

Др Александра Павићевић,
доценткиња

УДК: 347.466(497.11)
DOI: 10.46793/UPSSX.507P

ВРСТЕ И САДРЖИНА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ ПРЕМА НАЦРТУ ЗАКОНИКА О СВОЈИНИ И ДРУГИМ СТВАРНИМ ПРАВИМА СРБИЈЕ*

Резиме

Предмет рада је разматрање појединих сегмената института фидуцијарне својине у сврху реалног обезбеђења потраживања, који домаће позитивно право не познаје, али чије је увођење предложено Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. (за разлику од предлога Преднацрта грађанског законика Србије). С обзиром на важност хармонизације домаћег позитивног и будућег српског грађанског права са регулативом ЕУ, чије „меко“ право познаје овај институт (оличен решењем Нацрта заједничког референтног оквира за европско приватно право из 2008.), аутор у раду ставља фокус на предложено решење Нацрта из 2011. и то кроз анализу врста - регистровани и нерегистровани модалитет и садржине овог института, оригинално насловљеног као: право поверене обезбеђујуће својине и право очекиване обезбеђујуће својине. Аутор оцењује регулативу ових сегмената фидуције из Нацрта као иновативну и исцрпну, а институт вишеструко корисним за српско право де леге ференда, залажући се за формално увођење фидуцијарног преноса својине у сврху обезбеђења у будуће српско стварно право. Тиме би се проширила палета домаћег права реалног обезбеђења, а уједно и ускладило домаће са решењем „меког“ права ЕУ, које регулише фидуцију претежно кроз институт trust-a.

Кључне речи: право реалног обезбеђења потраживања; нерегистровани и регистровани фидуцијарни пренос својине; садржина права поверене обезбеђујуће својине и права очекиване обезбеђујуће својине.

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније”, који се финансира из средстава Факултета.

1. Увод

Фидуцијарни пренос својине представља стари институт, потекао из римског права, који познају и бројне савремене европске регулативе или барем њихова привредна пракса, где је он поново заживео услед растућих потреба тржишне привреде. Он традиционално може вршити различите функције, али најзанимљивија је сврха реалне гаранције – права стварног обезбеђења потраживања, што је група права која последњих деценија доживљава велику експанзију и чија се палета, упоредноправно посматрано, стално проширује, у жељи за што адекватнијим и иновативнијим обезбеђењем потраживања у комплексним дужничко-поверилачким односима.

Права реалног обезбеђења потраживања су у домаћем праву регулисана у различитим прописима и то у: Закону о основама својинскоправних односа (ЗОСПО)¹, затим у Закону о облигационим односима (ЗОО)² и у другим посебним законима. Међутим, фидуцијарно обезбеђење потраживања, ма колико интересовања изазивало у пракси, позитивним српским правом није регулисано, нити је то икада до сада било. Будући да није законом забрањено, оно је предмет уговарања странака у пракси, у складу са начелом аутономије воље грађанскоправних субјеката. Са друге стране, део судске праксе и доктрине га сматра спорним, чак и правно недозвољеним, уз оцену да се њиме прикривају различити ништави правни послови. Овакав споран статус овог института не погодује правној сигурности (што је општи интерес), нити приватним интересима инволвираних странака, те је значајно формулисати предлог за њега *de lege ferenda*, а на основу анализе овог института у упоредном праву, као и досад израђених предлога решења будућег српског права. Будући да Преднацртом грађанског законика Србије³ ова реална гаранција није нормирана, предмет наше анализе у раду биће структура овог института у предлогу Нацрта из 2011.⁴, који га свеобухватно регулише, уз

¹ Закон о основама својинско-правних односа Републике Србије (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/1980, 36/1990; Сл. лист СРЈ, бр. 29/1996; Сл. гласник РС, бр. 115/2005 – други закон). У даљем тексту ЗОСПО.

² Закон о облигационим односима Републике Србије, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; Сл. лист СРЈ, бр. 31/1993; Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003. У даљем тексту ЗОО.

³ Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, доступан на интернет адреси: <http://www.propisi.com/prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>. У даљем тексту Преднацрт.

⁴ Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, 2012. интернет адреса: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>. У даљем тексту Нацрт. Прва верзија овог нацрта израђена је 2006. а у њој је институт фидуцијарне својине био нормиран у чл. 646-667. Видети: *Ка новом стварном праву Србије, нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије*, Београд, 2007.

нужни осврт на регулативу фидуцијарне својине у тзв. „меком“ праву Европске уније,⁵ са којим домаће решење треба ускладити. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*⁶ из 2008. године садржи дефиниције, принципе и модел - правила будућег европског приватног права, па тако и фидуције. Циљ истраживања је критичка анализа и оцена појединих сегмената овог института у решењу домаћег Нацрта из 2011, а то су - врсте и садржина „права поверене обезбеђујуће својине и права очекиване обезбеђујуће својине“.

2. Појам, карактеристике и врсте

2.1. У упоредном праву

Фидуцијарни пренос својине се у литератури⁷ уобичајено дефинише као специфично право утемељено на правном послу којим један уговарач (фидуцијант) преноси својину у сврху обезбеђења намирена потраживања на другу страну (фидуцијара), истовремено уговарајући да ће стварно дејство уговора бити уже од формалноправног, те да ће по остварењу одређеног услова, привремено пренето право бити враћено фидуцијанту (преносиоцу).⁸ Отуд, фидуцијарна својина представља условно стечено право својине на

⁵ Усклађивање прописа у области грађанског права одвија се претежно у сфери *Soft law-a* („меког“ права), које обухвата различите правно необавезујуће акте, где спадају и нацрти модел-правила, од којих је један веома значајан за грађанско право, јер је основ за планирани настанак Европског грађанског законика.

