

## ФИДУЦИАРНА СЪЩНОСТ НА ПРЕХВЪРЛИТЕЛНИЯ ОБЕЗПЕЧИТЕЛЕН ДОГОВОР

Иван Мангачев<sup>1</sup>

С приемането на Закона за договорите за финансово обезпечение<sup>2</sup> (ЗДФО), правната ни система се обогати с две нови обезпечителни сделки – прехвърлителния договор и договор за залог с право на ползване. Първият от тях има своите корени в римското облигационно право и по-специално във фидуциарния договор за обезпечаване. Той е бил познат като *fiducia cum creditore contracta*<sup>3</sup>. *Fiducia cum creditore* се е използвал за обезпечаване на заем. Фидуциантът прехвърлял собствеността върху имуществото под условие, че то ще бъде прехвърлено обратно при погасяване на задължението<sup>4</sup>. Договорът *fiducia cum creditore contracta*<sup>5</sup> се свързвал със създаването на вещно право в полза на кредитора. Обезпечението чрез фидуция се състои в прехвърляне на собственост на една вещ и задължение за нейното връщане, след изплащане на вземането. Това прехвърляне ставало чрез манципация (*mancipatio* или *in jure cessio*<sup>6</sup>), която се извършвала в абстрактна и тържествена форма, със соленелни изрази и действия. Приобретателят (*mancipio accipiens*) хващал с ръка вещта, която му се отчуждава от собственика (*mancipio dans*), а везномерецът (*libripens*) удря по везните с късче бронз (*aes et libra*)<sup>7</sup>. Предавайки залаганата вещ в собственост на кредитора, длъжникът дава повече права, отколкото това се изисква по залога; по такъв начин длъжникът оказвал доверие (*fides*) на кредитора, очаквайки в случай на своевременно плащане на дълга да му бъде върнат предметът на залога<sup>8</sup>. Връщането на вещта можело да се иска с *actio fiduciae*, но не предпазвала длъжника от риска да

---

<sup>1</sup> Асистент по Търговско право, НБУ.

<sup>2</sup> Обн., ДВ, бр. 68 от 22.08.2006 г.

<sup>3</sup> *Stec, P.*, *Fiducia in an Emerging Economy*, W: E. Cooke (ed.): *Modern Studies in Property Law*, vol. 2, Hart Publishing, Oxford 2003, p. 43

<sup>4</sup> *Stec, P.*, *Ibid*, p. 44

<sup>5</sup> *Андреев, М.*, *Римско частно право*, Седмо издание, Тракия-М, София 1999г., с. 367

<sup>6</sup> Така и *Cracknell, D.G., Wilson, C.H.*, *Roman Law: Origins and influence*, HLT Publications, London, 1990, p. 170

<sup>7</sup> *Дюнан, Ж., Пишона, П.*, *Римско право*, Речник на основните термини, Ciela 2007

<sup>8</sup> *Перетерски, И. С.*, и др., *Римско частно право*, Прев. от руски език Н. Бранев, К. Георгиев, София, Наука и изкуство, ДИ “Наука и изкуство”, С., 1952, с. 271-272

я загуби<sup>9</sup> (напр. в случай на несостоятелност на кредитора<sup>10</sup>). Тази акция се давала от претора, в случай –

si quid dolo malo domini captus fraudatusque actor est. Videtur autem dolo facere dominus, qui cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere (D. 15. 1. 36).

че длъжникът е бил объркан и измамен злоумишлено от кредитора; измамливо постъпва този кредитор, който, имайки възможност да върне залога, не го връща.<sup>11</sup>

Не е учудващо, че осъждането с *actio fiducia* за връщане на залога в античността било опозоряващо<sup>12</sup>.

В последствие правните системи изоставили и отхвърлили идеята за този начин на обезпечаване. В нашето право нормата на чл. 152 ЗЗД обявява за недействителни две различни хипотези:

- 1) съглашение, с което се уговаря предварително, че ако задължението не бъде изпълнено, кредиторът ще стане собственик на вещта, както и
- 2) всяко друго съглашение, с което се уговаря предварително начин за удовлетворение на кредитора, различен от този, който е предвиден в закона.

