje za kasniji period (tzv. *patto commissario ex intervallo*).²⁷

Lex commissoria je zabranjena i u zakonodavstvima zamalja nastalih disolucijom SFR Jugoslavije. Prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske, ništave su odredbe ugovora koje su suprotne prirodi zaloge i one tražbine koja bi trebala biti osigurana založnim pravom. Pored ove generalne zabrane navode se i neke posebne kao što su: a) odredba po kojoj bi založena stvar prešla u vlasništvo založnog poverioca ako mu tražbina ne bi bila ispunjena u određenom roku.²⁸

U Crnoj Gori, prema Zakonu o fiducijarnom prenosu prava svojine, „ništava je odredba ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine da će

²⁴ Z. Rašović, *fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica 1997, str. 94.

²⁵ Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, čl. 69.

²⁶ Zakon o hipoteci „Sl. Glasnik RS“ br. 115/2005, čl. 13.

²⁷ M. Bianca, *Diritto civile VI La proprietà*, Milano 1999, str. 117.

²⁸ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske Narodne novine, br 91/96. član 307. stav 3

stvari koje su objekti ovog prava definitivno preći u svojinu poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti bez prethodno sprovedenog postupka predviđenog ovim zakonom“.²⁹ Ugovaranje ove klauzule zabranjeno je u trenutku zaključenja ugovora o fiducijarnom prenosu prava svojine, ali „ovakvo ugovaranje dozvoljeno je nakon isteka roka od osam dana od dana nastanka potraživanja“.³⁰ Ovakvo rešenje je prihvaćeno iz razloga što dužnik po zaključenju ugovora nije u podređenom, zavisnom položaju u odnosu na poverioca kao u trenutku zaključenja ugovora.

Prema Zakonu o registrovanim zalagama na pokretnim stvarima i članskim udelima Republike Srpske, ne postoji zabrana ugovaranja *lex commissoria*. Kod registrovane zaloge na individualno određenoj pokretnoj stvari, založni poverilac se može, ako je to ugovorom o zalozi predviđeno i upisano u registar zaloga, namiriti prenošenjem prava svojine na predmetu zaloge sa založnog dužnika, odnosno trećeg lica na koje je založni dužnik preneo svojину posle upisa registrovane zaloge. Do namirenja založnog poverioca na ovaj način može doći samo ako je u ugovoru određena i u registar zaloga upisana vrednost zaloge. Ukoliko je vrednost predmeta zaloge veća od neizmirenog dela osiguranog potraživanja u vreme namirenja, založni poverilac je dužan da isplati razliku vrednosti založnom dužniku u roku od osam dana od dana sticanja svojine.³¹ Ovakvo rešenje je prihvaćeno jer je spora realizacija založnog prava slabila njegovu efikasnost u uslovima sve bržeg robnog prometa. Na ovaj način je pojednostavljena naplata poveriočevog potraživanja.³²

Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, između nekolicine zabranjenih odredaba u ugovoru o ručnoj zalozi, navodi i *lex commissoria*, „da zalogoprimalac stiče svojину založene stvari ako se njegovo potraživanje ne namiri o dospelosti“.³³

Pravna posledica ugovaranja *lex commissoria*, je njena apsolutna ništavost, ali ne ništavost celog ugovora o zalozi nego samo takve sporedne odredbe. Delimična ništavost (odredbe *lex commissoria*), ne povlači ništavost i samog ugovora ako on može opstati bez ništave odredbe i ako ona nije bila ni uslov ugovora niti odlučujuća pobuda zbog koje je ugovor zaključen.³⁴

²⁹ Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine Republike Crne Gore, „Sl. list RCG“, br. 23/96, član 4.

³⁰ Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine, član 4, stav 2.

³¹ Zakon o registrovanim zalagama na pokretnim stvarima i članskim udelima, „Sl. Glasnik Republike Srpske“ br.16/2000, 52/2001, član 26.

³² D. Medić, Založno pravo, Banja Luka, 2002, str. 174.

³³ Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, član 482, stav 1 tačka 2.

³⁴ Zakon o obligacionim odnosima, član 105, stav 1.

Ovakvu delimičnu ništavost, koja ne povlači za sobom i ništavost samog ugovora, imalo je u vidu i rimsko pravo: „*Creditores enim re amissa iubemus recuperare quod dederunt*“ - poverioci koji gube stvar ipak treba da dobiju ono što su dali, dakle njihovo potraživanje ostaje na snazi uprkos ugovorene *lex commissoriae*.

