

Др Александра Павићевић*

Изворни научни чланак
УДК: 347.23
DOI: 10.46793/GP.1102.03P

ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ КАО ПРАВО РЕАЛНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА¹

Рад примљен: 15. 09. 2020.
Рад прихваћен за објављивање: 22. 12. 2020.

Користећи упоредноправног метода аутор у раду анализира фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења у појединим регулативама европско-континенталне правне традиције, критички разматрајући и ставове судске праксе и доктрине. Циљ рада је формулисање одговора на питање сврсисходности овог института за будуће српско право, јер у позитивном није регулисан, док јесте у неким европским регулативама, нарочито у земљама у нашем окружењу. Преднацртом Грађанског законика Србије овај институт није регулисан, али јесте Нацртом законика о својини и другим стварним правима. У ситуацији планираног реформисања домаћег права реалног обезбеђења потраживања, а у контексту трајуће хармонизације законских решења на нивоу Европске заједнице, аутор закључује да је овај институт вишеструко користан за српско право де леге ференда. Њиме би се проширила палета права реалног обезбеђења, јер он функционално превазилази оквире залог, задовољавајући легитимне интересе фидуцијара и фидуцијанта на специфичан, обострано жељен, а законити начин.

Кључне речи: реално обезбеђење потраживања; фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења; подељена својина.

I УВОД

Права реалног обезбеђења потраживања су протеклих деценија услед развоја тржишне привреде у многим европским регулативама доживела експанзију. Осим оних традиционалних, које регулише и домаће позитивно право, попут залог и хипотеке, упоредно право познаје и фидуцију, коју доктрина често означава као атипично, па и контроверзно право,

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, aravicevic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу "Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније".

неусклађено са европско-континенталним концептом (неподељене) својине. Фидуцијарни пренос својине у модалитету – *fiducia cum creditore contracta*, датира још из римског права, као архаично право реалног обезбеђења (које је претеча залог), а којим дужник задржавајући ствар у поседу, преноси својину на ствари у сврху обезбеђења на свог повериоца, са идејом повратног преноса својине, по намирењу дуга о доспелости. Међутим, фидуција је неочекивано у 20. и 21. веку доживела реафирмацију, захваљујући својим специфичним обележјима и вишефункционалности, те се у савременом грађанском праву актуелизује као модернизовано средство реалног обезбеђења, које повериоцу пружа максималну сигурност², а у складу са легитимним интересима дужника.

Овај институт „живи“ кроз привреду и пословну праксу многих европских развијених земаља, иако није формално озакоњен. Са друге стране, законом је нормиран у бројним европским регулативама. Црногорски законодавац је међу првима од земаља у нашем окружењу свеобухватно регулисао фидуцијарни пренос својине, због чега ће нам тај законски текст бити окосница за анализу различитих сегмената овог института, попут: појма, предмета, настанка, садржине, дејства и престанка. Осим ових, законом уређених питања, у раду ћемо настојати да одговоримо и на нека спорна теоријска питања у вези са овим правом обезбеђења, попут: правне природе; домашаја; легитимности; каузе и односа са *lex commissoria*.

Ову проблематику сматрамо врло актуелном у овом тренутку, када је израђен предлог Преднацрта Грађанског законика Србије³, који (упркос неизвесној правној судбини), оличава потенцијално будуће грађанско право Србије, а чији текст не нормира фидуцијарни пренос својине. Са друге стране, овај институт је садржан у ранијем пројекту - у тексту Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије,⁴ што указује на подељеност струке и разлог је више за правнотеоријску обраду. Поменута страна законска решења, затим предлози нацрта, као и ставови судске праксе и доктрине, биће основа за наше истраживање, чији је коначан циљ формулисање одговора на питање сврсисходности увођења овог специфичног права реалног обезбеђења потраживања у стварно право Србије *de lege ferenda*.

² Ј. Салма, *Облигационо право*, Београд, 1988, 379; М. Лазих, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, 65–70; N. Gavella, et al., *Sivarno pravo*, Zagreb, 1998, 719–720; D. Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Vanja Luka, 2013, 7 и даље.

³ Преднацрт Грађанског законика Србије:

https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, датум посете: 15. 07. 2020. У даљем тексту: Преднацрт ГЗС.

⁴ Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011.: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>, датум посете: 25. 07. 2020. У даљем тексту: Нацрт.

II ОСНОВНА ОБЕЛЕЖЈА ФИДУЦИЈЕ У РИМСКОМ ПРАВУ

За разлику од англосаксонског права, заснованог на идеји подељене својине,⁵ у европско-континенталном праву својина је одувек представљала стварно право са најширом правном влашћу на ствари и то са својством искључивости, тј. немогућности постојања својине другог титулара на истој ствари⁶. Ипак, европска правна култура познаје институт фидуцијарног преноса својине (*fiducia*), који датира још од римског права, када су се овом специфичном техником постизали различити циљеви⁷, а међу њима и реално обезбеђење потраживања.⁸ Након првобитног облика римске фидуције „закључене с пријатељем“ ради управљања целокупном имовином (*fiducia cum amico contracta*), која представља својеврсни пандан англосаксонском *trust*-у⁹, дошло је до појаве фидуцијарног преноса својине на одређеној ствари у сврху реалног обезбеђења потраживања (*fiducia cum creditore contracta*). У овој конструкцији дужник је преносио својину на ствари на свог повериоца у сврху обезбеђења, са идејом повратног преноса својине, по намирењу дуга о доспелости. У неразвијеној фази римског права фидуција доживљава процват, да би касније у доба Јустинијана била сасвим потиснута залогом, као недовољно развијено средство обезбеђења. Међутим, почев од 19. века у доба израде грађанских кодификација, фидуција поново оживљава захваљујући рецепцији Гајевих Институција, где је овај институт био детаљно регулисан.¹⁰

⁵ О англосаксонском концепту подељене својине у: Р. Јелић, *Својина у англосаксонском праву*, Правни живот, бр. 10, 2000, 149-168.