Първата хипотеза забранява прилагането на познатия на римското частно право обезпечителен договор - *lex comissoria*. С това споразумение между зложния кредитор и длъжника, първият е можел да стане собственик на вещта, ако длъжникът не си плати дълга<sup>13</sup>. Тази сделка се отличавала от фидуциарната поради това, че собствеността се придобивала само при наличието на неизпълнение.

Забраната за използването на фидуцията с цел обезпечаване би могла да се отнесе към втората хипотеза. Тази забрана се споделя и от правната доктрина. Според правната теория с фидуциарния договор се прехвърлят имуществени права, които приобретателят се задължава по-късно обратно да прехвърли на праводателя

---

<sup>9</sup> Така и Венедиков, П., Записки по римско право, ИК “Проф. Петко Венедиков”, С. 1999, с. 89

<sup>10</sup> Така и Покровский И.А., История Римского Права. Издание 3-е, исправленное и дополненное. 1917. // Allpravo.Ru – 2004, <http://allpravo.ru/library/doc2527p0/instrum3503/print3611.html>

<sup>11</sup> Перетерски, И. С., и др., цит. съч., с. 272

<sup>12</sup> Така и Crook, J., A., Law and life of Rome, Thames and Hudson, 1967, p. 246

<sup>13</sup> Дюнан, Ж., Пишона, П., Римско право, Речник на основните термини, Ciela 2007

си<sup>14</sup>. Страни по фидуциарния договор са фидуциант (първоначален и последващ титуляр) и фидуциар (временен титуляр на правото)<sup>15</sup>. Изказва се становището, че фидуциарните сделки са симулативни<sup>16</sup>. Според мнозина изследователи това мнение не следва да бъде споделено. За разлика от привидните сделки, при фидуциарните страните наистина желаят действието им, но само временно и условно<sup>17</sup>. Фидуциарната сделка се отграничава от симулативната сделка по следните причини:

1. симулативната сделка е фиктивна, не реална, а фидуциарната сделка е сделка желана и съществуваща;
2. симулативната сделка е единствена, а не е комбинация от две сделки;
3. симулативната сделка не иска постигането на правен резултат, фидуциарната напротив – цели обезпечаване<sup>18</sup>;

Получателят е реален, действителен собственик на прехвърленото по силата на прехвърлителния акт. Вън от него съществува облигационна връзка, по силата на която страните са уговорили, че това прехвърляне има ограничена юридическа цел – да обезпечи вземането на получателя<sup>19</sup>. Кредиторът е определян като непълен собственик по отношение на длъжника си, но спрямо външният свят първият си остава пълен собственик<sup>20</sup>. Промяна в собствеността се извършва най-често с цел обезпечение вземането на кредитора, който ще използва действителния ефект на прехвърлянето само в случай, че длъжникът не изпълни задължението си<sup>21</sup>. В някои случаи фидуциарната сделка съдържаща скрит/таен елемент (уговорката за обратно прехвърляне), изискващ простото (пасивно) премълчаване<sup>22</sup>. При фидуциарните

---

<sup>14</sup> Така и *Павлова, М.*, Гражданско право – обща част, Второ преработено и допълнено издание, Софи-Р, 2002, с. 471

<sup>15</sup> *Таков, К.*, Доброволно представителство, Сиби, С. 2006, с. 109

<sup>16</sup> *Диков, Л.*, Институтът на подставеното лице в гражданското и търговското право, Фения, С. 2007, с. 149

<sup>17</sup> *Таджер, В.*, Гражданско право на НРБ, Обща част, Дял II, Софи-Р, 2001, с. 407

<sup>18</sup> В този смисъл и *Силянски, Д.*, Фидуциарно прехвърляне на права с цел за обезпечени, Юридическа мисъл, г. VII, кн. 1, Януари-февруари, 1926г., с. 32

<sup>19</sup> *Цончев, Кр.*, Симулацията в гражданското право, Софи-Р, 2001, с. 187

<sup>20</sup> Така и *Диков, Л.*, цит. съч., с. 148, бел. под линия 117

<sup>21</sup> *Кацаров, К.*, Систематичен курс по българско търговско право, Четвърто фототипно издание, София, 1990г., с. 878

сделки целта е да не се знае, че в бъдещ момент правото ще се върне у първоначалния си носител (т.е. фидуциарят да бъде смятан за окончателен негов титуляр<sup>23</sup>).