I prema Austrijskom građanskom zakoniku, ovakve pobočne odredbe „nisu tvrde“ (par 1371), kao i Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju, one „neće važiti“ (par. 843).

Kao zabranjena *lex commissoria* ne tretira se svaki prelaz založene stvari u svojinu poverioca, već se ona smatra kao zabranjena i ništava samo ukoliko ima značenje sporedne odredbe ugovora o zalozi u vreme zaključenja ugovora.³⁵

Zabrana ugovaranja marcijanskog pakta

Marcijanski pakt predstavlja ugovornu odredbu da će založni poverilac steći pravo svojine na predmetu zaloge po određenoj ceni ako mu dug ne bude izmiren o roku dospelosti. *Marcijanski pakt (pacto Martiano)* potiče iz rimskog prava. „Ako u određenom roku novac ne bude isplaćen, založni poverilac u slučaju *pignusa* ili hipoteke, može da stekne založenu stvar kao kupac po ceni koju treba pravično proceniti. Smatra se da se u ovom slučaju zaključuje u neku ruku uslovna prodaja.“³⁶

Ova zabrana je bila predviđena i u Građanskom zakoniku za Kneževinu Srbiju. Prema paragrafu 843 stav 2, „neće važiti pobočni ugovor da poveritelj zalogu po svojoj volju može za napred određenu cenu prodati, ili za sebe zadržati“.

Naše pozitivno pravo takođe zabranjuje ugovaranja *marcijanskog pakta*. To proizilazi iz formulacije člana 973. stava 1, Zakona o obligacionim odnosima, da je „ništava odredbe ugovora o zalozi prema kojoj će poverilac po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe ako mu potraživanje ne bude namireno o dospelosti“.³⁷ Iako se iz ove odredbe Zakona ne može napraviti decidno razgraničenje između klauzule *lex commissoria*, da u slučaju nenamirenog potraživanja poverioca o roku dospelosti založena stvar prelazi u njegovu svojinu i *marcijanskog pakta* da će u ovakvom slučaju poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar, nije jasno zašto se pominje i

³⁵ I. Bukljaš, B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim odnosima), Zagreb 1979, 4 knjiga str 2716.

³⁶ D.20,1,16,9 *Marcianus libro singulari ad formulam hipotecariam*, prema A. Romac, Izvori rimskog prava, *op. cit.*, str.275.

³⁷ Zakon o obligacionim odnosima, član 973 stav 1.

moгуćnost da stvar zadrži za sebe što bi predstavljalo slučaj *komisornog pakta*. Čini se da bi u ovom drugom slučaju (*marcijanski pakt*) trebalo isključiti mogućnost založnog poverioca da pored prodaje založene stvari po određenoj ceni može ili da stvar zadrži za sebe što predstavlja slučaj *lex commissoria*. Prema tumačenju tradicionalnog *marcijanskog pakta* isključena je mogućnost da poverilac založenu stvar zadrži za sebe. Zakonom o obligacionim odnosima očito nije napravljena jasna razlika između ova dva slučaja.

Marcijanski pakt se razlikuje od *komisornog*, po tome što nameće gubitak svojine za vlasnika založene stvari po pravičnoj ceni, tako da se ovde praktično radi o prodaji predmeta zaloge založnom poveriocu, dok *komisorni pakt* vodi gubitku svojine na založenoj stvari, bez obaveze utvrđivanja i isplate razlike u ceni dotadašnjem vlasniku. Kod *marcijanskog pakta* je gubitak za založnog dužnika proporcionalan garantovanom dugu, a založni poverilac kao kupac ima obavezu samo na isplatu višak vrednosti stvari u odnosu na iznos potraživanja.³⁸

Ugovaranje *marcijanskog pakta* zabranjeno je iz sličnih razloga kao u ugovaranje *lex commissoria*.

