

Др Александра Павићевић, доценткиња
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу

УДК: 347.23

DOI: 10.46793/XVIIIМајско.2274Р

ПОЈАМ ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ КАО РЕАЛНЕ ГАРАНЦИЈЕ*

Резиме

Предмет рада је критичка анализа појма фидуцијарног преноса својине, као специфичне реалне гаранције у савременом упоредном грађанском и привредном праву. Ова правна конструкција већ дуго функционише у европској правној пракси, а све више и у појединим законодавствима као реafirмисано право реалног обезбеђења потекло још из римског права, подобно да задовољи различите интересе контрахената у сфери пружања финансијских, а нарочито банкарских услуга на тржишту капитала. Будући да позитивно српско стварно право не познаје овај институт, циљ рада је оцена постојећих законских и доктринарних одређења ове правне конструкције у иностраним регулативама, као и у израђеним домаћим нацртима закона *de lege ferenda*. Аутор оцењује да је реч о корисном институту, којим би *de lege ferenda* требало проширити листу домаћих права реалног обезбеђења потраживања (што чини његов виши родни појам), што је уједно у складу и са решењем тзв. „меког“ права ЕУ, са којим домаће решење настојимо ускладити. Као најзначајније врсне разлике појма овог института аутор издваја: настанак гаранције специфичним дељењем својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, уз могући изостанак публицитета (способност прикривања дуга, али и бонитета дужника) и смањење формалности при реализацији права, што су значајне предности у односу на заложно право, као најсроднији институт.

Кључне речи: *fiducia*, фидуцијарни правни послови; право реалног обезбеђења потраживања, фидуцијарни пренос својине, појам подељене својине.

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2022. годину који се финансира из средстава Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Потребе поверилаца на савременом тржишту, а нарочито банака као најчешћих даваоца кредита, зајмова и других финансијских услуга захтевају разноврсне, што ефикасније реалне гаранције потраживања, подобне да што боље осигурају његово намирење, али и да задовоље неке специфичне интересе контрахената. Упоредноправно посматрано, у палети разноликих реалних гаранција постоје оне које су универзалне за свако време и простор – попут залогe, али и оне које су дуго сматране превазиђеним, реликтом прошлости, али су их потребе привредне праксе накнадно оживеле. Таква правна конструкција, која је у савремено доба добила нове, практичне сврхе и доживела неочекивану експанзију јесте фидуцијарни пренос својине, који привлачи пажњу јер максимално заштићује интерес њиме обезбеђеног повериоца, уз истовремено поштовање легитимних интереса дужника.¹

Овај институт је настао у римском праву као последица неразвијене технике залагања, као претеча залогe, у конструкцији где дужник преноси својину на ствари у сврху обезбеђења на свог повериоца, са идејом повратног преноса својине по намирењу дуга о доспелости. Касније он бива истиснут пигнусом и хипотеком, као савременијим и „савршенијим“ правима реалног обезбеђења потраживања, а онда током 20. и 21. века поново оживљава. Данас је због своје мултифункционалности врло популаран и практикован правни инструмент у привредној и пословној пракси бројних западноевропских земаља попут Немачке, Аустрије, Швајцарске, итд., уз широку примену и у земљама англосаксонске правне традиције. У међувремену је и формално озакоњен прописима појединих земаља Европе, па тако и у регулатима у нашем окружењу, насталим распадом некадашње СФРЈ. Ипак, доктрина га и даље често означава као атипично и контроверзно право, неусклађено са европско-континенталним концептом неподељене својине, што га чини утолико занимљивијим за научну обраду.

Питања која се намећу су бројна: о каквом је институту реч, која је његова сврха и која је разлика у односу на традиционално заложно право, које предности има, а које недостатке и зашто га српско право формално не познаје, нити га је икада до сада регулисало? Да бисмо одговорили на ова, као и на питање да ли наше будуће право треба да нормира овакав институт и са каквим образложењем, неопходно је претходно упознати и објаснити његову физиономију, формулисати дефиницију, тј. одредити његов виши родни појам (а тиме и одредити његову правну природу) и врсне разлике. Рад представља покушај да се одговори на то уводно питање у вези са овим атипичним, теоријски спорним, а надасве занимљивим правним институтом, који је

¹ Салма, Ј., *Облигационо право*, Београд, 1988, стр. 379; Лазић, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 65–70; Gavella, N. и др. *Стварно право*, Загреб, 1998, стр. 719–720; Медић, Д., *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука, 2013, стр. 7 и даље.

оправдано поново у фокусу научне заједнице, што је значајно не само у контексту реформе српског грађанског права кроз покушај кодификације истог², већ је и у складу са текућом хармонизацијом европског приватног права, оличеног и у решењу *DCFR*-а³.

Појам фидуцијарног преноса својине у раду ће бити изведен путем логичког дефинисања појмова, издвајањем његових кључних елемената - *genus proximita* и *differentia specifica*-е, кроз анализу појединих законских решења, уз два нацрта домаћих законских пројеката, као и једног нацрта модел правила ЕУ, али и кроз критичку анализу ставова доктрине и судске праксе. Пре појмовног одређења, у првом делу рада ће бити учињен краћи осврт на историјат овог правног феномена, настанак и генезу почев од римског права, преко различитих страних регулатива, до анализе стања у домаћем праву. Коначан циљ рада је оцена перспективе овог института у српском праву *de lege ferenda* уз формулисање сопственог предлога оптималне дефиниције ове реалне гаранције *sui generis*.

2. Настанак и еволуција фидуцијарне својине

Институт фидуцијарног преноса својине (*fiducia*), има порекло у римском праву, када су се овом специфичном техником постигали различити циљеви⁴, а између осталог и реално обезбеђење потраживања.⁵ Након првобитног облика римске фидуције „закључене с пријатељем“ у циљу управљања целокупном имовином, тзв. *fiducia cum amico contracta* (попут савременог англосаксонског *trust*-а⁶), обликовао се и модалитет фидуцијарног преноса својине на одређеној ствари у сврху реалног обезбеђења потраживања, тзв. *fiducia cum creditore contracta*. У овој варијанти дужник је преносио својину (а и државину) на ствари на свог повериоца у циљу обезбеђења потраживања, са идејом повратног преноса

² Преднацрт Грађанског законика Србије: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, датум посете: 10. 03. 2022. У даљем тексту: Преднацрт ГЗС.