Възможни са два варианта на фидуциарната сделка: 1) с предаване на вещта на фидуциара и 2) със запазване на държането от фидуцианта<sup>24</sup>.

ЗДФО за първи път у нас въвежда прехвърлителна сделка, която позволява обезпечаване чрез прехвърляне на собственост. С приемането на ЗДФО и по-специално с императивната норма на чл. 16, забраната на чл. 152 ЗЗД отпадна относно договорите за финансово обезпечение.

Между фидуциарната и прехвърлителната сделки съществуват редица сходства. Основната функция и при двата е обезпечаването, чрез смяна на титуляра на правата или учредяването на нови права на базата на съществуващите (конститутивна сукцесия)<sup>25</sup>. Фидуциарната сделка като цяло и прехвърлителният договор по ЗДФО включват в себе си две продажбени правоотношения. Първоначалното, с което се предоставя обезпечението и последващото, с което собствеността се прехвърля обратно на първоначалния собственик. Второто правоотношение е поставено в зависимост от неизпълнение (т. 5, § 1, ДР ЗДФО). При наличие на неизпълнение т. 5, § 1, ДР ЗДФО се погасява задължението на обезпеченото лице да върне на обезпечителя финансовото обезпечение, предоставено въз основа на прехвърлителен договор – чл. 11, ал. 6 ЗДФО. Само в случай на изпълнение обезпеченото лице следва да върне на обезпечителя финансовото обезпечение, предоставено въз основа на прехвърлителен договор. В по-старата правна теория тези правоотношения са определяни като:

1. *реален позитивен договор* – прехвърлянето на собствеността става по един неотменим начин;

---

<sup>22</sup> Таков, К., Доброволно представителство, Сиби, С. 2006, с. 109

<sup>23</sup> Така и Таков, К., Персонална симулация – видове, хипотези, сравнения с други правни конструкции, Юридически свят, бр. 2/2005, с. 81

<sup>24</sup> Така и Keinan, Y., Keinan, Y., The Evolution of Secured Transactions, <http://www.worldbank.org/wdr/2001/bkgroundpapers/keinan.pdf>, p. 39 – 40

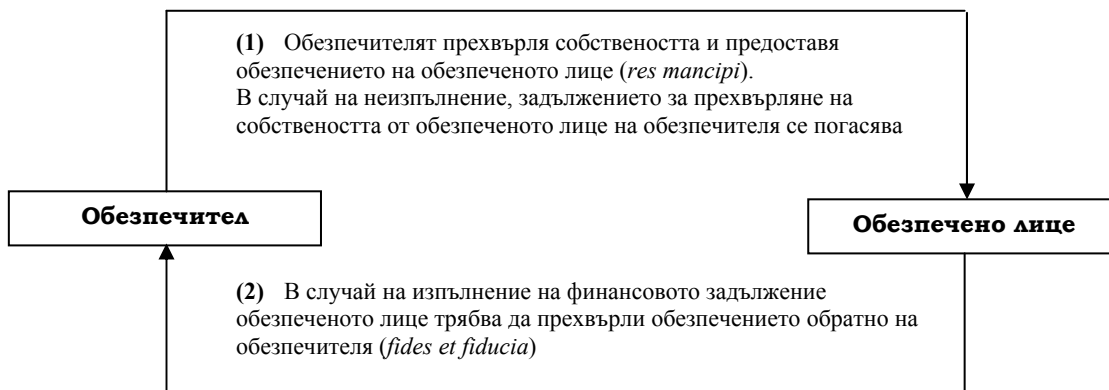
<sup>25</sup> В този смисъл и Марков, М., Някои въпроси във връзка с прехвърлителните договори, Юбилеен сборник в чест на професор Живко Сталев, Сиби 2005, с. 227

2. *облигаторен негативен договор* – задължението на фидуциара да се ползва по определен начин от придобитото право и после да го върне на фидуцианта или трето лице<sup>26</sup>.

Прехвърлителният договор при условията на неизпълнение бихме могли да окажем като фидуциарна сделка, съдържаща само продажбено правоотношение (*res mancipi*) – чл. 11, ал. 6 ЗДФО. Прехвърлителният договор при изпълнение по финансовото задължение бихме могли да определим като състоящ се от две правоотношения (по предоставяне и по обратно прехвърляне – *res mancipi* и *fides et fiducia*) (Фигура 1).