Negativne strane *komisornog pakta*, dobrim delom su eliminisane kod *marcijanskog pakta*, koji nameće definitivni gubitak koji je proporcionalan garantovanom dugu. Zato bi bilo prihvatljivo rešenje po kome bi poverilac i dužnik, mogli ugovoriti, nakon zaključenja ugovora o zalozi da se stvar proda po ceni koja je određena na osnovu objektivnog kriterijuma ili da je po toj ceni zadrži poverilac, sa obavezom poverioca da višak dobijen prodajom založene stvari vrati dužniku. Objektivni kriterijum na osnovu koga bi se odredila cena založene stvari bio bi na primer, procena stručnjaka, ili prodaja stvari po tekućoj ceni kada stvar ima berzansku ili tržišnu cenu. Ovim rešenjem ne bi bio oštećen ni dužnik, jer mu najčešće odgovara ova kva prodaja koja je oslobođena skupih troškova parničnog i izvršnog postupka, niti ostali založni poverioci koji se nadaju da će biti namireni jer je suma iz koje se namiruju veća zbog ušteđeta na troškovima parničnog i izvršnog postupka i troškova javne prodaje.³⁹

U našoj pravnoj teoriji i sudskoj praksi postoje različita tumačenja o prihvatljivosti ugovaranja *marcijanskog pakta*. Prema prof. dr Č. Rajačiću, „dopuštena je ugovorna odredba, da založni poverilac može stvar prodati sam, bez intervencije suda, ali po tržišnoj ceni, naročito po berzanskoj ceni, ili po određenoj sudskoj ili vansudskoj stručnoj proceni. U takvoj odredbi ne krije se nikakva opasnost za založnog dužnika. Šta više,

³⁸ M. Lazić, Sadržina hipoteke, magistarski rad, Niš, 1994, str. 79.

³⁹ Z. Rašović, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, *op. cit.*, str. 106.

takva odredba može za njega biti povoljna jer pojeftinjuje troškove izvršnog postupka“.⁴⁰

Marcijanski pakt se smatra ništavim u slučaju kada je procena založene stvari takva da se ne osigurava objektivna cena stvari, kao i u slučajevima u kojima se utvrđuje preventivno reduciranje vrednosti, ili ako je treće lice vezano neodgovarajućim kriterijumima procenjivanja.

Ugovaranje *marcijanskog pakta* zabranjeno je i Zakonom o hipoteci iz 2005. godine, kojim je predviđeno da je ništava odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje poverilac, ako mu dug ne bude isplaćen o dospelosti, može steći svojину na predmetu hipoteke po unapred određenoj ceni.⁴¹

Ima mišljenja da *marcijanski pakt* treba dopustiti kod hipoteke još prilikom njenog konstituisanja, ali uz dodatnu zaštitu interesa hipotekarnog dužnika i hipotekarnog poverioca sa kasnijim rangom. Dopuštanje ugovaranja *marcijanskog pakta* ubrzalo bi realizaciju hipoteke i umanjilo troškove prodaje javne prodaje stvari, čime bi se povećala efikasnost hipoteke. Time ne bi bio ugrožen interes hipotekarnog dužnika koji zadržava pravo na upotrebu predmeta hipoteke do momenta realizacije hipotekarnog prava namirenja.⁴²

Zabrana ugovornih odredbi o *antihrezi*

Antihreza (*pactum antichreticum*) predstavlja odredbu u ugovoru o zalozi na osnovu koje zalagoprimalac ima pravo da upotrebljava založenu stvar i pribira plodove koje ona daje, uračunavajući vrednost plodova i koristi od upotrebe u iznos potraživanja, a uz to u trenutku dospelosti dužnikove obaveze ima pravo da preostali iznos potraživanja namiri iz vrednosti založene stvari.⁴³ Još od rimskog prava do danas važi pravilo da zalagoprimalac nema pravo da upotrebljava založenu stvar osim u slučajevima kada se to izričito ugovori.

U rimskom pravu plodovi koje je davala založena stvar pripadali su založnom dužniku, ali se moglo ugovoriti da plodovi pripadaju zalagoprimalcu umesto kamata (*pactum antichreticum*). Ako je u pitanju beskametni zajam, a založena stvar je bila plodonosna, zalagoprimalac je mogao zadržati plodove i bez antihretričke klauzule (*antichresis tacita*).⁴⁴

⁴⁰ Č. Rajačić, *Stvarno pravo* (skripta), Zagreb, 1956, str. 333.

⁴¹ Zakon o hipoteci, „Sl. glasnik R. Srbije“, br 115/2005, član 13, stav 1, tačka 2; Ovu zabranu predviđao je i Građanski zakonik za Kneževinu Srbju iz 1844, par. 843, kao i Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa, čl. 69.

⁴² M. Lazić, *Sadržina hipoteke*, magistarski rad, Niš, 1994, str. 80.

⁴³ M. Orlić, *Založno pravo*, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, Beograd, 1978, tom III str.959.

⁴⁴ Leksikon građanskog prava, Beograd 1996, str.27.