⁶ Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, *Draft Common Frame of Reference* из 2008. *доступан на:* http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf. У даљем тексту *DCFR*.

⁷ Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Црној Гори*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу, Избор радова и анализа, - Прва регионална конференција, Цавтат, 2010, стр. 621-622; Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2012, стр. 107-115, стр. 113; Вренчур, Р., *Фидуцијарни пренос власничког права у осигурање на покретним стварима у новом словеначком праву*, у: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), *Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Времен: Edition Temmen, 2003, стр. 291-303, стр. 292; Лазић, М., Платојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, Правни живот, књ. 548, бр. 10/2011, стр. 511-528.

⁸ Детаљније о овом институту у упоредном праву видети: Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, год. XI, бр. 2/2020, стр. 3-18; Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у упоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/2003, стр. 194-243, стр. 212; Хацимановић, Н., *Критички прилог 1 о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање пожељности феномена фидуције у Југоисточној Европи*, Нова Правна Ревивија, Часопис за домаће, њемачко и европско право, бр. 2/2012, стр. 32 и даље.

ствари, које (под одређеним условом) овлашћује повериоца на првенствено намирење доспелог (фидуцијарно обезбеђеног) потраживања, код кога год се ствар налазила.⁹

Фидуцијарни пренос својине у домаћем позитивном праву није законом регулисан¹⁰, али се у пракси начелно сматра дозвољеним¹¹, будући да представља флексибилно средство добровољног осигурања потраживања.¹² Услов његовог легалног конституисања је намера странака чији је циљ (свесно) неподударње правних и економских ефеката овог посла,¹³ а нарочито да такво дејство није уговорено зарад остваривања недозвољеног циља, нити изигравања прописа.¹⁴ Међутим, у упоредном праву¹⁵ фидуцијарни пренос својине представља врло афирмисано право реалног обезбеђења, пре свега у: немачком¹⁶, швајцарском¹⁷, хрватском¹⁸, словеначком,¹⁹ праву Црне Горе,²⁰ итд.

⁹ Павићевић, А., *Три атипична права реалног обезбеђења потраживања у српском и у „меком“ праву Европске уније*, Зборник радова: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 9, Крагујевац, 2021, стр. 451-467.

¹⁰ Фидуцијарни пренос потраживања је уређен у чл. 445 ЗОО, за разлику од фидуцијарног преноса својине.

¹¹ Домаћа судска пракса се колеба у погледу питања да ли је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења допуштен у позитивном праву.

¹² Више о појму и афирмисању фидуцијарног преноса својине у упоредном праву и паралели са установом *trust-a* видети код: Dyer, A., van Loon, H., *Report on trusts and analogous institutions*, Actes et documents, Proceedings of the fifteenth Session, Tome II, Trust applicable law and recognition, Nauge, 1985, стр. 60.

¹³ Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења...*, стр. 622.

¹⁴ Више о фидуцијарним правним пословима видети: Гамс, А., *Ништо о фидуцијарним правним пословима*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1960, стр. 24 и даље; Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 812 и даље.

¹⁵ У хрватском, македонском и црногорском праву могу се фидуцијарно преносити својина, као и друга права. У словеначком праву, само се својина на покретним стварима (чл. 63. и 201 Стварноправног законика, СПЗ) и правима (чл. 207 и даље СПЗ) може фидуцијарно преносити. О особеностима фидуцијарног преноса својине, као особеног (нерегулисаног, али у пракси постојећег) права обезбеђења потраживања у француској регулативи: Ripert, G., Roblot, R., *Traite de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996, стр. 713.

¹⁶ Видети: § 223 ст. 2 НГЗ. О карактеристикама фидуцијарног преноса својине у немачкој регулативи видети детаљно код: Baur, F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983, стр. 590 и даље; Pottschmidt, G., Rohr, U., *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986, стр. 178.

¹⁷ Видети: чл. 717 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ)

¹⁸ Више о фидуцијарном преносу својине у хрватском праву код: Gavella, N., Борић, Т., *Стварно право у Хрватској*, Увод и превод текстова (Беч/Берлин), 2000, тр. 96-98; Holst, C. J., *Reform des Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa*“, Das Budapester Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen, 2003, стр. 90; Ернст, Х., *Стварноправна осигурања на некретнинама у Републици Хрватској*, у: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional*

Иако фидуцијарни пренос својине представља најстарије право реалног обезбеђења потраживања (које је настало у римском праву као последица неразвијене технике права обезбеђења), оно данас фигурира у пословној пракси многих земаља (али и у неким законодавствима као институционализовано право обезбеђења), које успешно коригује недостатке ручне залогџе.²¹ Иако може имати и друге функције,²² његова најчешћа сврха је обезбеђујућа; настаје особеним дељењем својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, уз способност прикривања дуга (његова предност), али и бонитета дужника (његов недостатак). Овај институт је одраз слободе уговарања облигационог права и начела диспозитивности, а његова афирмација у савременим условима је последица: особене правне природе, својстава, форме конституисања, дејства, а у делу и засебне сфере примене у односу на друга реална обезбеђења потраживања. За разлику од домаће позитивне регулативе, већина осталих из нашег окружења (републике из састава некадашње СФРЈ) законом је уредила могућност фидуцијарног преноса својине.