## Фигура 1

### Прехвърлителен договор



Разликите между двата института се откриват в няколко насоки. Според правната теория фидуциарната сделка, по подобие на продажбата, е консесуална сделка<sup>27</sup>. Прехвърлителният договор е реална сделка<sup>28</sup>.

Друга разлика е, че при прехвърлителния договор по реда на чл. 2 ЗДФО липсва скрит/таен елемент (уговорката за обратно прехвърляне), изискващ простото

<sup>26</sup> Така и *Силяновски, Д.*, Фидуциарно прехвърляне на права с цел за обезпечени, Юридическа мисъл, г. VII, кн. 1, Януари-февруари, 1926г., с. 29

<sup>27</sup> Така и *Силяновски, Д.*, пак там, с. 39, цит. – “Фактическото предаване на вещта не е необходимо за преминаване правото на собственост; последното става от момента от когато е постигнато съгласие между страните (чл. 30 ЗЗД /отм./) и от когато са изпълнени формалностите, които законът предвижда за прехвърлянето на съответните права.”

<sup>28</sup> Мнението, че прехвърлителният договор е консесуална сделка (акцесорна продажба с цел обезпечаване) по подобие на продажбата е изоставено, тъй като би влязло в противоречие с разпоредбата на чл. 2, ал. 5 ЗДФО – вж. *Мангачев, Ив.*, Прехвърлителният обезпечителен договор, Правен преглед, 1/2007, НБУ, с. 157

(пасивно) премълчаване<sup>29</sup>. Въпреки, че в правната теория е съществувало схващане за даване публичност на фидуциарното прехвърляне, това е било свързано с законодателни изменения, които не са били реализирани<sup>30</sup>.

Прехвърлителният договор не съдържа тайни клаузи. Съществуването на договора е явно. Това разбиране се подкрепя и от изискването за доказване по чл. 6, ал. 1 ЗДФО. Прехвърлянето на предоставеното обезпечение се удостоверява с заверяването на:

1. посочената сметка – за парични вземания ;
2. съответната сметка – за безналични ценни книжа;

По този начин прехвърлителният договор става известен и на други лица. Изискването на т. 2, ал. 1, на чл. 6 ЗДФО е детайлизирано в Правилника на Централен Депозитар (ПЦД)<sup>31</sup>. Съгласно т. 16.1., Приложение 12 (П12), ПЦД, за да се регистрира прехвърлянето на безналични финансови инструменти, предмет на прехвърлителния договор за финансово обезпечение, обезпеченото лице и обезпечителят трябва да представят в ЦД нотариално заверен препис от договора за финансово обезпечение с прехвърляне на собствеността. Това изискване е необходимо, за да може да се извърши регистриране на прехвърлянето на безналични финансови инструменти (предоставяне на обезпечението – чл. 5, ал. 2 ЗДФО), предмет на прехвърлителния договор за финансово обезпечение – т. 16.1, П12, ПЦД във връзка с чл. 127, ал. 1 ЗППЦК. Невъзможността да се осъществи прехвърлителната сделка, ако не се даде гласност на фидуциарната уговорка, я прави известна и на лице (Централен депозитар), което не е (но може и да бъде – чл. 3, ал. 1, т. 11 ЗДФО) страна по прехвърлителния договор (Фигура 2).