³ 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, датум посете: 02. 03. 2022. У даљем тексту ДЦФР.

⁴ О различитим циљевима фидуцијарне својине у римском праву: Владетић, С., *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни правни послови*, доктортска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду, 2010, стр. 239.

⁵ Стојчевић, Д., *Римско право*, Београд, 1960, стр. 174-175.

⁶ Гамс, А., *Траст у англоамеричком систему права*, Анали Правног факултета у Београду, год. V, бр. 3/1957, Београд, стр. 299-312; Владетић, С., *Основи траста англосаксонског права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVIII/2011, стр. 113-126; Дудаш, А., *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2014, стр. 211-215; Лазичић, М., *Реформа заложног права у Републици Србији (мобиљарна хипотека и хипотека)*, Европски правник, бр. 2/2007, стр. 84.

својине по намирењу дуга о доспелости. У неразвијеној фази римског права фидуција доживљава афирмацију, да би касније у доба Јустинијана била потиснута залогом и окарактерисана као недовољно развијено средство обезбеђења – јер се њоме правно располагало више него што се желело.⁷

Дуго заборављена, почев од 19. века у доба израде европских грађанских кодификација, фидуција поново оживљава захваљујући рецепцији Гајевих Институција, где је овај институт био детаљно регулисан.⁸ У „новом руху“ фидуција је оживела најпре у немачкој правној пракси и доктрини као облик бездржавинског залагања покретних ствари (за разлику од старог римског концепта, који ју је одређивао као државинско средство обезбеђења). Тиме се у пракси омогућило постизање ефекта бездржавинске залогe који је био забрањен према пар. 1205 Немачког грађанског законика (даље НГЗ).⁹ Занимљива је чињеница да српско право, оличено у решењима наших некадашњих грађанских законика¹⁰, никада није регулисало овај институт.¹¹

3. Фидуцијарни пренос својине у савременом праву

За разлику од англосаксонског права, конципираног на идеји подељене својине,¹² европско-континенталном праву концепт „фидуцијарне“, тј. поцепане својине (са више паралелних носилаца) није својствен. Наиме, својина је у европској правној породици одувек представљала стварно право са најширом правном влашћу на ствари и то са својством искључивости, тј. немогућности постојања својине другог титулара на истој ствари.¹³ Ипак, овај институт фигурира у многим савременим регулативама или као формално озаконен или као конструкција која егзистира у савременој привредној и пословној пракси¹⁴.

⁷ Реч је о транслаторном преносу својине, уместо конститутивног преноса залогe, деривацијом појединих овлашћења на залогопримца из права својине на ствари.

⁸ Владетић, С., *Фидуција у римском праву...*, стр. 243.

⁹ Немачки грађански законик из 1896. (*Bürgerliches Gesetzbuch*). У даљем тексту НГЗ.

¹⁰ Фидуцијарни пренос својине није био нормиран ни у Српском грађанском законнику из 1844., ни у Општем имовинском законнику из 1888., као ни у Аустријском грађанском законнику из 1811. године, који су важили на подручју наше некадашње државе.

¹¹ Могуће објашњење је да је институт сматран конструкцијом која је у нескладу са домаћом правном традицијом, са принципом недељивости својине, а често и повезиван са потенцијалним злоупотребама, тј. фиктивним пословима и сл.

¹² О англосаксонском концепту подељене својине видети у: Јелић, Р., *Својина у англосаксонском праву*, Правни живот, бр. 10/2000, стр. 149-168.

¹³ Титулари су својине и заједничке својине то право не деле садржински, већ по обиму. Тако и: Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012, стр. 133.

¹⁴ Детаљније у: Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у успоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, 2003, стр. 194-243, 212; Хаџимановић, Н., *Критички прилог 1 о питању могућности некаузалног и неакцесорног уређења права обезбеђења – истовремено испитивање пожељности феномена*

1. У *страним регулативама*. У англоамеричком праву фидуцијарни пренос својине је афирмисан у модалитету траста, где се сауговорачи називају *trustee* (фидуцијант) и *beneficiary* (фидуцијар), где правни положај стицаоца права такође превазилази жељене економске ефекте посла. Са друге стране, у европскоконтиненталном праву¹⁵ фидуцијарни пренос својине представља врло афирмисано право реалног обезбеђења и то у: -немачком праву (*Sicherungsübereignung*),¹⁶ швајцарском,¹⁷ аустријском (у којима није формално озакоњен); као и у - хрватском¹⁸, словеначком,¹⁹ праву Црне Горе,²⁰ Грчке, Француске, Румуније итд. (где је институционализован).

2. У *домаћем позитивном праву*. У важећем српском праву овај институт није законом регулисан,²¹ али се у пракси начелно сматра дозвољеним, будући да

фидуције у Југоисточној Европи, Нова Правна Ревивија, Часопис за домаће, њемачко и европско право, бр. 2/2012, стр. 32 и даље.

¹⁵ О особеностима фидуцијарног преноса својине у француској регулативи видети: 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, Rohr, *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986, стр. 178.

¹⁷ Видети: чл. 717 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ) из 1907. год. (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*).

¹⁸ Више о фидуцијарном преносу својине у хрватском праву код: Gavella, N., Borić, T., *Стварно право у Хрватској*, Увод и превод текстова (Беч/Берлин), 2000, стр. 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 некретнимама 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, 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 Чл. 37. ст. 2. Стварноправног законика Словеније (СПЗ), *Урадни лист*, бр. 87/02. Више о овом облику обезбеђења потраживања у словеначком праву видети: 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, стр. 291–303.