2.2. У домаћем Нацрту

У домаћем Нацрту из 2011. је у делу XI., у глави А, под називом: *Друга права обезбеђења*, кроз 21 одредбу нормиран фидуцијарни пренос својине, као *право поверене обезбеђујуће својине и право очекиване обезбеђујуће својине*. У одељку 1 је овај институт најпре дефинисан, кроз два модалитета, са лоцираним кључним својствима сваког од њих.

1. *Нерегистровани модалитет*. Најпре је појмовно одређена нерегистрована поверена обезбеђујућа својина и очекивана обезбеђујућа својина²³, што упућује на то да је опредељење творца Нацрта да овај модалитет буде постављен као правило (налик фидуцији немачког права). Институт је дефинисан као: право повериоца

Conference, Cavtat 2010, Vol. II, Beograd 2010, стр. 576 и даље; Кнежевић, В., Пак, Ј., Заложно право на покретним стварима, Промене стварног права у Србији, Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004, стр. 176-177.

¹⁹ Видети: чл. 37. ст. 2. СПЗ. Више о овом облику обезбеђења потраживања у словеначком праву видети: Вренчур, Р., *нав. чланак*, стр. 291-303.

²⁰ Видети: чл. 353 ст. 2 Закона о својинскоправним односима Црне Горе. Видети и: Закон о фидуцијарном преносу права својине, Сл. лист РЦГ, бр. 23/1996.

²¹ О томе више код: Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998, стр. 272-273; Гамс, А., *Основи стварног права*, 8. Изд., Београд, 1980, стр. 200; Ђорђевић, А., *О фидуцијарним правним пословима*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 5-6/1926, стр. 344; Ковачевић - Куштримовић, Р., *Грађанско право (Општи део)*, 1995, стр. 166; Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997, стр. 11.

²² Фидуција може бити уговорена и у форми *fiducia cum amico contracta*, као правни посао који је закључен претежно у интересу фидуцијанта и сл.

²³ Чл. 633 ст. 1 Нацрта

(тзв. повереника) који је уговором овлашћен да својину, поверену му ради обезбеђења потраживања (обезбеђено потраживање), врши на предатој *покретности* (поверена ствар), а дужник, односно треће лице (тзв. поверавач) до намирења обезбеђеног потраживања има право очекиване обезбеђујуће својине. Притом, поверениково право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине, односно поверавачево право очекиване својине могу се и уписати у јавном регистру.²⁴

Иновативност предложеног решења је видљива већ у називу овог института – нов (сложени) термин, уместо интернационално познатог - фидуцијарни пренос својине. Реч је о називу који дескриптивно означава суштину нама досад формално непознатог института, у циљу да и стручњаке и лаике упозна са његовим значењем, што је користан, мада неуобичајен приступ. Из дефиниције „*права нерегистроване поверене обезбеђујуће својине*» у Нацрту може се закључити да је: виши родни појам овог права «поверена» својина у функцији реалног обезбеђења потраживања; а врсне разлике су: - субјекти односа: тзв. повереник (титулар поверене обезбеђујуће својине) и поверавач (као титулар очекиване обезбеђујуће својине); - уговор као правни основ настанка; - искључиво покретна «поверена» ствар као објекат (ужи концепт објекта); и - временски ограничено трајање поверене својине, до намирења (раскидни услов правног посла). Додатак дефиницији је и одређење да се овај институт може уписати у јавном регистру, што значи да је правило нерегистрована поверена својина, али да је дозвољени изузетак регистровање обезбеђујуће поверене својине - у случају жељене транспарентности, што је у складу са начелом аутономије воље странака и диспозиције сауговорача.²⁵

У ст. 2 истог чл. 633. Нацрта нормирано је овлашћење повереника да: „*може трећем лицу да пренесе своја овлашћења да ствар држи, употребљава и користи, не мењајући поверену ствар ни њену намену, а поверавач – своју очекивану обезбеђујућу својину*“. Овим је уз сам појам, назначен и значајан део садржине овог права, коју иначе чине корелативна овлашћења и обавезе сауговорача (поверавача и повереника). Конкретно, реч је о овлашћењу повереника да може бити и посредни држалац поверене ствари (што је олакшица, јер не мора непосредно збрињавати поверену ствар код себе, већ је може треће лице држати за њега), при чему је ограничење – забрана мењања поверене ствари и њене намене. Са друге стране, назначено је да је овлашћење повереника да својим правом поверене својине може слободно располагати, дакле пренети је трећем лицу, што је за њега додатни бенефит.

2. *Регистровани модалитет.* Друга врста поверене и очекиване обезбеђујуће својине нормирана је чл. 634 Нацрта. Она настаје формално – на основу писаног уговора уз упис у одговарајућем јавном регистру, а предвиђен је шири објекат на

²⁴ Појмовно одређење овог института садржано је у чл. 633 Нацрта.

²⁵ Видети више у: Павићевић, А., *Појам фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, Зборник радова: Садашњост и будућност услужног права, Крагујевац, 2022, стр. 227-247.