---

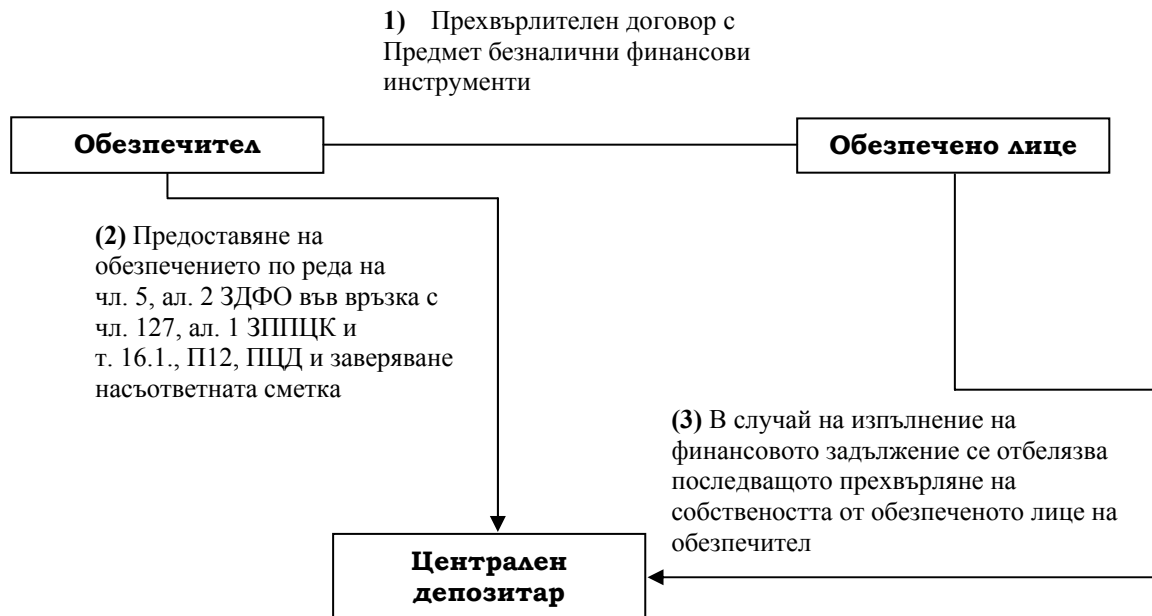
<sup>29</sup> Таков, К., Доброволно представителство, Сиби, С. 2006, с. 109

<sup>30</sup> Кацаров, К., цит. съч., с. 881 – “... трябва да се създаде и известна по-голяма или по-малка публичност посредством вписване (регистриране) на запазената собственост или на фидуциарното отчуждение, както е вече у нас случаят, напр. при продажбата на земеделските и превозни машини с по-голяма стойност.”

<sup>31</sup> <http://www.ficoinvest.com/upload/acsses//Pravilnik.pdf>

## Фигура 2

### Прехвърлителен договор с предмет безналични финансови инструменти



По подобен начин би изглеждал и прехвърлителен договор с предмет парични вземания. При него също няма таен елемент поради заверяването на предоставените като финансово обезпечение парични вземания по посочената сметка – чл. 6, ал. 1, т. 2 ЗДФО.

Затруднение за практическото прилагане на прехвърлителния договор би представлявала дефиницията за “право на собственост” по реда на т. 3, § 1, ДР, ЗДФО, която го определя като “право на собственост върху налични ценни книжа, както и **съвкупността** от права върху безналични ценни книжа и вземания”. Понятието “съвкупност” не е дефинирано от ЗДФО. Съгласно чл. 16 ЗДФО разпоредбите на ЗОЗ не се прилагат спрямо обезпечителните договори. В този смисъл се открива празнота, която следва *de lege ferenda* да се запълни. Единият възможен подход е чрез изменение на закона да бъде заличена думата “съвкупност”. Самото разпореждане с прехвърлената по силата на договора “съвкупност” би било в противоречие с фидуциарната природа на същия. Това е така, защото съвкупността е променлива величина и е невъзможно да бъде върнато “същата” като съдържание съвкупност. При фидуциарният договор се дължи връщане на същото (първоначално) даденото. Друг възможен подход е да се възприеме законодателно логиката на чл. 20 ЗОЗ в ЗДФО. Съгласно чл. 20 ЗОЗ

обезпечителните права върху съвкупността тежат върху всеки нейн елемент до отделянето му от нея, а също и преминават върху нейните елементи към момента на започване на принудителното изпълнение. Такова схващане следва да намери подкрепа, защото то би било в интерес на трети лица придобиващи предмета на обезпечение.

Освен това при залога върху съвкупност съществува възможност за определен кръг субекти (продавачът на отделна вещь или право, получил в обезпечение на вземането си за цената, залог върху вещи или правото и лицата, на които е предоставен залог върху вещь или право за обезпечаване на предоставен от тях заем за придобиване на вещи или правото), да се удовлетворят от цената преди кредитора, вписал по-рано залог върху съвкупността, част от която е станала вещи или правото – чл. 15, ал. 1 ЗОЗ. Противопоставими на кредитора, вписал по-рано залог, са и правата на продавача, който си е запазил собствеността до изплащането на цената и правата на лизингодателя – ал. 2 на чл. 15 ЗОЗ. В случая същите права са втори по привилегия след тези по чл. 136, ал. 1, т. 1 ЗЗД съгласно разпоредбата на чл. 137, ал. 2 ЗЗД. При прехвърлителния договор по реда на ЗДФО, кредиторът разполага с предхождащата привилегия по чл. 11, ал. 7 ЗДФО и поради това считам, че такъв тип законодателно решение, като споменатото по-горе по чл. 15 ЗОЗ, би било ненужно за целите на ЗДФО. Тази привилегия би следвало да се отнася към обезпечителя, защото не би следвало собственика (обезпеченото лице) на едно имущество да се ползва с привилегия върху същото това имущество.