²⁰ Чл. 353 ст. 2 Закона о својинско-правним односима Црне Горе (ЗСПО), Службени лист ЦГ, бр. 19/09. Видети и: Закон о фидуцијарном преносу права својине, Службени лист РЦГ, бр. 23/1996.

²¹ Закон о облигационим односима Републике Србије Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; Службени лист СРЈ, бр. 31/1993; Службени лист СЦГ, бр. 1/2003, Службени гласник РС, бр.18/2020. У даљем тексту ЗОО.

представља флексибилно средство добровољног осигурања потраживања.²² Наиме, у 300 нема општих одредаба о фидуцијарним правним пословима, али из чињенице да је чл. 445 300 допуштена цесија (уступање) у сврху обезбеђења потраживања, изводи се закључак и о допуштености фидуцијарног преноса својине у исту сврху. Услов законитог конституисања је намера странака чији је циљ размимоилажење правних и економских ефеката овог посла, а нарочито да такво дејство није уговорено зарад остваривања недозвољеног циља, нити изигравања прописа (нпр. о забрани зеленашења и др.).²³

4. Појам фидуцијарног правног посла и фидуцијарног преноса својине

Да бисмо адекватно извели дефиницију фидуцијарног преноса својине, неопходно је да пођемо од ширег појма ка ужем – од значења фидуције, преко фидуцијарног правног посла, до фидуцијарног преноса својине. На лат. *fudicia* значи поверење, добру веру, везаност за дату реч. На том посебном поверењу странака почива *фидуцијарни правни посао*,²⁴ који се може одредити као онај у коме фидуцијант (власник, преносилац) преноси право својине или неко друго право (пр. потраживање, као облигационо право), а фидуцијар (стицалац) се обавезује да пренето право врши у интересу фидуцијанта и да га после истека одређеног времена или након испуњења одређене чинидбе врати фидуцијанту или пренесе трећем лицу (фидеикомисару).

²² 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, Hauge, 1985, стр. 60.

²³ Више о фидуцијарним правним пословима видети: Гамс, А., *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, Анали Правног факултета у Београду, 1-2/1960, стр. 24 и даље.

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

Фидуцијарни пренос својине за свој објекат има право својине и то најчешће у два модалитета: а) фидуцијарни пренос својине у сврху управљања (*trust* англоамеричког права); и 2) у сврху обезбеђења (*fiducia cum creditore contracta*).²⁵ У овом другом модалитету, 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.

4.1. Појам фидуцијарног преноса својине у сврху реалног обезбеђења потраживања *de lege lata*

У циљу дефинисања овог института најпре ћемо учинити краћи осврт на постојеће законске дефиниције у правима земаља у нашем окружењу са којима делимо заједничку правну традицију, затим на наднационално решење модел правила ЕУ, уз осврт и на постојећа доктринарна одређења.

А. Законске дефиниције. У ЗСПО Црне Горе фидуцијарни пренос својине је нормиран као право регистрованог бездржавинског реалног обезбеђења потраживања и то како на покретним, тако и на непокретним стварима. У Словенији је овај институт дуго примењиван у пракси и доктрина га је сматрала корисним²⁶, а потом је и нормиран Стварноправним закоником (СПЗ), као право реалног обезбеђења искључиво на покретним стварима.²⁷ У Хрватској је фидуцијарни пренос својине осим у ЗВДСП²⁸-регулисан и извршним законом²⁹, што је необично решење (будући да је реч о материјалноправном, стварноправном институту), а бројна питања у односу фидуцијанта и фидуцијара су законом нерегулисана и препуштена уговору странака.³⁰ Македонско решење је претежно инспирисано хрватским, а институт је регулисан у Закону о обезбеђењу потраживања из 2007.³¹

²⁵ Функције фидуцијарног преноса својине, осим обезбеђујуће, могу бити и: ради управљања; обављања правног посла; вођења парнице и друге допуштене сврхе.

²⁶ Тратник, М. и др., *Стварноправна заваровања*, Марибор, 2001, стр. 149.

²⁷ Видети чл. 63 и 201 СПЗ («*Пренос ластининске правице*»).

²⁸ Овај институт се помиње и у Закону о власништву и другим стварним правима Хрватске (ЗВДСП), Народне новине РХ, бр. 91/96. Видети чл. 34 ст. 5 и чл. 297 ст. 2 ЗВДСП-а.

²⁹ Чл. 273-279 Овршног закона Републике Хрватске, Народне новине, бр. 57/96, 29/99, 42/00, 173/03, 194/03, 151/04, 88/05, 121/05 и 67/08.

³⁰ Више о томе: Чулиновић Херц, Е., *Уговорно осигурање тражбина залагањем покретних ствари без предаје ствари у посјед вјеровника*, Ријека, 1998, стр. 146

³¹ Закон о обезбеђењу потраживања Северне Македоније, Службен весник, бр. 87/07.

Б. У модел правилу „меког права“ Европске уније (DCFR). Фидуцијарни пренос својине је у DCFR-у нормиран у глави X, која детаљно уређује фидуцију и то двојачко: претежно, као тзв. „trust“,³² институт подељене својине у коме фидуцијар управља или располаже својином фидуцијанта под унапред уговореним условима (типичан за англоамеричко право), али и у сврху реалног обезбеђења потраживања (*trusts for security purposes*). Овом другом модалитету фидуције 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 (*Proprietary security rights in movable assets*),³³ што је логично, јер је реч о институтима који врше заједничку функцију, а то је реално обезбеђење потраживања.

В. Доктринарне дефиниције. Фидуцијарни пренос својине се у литератури³⁴ најчешће дефинише као право које почива на правном послу којим фидуцијант преноси својину у сврху обезбеђења намирања потраживања на 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).³⁵ Претходно одређење је адекватно јер указује на суштину института и његово ограничено дејство, али не садржи поједине важне елементе појма, попут нпр. његове садржине. Друге дефиниције³⁶ пак то наглашавају, те одређују фидуцијарни пренос својине као стицање својине под раскидним условом, које овлашћује повериоца на првенствено

³² Book X DCFR, Section 2, X. – 1:201: Definition of a trust: “A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes.”