⁶ Титулари су својине и заједничке својине то право не деле садржински, већ по обиму. Тако и: Н. Планојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012, 133.

⁷ О различитим циљевима фидуцијарне својине у римском праву: С. Владетић, *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни правни послови*, Правни Факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, 239.

⁸ Д. Стојчевић, *Римско право*, Београд, 1960, 174-175.

⁹ А. Гамс, *Траст у англоамеричком систему права*, Анали Правног факултета у Београду, год. V, бр. 3, 1957, Београд, 299-312; С. Владетић, *Основи траста англосаксонског права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVIII, 2011, 113-126; А. Дудаш, *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2014, 211-215; М. Лазич, *Реформа заложног права у Републици Србији (мобиљарна хипотека и хипотека)*, Европски правник, бр. 2, 2007, 84.

¹⁰ С. Владетић, *op. cit.*, 2010, 243.

III ОБЕЛЕЖЈА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ

Основ за фидуцијарни пренос својине је и у савременом праву фидуцијарни правни посао¹¹, који је специфичан јер почива на поверењу сауговорача. У модалитету *fiducia cum creditore contracta*¹², дужник се обавезује да својину на одређеној ствари пренесе на повериоца у сврху реалног обезбеђења потраживања, док се друга страна обавезује да фидуцијарно пренету својину врши у интересу фидуцијанта и да по намирењу дуга о доспелости својину врати дужнику.

1. *Појам и физиономија института.* Механизам овог правног односа је сложен и подразумева непотпуност својинских овлашћења за сваког од „два власника“ ствари: 1) дужника (фидуцијанта), као економског власника ствари, који исту задржава у поседу и економски искоришћава током трајања фидуцијарног правног односа; и 2) обезбеђеног повериоца (фидуцијара), као формалноправног власника ствари на одређено време. Опстанак правне конструкције „са два лица“ и њени стварноправни ефекти зависе од поштовања обавезе међусобног поверења странака и придржавања посебног (фидуцијарног) споразума, са дејством *inter partes*.

За стицање фидуцијарне својине потребно је испуњење два услова: а) власник ствари дате у гаранцију може бити дужник, али и треће лице; и б) мора постојати пуноважан стварноправни уговор управљен на стварање права обезбеђења,¹³ уз паралелно постојање посебног, облигационог уговора, који крије каузу првог правног посла.¹⁴ Облигационоправни ефекат фидуцијарног преноса својине јесте „везивање“ стварноправног дејства за тај посебан

¹¹ О фидуцијарним правним пословима вид.: Д. Аранђеловић, *О фидуцијарним правним пословима*, Архив за правне и друштвене науке, XVI, бр. 5-6, 1926, 338-339; А. Ђорђевић, *О фидуцијарним правним пословима*, Архив за правне и друштвене науке, XVI, бр. 5-6, 1926, 344-345; А. Гамс, *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2, 1960, 24; Д. Стојановић, *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, Правни живот, бр. 5-6, 1993, 621 и даље; Љ. Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр.10, 1998, 811-826; М. Велимировић, *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине*, Правни живот, бр.11, 1998, 527-537; Б. Бокшан, *Фидуцијарни послови и залога*, Судска пракса привредних судова (тематско издање), Београд, билтен бр. 3, 1996, 25; З. Петровић, *Фидуцијарни пренос права власништва у пракси судова Републике Србије*, у: Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен 2003, 215; Н. Тешић, *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10, 2002, 107-115.

¹² Функције фидуцијарног преноса својине, осим обезбеђујуће, могу бити и: ради управљања; обављања правног посла; вођења парнице и друге допуштене сврхе.

¹³ Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 815.

¹⁴ Вид. М. Лазич, *Реформа заложног права...*, *op. cit.*, 84.

Александра Павићевић, Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања (стр. 3-18)

облигациони споразум, тзв. *pactum fiduciae*, који обавезује саговораче на условни повраћај својине.¹⁵ Фидуцијарни правни посао је суштински акцесоран¹⁶ и зависи од главног правног посла чијем обезбеђењу служи (уговор о кредиту, зајму итд.), иако је по неким мишљењима реч о праву неакцесорног карактера.¹⁷ Неки правни писци¹⁸ закључују да је фидуцијарни правни посао недопуштен¹⁹ јер нема каузу, тврдећи да фидуцијарни споразум као апстрактан, негира пренос својине (који је у домаћем праву, за разлику од немачког, каузалан). Међутим, већинско и по нашој оцени оправдано мишљење је да фидуцијарни посао има каузу, али *sui generis*.²⁰

Привремено дејство фидуцијарног правног посла је обострано жељено, јер идеја преноса својине је њен условни повраћај дужнику.²¹ Тек у случају ненамирења дуга о доспелости поверилац од дужника може захтевати предају ствари (чији је фидуцијарни власник), а у циљу првенствене продаје и намирења потраживања. Ако је фидуцијар пре доспелости потраживања располагао својином на оптерећеној ствари повредио је фидуцијарно поверење, противно начелу савесности и поштења и добрим обичајима, те дужнику по том основу дугује надокнаду штете.²² Ипак, то је само облигационоправни захтев фидуцијанта, док његов стварноправни захтев изостаје у случају да је поверилац-фидуцијар изиграо поверење свог саговорача и пренео својину на треће савесно лице.²³

2. *Правна природа*. Сложена физиономија фидуцијарне својине у доктрини се често означава као контроверзна²⁴, а последица је њене специфичне правне

¹⁵ Вид. А. Павићевић, *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2017, 384 и даље.