С прехвърлянето на собствеността от страна на обезпечителя, за обезпеченото лице се поражда задължението да прехвърли обратно (в случай на изпълнение по финансовото задължение) имуществото. Задължение на обезпеченото лице да прехвърли обратно вземанията или ценните книжа (или равностойни на тях) в случай на изпълнение на финансовото вземане е договорно и обезпечителя няма право на ревандикационния иск по чл. 108 ЗС. Обезпеченото лице следва да се въздържа от действия, водещи до отчуждаване на прехвърленото, защото той не би могъл да върне същото в случай на изпълнение по финансовото задължение. Това задължение на обезпеченото лице е едно *лично* задължение да не си служи с правото на собственост в неговата пълнота, а само *ограничено*, за постигане на стопанска цел<sup>32</sup>. На разположение на обезпечителя е само иск за

---

<sup>32</sup> Така и *Фаденхехт, Й.*, Възможни ли са у нас абстрактни вещни договори и фидуциарно прехвърляне на собственост за обезпечение?; Продължение от брой 8, Адвокатски преглед, Год. X, бр. 9, 1930г., с. 109



претърпени вреди и загуби съгласно чл. 82 във връзка с чл. 79, ал. 1 ЗЗД против обезпеченото лице. Ако действията на обезпеченото лице пряко намаляват имуществото му, обезпечителят има правната възможност да предяви отменителния иск по чл. 135 ЗЗД, за да може да се удовлетвори<sup>33</sup>.

Когато предмет на финансовото обезпечение са налични поименни ценни книжа е възможно предоставянето им с т.нар. фидуциарно джиро<sup>34</sup>. То се извършва с нормално джиро, което прехвърля всички права върху джиратаря, защото това се желае от страните, но няма пълното действие на нормалното джиро, тъй като тук се приема, че за оная част, която надхвърля вземането спрямо джиранта, джиратарят е длъжен да търпи възраженията, които могат да бъдат направени от джиранта<sup>35</sup>. Приема се, че правата на джиратаря по фидуциарното джиро се свеждат до възможността за срока на действие на фидуциарното съглашение да упражни всички права по ценната книга съобразно целта на страните по каузалната сделка. Джиратарят не може без санкция да джиросва ценната книга на произволно избрано от него лице<sup>36</sup>. В случай, че тази забрана бъде нарушена, действието ще бъде действително и ще породи права за титуляра, но джирантът ще носи договорна отговорност<sup>37</sup>.

В правната литература се поддържа тезата, че смисълът на разпоредбата на чл. 2, ал. 3, изр. 2 ЗДФО е, че страните могат да уговорят, че обезпеченото лице ще прехвърли обратно не същото, а равностойно финансово обезпечение<sup>38</sup>. Буквалният текст на чл. 2, ал. 3, изр. 2 ЗДФО посочва, че “с прехвърлителния договор страните могат да уговорят задължение на обезпеченото лице да осигури равностойно финансово обезпечение”. Това законодателно решение не следва да се приема. Такава възможност не се предвижда в Директива 2002/47 ЕО. В случай, че обезпеченото лице върне равностойно, а не първоначално предоставеното обезпечение се изменя фидуциарния характер на прехвърлителния договор. С възприемането на тази възможност би се допуснало и сливане на функциите на

---

<sup>33</sup> В този смисъл и *Стоилов, Т.*, Фидуциарни сделки, Адвокатски преглед, бр. 5/2000, с. 7

<sup>34</sup> Относно възможността за прилгането му вж. *Кацаров, К.*, цит. съч., 1990г., с. 579 и *Джиллизов, В.*, Фидуциарно джиро, Пазар и право, бр. 8/2000г., с. 25-28