³³ 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).“

³⁴ Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Црној Гори*, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу, Избор радова и анализа, Прва регионална конференција, Цават, 2010, стр. 621-622; Вренчур, Р., *Фидуцијарни пренос...*, стр. 291–303; Лазич, М., Платојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, Правни живот, бр. 10/2011, књ. 548, стр. 511-528.

³⁵ Детаљније о овом институту у упоредном праву видети: Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, бр. 2/2020, год. XI, стр. 3-18; Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво...*, стр. 212; Хаџимановић, Н., *Критички прилог...*, стр. 32 и даље.

³⁶ Овде се својина преноси под раскидним условом – да повериоцу буде испуњено одређено потраживање. Видети: Gavella, N. и др., *нав. дело*, стр. 608.

намирење доспелог, фидуцијарно обезбеђеног потраживања, код кога год се ствар налазила. Ово одређење сматрамо прецизнијим јер садржи и допунске елементе – право намирења, првенства и следовања фидуцијара.

4.1.1. Анализа појмовног одређења института

1. *Виши родни појам.* Сложена структура фидуцијарне својине у литератури се често означава као контроверзна³⁷, а последица је њене особене правне природе, што је у тесној вези са лоцирањем вишег родног појма овог института. Полазно питање је: да ли је реч о модалитету својине, *sui generis* праву обезбеђења или о нечему трећем?

А. Постојећа доктринарна одређења правне природе института. У доктрини су се појавиле различите теорије: - о две паралелно постојеће својине на ствари, настале цепањем једне својине, налик на *trust* англоамеричког права;³⁸ - о „правој“ и „неправој“ (фиктивној) својини; - о две сукцесивне својине – „претходна и потоња“³⁹ или „поверена и очекивана својина“⁴⁰; - о „ничијем праву“ на одређено време; о „паузи у имовини“ (*intelide in ownership*) или „заграђеној својини“ (*bracketed ownership*), као бессубјектном субјективном грађанском праву⁴¹; - о „стварном праву на чекање“⁴²; - о „правној моћи која се може претворити у „праву својину“⁴³; - о институту мешовите правне природе на граници материјалног и процесног права;⁴⁴ и - о својини *суи генерис*.⁴⁵

³⁷ Повлакић, М., *Модерне тенденције у развоју средстава обезбеђења потраживања с посебним освртом на беспосједовну (регистрирану) залогу*, докторска дисертација, Сарајево, 2001, стр. 181.

³⁸ Ово је супротно традиционалном својству искључивости и недељивости својине у европскоконтиненталном концепту. Више у: Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, бр. 1/2019, стр. 16.

³⁹ 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: Gavella, N. и др., *нав. дело*, стр. 488 и даље.

⁴⁰ У питању је терминологија ранијег домаћег пројекта, који није озакоњен - Нацрта законика о својини и другим стварним правима РС из 2012. Доступно на интернет адреси: <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>, датум посете: 24. 03. 2022.

⁴¹ Видети: Civil Code of Quebec, 1991, art. 1260-1261. Smith, L. D., *Trust and Patrimony*, Revue Générale de droit, 2/2008, стр. 379-403.

⁴² Webber, H., *Kreditsicherheiten*, München, 1994, стр. 147.

⁴³ Нав. према: Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 824.

⁴⁴ Чулиновић Херц, Е., *нав. чланак*, стр. 236.

⁴⁵ Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, Бања Лука, бр. 9/2019, стр. 24; Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 811-826; Лазич, М., Планојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина...*, стр. 512.

Б. Критичка оцена доктринарних ставова. Најутемељеније доктринарно схватање по нашој оцени је оно по ком фидуцијарна својина није потпуна и „неvezана“, већ: - условно стечена својина (под раскидним/одложним условом); - временски ограниченог трајања, али и - ограниченог дејства, јер садржи само овлашћење уновчења ствари.⁴⁶ 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.⁴⁷

В. Предлог одређења вишег родног појма института. Анализом различитих законских и доктринарних дефиниција фидуцијарног преноса својине можемо закључити да дефиниције најчешће у себи изричито не садрже виши родни појам овог института – а то је право реалног (стварног) обезбеђења потраживања, јер ствар представља гаранцију потраживања. Стога, функционално овај институт треба уврстити у ту категорију стварних права, уз заложна права као најсроднија (бездржавинска залога, а тек потом државинска⁴⁸), где још спадају и ретенција⁴⁹, *reservatum domini*⁵⁰ и др. (упркос томе што у називу института фигурира реч „својина“).⁵¹

2. Врсне разлике појма. Фидуцијарни пренос својине у овом модалитету се разликује од сличних права реалног обезбеђења потраживања и то према следећим обележјима (која потенцијално могу бити укључена у дефиницију овог института):

а) Етимолошки он потиче од латинске речи bona fides, што означава: добру веру, однос посебног поверења, везаности за дату реч, често подразумевајући и однос intuitu personae. Добра вера је база тзв. „часних споразума“ (*gentlemen's agreements*), из којих не произлази правно обавезивање, већ позивање на част и поштење,⁵² што није суштинска претпоставка осталих реалних гаранција.

⁴⁶ Исто.

⁴⁷ Детаљно о разликама између фидуцијарног преноса својине и сродних института, а нарочито у односу на ретенцију и право задржане својине видети у: 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.

⁴⁸ Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998, стр. 272-273; Гамс, А., *Основи стварног права*, 8. изд., Београд, 1980, стр. 200; Ковачевић - Куштримовић, Р., *Грађанско право (Општи део)*, Ниш, 1995, стр. 166; Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997, стр. 11.

⁴⁹ Видети: Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016, стр. 385-388.

⁵⁰ Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине...*, стр. 3-18.

⁵¹ Својина је најшире стварно право (држања, употребе и располагања), а фидуцијарна својина је специфично право редуковано искључиво на овлашћење (условног) намирења, чиме се не може исцрпети садржина „праве“ својине.