коме се може засновати. За разлику од нерегистроване фидуцијарне својине, која према Нацрту може настати само на покретним стварима, регистрована поверена обезбеђујућа својина може настати и на непокретностима. Чињеница уписа има пре свега конститутивни карактер за настанак овог права обезбеђења, али и функцију публицитета, при чему изостаје пренос државине на повереној ствари, која остаје у поседу поверавача, а упис гарантује дејство *erga omnes*. Поверавач има право очекиване обезбеђујуће својине и овлашћен је да док право обезбеђења траје поверену ствар непосредно држи, употребљава, присваја користи од ње (што му олакшава економску позицију у међувремену и убрзава отплату дуга поверенику), али је такође овлашћен и да та овлашћења пренесе трећем лицу, уколико то жели. Уз то, ст. 3 чл. 634 Нацрта предвиђено је, ако је тако уговорено – да је повереник, односно поверавач овлашћен да пренесе својину. Занимљиво искључење једне особене врсте ствари Нацрт предвиђа за кућне љубимце, који као ствар *sui generis*, не могу бити предмет поверене својине - ни нерегистроване, ни регистроване.²⁶ Ово решење је оправдано, заштитног карактера према животињама, које су предмет особене емотивне наклоности својих власника (имају афекциону вредност), којима се стога не сме на такав начин располагати.

3. Услови за стицање

3.1. У упоредном праву

За настанак фидуцијарне својине потребно је испуњење следећа два услова: а) власник ствари дате у гаранцију може бити дужник, али и треће лице;²⁷ и б) мора постојати пуноважан уговор управљен на стварање права обезбеђења (стварноправни уговор),²⁸ уз паралелно постојање посебног уговора (облигационоправне природе), који крије каузу првог правног посла.²⁹

3.2. У домаћем Нацрту

У одељку 6 ове главе Нацрта прецизно су прописани услови за стицање права поверене обезбеђујуће, односно очекиване обезбеђујуће својине. У чл. 646 ст. 1 Нацрта одређено је да се право нерегистроване фидуцијарне својине

²⁶ Чл. 635 Нацрта.

²⁷ У регулативама које дозвољавају фидуцијарни пренос својине на непокретностима (попут решења Црне Горе), додатни услов је и извршен упис у јавни регистар права на непокретностима, уз забележбу фидуцијарног преноса својине.

²⁸ О правној природи овог уговора видети више код: Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 815. О форми овог уговора, као конститутивном елементу његовог настанка у праву Црне Горе, видети: чл. 353 ст. 2, чл. 358 и чл. 378 Закона о својинскоправним односима Црне Горе.

²⁹ Тако и: Лазивић, М., *Реформа заложног права у Републици Србији (мобиљарна хипотека и хипотека)*, Европски правник, Нови Сад, април 2007, стр. 84.

стиче када поверавач на основу уговора преда ствар поверенику. Овим је за *iustus titulus* настанка овог права одређен уговор (неформалан, консенсуалан, јер је реч о покретним стварима као објекту), док је *modus acquirendi* стицања – предаја покретне ствари поверенику у посед. Ипак, упис овог права нерегистроване поверене обезбеђујуће својине, односно очекиване својине у јавном регистру могу тражити заинтересоване странке - поверавач или повереник,³⁰ када он врши само функцију публицитета.

Са друге стране, право регистроване поверене и очекиване обезбеђујуће својине стиче се на основу уговора уписом у јавном регистру (који тада представља модус стицања). Осим овог деривативног начина стицања, који је правило, у ст. 3 чл. 646 нормирана су и два оригинарна начина стицања овог права реалног обезбеђења – а то су одржајем и стицањем од невласника, за шта је предвиђена сходна примена одредби о стицању својине од невласника, односно одржајем. Ово сматрамо значајним прецизирањем у циљу отклањања недоумица у пракси, које постоје код неких сродних института,³¹ а које омогућавају стицање фидуцијарне својине и овим атипичним начинима, када недостаје неки од услова за деривативно стицање.

4. Садржина

4.1. У упоредном праву

У традиционалном облику фидуцијарног преноса својине - 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, што чини кључни део садржине ове реалне гаранције. Ако је фидуцијар пре доспелости потраживања располагао својином на оптерећеној ствари (што је формалноправно у могућности) - повредио је фидуцијарно поверење, противно начелу савесности и поштења и добрим обичајима, те дужнику по том основу дугује надокнаду штете.³² Ипак, то је само облигационоправни захтев фидуцијанта, док његов стварноправни захтев изостаје у случају да је поверилац-фидуцијар изиграо поверење свог

³⁰ Чл. 647 Нацрта.

³¹ Ово је нпр. случај код ретенције, као сродног права реалног обезбеђења потраживања, за коју законом ништа није прописано, те део доктрине и судске праксе одриче могућност њеног оригинарног стицања путем одржаја и стицањем од невласника, а други део пак, признаје – применом аналогije са ручном залогом, као најсроднијим стварноправним институтом.

³² Салма, Ј., *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 389. Уп. Занимљиво је истаћи да хрватско решење прописује да је правно располагање предметом фидуције од стране фидуцијара трећем лицу – дозвољено, иако је противно уговорној забрани. Видети: чл. 275 ОЗ РХ.

сауговорача и пренео својину на треће савесно лице.³³ Фидуцијар нема ствар у свом поседу (бездржавинско обезбеђење је у питању), већ функцију публицитета овог права обезбеђења евентуално може имати упис у одређене јавне регистре; а ако пак, упис изостане нема ни *публицитета*³⁴, а тиме ни дејства *erga omnes*.³⁵

4.2. У домаћем Нацрту

1. *Држање и коришћење (употреба и прибирање плодова)*. У одељку 2 ове главе, под насловом: Садржина права поверене и очекиване обезбеђујуће својине, нормирана су у чл. 639 најпре три овлашћења, а то су: 1) држање, 2) употреба и 3) прибирање плодова са поверене ствари. Садржина овог права варира у зависности од модалитета фидуцијарне својине, па се тако неминовно разликују овлашћења и обавезе повереника и поверавача у зависности од тога да ли је реч о нерегистрованом или регистрованом модалитету.