<sup>35</sup> Така и *Кацаров, К.*, цит. съч., с. 579

<sup>36</sup> Така и *Джиллизов, В.*, Фидуциарно джиро, Пазар и право, бр. 8/2000г., с. 26

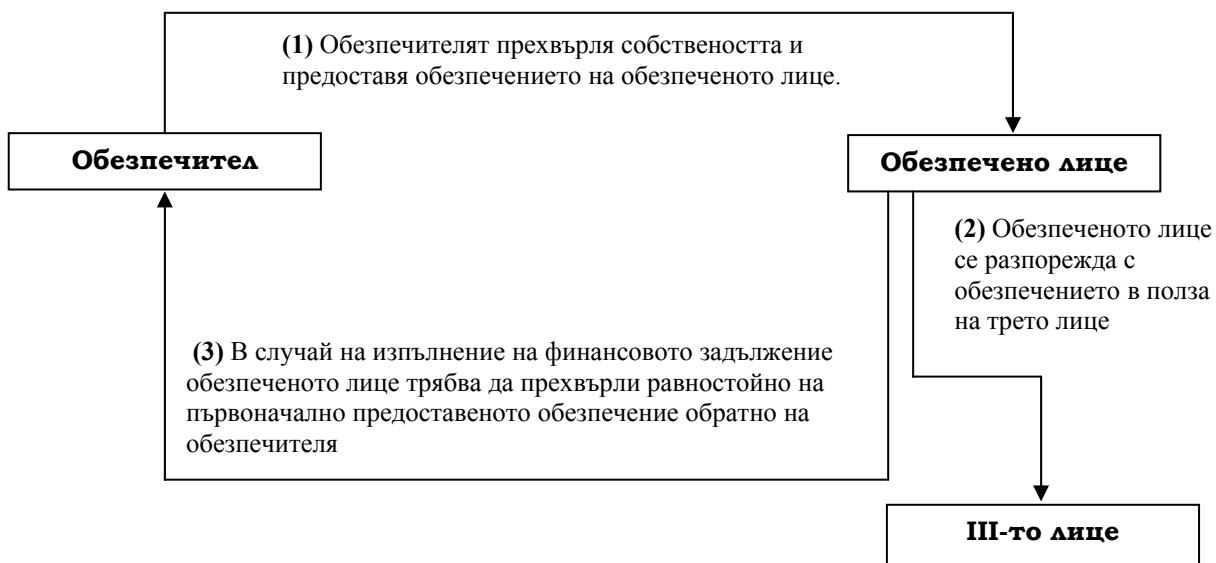
<sup>37</sup> Пак там, с. 26-27

<sup>38</sup> *Калайджиев, А.*, Облигационно право, Обща част, Четвърто издание, Сиби 2007, с. 693

прехвърлителния договор с договора за залог с право на ползване (чл. 8 ЗДФО). При последния се предвижда предоставяне на равностойно финансово обезпечение, което да замени в определени случаи първоначално предоставеното. По този начин би се обезсмислило съществуването на два различни института с еднакво съдържание. Следва *de lege ferenda* да бъде направено изменение на тази разпоредба чрез отпадане на изр. 2 от чл. 2, ал. 3 ЗДФО (Фигура 3).

**Фигура 3**

**Прехвърлителен договор с осигуряване на равностойно финансово обезпечение**



Освен това, при така формулирания текст на чл. 2, ал. 3, изр. 2, ЗДФО, би могло да се направи още един погрешен извод, че се касае за втора фидуциарна сделка в лицето на осигуреното равностойно финансово обезпечение. Такова тълкуване не е правилно, защото прехвърлянето на обезпечение в посока от обезпеченото лице към обезпечителя би било лишено от смисъл и би доближило сделката до една взаимна замяна на обезпечения.

В заключение може да се направи извод, че прехвърлителният договор уреден в ЗДФО е едно своеобразно възприемане на института на фидуциарната сделка позната на римското частно право със следните модификации, които са й наложени от специфичната роля на финансово обезпечение: 1) фидуциарната сделка е консесуална, а прехвърлителната – реална; 2) фидуциарната може да съдържа скрити елементи, прехвърлителната не; 3) предмет на фидуциарната сделка не могат да бъдат съвкупности, за разлика от прехвърлителната поради

техния променлив характер (това би довело до невъзможността за връщане точно същото на първоначално даденото).