¹⁶ Р. Ковачевић Куштримовић, М. Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2009, 297.

¹⁷ С. Jessel-Holst, *Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa*, Das Budapester Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen, 2003, 90; Р. Vrenčur, *Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu*, u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 2003, 293-295.

¹⁸ В. Спаић, *Основи грађанског права*, Општи дио, Сарајево, 1961, 261-262. Тако и: Gurstle, Gubler i Ofinger. Нав. према: Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2000, 259.

¹⁹ Ž. Šmacelj, *Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu (fides)*, Naša zakonitost, Zagreb, br. 2 i 3, 1969, 253 и даље.

²⁰ Д. Аранђеловић, *op. cit.*, 342 и даље; N. Gavella *et al.*, *op. cit.*, 469-470; Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 848; Т. Ђурђић, *Фидуцијарни пренос права својине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, 2011, 479.

²¹ *Лексикон грађанског права*, (ур. О. Станковић), Београд, 1996, 804-805.

²² Ј. Салма, *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10, 1998, 389.

²³ Д. Стојановић, *Преношење својине...*, *op. cit.*, 619.

²⁴ М. Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na besposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, 2001, 181.

природе. У доктрини су се тако појавиле различите теорије: 1) о *две паралелно постојеће својине* на ствари, настале цепањем једне својине, налик на *trust* англоамеричког права;²⁵ 2) о „*правој*“ и „*неправој*“ (*фиктивној*) својини; 3) о две сукцесивне својине – „*претходна и потоња*“²⁶ или пак: „*поверена и очекивана својина*“²⁷; 4) о „*ничијем праву*“ на одређено време; о „*паузи у имовини*“ (*intelide in ownership*) или „*заграђеној својини*“ (*bracketted ownership*), као бесубјектном субјективном грађанском праву²⁸ (што је *contradictio in adjecto*); 5) о „*стварном праву на чекање*“²⁹; 6) о „*правној моћи* која се може претворити у „*праву својину*“,³⁰ 7) о институту *мешовите правне природе на граници материјалног и процесног права*,³¹ и 8) о својини *суи генерис*.³²

Према последњем наведеном схватању, које је по нашој оцени најутемељеније, фидуцијарна својина није потпуна и „невезана“, већ: условно стечена, временски ограниченог трајања, али и ограниченог дејства, јер садржи само овлашћење уновчења ствари.³³ Отуд, ово право јесте специфичан модалитет својине, иако најчешће врши улогу права реалног обезбеђења потраживања, разликујући се у довољној мери од других права из те групе (од залогe - државинске³⁴ и бездржавинске; ретенције³⁵ и *factum reservati dominii*).

²⁵ Ово је супротно традиционалном својству искључивости и недељивости својине у европскоконтиненталном концепту. Више у: А. Radonjić, *Fiducijarni prenos prava svojine – jedna ili više svojina?*, *Strani pravni život*, br. 1, 2019, 16.

²⁶ У хрватском праву: „*Претходно власништво*“ је својина фидуцијара стечена под раскидним условом (у међувремену он има статус плодоуживаоца); а „*потоње власништво*“ је својина фидуцијанта под одложним условом. Детаљно у: N. Gavella *et al.*, *op. cit.*, 488 и даље.

²⁷ У питању је терминологија Нацрта из 2011.

²⁸ Вид: Civil Code of Quebec, 1991, art. 1260-1261. L. D. Smith, *Trust and Patrimony*, *Revue Générale de droit*, 2, 2008, 379-403.

²⁹ H. Webber, *Kreditsicherheiten*, München, 1994, 147.

³⁰ Нав. према: Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 824.

³¹ E. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998, 236.

³² D. Medić, *Fiducijarni prenos svojine*, *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka*, br. 9, Banja Luka, 2019, 24; Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 811-826; M. Lazić, N. Planojević, *Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore*, *Pravni život*, br. 10, 2011, 512.

³³ *Ibid.*

³⁴ Д. Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац, 1998, 272-273; А. Гамс, *Основи стварног права*, 8. изд., Београд, 1980, 200; Р. Ковачевић - Куштримовић, *Грађанско право (Општи део)*, Ниш, 1995, 166; З. Рашовић, *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997, 11.

³⁵ Вид. А. Павићевић, *op. cit.*, 385-388.

IV ПРЕГЛЕД СТАЊА РЕГУЛАТИВЕ ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

У савременом грађанском праву фидуцијарни пренос својине се различито уређује у појединим државама, с обзиром на правну традицију, степен развоја тржишне привреде, правно-теоријска схватања итд. Све европске регулативе, с обзиром на однос према овом институту, можемо поделити на две групе: а) оне које фидуцију формално не регулишу и б) оне које је уређују законом.