За нерегистровани облик овог права обезбеђења овлашћење повереника је да поверену ствар: држи, употребљава и присваја користи од ње и то са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина (у зависности од тога да ли је питању правно или физичко лице), уз обавезу да је поверавачу врати чим му се дуг намири (што је логична последица престанка акцесоријума са престанком потраживања, као главног, њиме обезбеђеног права). У ст. 2 је предвиђено да ако повереник не покаже овај степен пажње (задат правним стандардом) за поверену (још увек економски туђу) ствар одговараће поопштено, тј. и за случајну пропаст или оштећење ствари, што такође важи и за заложно право. За регистровани модалитет института расподела ових овлашћења је обрнута, јер се поверена ствар налази у поседу поверавача, те је он овлашћен да ствар држи, употребљава и присваја користи од ње (чувајући је са претходно наведеним, појачаним степеном пажње).³⁶ Према чл. 640 Нацрта, вредности плодова и употребе урачунавају се оном лицу у чијем се поседу поверена ствар налази и које је имало економске бенефите од коришћења ствари у међувремену. Тако, код нерегистроване фидуцијарне својине право на потраживање накнаде трошкова око чувања ствари, камате и главнице има повереник, чији се износ умањује за износ чистог прихода од присвојених

³³ Стојановић, Д., *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, Правни живот, бр. 5-6/1993, стр. 619.

³⁴ Условљавање дејства задржавања својине уписом није свуда правило. Више о ситуацији у швајцарском и немачком праву видети: Lehmann, H., *Reform der Kreditsicherung an Fahrins und Forderungen*, Stuttgart, 1937, стр. 7 и даље. Уп. Tuor, P., Schnyder, V., Schmidt, J., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995, стр. 747 и даље.

³⁵ Тако и: Ковачевић – Куштримовић, Р., Лазић, М., *нав. дело*, стр. 300.

³⁶ Чл. 639 ст. 3 Нацрта

плодова од поверене ствари, односно за вредност употребе поверене ствари (што је правило које важи и за заложно право).

2. *Преглед ствари.* У одељку 3 ове главе нормирано је овлашћење повереника на преглед поверене ствари, које такође чини садржину овог института. Чланом 641 предвиђено је овлашћење поверавача да прегледа поверену ствар, ако околности указују на могућност да повереник ствар употребљава, користи на неубичајан начин или постоји опасност да својим понашањем умањи вредност поверене ствари, а водећи рачуна о оправданим интересима повереника. Ово овлашћење је значајно и служи заштити интереса поверавача, што такође важи и за државинско заложно право. У ст. 2 истог члана је предвиђено обрнуто правило – наведена овлашћења има повереник код права регистроване обезбеђујуће својине, што је логично, јер тада ствар остаје у поседу поверавача, који о њој можда и не брине адекватно, што може штетити интересу повереника, конкретно његовом намирњу из те ствари (као код недржавинских заложних права, попут хипотеке и регистроване залог).

3. *Обезбеђење и принудно управљање.* Чланом 642 ст. 1 Нацрта предвиђен је и корак даље у заштити интереса лица коме друга страна у фидуцијарном односу не омогућава преглед поверене ствари. Поверавач тако може захтевати обезбеђење од повереника, ако он ни на поновљени захтев не омогући преглед поверене ствари, као и ако постоји опасност да својим понашањем умањи њену вредност. Уколико повереник не да обезбеђење одређено судском одлуком, суд ће на захтев поверавача одредити, према околностима случаја, њега или треће лице за принудног управника, као и његова овлашћења.³⁷ Уз то, у току поступка суд може одредити и привремене мере, ради отклањања хитне опасности од противправног оштећења или ради отклањања ненадокнадиве штете.³⁸ Иста ова овлашћења (из ст. 1-3. овог члана) има повереник код права регистроване обезбеђујуће својине,³⁹ због чињенице да је поверена ствар у непосредном поседу поверавача.

4. *Замена поверене ствари.* У одељку 4 ове главе нормирано је још једно овлашћење фидуцијара (повереника), а то је замена првобитно поверене ствари која има неки скривени недостатак (материјални или правни), другом одговарајућом ствари, јер прва није довољно обезбеђење потраживања.⁴⁰ У том смислу очигледна је још једна паралела са заложним правом (и на покретним и на непокретним стварима), која се у доктрини означава као право залогопримца на тзв. на допуну залог. Паралеле ради, занимљиво је истаћи да је ово овлашћење примаоца обезбеђења (фидуцијара) регулисано детаљно у немачкој привредној пракси и то Општим условима пословања немачких банака. Тако,

³⁷ Чл. 642 ст. 2 Нацрта

³⁸ Чл. 642 ст. 3 Нацрта

³⁹ Чл. 642 ст. 4 Нацрта

⁴⁰ Чл. 643 Нацрта

банка у свако доба може захтевати конституисање или појачање банковног обезбеђења за све обавезе дужника (па и условне и орочене).⁴¹

5. *Промена имаоца, пренос и залагање.* У 5. одељку ове главе садржано је овлашћење титулара овог права на правно располагање њиме – и то потпуно или делимично.