⁵² Више о томе: Шмацел, Ж., *Фидуцијарни уговори (уговори повјерења) у имовинском праву (фидес)*, Наша законитост, бр. 2-3/1969, стр. 253.

б) *Сложеност структуре правног односа.* Правни однос који настаје поводом ове особене реалне гаранције је комплексан и подразумева непотпуност својинских овлашћења за сваког од „два власника“ ствари: 1) дужника (фидуцијанта), као економског власника ствари, који је задржава у поседу и економски искоришћава током трајања фидуцијарног правног односа; и 2) обезбеђеног повериоца (фидуцијара), као формалноправног власника ствари на одређено време. Код фидуцијарне својине настаје несклад између имовине и имовинске масе фидуцијанта. Ствар остаје економски у имовинској маси фидуцијанта; а правно – припада имовини фидуцијара, као њеног формалноправног власника.⁵³ 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*.⁵⁴

в) *Субјекти овог правног односа* имају и особене називе – *фидуција, фидуцијар (и евентуално, фидеикомисар)*, чиме се додатно истиче особеност овог права обезбеђења и различитост од заложног права, као функционално сродног, а чији су учесници залогодавац и залогопримац. Овде ни термилошки, ни суштински не можемо говорити о лицу које „само“ залаже своју ствар и лицу које је „само“ титулар залоге као *ius in re aliena*. Овде говоримо о два паралелна носиоца истог права својине на истој ствари, али са привременим, условљеним, уско дефинисаним дејством.

г) *Услови за настанак.* 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, уз истовремено постојање посебног, облигационог уговора, који скрива каузу првог правног посла.⁵⁵ Облигационоправни ефекат фидуцијарног преноса својине јесте „везивање“ стварноправног дејства за тај посебан облигациони споразум (*pactum fiduciae*), који обавезује сауговораче на условни повраћај својине.⁵⁶ Осим пуноважног правног основа, за настанак је неопходан и *modus acquirendi*, а то је: а) фиктивна предаја покретне ствари у форми *constitutum possessorium*; или б) упис у јавни регистар (за непокретности или покретне ствари у варијанти регистрованог фидуцијарног преноса).

д) *Бездржавински карактер обезбеђења.* Модерно својство, које није одликовало стари римски концепт фидуције – задржавање ствари у поседу фидуцијанта (преносиоца), има бројне предности у односу на *pignus*, а у функцији је побољшања правно-економског положаја дужника током периода отплате дуга и постојања фидуцијарног правног односа. Овим је омогућено свеобухватно економско искоришћавање ствари од стране фидуцијанта -

⁵³ Тако и: Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 825.

⁵⁴ Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине...*, стр. 3-18.

⁵⁵ Лазих, М., *Реформа заложног права...*, стр. 84.

⁵⁶ Павићевић, А., *нав. дисертација*, стр. 384 и даље.

употреба, прибирање плодова, па и располагање (нпр. робним лагером). Једини изузетак у нашем истраживачком узорку је аустријско решење у ком фидуција по правилу није бездржавинско право обезбеђења.⁵⁷

ђ) *Обележја фидуцијом обезбеђеног потраживања.* Фидуцијарним преносом својине се значајно проширује оно што се обезбеђује - потраживање као главно право, као и круг њиме потенцијално обезбеђених лица, што је значајна практична предност овог института. Тако се фидуцијарно може обезбедити: - постојеће потраживање; - будуће потраживање истог повериоца према истом дужнику - фидуцијанту; затим, - сва будућа потраживања примаоца обезбеђења према даваоцу (тзв. контокорентна клаузула); па чак и - потраживања других поверилаца према даваоцу обезбеђења (тзв. концерна клаузула).⁵⁸

е) *Објекат.* Предмет фидуцијарног преноса својине може бити, а најчешће и јесте у већини држава - искључиво покретна ствар. Таква је ситуација у пољском, чешком,⁵⁹ немачком праву и у већем броју регулатива из нашег окружења. Према начелу специјалности заложног права (које се сходно примењује и овде) то је: - индивидуално одређена или - индивидуализована генеричка ствар; затим збирна ствар, као што је робни лагер (при чему мора бити утврђен минимум сталне количине робе у њему); будућа ствар; а потенцијално и имовина фидуцијанта (а не само поједино имовинско право).⁶⁰ Ипак, у појединим регулативама (нпр. у праву Црне Горе) и непокретна ствар може бити објекат ове реалне гаранције, чиме је њен предмет значајно проширен. *Ratio* оваквог решења је у следећим беневитима: смањење формалности у фази продаје хипотековане непокретности и наплате потраживања, као и могућност изигравања забране клаузуле о преносу својине на хипотекарног повериоца пре доспелости потраживања (*lex commissoria*).⁶¹

ж) *Акцесорност и апстрактност (проблем каузе).* Фидуцијарни правни посао је суштински акцесоран⁶² и зависи од главног правног посла чијем обезбеђењу служи (уговор о кредиту, зајму итд.), иако је по неким мишљењима реч о праву неакцесорног карактера.⁶³ Део доктрине⁶⁴ тако закључује да је

⁵⁷ Више о томе: Wilmowski P., *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen, 1996, стр. 105.

⁵⁸ Лазић, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 97. Црногорски законодавац је тако прописао да залогопримац може бити свако домаће и страно физичко и правно лице, чиме је круг обезбеђених поверилаца максимално проширен, што сматрамо корисним решењем.

⁵⁹ Повлакић, М., *нав. чланак*, стр. 242.

⁶⁰ Више код: Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 219 и даље.

⁶¹ Лазић, М., *Права реалног обезбеђења...*, стр. 98; Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 230.

⁶² Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М., *Стварно право*, Ниш, 2009, стр. 297.

⁶³ Jessel-Holst, C., *нав. чланак*, стр. 90; Вренчур, Р., *нав. чланак*, стр. 293-295.