1. *Регулативе које фидуцију не регулишу законом.* У овој групи регулатива, позитиван или негативан однос према фидуцијарном преносу својине заузима судска пракса, уз ставове доктрине. Због тога, ову групу можемо даље поделити на две подгрупе: 1) оне земље чија судска пракса прихвата фидуцију; и 2) оне које фидуцију не дозвољавају ни кроз судску праксу.

У прву подгрупу регулатива спадају превасходно немачка³⁶ и швајцарска³⁷, у којима фидуцијарни послови реалног обезбеђења (*Sicherungsübereignung*) нису формално законом регулисани, али их тамошња судска пракса и доктрина безизузетно признају.³⁸ Аустријско право такође спада у ову групу, иако судска пракса и доктрина немају јединствено схватање о допуштености овог института.³⁹ Чешка и Пољска су неке од држава у којима се фидуцијарни пренос својине дозвољава у пракси.⁴⁰ У другу подгрупу ових регулатива могу се уврстити оне које фидуцију не толеришу чак ни кроз судску праксу, попут Бугарске и Мађарске.⁴¹

2. *Регулативе које фидуцију регулишу законом.* Другу групу законодавстава чине европске државе које су озакониле овај институт и то су: Лихтенштајн (1929.); Грчка (2000.); Француска (реформом *Code Civil*-а 2007.) и Румунија (2011.).⁴² Нарочито значајно место у овој групи имају регулативе у нашем окружењу, настале распадом некадашње СФРЈ, као транзицијске земље које су настојале да реформишу национална права реалног обезбеђења. Прва од тих земаља је Република Црна Гора, која је 1996. год. усвојила Закон о

³⁶ Према пар. 223 НГЗ посредно је предвиђен фидуцијарни пренос потраживања.

³⁷ Вид. чл. 717 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) и чл. 401 Швајцарског законика о облигацијама (ШЗО).

³⁸ F. Vaur, *Sachenrecht*, 14 Aufl., München, 1987, 579; Д. Борковић, Д. Стојановић, *Својина ради обезбеђења потраживања – фидуцијарна својина*, Правни живот, бр. 10, 1998, 381.

³⁹ У Аустрији важи систем каузалне традиције код деривативног стицања својине (као и у српском праву, а за разлику од немачког). Д. Аранђеловић, *op. cit.*, 337-358.

⁴⁰ С. Jessel-Holst, *op. cit.*, 66-81.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² U. Mattei, *The European Codification Process: Cut and Paste*, Kluwer Law International, the Hague, 2003, 162.

фидуцијарном преносу својине⁴³, а чије су одредбе потом у потпуности унете у Закон о својинско-правним односима из 2009.⁴⁴ Хрватска је 1996. Законом о власништву и другим стварним правима⁴⁵ регулисала „претходно и потоње власништво“;⁴⁶ Словенија је нормирала „фидуцијарни пренос власничког права“ 2002. у Стварноправном законнику,⁴⁷ а Северна Македонија у Закону о извршном поступку,⁴⁸ а потом и у Закону о обезбеђењу потраживања (2007.).⁴⁹

А. Фидуцијарни пренос својине у праву Црне Горе

Законом о својинско-правним односима (ЗСПО) из 2009. Црна Гора је у чл. 353-384. свеобухватно нормирала овај институт прецизирајући његов: појам, предмет, настанак, садржину и дејство, као и начине престанка, због чега ће и бити предмет нашег детаљнијег разматрања у овом делу рада.

1. *Појам*. Фидуцијарна својина се у ЗСПО⁵⁰ одређује као условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари, које повериоца овлашћује да пре осталих поверилаца наплати своје доспело потраживање, код кога год да се ствар налази. Из законске дефиниције сазнаје се најпре, виши родни појам, а то је *право својине (условно стечено)*. Реч је о модалитету својине, као најширем стварном праву, али ипак функционално ограниченом – са улогом права реалног обезбеђења потраживања, што је његова врсна разлика. Право намирења фидуцијара из вредности ствари је кључно садржинско ограничење фидуцијарне, за разлику од „класичне“ својине. Ипак, место регулисања овог института у ЗСПО указује на недоследност законодавца, што ствара забуну око његове правне природе.⁵¹ Наиме, „условна својина“ се одређује као особено

⁴³ Закон о фидуцијарном преносу својине, *Службени лист Републике Црне Горе* бр. 23/96. З. Рашовић, *Коментар Закона о фидуцијарном преносу права својине Црне Горе*, Подгорица, 1996.

⁴⁴ Закон о својинско-правним односима из 2009. (ЗСПО), *Службени лист ЦГ*, бр. 19/09.

⁴⁵ Вид. чл. 34 ст. 5 и чл. 297 ст. 2 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске (ЗВДСП), *Народне новине РХ*, бр. 91/96.

⁴⁶ Више о три модалитета фидуцијарног обезбеђења у хрватском праву у: М. Dika, *Fiducijarno osiguranje tražbine*, *Informator*, br. 4673, 1998; N. Gavella, *O vlasništvu prenesenom radi osiguranja*, *Informator*, br. 5247, 2004, 473 и даље.

⁴⁷ Чл. 201-209. Стварноправног законика Републике Словеније, *Урадни лист*, бр. 87/02. М. Povlakić, *Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima i zemljama naslednicama bivše SFRJ*, *Das Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa*“, *Das Budapester Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen 2003, 235; М. Juhart, *Prenos lastninske pravice v zavarovanje*, *Pravnik*, Ljubljana, br. 1-3, 1995, 43.