А. *Потпуно правно располагање* повереном обезбеђујућом и очекиваном обезбеђујућом својином предвиђено је у чл. 644 у виду промене имаоца овог права – преносом на друго лице (што важи и за заложно право). Наиме, уколико је тако уговорено⁴², уписано право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине, као и право регистроване поверене обезбеђујуће својине⁴³, повереник може пренети трећем лицу и то - са или без преноса обезбеђеног потраживања. Ово је значајно својство, јер означава ову реалну гаранцију као неакцесорно право обезбеђења, које не мора пратити правну судбину њиме обезбеђеног потраживања (налик нпр. земљишном дугу немачког права),⁴⁴ а што је уједно значајна разлика у односу на заложно право, које је строго акцесорног карактера.

Овлашћење правног располагања има и друга страна у односу – поверавач, под условом да је тако уговорено - поверавач може право нерегистроване, односно регистроване очекиване својине пренети трећем лицу, са или без преноса обезбеђене обавезе, а поверавач регистроване поверене својине трећем лицу може и предати ствар.⁴⁵ Ограничење за стицање својине тог трећег лица на повереној ствари је у томе што се оно временски помера на тренутак када обезбеђена обавеза престане испуњењем или на неки други начин.⁴⁶ Ипак, наглашава се – у сумњи, у ова претходна три става, узима се да је трећем лицу пренето и обезбеђено потраживање, односно обавеза⁴⁷ (јер то је оно што се најчешће у пракси догађа – да је поверена ствар функционално акцесоријум обезбеђеног потраживања и да најчешће следи његову правну судбину). Коначно, Нацртом је предвиђен и прелазак фидуцијарне својине на универзалне сукцесоре обе стране у фидуцијарном односу (фидуцијанта-поверавача и фидуцијара-повереника)⁴⁸.

Б. *Делимично правно располагање.* Под овим овлашћењем у Нацрту је нормирано залагање, закуп и плодуживање засновано на повереној обезбеђујућој/очекиваној обезбеђујућој својини. У чл. 645 регулисано је најпре овлашћење повереника (фидуцијара) да фидуцијарно поверену му ствар заложити (као обезбеђење свог дуга према трећем, његовом повериоцу) и преда му је у

⁴¹ Стојановић, Д., Павићевић, Б., *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997, стр. 223.

⁴² Ово је уједно и одлика немачког решења. Видети: Вауг, Ф., *нав. дело*, стр. 605.

⁴³ Чл. 643 ст. 2 Нацрта

⁴⁴ Чл. 643 ст. 1 Нацрта

⁴⁵ Чл. 643 ст. 3 Нацрта

⁴⁶ Чл. 643 ст. 4 Нацрта

⁴⁷ Чл. 643 ст. 5 Нацрта

⁴⁸ Чл. 643 ст. 6 Нацрта

физичку државину, када право залогe настаје прерастањем права поверене својине у право (праве) својине⁴⁹ (јер само се своја ствар може заложити, а не условно своја/туђа). Исто правило предвиђено је за поверавача: ако он, док траје овај фидуцијарни однос, поверену ствар да трећем лицу у залогу (њоме делимично правно располаже) и преда му је у физичку државину, право залогe настаје тек прерастањем права очекиване својине у право својине.⁵⁰

Када је реч о закупу (као облигационом праву) и плодoуживању (као стварном праву - личној службености), која су такође видови делимичног правног располагања фидуцијарном својином, чл. 645 ст. 2 Нацрта је предвиђено да ако повереник, док траје фидуцијарни однос, да ствар у закуп/плодoуживање, ова два права престају прерастањем очекиване својине поверавача у право својине. Уколико пак, поверавач у току трајања фидуцијарног односа, ствар да у закуп/плодoуживање, престанком права очекиване својине без прерастања у право својине – престаје и закуп и плодoуживање (јер ствар више није његова, те не може њоме ни правно располагати).⁵¹ Очигледно је да су сви ови видови потпуног и делимичног правног располагања од стране повереника или поверавача модификовани условом (одложним/раскидним), као будућом неизвесном околношћу од чијег остварења/неостварења зависи дејство закљученог посла.

Као недостатак Нацрта у погледу одређења садржине овог института, препознајемо непредвиђање два значајна овлашћења титулара овог права, која иначе познаје немачко решење⁵², а то су: обавеза поверавача (даваоца обезбеђења) да осигура обезбеђено добро, као и обавеза информисања сауговорача о најважнијим околностима које се тичу обезбеђеног добра (нпр. оштећења, губици вредности, обавештење о залагању поверене ствари у међувремену и сл.)⁵³.

5. Фидуцијарни пренос својине у „меком“ праву Европске уније

Фидуцијарни пренос својине је уређен као особено стварно право и у тзв. „меком“ праву ЕУ, оличеном у решењу Нацрта заједничког референтног оквира за европско приватно право (*DCFR*), који представља основ за израду планираног Европског грађанског законика. Он нема правно обавезујуће дејство за државе чланице ЕУ, али је својеврсна потврда значаја овог института у палети различитих европских реалних гаранција. Глава X овог документа детаљно уређује фидуцију и то двојачко: а) претежно, као „*trust*“- институт

⁴⁹ Чл. 645 ст. 1 Нацрта

⁵⁰ Чл. 645 ст. 3 Нацрта

⁵¹ Чл. 645 ст. 4 Нацрта

⁵² Пар. 71 немачког Закона о осигурању

⁵³ Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 224.