фидуцијарни правни посао недозвољен⁶⁵ 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*.⁶⁶

з) *Садржина и дејство*. Фидуцијарни правни посао има привремено дејство које је обострано жељено, јер идеја преноса својине је њен условни повраћај дужнику.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ Фидуцијар нема ствар у свом поседу, већ функцију публицитета овог права обезбеђења евентуално може имати упис у одређене јавне регистре; а ако пак, упис изостане нема ни *публицитета*⁷⁰, а тиме ни дејства *erga omnes*.⁷¹ У стечају (начелно) овај институт има статус разлучног, односно излучног права, омогућавајући издвајање оптерећене ствари из

⁶⁴ Стаић, В., *Основи грађанског права*, Општи дио, Сарајево, 1961, стр. 261-262. Тако и: Gurstle, Gubler i Oftinger. Нав. према: Стојановић, Д., *Увод у грађанско право*, Београд, 2000, стр. 259.

⁶⁵ Шмацел, Ж., *нав. чланак*, стр. 253 и даље.

⁶⁶ Аранђеловић, Д., *нав. чланак*, стр. 342 и даље; Gavella N. и др., *нав. дело*, стр. 469-470; Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 848; Ђурђић, Т., *Фидуцијарни пренос права својине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2011, стр. 479.

⁶⁷ *Лексикон грађанског права*, (ур. О. Станковић), Београд, 1996, стр. 804-805.

⁶⁸ 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.

⁶⁹ Стојановић, Д., *Преношење својине...*, *нав. чланак*, стр. 619.

⁷⁰ 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, Schnyder, Schmidt, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995, стр. 747 и даље.

⁷¹ У домаћем ЗОО је дејство права задржавања својине према трећим лицима експлицитно условљено формом закљученог уговора – у облику јавно оверене исправе (и то пре купчевог стечаја или пленидбе ствари) и обавезним уписом у јавни регистар. Тако и: Ковачевић – Куштримовић, Р., Лазих, М., *нав. дело*, стр. 300.

имовинске масе власника и гарантујући засебно намирење,⁷² односно виндикацију своје ствари.

и) Предности и недостаци. Фидуцијарни пренос својине има способност прикривања постојећег дуга и оптерећења дужника према трећим лицима, што је у функцији очувања његовог пословног угледа, веровања трећих у његов бонитет и сл. – и то представља кључну предност овог института, а уједно и кључну разлику у односу на регистровану залогу (која је увек транспарентна, уписана у јавни регистар). Ипак, ова реална гаранција прикрива бонитет дужника, што потенцијално штети трећим лицима као његовим повериоцима, а што је уједно и главни недостатак овог права обезбеђења.

ј) Латентни проблем јесте могућност злоупотребе овог права (јер поверилац правно може више него што економски сме) и кључно питање у вези са тим је - како ту опасност свести законом на минимум. Фидуцијарни пренос својине служи максималној заштити интереса повериоца обезбеђеног потраживања, чиме је дужник доведен у потенцијално инфериорнији положај, што повређује начело координације воља и једнакости и равноправности странака у грађанском праву. Са друге стране, дужник-фидуцијант је такође у прилици да злоупотреби свој положај – неовлашћеним располагањем поседом на оптерећеној ствари, јер државина ствара привид својине и теже ју је следити на покретним стварима.

5. Предлози дефиниције фидуцијарног преноса својине у будућем српском праву

Сви претходно анализирани сегменти су важна обележја фидуцијарног преноса својине, али логично је да не могу, нити треба сви ти елементи да буду укључени у законску дефиницију овог института. Појмовно одређење треба да одражава суштину института – виши родни појам и неколико кључних врсних разлика, како би дефиниција била јасна и прецизна, довољно разграничавајућа од сродних института, али не претрпана. У овом делу рада ћемо се осврнути на предлоге два досад израђена домаћа нацрта будућег српског стварног права, а потом ћемо формулисати сопствено појмовно одређење овог института, које сматрамо оптималним предлогом *de lege ferenda*.

1. Преднацрт ГЗС. Израђен предлог Преднацрта Грађанског законика Србије оличава потенцијално будуће грађанско право Србије, а његов текст не нормира фидуцијарни пренос својине. Ово решење не сматрамо адекватним, јер не проширује постојећу лезу реалних права обезбеђења потраживања, којој је реформа у овом тренутку потребна. Ово уједно не прати трендове у Европи, па ни у земљама у нашем најближем окружењу,

⁷² Више о правима и обавезама фидуцијанта и фидуцијара у стечају саговорача видети више код: Лазић, М., *нав. чланак*, стр. 85.

које су ово право обезбеђења већ институционализовале, а коначно ни потребе растуће домаће привредне праксе, које би овај занимљив институт потенцијално могао да задовољи. Коначно, ово је пропуст творца Преднацрта нарочито имајући у виду чињеницу да се домаћа судска пракса⁷³ већ дуже колеба у погледу питања да ли је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења допуштен у позитивном праву, због чега овакав његов статус води у правну несигурност, што је друштвено непожељан исход.

2. *Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије* (верзија из 2006. и из 2012.), као раније израђени законски пројекат који није дочекао јавну расправу, садржи потпуну регулативу овог института, чиме је први пут предложено увођење ове атипичне реалне гаранције. Ово указује на очигледну подељеност струке, два различита смера планираног развоја будућег српског грађанског права, што је разлог више за формулисање аргументованог предлога за или против увођења фидуцијарног преноса својине и за његово прецизно дефинисање.

А. Терминолошка питања. Нацртом је фидуцијарни пренос својине регулисан под особеним називом, као „*право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине*».⁷⁴ Тиме је предложено увођење не само новог института у српско право, већ и нов (сложени) термин за њега, 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 из једног угла - корисно. Тако, већ из самог назива сазнајемо да је реч о посебном модалитету својине у функцији обезбеђења потраживања, при чему је реч „поверена“ (својина) по нашој оцени коректан језички избор, јер овде се право својине у извесном смислу поверава на „чување“ на одређено време, са намером да се тако сачувано и врати, по остварењу своје сврхе. У том смислу су и називи за субјекте овог правног односа: повереник и поверавач усклађени, као и назив објекта преноса - поверена ствар, иако сматрамо да су називи фидуцијант, фидуцијар и фидуцијарна својина већ општепознати и разумљиви, без потребе за њиховим преводом на домаћи језик.