Prima *Ulpianu*: „*Id quod ex fructibus percipitur primum in usuars, mox, si quid superfluum est, in sortem debet imputari*“ – ono što se primi od plodova, najpre u kamate, a zatim ako nešto preostane, u glavnice se treba uračunati.⁴⁵

U starom srpskom pravu antihreza je bila poznata pod nazivom *reu* ili *rem*, i mogla se ustanoviti samo uz pristanak zalogodavca,⁴⁶ a u Crnoj Gori kao „podlog“, a odnosila se samo na nepokretnosti.⁴⁷ Austrijski građanski zakonik izričito je zabranjivao ugovaranje ovakve odredbe u ugovorima o zalozi: „Sporedni ugovor kojim se poveriocu dopušta plodouživanje založene stvari nema zakonskog dejstva“.⁴⁸ Bilo je dozvoljeno da zalogodavac izda založenu nepokretnost u zakup založnom poveriocu, a ako se ugovori da se iznos zakupnine prebije sa iznosom potraživanja, ovakav ugovor veoma podseća na antihrezu.

U našem pozitivnom pravu, prema Zakonu o obligacionim odnosima, zalogoprimac nema pravo da upotrebljava založenu stvar ili da je preda drugome na upotrebu ili u zalogu, podzaloga, osim ako mu to dozvoli zalogodavac.⁴⁹ Pravilo da zalogodavac nema pravo da upotrebljava založenu stvar i da ima pasivan odnos u odnosu na nju je dispozitivnog karaktera, što znači da se stranke mogu drugačije dogovoriti kako u vreme zaključenja ugovora o zalozi tako i naknadno. Založno pravo sa mogućnošću korišćenja založene stvari (antihreza), može osim izričitim sporazumom nastati i prećutno. Ako stvar koja je data u zalogu po prirodi inače daje plodove i nalazi se u isključivoj državini zalogoprimca, a nije ugovoreno kome će oni pripasti posle odvajanja od plodonosne stvari poverilac ih, ako hoće, može zadržati za sebe. U tom slučaju iznos čistog prihoda od plodova odbija se od troškova na čiju naknadu poverilac ima pravo, zatim od dužne kamate i najzad od glavnice. Isto važi i za koristi postignute upotrebom založene stvari.⁵⁰ Pod koristima od stvari podrazumevaju se sve koristi koje se stiču njenom upotrebom kao što su prirodni i civilni plodovi.

Iako se Zakonom o obligacionim odnosima, prema propisanim uslovima, daje mogućnost zalogoprimcu da upotrebljava stvar i zadrži plodove koje stvar daje, on ih ne zadržava za sebe, ne stiče korist za sebe, nego

⁴⁵ Ulpianus, D. 36,4,5,21, A. Romac, Izvori rimskog prava, *op. cit.*, str 275.

⁴⁶ Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju, paragraf 318.

⁴⁷ Opšti inovinski Zakonik za Crnu Goru „Podlog biva, kad se daje kakvo nepokretno dobro samome tužitelju za obezbjeđu (sigurnost) duga tako da ga on i obrađuje i sa njega plodove i dohotke prima u zamjenu dobiti, a i u otplatu duga, ako je tako naročito pogođeno“ (čl. 183–192 i 864.)

⁴⁸ Austrijski građanski zakonik, paragraf 1372.

⁴⁹ Zakon o obligacionim odnosima, član 976.

⁵⁰ Zakon o obligacionim odnosima, član 977.

se njihova vrednost, odbija od glavnice i postojećih sporednih potraživanja, pri čemu se zakonom tačno utvrđuje redosled njihovih odbijanja, odnosno uračunavanja u iznos duga. Smisao ove zakonske odredbe je u tome da se olakša položaj založnog dužnika.

Kod zakonskog založnog prava ne postoji mogućnost ugovaranja antihreze.