⁴⁸ Чл. 252 а - 252 б Закона о изменама и допунама Закона о извршном поступку, *Службен весник* бр. 59/00.

⁴⁹ Закон о обезбеђењу потраживања, *Службен весник* бр. 87/07.

⁵⁰ Чл. 14 ЗСПО

⁵¹ Тако и: М. Lazić, N. Planojević, *op. cit.*, 523-524.

Александра Павићевић, Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања (стр. 3-18)

стварно право различито од залогe, али је лоцирано у глави 10, под називом: „Заложно право“. Ово је спорно питање и у пракси, те га је законом требало регулисати у оквиру посебне главе, након залогe, као функционално сродног, али различитог института.

2. *Предмет фидуцијарне својине.* Као предмет фидуцијарног преноса својине у ЗСПО најпре су одређене покретне ствари, а затим у следећем ставу и непокретне.⁵² Шире постављен предмет фидуцијарне својине сматрамо адекватним решењем⁵³, али две засебне дефиниције, готово идентичне садржине су необичан избор овог законодавца, чијим би се сажимањем избегло понављање у закону. Могући разлог јесте жеља законодавца да нагласи да су обе врсте ствари дозвољени предмет фидуцијарне својине, с обзиром на различита решења у упоредном праву⁵⁴.

Ствари које служе за обезбеђење потраживања⁵⁵ морају бити тачно одређене (начело специјалности), а предмет преноса може бити: 1) цела ствар, са неодвојеним плодовима и другим саставним деловима и припатцима⁵⁶ (начело недељивости), уз сва накнадна побољшања (начело екстензивности); 2) збир ствари (робни лагер, уз услов индивидуализације);⁵⁷ и 3) будућа ствар (као и код залогe).

3. *Настанак.* Овај пропис захтева неколико услова за деривативно стицање овог права обезбеђења: а) обавезна је писана форма уговора⁵⁸, уз оверу суда или нотара, када су непокретности предмет фидуцијарног преноса својине⁵⁹. Као други услов (и за покретне и за непокретне ствари) предвиђен је упис овог уговора у посебан јавни регистар (са конститутивним дејством), који води орган надлежан за некретнине и то у року од 8 дана од дана његовог закључења, под претњом ништавости.⁶⁰ На овај начин је фидуцијарном преносу својине

⁵² Вид. чл. 353 ст. 1 и ст. 2 ЗСПО

⁵³ За непокретности се корисност огледа у смањењу формалности у фази намирења потраживања у односу на хипотеку.

⁵⁴ Словеначко решење и немачка привредна пракса познају само покретне ствари као предмет фидуцијарне својине.

⁵⁵ Фидуцијарним преносом својине може се обезбедити будућа, као и условна обавеза (чл. 356), али и друге обавезе које би настале између повериоца и дужника након закључења уговора о преносу права својине, а које доспевају за наплату пре намирења те обавезе (чл. 357 ЗСПО).

⁵⁶ Чл. 359 ЗСПО

⁵⁷ Чл. 360 ЗСПО. Д. Стојановић, Б. Павићевић, *op. cit.*, 219 и даље; Д. Стојановић, *Стварно право, op. cit.*, 274-276.

⁵⁸ Чл. 355 ЗСПО. Овај уговор је именовани, формалан, акцесоран и теретан правни посао.

⁵⁹ Поређења ради, у македонском и у словеначком праву фидуцијарни пренос својине може настати искључиво у облику судског или нотарског обезбеђења.

⁶⁰ Чл. 378 ЗСПО

обезбеђен публицитет, чиме је заштићен интерес фидуцијара и трећих лица.⁶¹

Осим *iustus titulus*-а, за стицање фидуцијарне својине потребан је и *modus acquirendi*: на покретним стварима стиче се већ моментом закључења правног посла - фиктивном предајом ствари у модалитету *constitutum possessorium*⁶², а на непокретним се тражи и додатни услов, а то је упис у катастар непокретности, уз забележбу фидуцијарног преноса својине.⁶³

4. *Садржина*. Садржину фидуцијарне својине чине овлашћења и корелативне обавезе сауговарача. Према ЗСПО, овлашћења фидуцијанта су: 1) непосредна државина ствари,⁶⁴ уз право на државинску заштиту; 2) употреба; 3) прибирање плодова (економско искоришћавање ствари ради лакше отплате дуга); 4) повраћај вишка вредности остварен уновчењем ствари. Обавезе фидуцијанта су: 1) чување ствари са појачаним степеном пажње (пажња доброг домаћина или привредника);⁶⁵ 2) обавештавање повериоца о свим променама на оптерећеним стварима, а нарочито о њиховом кварењу или губљењу вредности;⁶⁶ и 3) предаја ствари ако дуг не измири у року (када запада у доцњу).⁶⁷

Најважније овлашћење фидуцијара је да ако његово потраживање не буде намирено по доспелости, може ствар да уновчи (право намирења), поступајући „трговачки разумно“ и то: излагањем ствари јавној продаји, по цени утврђеној проценом стручњака или може ствар по тој цени задржати у својину.⁶⁸ Остала овлашћења су: 1) право првенства; 2) право следовања; 3) право на државинску заштиту;⁶⁹ 4) право на секвестар;⁷⁰ 5) превремена продаја ствари;⁷¹ 6) право на допуну обезбеђења;⁷² 7) право на плодове које даје оптерећена ствар од момента коначног стицања права својине на њој;⁷³ и 8) правно располагање стварју.