подељене својине, типичан за англоамеричко право, коме парира римски институт: *fiducia cum amico contracta*; и б) у сврху реалног обезбеђења потраживања, чему је у римском праву пандан модалитет *fiducia cum creditore contracta*. Овом другом облику фидуције - као реалне гаранције (а који је предмет разматрања у раду) посвећена је само једна одредба ове главе *DCFR*-а и у њој се упућује на примарну примену одредаба о правима реалног обезбеђења на покретностима из главе IX *DCFR*-а,⁵⁴ што је логично, јер је реч о функционално сродним институтима. На овај начин је и у поменутом наднационалном решењу потврђена аутентична физиономија института „подељене“ својине и различитост од заложног права, уз упућивање на функционалну акцесорност – идеју да сврха фидуције може бити и обезбеђење потраживања, али да она може имати и бројне друге сврхе. Чињеница да је ова реална гаранција укључена у поменути документ недвосмислено потврђује чињеницу да је њено признавање смер будућег развоја права реалног обезбеђења потраживања, што је значајно у контексту трајуге хармонизације српског националног права са правом ЕУ.

6. Закључак

Фидуцијарни пренос својине је аутентично, необично, али корисно средство реалног обезбеђења потраживања, што је само једна од улога коју овај готово архаични институт може вршити и у 21. веку. Његову употребу, али и формално озакоњење оправдава неколико значајних начела грађанског права, а то су: слобода уговарања, аутономија воље и диспозиција странака. Сврха фидуције као реалне гаранције у пракси је најчешћа, а настаје особеном расподелом својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, тј. поверавача и повереника, терминологијом домаћег Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. Базична предност фидуције у дужничко-поверилачким односима, упоредноправно посматрано, јесте њена способност прикривања дуга, а недостатак - прикривање бонитета дужника.⁵⁵ Ова својства је чине врло атрактивном у модерној европској пословној пракси, а разлог су и њеног све чешћег нормирања у бројним европским регулативама, па и онима у нашем најближем окружењу. Потреба за правном сигурношћу и заштитом правног положаја оба сауговорача оправдава њено

⁵⁴ Book X, DCFR, Trusts, Chapter 1, Fundamental provisions, Section 1, Scope and relation to other rules:

X. – 1:102: *Priority of the law of proprietary securities*: „In relation to trusts for security purposes, this Book is subject to the application of the rules in Book IX (*Proprietary security in movable assets*)“.

⁵⁵ Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016, стр. 385.

институционализовање, јер ризик изигравања поверења сносе оба сауговорача (услед могуће злоупотребе својине или државине).

Преднацртом грађанског законика Србије фидуција није нормирана ни у једном облику, али јесте раније израђеним предлогом - Нацртом из 2011. Предлог Нацрта за увођење фидуције као: права поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине, оцењујемо као иновативно решење, усклађено са савременим законодавством на регионалном и субрегионалном нивоу, а што је нарочито значајно – и са потребама праксе. Детаљна регулатива овог института (у преко 20 одредаба) је адекватан избор творца Нацрта, што је нарочито приметно у сегментима обрађеним у раду, а то су: врсте фидуцијарног преноса својине и садржина института⁵⁶. Нацртом су искоришћене предности оба модалитета фидуције која познаје упоредно право и то: нерегистровани и регистровани модалитет (при чему се овим другим значајно превазилази традиционални немачки модел фидуције). Предност нерегистрованог облика фидуције је дискреција и способност прикривања дуга, а предност регистрованог је правна сигурност трећих и транспарентност, а у складу са аутономијом воље сауговорача.

Стога сматрамо адекватним нормирање оба модалитета овог института у Нацрту, а то су: традиционалан – нерегистровани, као правило, који настаје искључиво на покретним стварима; уз регистровани, као алтернативу (који је сличнији регистрованој залози), а који може настати и на непокретностима. Овакав проширени објекат фидуцијарне својине, уз могућност регистровања овог стварног права је концепт који значајно одступа од уобичајеног немачког (традиционалног) модела, али га очигледно изискују потребе праксе.⁵⁷ У зависности од уговореног облика фидуције (нерегистрована или регистрована) варирају и услови за стицање (*iustus titulus* и *modus acquirendi*), као и садржина института, која може указивати на: 1) бездржавинско; или 2) државинско средство реалног обезбеђења. Тако, према Нацрту овлашћења држања, употребе и прибирања плодова са поверене ствари, варирају у зависности од модалитета фидуције, тј. од тога - ко држи поверену ствар (поверавац/повереник), као и право прегледа ствари (уз обезбеђење и принудно управљање). Уз то, садржину овог права чини и овлашћење замене поверене ствари (у случају постојања неког недостатка), као и располагање подељеном својином на повереној ствари - потпуно (променом имаоца) и делимично (залагање, закуп и плодуживање). Финално овлашћење је првенствено намирење повереника из вредности поверене ствари или пак коначно претварање поверене својине у потпуну својину на ствари (ако је уговорена комисорна клаузула). Овакво

⁵⁶ Испорност регулативе Нацрта у овом сегменту је нарочито видљива у поређењу са неки страним решењима, попут нпр. хрватског, које се уређењем садржине института претходног и потоњег власништва готово и не бави. Тако и: Повлакић, М., *нав. дело*, стр. 236.

⁵⁷ О необичности оваквог решења посматрано из угла немачког правника видети мишљење др Ulricha Drobniга: *Ка новом стварном праву Србије, нав. дело*, стр. 167-169.

решење садржине фидуцијарне својине из Нацрта може се оценити као исцрпно, свеобухватно, што је адекватно у ситуацији планираног увођења новог института у правни систем једне државе, имајући у виду и потребу за његовим прецизним разграничењем од функционално сродних права (конкретно, заложног права).

Коначно, оваква физиономија института је у складу и са решењем ДЦФР-а, као меког права ЕУ, са којим домаће решење настојимо ускладити. Иако ово модел правило није правно обавезујуће, оно представља значајан путоказ за развој европске фидуције као реалне гаранције *sui generis*, која очигледно није правни механизам који припада прошлости, већ будућности.