Ako zalogoprimac bez dozvole zalagodavca upotrebljava stvar ili je preda drugome na upotrebu ili u zalogu, odgovaraće i za slučajnu propast ili oštećenje stvari do koga je došlo ovakvom neovlašćenom upotrebom.⁵¹

U našoj pravnoj teoriji se sa negodovanjem gleda na antihrezu, naročito u slučaju nepokretnosti. Za to ima mnogo razloga a najznačajniji su na primer: a) antihreza omogućava da se prikrije zalenaški ugovor, time što se vrednost plodova i koristi od upotrebe, koja može biti vrlo velika, priznaje poveriocu na ime kamate, čime mu se omogućava da pribavi nesrazmernu imovinsku korist; b) antihreza lišava dužnika upotrebe stvari (naročito nepokretnosti) koje imaju veliki značaj za dužnika; v) usled toga položaj dužnika je otežan, a mogućnosti da isplati dug smanjene.⁵²

Zakon o hipoteci, takođe zabranjuje ugovaranje odredbe o *antihrezi*. „Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje poverilac ima pravo da upotrebljava predmet hipoteke, odnosno da pribira plodove koje daje predmet hipoteke“.⁵³ Ugovaranje ove klauzule u slučaju hipoteke nespojivo je sa osnovnim obeležjem hipoteke da hipotekovana nepokretnost ostaje u državini dužnika koji je kao vlasnik može upotrebljavati i pribirati plodove pa i raspolagati njome. S druge strane poverilac bi da je ova klauzula dopuštena sticao nesrazmernu imovinsku korist na štetu dužnika.

Ugovaranje odredbe o antihrezi je u našem pravu izuzetno dopušteno kod ugovora o zalozi na brodu.

U uporednom pravu nalazimo primere dopuštenosti odredbe o antihrezi i to u Grčkom građanskom zakoniku (par. 1221), Nemačkom građanskom zakoniku (par 1213), kao i Poljskom građanskom zakoniku (član 319).

Zabrana ostalih ugovornih odredbi u ugovoru o zalozi

Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje vlasnik ne može da otuđi predmet hipoteke ili da je optereti hipotekom u korist docnijeg poverioca.⁵⁴

⁵¹ Zakon o obligacionim odnosima, član 976 stav2.

⁵² A.Gams, Osnovi stvarnog prava, Boograd 1968. str. 200.

⁵³ Zakon o hipoteci, „Sl. Glasnik R. Srbije“ br.115/205, član 13 stav,3.

⁵⁴ Zakon o hipoteci, član 13 stav 4.

Građanski Zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844, u paragrafu 843 stav 2, je pored gore navedenih zabranjenih ugovornih odredaba predviđao i nevažnost, „pobočnog ugovora da dužnik zalogu nigda iskupiti, ili na nekog drugog preneti ne može; ili da poverilac ne može zahtevati prodaju zaloge za izmirenje i pošto ugovoreno vreme za povraćaj zajma proteče“.

Iako naše pozitivno pravo ne navodi izričito ove odredbe kao zabranjene, njihova navažnost proizilazi iz opštih pravila o zalozi, pa ih stoga treba prihvatiti.

Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske pored *lex commissoria*, i *patto marciano*, predviđa i druge zabrane. Zabranjena je ugovorna odredba kojom: a) dužnik ne može zalogu nikada iskupiti; b) dužnik ne bi smeo na istoj zalozi zasnivati založna prava drugih lica; c) poverilac ne bi niti nakon dospelosti obezbeđenog potraživanja smeo da zahteva prodaju založene stvari.⁵⁵

Nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, navode se zabrane u ugovoru o ručnoj zalozi, od kojih je jedna od njih klauzula kojom založena stvar ostaje kod zalogodavca.

Zabranjenim se mogu smatrati i one odredbe u ugovorima o zalozi koje su u suprotnosti sa pravnom prirodom založnog prava.

⁵⁵ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, član 307 stav 4.

*Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Contract of Pledge that Contain a Vitiating Element

Abstract

The pledge means transfer of the possession, but not ownership of a chattel as security for the payment of the debt or performance of an obligation. On default being made the chattel may be sold. Contract of pledge may contain a vitiating element like a *lex commissoria*, *patto Martiano* or *pactum anthichretium*. *Lex commissoria* means a transfer of the chattel in ownership to creditor if debtor fails to pay the debt on time. This element of contract is not convenient to the debtor because he needs sum of money from creditor and accepts all conditions the creditor required. *Patto Martiano* is similar clause as *lex commissoria* but the difference is creditor could sell the chattel on limited payment or become an owner. *Pactum anthichretium* means the creditor has possibility to use debtor's chattel and to have a benefit of using it. The utilizations of using chattels to be included into debt. The mentioned clauses in pledge contracts take into force if agreed after concluding contracts because the debtor is in a better position than in a period before concluding contract of pledge. The other exception is provided in case the chattel has a certain price like one in a stock market.

Key words: pledge, contract of pledge, *Lex commissoria*, *patto Martiano*.