⁶¹ Насупрот томе, у немачком праву нема регистрације овог права зарад невидљивости обезбеђења и очувања бонитета фидуцијанта.

⁶² З. Рашовић, *Коментар Закона о својинско-правним односима*, Подгорица, 2009, 1798.

⁶³ Чл. 354 ЗСПО

⁶⁴ Чл. 364 ЗСПО

⁶⁵ Чл. 365 ЗСПО

⁶⁶ Чл. 367 ЗСПО

⁶⁷ Чл. 366 ЗСПО

⁶⁸ Чл. 375 ЗСПО

⁶⁹ Фидуцијар је посредни држалац, али може бити и судржалац ствари. Хрватско решење је особено, јер у тој регулативи фидуцијарни пренос својине не представља бездржавинско обезбеђење (фидуцијар је непосредни држалац ствари).

⁷⁰ Секвестар значи одузимање ствари од дужника и предају на чување трећем лицу. Чл. 370 ЗСПО

⁷¹ Чл. 372 ЗСПО

⁷² Чл. 371 ЗСПО

⁷³ Чл. 369 ЗСПО

Александра Павићевић, Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања (стр. 3-18)

Према ЗСПО, изричито је забрањено у тренутку закључења уговора о фидуцијарном обезбеђењу уговарање⁷⁴: 1) комисорне клаузуле и марцијанског пакта; и 2) права повериоца да употребљава ствар и прибере плодове (антихреза). Ипак, обе клаузуле су дозвољене накнадно, по истеку (кратког) рока од 8 дана од дана настанка потраживања, јер како доктрина оцењује, тада престаје потреба за додатном заштитом дужника, као економски слабије стране уговорнице.⁷⁵

5. *Дејство*. Дејство фидуцијарне својине је различито у међусобном односу сауговорача и у њиховом односу са трећим лицима. Право дејство фидуцијарног правног односа, највидљивије је у случају стечаја неког од ова два лица. У варијанти стечаја фидуцијара фидуцијант има излучно право на ствари фидуцијарно пренетој у својину његовог повериоца (ствар се издваја из стечајне масе, јер је фидуцијант њен прави, економски власник). Повериоци фидуцијанта могу на тој ствари тражити извршење, али морају фидуцијару признати различно право (првенствено намирење). Обрнуто, у случају стечаја фидуцијанта, фидуцијар има само различно право,⁷⁶ на првенствено намирење, јер је он титулар права реалног обезбеђења потраживања на туђој ствари, а не њен власник.⁷⁷

6. *Престанак*. Начини престанка фидуцијарне својине према ЗСПО-у⁷⁸ су: 1) престанком обезбеђеног потраживања, као главног права, што је последица акцесорности (спорним се сматра⁷⁹ прописани „аутоматски“ прелазак фидуцијарне својине на дужника); 2) одрицањем фидуцијарне својине од стране повериоца; и 3) пропашћу оптерећене ствари.

V ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ У СРПСКОМ ПРАВУ

1. *У позитивном српском праву*. У домаћем позитивном праву⁸⁰ фидуцијарни пренос својине општим прописом није регулисан.⁸¹ Занимљиво је

⁷⁴ Чл. 358 ЗСПО

⁷⁵ З. Рашовић, *Забрањене клаузуле код уговора о залози*, Закон о облигационим односима, 1978-1988., Књига о десетогодишњици, издање Часописа за правну теорију и праксу, Правни живот, I том, 1988, 250-255.

⁷⁶ Р. Вренчур, *op. cit.*, 295 -296.

⁷⁷ Само је швајцарско право остало доследно начелу јединства својине, па ствар сматра делом стечајне масе фидуцијара, а не фидуцијанта.

⁷⁸ Чл. 383 ЗСПО

⁷⁹ Вид. чл. 374 и чл. 384 ЗСПО. О неадекватности овог законског термина више у: М. Lazić, N. Planojević, *op. cit.*, 527.

⁸⁰ Фидуцијарне правне послове није регулисао ни некадашњи Српски грађански законик. Једини пропис којим су били посредно регулисани је Стечајни закон из 1929. год.

⁸¹ Чланом 445 Закона о облигационим односима регулисан је само фидуцијарни пренос потраживања, а не и фидуцијарни пренос својине. Закон о облигационим односима (ЗОО), Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр.

то што је од скоро нормиран у посебном пропису - у Закону о финансијском обезбеђењу,⁸² као регистровани фидуцијарни пренос својине *на финансијским инструментима у сврхе обезбеђења*. У питању је посебан модалитет института, дозвољен само ограниченом броју субјеката на финансијском тржишту.⁸³

Ипак, у домаћој пракси и доктрини се оцењује да овај институт треба да ужива општу правну заштиту, јер представља легално, а флексибилно средство добровољног осигурања потраживања, које погодује интересима пословне праксе, а нарочито привлачењу страних инвеститора.⁸⁴ У прилог тој тврдњи је аргумент да је овај уговор одраз слободе уговарања и начела аутономије воље странака.⁸⁵ Дозвољено је све што законом није забрањено, а у складу је са начелом савесности и поштења и забране злоупотребе права. Услов легалног конституисања је намера странака управљена на разилажење правних и економских ефеката посла и да такво дејство није уговорено ради остваривања недозвољеног циља, изигравања принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.⁸⁶