Са друге стране, овим је уведена једна гломазна правна конструкција у стручни језик, која звучи помало рогобатно, тешко и предугачко, поготово у конкуренцији са општепознатим термином: фидуцијарни пренос својине, који осим што има дугу традицију, универзалан је и лако препознатљив. Чињеница да је у назив института уведено и својство - *нерегистровано* право својине, које би требало да чини врсну разлику

⁷³ 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.

⁷⁴ Чл. 633- 654 Нацрта.

појма (део дефиниције, а не самог назива), по нашој оцени додатно компликује овај већ сложени назив института. Осим тога, у Нацрту се наводи да се ово право може и регистровати, што значи да је реч „нерегистровано“ право у самом називу института преуско одређење, те га је можда требало изоставити. Са друге стране, могуће је да је творац Нацрта тиме желео још у самом називу института да направи јасно разграничење у односу на регистровану (бездржавинску) залогу на покретним стварима, као најсроднији институт, а који не може никада настати, ни постојати као нерегистрован.

Б. *Анализом дефиниције „права нерегистроване поверене обезбеђујуће својине»* у Нацрту⁷⁵ може се закључити следеће: 1) виши родни појам овог права је особена «поверена» својина у функцији реалног обезбеђења потраживања; 2) врсне разлике (елементи који су увршћени у дефиницију као кључни) 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 (што је и саставни део назива овог института), 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.

6. Закључак

Фидуцијарни пренос својине је реafirмисано и врло заступљено право реалног обезбеђења потраживања у модерном праву, које почива на начелу слободе уговарања облигационог права, аутономије воље и диспозиције странака. Иако може имати и друге функције, његова најчешћа сврха је обезбеђујућа; настаје специфичним дељењем својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, уз способност прикривања дуга (његова предност), али и бонитета дужника (његов недостатак).⁷⁶ Оно је с

⁷⁵ Појмовно одређење овог института у чл. 633 Нацрта је следеће: „...право повериоца (*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 (*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*».

⁷⁶ Павићевић, А., *нав. дисертација*, стр. 385.

разлогом врло коришћено у савременој пословној и привредној пракси, а све је шире и интензивније нормирано у бројним европским регулативама. Разлози за то су бројни, а пре свега леже у потреби за правном сигурношћу и заштитом правног положаја оба саговорача, јер ризик изигравања поверења носе оба лица (злоупотреба државине/злоупотреба својине). Институционализовање фидуцијарног преноса својине нам се стога чини не само сврсисходним, већ и неопходним у домаћим условима, како даваоци кредита, а у пракси су то најчешће банке, не би наметали претешке услове примаоцима кредита при коришћењу ове атипичне реалне гаранције.⁷⁷

Домаћем праву реалног обезбеђења потраживања је потребна реформа и прави тренутак за ово је била израда предлога Преднацрта, али шанса је пропуштена, јер у њему није регулисано фидуцијарно обезбеђење. Ипак, ранијим предлогом - Нацртом законика о својини и другим стварним правима из 2012. је предложено његово увођење, што оцењујемо као боље и иновативније решење, усклађеније са потребама праксе. Притом, сматрамо да је детаљна регулатива института који се по први пут уводи у једно национално право – прави избор творца Нацрта. Савремено тржиште има потребу за новим средствима осигурања која омогућавају бржи и ефикаснији поступак намирења потраживања и за бездржавинским залагањем, као неупоредиво практичнијим. У односу на регистарску залогу као најсроднију, фидуцијарни пренос својине има извесне предности као што су: изостанак публициитета и смањење формалности које одликује реализацију заложног права. Уједно, опасност лежи у изостанку публициитета, што се може отклонити увођењем јавних регистара за упис ових права, што је избор појединих законодавстава.

Стога можда прави избор јесте алтернативно постојање оба модалитета овог института: регистровани, уз традиционалан - нерегистровани, по жељи странака, што и јесте опредељење творца Нацрта. Ово право реалног обезбеђења је вишеструко корисно за будуће српско грађанско право, те би по нашој оцени и требало да коегзистира са другим, већ познатим реалним гаранцијама, јер су та права способна да задовоље различите интересе странака.⁷⁸ Ово је уједно у складу и са решењем *DCFR*-а, као дела 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*.

⁷⁷ Тако и: Лазивић, М., *Право реалног обезбеђења...*, стр. 100.

⁷⁸ Видети и образложење творца Нацрта из 2006. Водинелић, В., Председник радне групе, *Основно о Нацрту стварноправног законика Србије из 2006*, Ка новом стварном праву Србије, Београд, 2007, стр. 16.

Коначно, када је реч о самој дефиницији фидуцијарног преноса својине предложеној у Нацрту, начелно је можемо оценити као коректну и прихватљиву, а по нашој оцени јој недостаје: 1) навођење вишег родног појма института и наглашавање бездржавинског карактера обезбеђења (из правно-теоријских разлога); и 2) потенцијално, проширење објекта и на непокретне ствари, у циљу шире сфере примене и једноставнији, универзално прихваћен назив института (из практичних разлога).

*Aleksandra Pavićević, Ph.D., Assistant Professor
Law Faculty, University of Kragujevac*

THE DEFINITION OF FIDUCIARY TRANSFER OF OWNERSHIP AS A SECURITY RIGHT IN REM

Summary

The subject of this paper is a critical analysis of the concept of fiduciary transfer of property, as a specific real guarantee in modern comparative civil and commercial law. This legal construction has been functioning in European legal practice for a long time, and in some legislations as a reaffirmed real guarantee originating from Roman law, suitable to satisfy various interests of counterparties in the sphere of providing financial and banking services. Since positive Serbian Real law does not regulate this institute, the aim of the paper is to assess the existing legal and doctrinal provisions of this legal construction in foreign regulations, as well as in drafts of domestic laws de lege ferenda. The author estimates that this is a useful institute, which should be included in list of domestic rights of security rights in rem de lege ferenda (which is its higher gender term) and which is also in line with the solution of the "soft" EU law, with which we are trying to harmonize the domestic solution. As the most significant differentia specifica in this concept, the author singles out: the creation of a guarantee by specific division of property powers between the trustee and the beneficiary, with the possible lack of publicity (ability to conceal debt and debtors' creditworthiness) and reduced formalities in the exercise of the right of settlement - which are significant advantages over liens, as the most related institute.