*Aleksandra Pavićević, Ph.D.,
Assistant Professor*

TYPES AND CONTENT OF FIDUCIARY TRANSFER OF PROPERTY ACCORDING TO THE DRAFT CODE ON PROPERTY AND OTHER REAL RIGHTS OF SERBIA

Summary

The subject of the paper is a consideration of the physiognomy of the institute of fiduciary property for the purpose of real securing of claims, which domestic positive law does not regulate, but whose introduction was proposed by the Draft Code of Property and Other Real Rights of Serbia from 2011. This legal proposal is one of the two drafts of Serbian civil law de lege ferenda, whereby this institute is not regulated by the Draft of the Civil Code of Serbia, and is not the subject of consideration in the paper. Given the importance of harmonizing domestic positive and future Serbian law with EU regulations, whose "soft" law regulates this institute (embodied by the 2008 Draft Common Frame of Reference for European Private Law), the author focuses on the 2011 Draft through the analysis of the types (registered and unregistered modality) and the contents of this institute, originally titled as: the right of entrusted secure property and the right of expected secure property. The author evaluates the draft regulations as innovative, comprehensive and adequate, and the institute as useful in many ways for Serbian law de lege ferenda, advocating for the formal introduction of fiduciary transfer of property for the purpose of security in future Serbian real law. This would expand the range of domestic law of securing claims in rem, and at the same time harmonize domestic law with the solution of "soft" EU law, which regulates fiduciary ownership mainly through the institute of trust.

Key words: *the right to real security of claims; unregistered and registered fiduciary transfer of property; the content of the right of the entrusted security property and the right of the expected security property.*

Литература

- Baur, F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983.
- Вренчур, Р., *Фидуцијарни пренос власничког права у осигурање на покретним стварима у новом словеначком праву*, у: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen: Edition Temmen, 2003.
- Gavella, N., Борић, Т., *Стварно право у Хрватској*, Увод и превод текстова (Беч/Берлин), 2000.
- Гамс, А., *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1960.
- Гамс, А., *Основи стварног права*, 8. Изд., Београд, 1980.
- Dyer, A., van Loon, H., *Report on trusts and analogous institutions*, Actes et documents, Proceedings of the fifteenth Session, Tome II, Trust applicable law and recognition, Hauge, 1985.
- Ђорђевић, А., *О фидуцијарним правним пословима*, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 5-6/1926.
- Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, *Правни живот*, бр. 10/1998.
- Ернст, Х., *Стварноправна осигурања на некретностима у Републици Хрватској*, у: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Cavtat 2010, Vol. II*, Београд 2010.
- Кнежевић, В., Пак, Ј., *Заложно право на покретним стварима*, *Промене стварног права у Србији*, Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004.
- Ковачевић - Куштримовић, Р., *Грађанско право (Општи део)*, 1995.
- Лазић, М., *Реформа заложног права у Републици Србији (мобиљарна хипотека и хипотека)*, *Европски правник*, Нови Сад, април 2007.
- Лазић, М., Пљанојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, *Правни живот*, књ. 548, бр. 10/2011.
- Lehmann, H., *Reform der Kreditsicherung an Fahrins und Forderungen*, Stuttgart, 1937.
- Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, *Гласник права*, год. XI, бр. 2/2020.
- Павићевић, А., *Три атипична права реалног обезбеђења потраживања у српском и у „меком“ праву Европске уније*, *Зборник радова: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 9, Крагујевац, 2021.
- Павићевић, А., *Појам фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, *Зборник радова: Садашњост и будућност услужног права*, Крагујевац, 2022.

- Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016.
- Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у успоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/2003.
- Pottschmidt, G., Rohr, U., *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986.
- Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Црној Гори*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу, Избор радова и анализа, Прва регионална конференција, Цавтат, 2010.
- Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997.
- Ripert, G., Roblot, R., *Traite de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996.
- Салма, Ј., *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/1998.
- Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998.
- Стојановић, Д., *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, Правни живот, бр. 5-6/1993.
- Стојановић, Д., Павићевић, Б., *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997.
- Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2012.
- Tuor, P., Schnyder, B., Schmidt, J., *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995.
- Хаџимановић, Н., *Критички прилог 1 о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање пожељности феномена фидуције у Југоисточној Европи*, Нова Правна Ревизија, Часопис за домаће, њемачко и европско право, бр. 2/2012.
- Holst, C. J., *Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa*, Das Budapester Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen, 2003.
- Закон о основама својинско-правних односа Републике Србије (Сл. лист СФРЈ, бр. 6/1980, 36/1990; Сл. лист СРЈ, бр. 29/1996; Сл. гласник РС, бр. 115/2005 – други закон).
- Закон о облигационим односима Републике Србије, Сл. лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; Сл. лист СРЈ, бр. 31/1993; Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003.
- Швајцарски грађански законик из 1907. год. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch).
- Закон о власништву и другим стварним правима Хрватске, Народне новине РХ, бр. 91/96.
- Овршни закон Републике Хрватске, Народне новине, бр. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 и 67/08.
- Преднацрт Грађанског законика Републике Србије, доступан на интернет адреси: <http://www.propisi.com/prednact-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>.
- Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије, 2012. интернет адреса: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radnikst.html>.
- Ка новом стварном праву Србије, Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије, Београд, 2007.
- Draft Common Frame of Reference из 2008. (DCFR), доступан на: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.