Ипак, домаћа судска пракса се колеба у погледу питања легалности и легитимности фидуцијарног преноса својине. Виши судови овај уговор често (неосновано) квалификују као врсту заложног права са недозвољеном клаузулом – *lex commissoria*, због чега му се не пружа судска заштита.⁸⁷ Уговор се (погрешно) одређује⁸⁸ као онај са недопуштеном каузом⁸⁹, а у циљу

31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/2020. Ни важећим ЗОСПО-м овај институт није регулисан као део *pignus clausus-a* домаћих стварних права. Закон о основама својинскоправних односа, Сл. лист СФРЈ, бр. 6/80 и 36/90, Сл. лист СРЈ, бр. 29/96 и Сл. гласник РС, бр. 115/2005 - др. закон.

⁸² Чл. 2, ст. 1, тач. б. Закона о финансијском обезбеђењу, Сл. гласник РС, бр. 44/2018.

⁸³ Вид. А. Radonjić, *op. cit.*, 8.

⁸⁴ Б. Пајтић, *Проблем допуштености фидуцијарног преноса својине у нашем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2017, 115-126.

⁸⁵ И. Бабић, *Лексикон облигационог права*, Београд, 2008, 83; Н. Тешић, *Фидуцијарни пренос својине*, *op. cit.*, 115.

⁸⁶ А. Гамс, *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, *op. cit.*, 24.

⁸⁷ Вид. Пресуда Савезног суда Гзс 19/94 од 24. септембра 1994., Збирка судских одлука, књига 19. свеска 1. стр. 98, Билтен судске праксе привредних судова, бр. 1/1998, стр. 108. Нав. према: М. Живковић, *О реформи реалних права обезбеђења у југословенском праву*, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен 2003, 317.

⁸⁸ Овде се на повериоца преноси само овлашћење да након западања дужника у доцњу, ствар изложи јавној продаји, намири износ потраживања и вишак врати дужнику. Дакле, ово није зеленашки уговор (нема места примени чл. 973 ЗОО), јер није уговор о залози, нити се њиме уговара забрањена клаузула *lex commissoria*. Тако и: З. Петровић, *op. cit.*, 217. Уп. Пресуда вишег суда у Београду, бр. Пж 263/96 од 29. јануара 1997. год, Судска пракса привредних судова, бр. 1/1997.

Александра Павићевић, Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања (стр. 3-18)

спречавања злоупотребе подређеног положаја дужника.⁹⁰ Нижи судови ипак, оцењују да је овакав уговор допуштен, као ефикасно средство брзе, вансудске наплате потраживања⁹¹.

Када је у питању домаћа доктрина, али и став појединих аутора из земаља у нашем окружењу, мишљења су подељена. Поједини правни писци,⁹² из разлога правне сигурности, позивају на опрез при увођењу овог права обезбеђења у правне системе транзицијских земаља. Као кључни аргументи против њега наводе се: сувишност у ситуацији постојања регистроване залог⁹³ (као познатог института, безбеднијег, једноставнијег за употребу у пракси)⁹⁴; сложеност фидуције; непостојање домаће правне традиције; спорно дејство према трећима и највише, могућност злоупотребе права фидуцијара на уштрб интереса подређеног дужника или опасност од изигравања поверења повериоца, услед могуће злоупотребе државине од стране фидуцијанта.

Други део доктрине⁹⁵ у фидуцији препознаје правни феномен који одговара интересима како повериоца, тако и дужника; који је легалан и легитиман; и који одговара потребама савременог правног промета. Ови аутори истичу да је, за разлику од залог, овај институт вишефункционалан, практичан, иако атипичан, јер је технички „некаузалан и неакцесоран“⁹⁶ (а суштински – каузалан на особен начин и функционално акцесоран), те да га треба законом изричито дозволити.

2. У будућем српском праву. Предлогом Преднацрта ГЗС овај институт није обухваћен, али јесте Нацртом из 2011. Насловљен је као: „право поверене

⁸⁹ Вид. Решење Врховног суда Србије бр. Рев 3708/2002 од 26. децембра 2002. год. Нав. према: А. Дудаш, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом саду, Нови Сад, 2012, 118.

⁹⁰ Вид. Врховни суд Србије, Рев-347/96 од 16.10.1996. Апелациони суд у Крагујевцу, Гж-228/10 од 2.2.2010. Нав. према: З. Петровић, *op. cit.*, 216-217.

⁹¹ Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 821-822.

⁹² Д. Медић, *Фидуцијарни пренос својине*, *op. cit.*, 30; А. Дудаш, *op. cit.*, 221-223.

⁹³ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени гласник РС*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011, 31/2019.

⁹⁴ У. Drobnig, С. Jessel-Holst, *О Нацрту Законака о својини и другим стварним правима*, Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законака о својини и другим стварним правима Србије, ур. В. Водинелић, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2007, 171; А. Дудаш, *op. cit.*, 221-222; Д. Медић, *op. cit.*, 30-31.

⁹⁵ Д. Аранђеловић, *op. cit.*, 347 и даље; А. Гамс, *op. cit.*, 36; Ј. Салма, *op. cit.*, 387; М. Lazić, N. Planojević, *op. cit.*, 524; Љ. Ђуровић, *op. cit.*, 820-821; Н. Тешић, *op. cit.*, 115; Б. Пајгић, *op. cit.*, 298; Т. Ђурђић, *op. cit.*, 493; М. Вучковић, *Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења у савременом праву*, Тематски зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, Ниш, 2012, 549.