Key words: *fiducia, fiduciary legal affairs, security right in rem, fiduciary transfer of ownership, trusts.*

Литература

- Аранђеловић, Д., *О фидуцијарним правним пословима*, Архив за правне и друштвене науке, XVI, бр. 5-6/1926.
- Baur, F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983.
- Бокшан, Б., *Фидуцијарни послови и залога*, Судска пракса привредних судова (тематско издање), Београд, билтен бр. 3/1996.
- Велимировић, М., *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине*, Правни живот, бр.11/1998.
- Владетић, С., *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни правни послови*, докторска дисертација, Правни Факултет Универзитета у Београду, 2010.
- Владетић, С., *Основи траста англосаксонског права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LVIII/2011.
- Водинелић, В., Председник радне групе, *Основно о Нацрту стварноправног законика Србије из 2006.*, Ка новом стварном праву Србије, Београд, 2007.
- 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. и др. *Стварно право*, Загреб, 1998.
- Gavella, N., Vogić, T., *Стварно право у Хрватској*, Увод и превод текстова (Беч/Берлин), 2000.
- Гамс, А., *Траст у англоамеричком систему права*, Анали Правног факултета у Београду, год. V, бр. 3/1957, Београд.
- 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.
- Дулаш, А., *О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2014.
- 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, XVI, бр. 5-6/1926.
- Ђурђић, Т., *Фидуцијарни пренос права својине*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2011.
- Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр. 10/1998.
- Ернст, Х., *Стварноправна осигурања на некретнинама у Републици Хрватској*, у: *Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Cavtat 2010, Vol. II*, Beograd 2010.
- Јелић, Р., *Својина у англосаксонском праву*, Правни живот, бр. 10/2000.
- 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)*, Ниш, 1995.
- Ковачевић Куштримовић, Р., Лазић, М., *Стварно право*, Ниш, 2009.
- Лазић, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.

- Лазих, М., *Реформа заложног права у Републици Србији (мобилијарна хипотека и хипотека)*, Европски правник, бр. 2/2007.
- Лазих, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.
- Лексикон грађанског права*, (ур. О. Станковић), Београд, 1996.
- Lehmann, H., *Reform der Kreditsicherung an Fahrins und Forderungen*, Stuttgart, 1937.
- Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, Бања Лука, бр. 9/2019.
- Медић, Д., *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука, 2013.
- Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016.
- 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., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, год. XI, бр. 2/2020.
- Петровић, З., *Фидуцијарни пренос права власништва у пракси судова Републике Србије*, у: Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен 2003.
- Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012.
- Повлакић, М., *Модерне тенденције у развоју средстава обезбеђења потраживања с посебним освртом на беспосредовну (регистрирану) залогу*, докторска дисертација, Сарајево, 2001.
- Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у успоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, 2003.
- Potschmidt, Rohr, *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986.
- Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, бр. 1/2019.
- Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997.
- Ripert, G., Roblot, R., *Traite de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996.
- Салма, Ј., *Облигационо право*, Београд, 1988.
- Салма, Ј., *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/1998.
- Smith, L. D., *Trust and Patrimony*, Revue Générale de droit, no. 2/2008.
- Спаић, В., *Основи грађанског права*, Општи дио, Сарајево, 1961.
- Стојановић, Д., *Увод у грађанско право*, Београд, 2000.
- Стојановић, Д., *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, Правни живот, бр. 5-6/1993.
- Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998.
- Стојчевић, Д., *Римско право*, Београд, 1960.
- Тешкић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2002.
- Тратник, М. и др., *Стварноправна заваровања*, Марибор, 2001.
- Tuor, Schnyder, Schmidt, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 11. Aufl., Zürich, 1995.
- Хаџимановић, Н., *Критички прилог I 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 Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa*“, Das Budapest Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen, 2003.

Шмацел, Ж., *Фидуцијарни уговори (уговори повјерења) у имовинском праву (фидес)*, Наша законитост, Загреб, бр. 2 и 3/1969.

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

Wilmowski P., *Europäisches Kreditsicherungsrecht*, Tübingen, 1996.

Прописи

Закон о облигационим односима Републике Србије, Службени лист СФРЈ, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; Службени лист СРЈ, бр. 31/1993; Службени лист СЦГ, бр. 1/2003, Службени гласник РС, бр.18/2020. У даљем тексту ЗОО.

Немачки грађански законик из 1896. (Bürgerliches Gesetzbuch).

Швајцарски грађански законик из 1907. год. (Schweizerisches Zivilgesetzbuch).

Аустријски грађански законик из 1811. год. (Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch).

Закон о својинско-правним односима Црне Горе, Службени лист ЦГ, бр. 19/09.

Закон о фидуцијарном преносу права својине, Службени лист РЦГ, бр. 23/1996.

Стварноправни законик Словеније, Урадни лист, бр. 87/02.

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.

Грађански законик Квебека, Civil Code of Quebec, 1991.

Српски грађански законик из 1844.

Општи имовински законик из 1888.

Преднацрт Грађанског законика Србије: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednactr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, датум посете: 10. 03. 2022.

Нацрт законика о својини и другим стварним правима РС из 2012. Доступно на интернет адреси: <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>, датум посете: 24. 03. 2022.

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., датум посете: 02. 03. 2022. *DCFR*.

Судска пракса

Збирка судских одлука, књига 19. свеска 1. стр. 98, Билтен судске праксе привредних судова, бр. 1/1998.

ParagrafLex, електронска правна база.