⁹⁶ Н. Хаџимановић, *Критички прилог о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање пожељности феномена фидуције у југоисточној Европи*, *Нова правна ревија*, бр. 2, 2012, 32-43.

обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине⁹⁷ и то у два модалитета: 1) нерегистровано право обезбеђења (на покретним стварима) и 2) регистровано (на покретним и непокретним стварима).⁹⁸ Регулатива садржана у Нацрту може се оценити као свеобухватна, што је значајно за институт који је нов. Терминолошки посматрано, иако јесте похвално то што су називи из Нацрта описни и у духу српског језика (поверавач, повереник, поверена и очекивана обезбеђујућа својина),⁹⁹ конструкције су гломазне, чак и сувишне, када већ постоји универзално препознатљив термин – фидуција, односно фидуцијарни пренос својине. Уз то, као мана овог предлога у литератури се истиче предвиђање комисиорне клаузуле као правила¹⁰⁰ (за разлику од ЗСПО-а), што штети интересу дужника и повређује начело једнаке вредности узајамних давања.¹⁰¹

VI ЗАКЉУЧАК

Фидуцијарна својина представља условно стечено право својине на ствари, које условно овлашћује повериоца на првенствено намирење доспелог (фидуцијарно обезбеђеног) потраживања, ма код кога да се ствар налази. Иако фидуцијарни пренос својине представља најстарије право реалног обезбеђења, оно данас постоји у пословној пракси многих земаља, а неретко и као институционализовано право обезбеђења, које успешно надомешћује недостатке залогa. Иако може имати и друге функције, његова најчешћа сврха је обезбеђујућа; настаје специфичним дељењем својинских овлашћења између фидуцијанта и фидуцијара, уз начелну способност прикривања дуга (његова предност), али и бонитета дужника (његов недостатак). Иако пркоси строгој правној логици европскоконтиненталног права, овај институт је одраз слободе уговарања и начела диспозитивности, а његова афирмација у савременим условима је последица: особене правне природе (својина *sui generis*); својстава („цепање“ економског и правног ефекта посла); форме конституисања (раздвајање каузе и правног основа стицања); дејства (различито облигационо, односно стварноправно дејство у односу *inter partes* и према трећима); и засебне сфере примене у односу на друга права реалног обезбеђења (вишефункционалност).

Фактичко постојање два власника - економског и правног, јесте необична правна конструкција, али која даје више предности у пракси. Овај институт је

⁹⁷ Чл. 633-654. Нацрта

⁹⁸ Детаљније о мотивима творца Нацрта: В. Водинелић, *Основно о Нацрту стварноправног законика Србије 2006*, Ка новом стварном праву Србије, *op. cit.*, 13-16.

⁹⁹ Уп. А. Дудаш, *op. cit.*, 222.

¹⁰⁰ Ако поверавач не измири обавезу о доспелости, право повереника „прераста у својину“, осим ако је уговорено другачије. Чл. 637 Нацрта.

¹⁰¹ Тако и: М. Вучковић, *op. cit.*, 541.

практичан, ефикасан, одговара брзини савременог правног промета, јер омогућава повериоцу-фидуцијару бржу, вансудску наплату потраживања, чак и у односу на бездржавинску залогу. Његова комплексност и непостојање правне традиције могу се превазићи детаљном законском регулативом, попут црногорске, која не оставља недоумице. Проблем публицитета, у упоредном праву се адекватно решава предвиђањем обавезног уписа овог права у јавни регистар, те нема угрожавања правне сигурности, али се тиме истовремено губи невидљивост обезбеђења, што је традиционална предност фидуције немачког права.

Коначно, сматрамо да будућим стварним правом РС треба проширити палету права реалног обезбеђења потраживања, што и јесте предлог Нацрта из 2011., а пракса ће показати корисност сваког појединог института. Фидуцијарни пренос својине би, по нашој оцени, био сврсисходна функционална допуна регистрованој залози у српском стварном праву *de lege ferenda*, а у складу са трајућом хармонизацијом прописа на регионалном и субрегионалном нивоу.

Aleksandra Pavićević, LLD*

FIDUCIARY TRANSFER OF OWNERSHIP AS SECURITY RIGHT IN REM

Summary

By using comparative method, the author analyzes the fiduciary transfer of ownership with function of security right in rem in regulations of the European-continental legal tradition and critically considers the views of court practice and legal doctrine. The aim of this paper is to answer the question whether fiduciary transfer of property is a purposeful institute for future Serbian law, because it is not regulated in domestic positive law, while it is regulated in some European countries, especially in the legal texts of countries in our neighbourhood. This institute is not regulated by the Preliminary Draft of the Civil Code of Serbia, but it is regulated by the Draft Code of Property and Other Real Rights. In the situation of the planned reform of the domestic law of real security of claims, and in the context of the ongoing harmonization of legal solutions at the level of the European community, the author concludes that this institute is useful for Serbian future law. It functionally exceeds the

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

framework of pledges, thus satisfying the legitimate interests of parties in specific, mutually desired and legal way.

Key words: *security right in rem; fiduciary transfer of ownership for security purposes; divided ownership.*