

*Др Александра Павићевић, доценткиња
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу*

УДК: 347.23

DOI: 10.46793/XXIV-14.487P

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ КАО ПРАВА РЕАЛНОГ ОБЕЗБЕЂЕЊА И РУЧНЕ ЗАЛОГЕ*

Резиме

*У раду се разматрају две особене реалне гаранције у савременом домаћем и иностраном стварном праву обезбеђења потраживања и то су: ручна залога и фидуцијарни пренос својине. Иако оба института имају дугу правну традицију, будући да потичу још из Римског права, *rigidus* је у континуитету коришћен у готово свим европским регулативама, па и у домаћој, док је фидуцијарни пренос својине у сврху реалног обезбеђења дуго био заборављен, али је од скоро у упоредном праву реафирмисан. Ренесансу је доживео пре свега у немачкој пословној, нарочито банкарској пракси, али и у бројним новијим регулативама, које су га и институционализовале. Отуд тежња да се ближе упознамо са својствима ове реалне гаранције *sui generis*, која у домаћем праву није нормирана (нити је икада до сада била), иако је судска пракса познаје. Њено увођење у будуће српско право би било потенцијално корисно, под условом да се утврди да су разлике, а нарочито предности у односу на постојећа, а сродна права реалног обезбеђења значајне - како би се палета домаћих реалних гаранција *de lege ferenda* проширила. Ово и јесте предлог Нацрта законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011., који представља један од два до сада израђена законска предлога за српско будуће грађанско право, што аутор оцењује као позитивни искорак. Аутор у раду критички анализира сличности, а нарочито разлике између ова два института (пре свега у објекту, карактеру обезбеђења, садржини, дејству, правној природи и сл.), са циљем њиховог прецизног разграничења, уз концептирање сопственог предлога *de lege ferenda*.*

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2023. годину који се финансира из средстава Министарства науке, технолошког развоја и иновација Републике Србије.

Кључне речи: *право реалног обезбеђења потраживања; ручна залогa (pignus); фидуцијарни пренос својине; fiducia cum creditore contracta.*

1. Увод

Право реалног обезбеђења потраживања представља врло значајну грану права, јер проучава разноврсне реалне гаранције које имају улогу покретача тржишне привреде и кредитирања, без чега су савремени дужничко-поверилачки односи незамисливи. Ове услуге имају највећи значај у сфери банкарских, али и других привредних послова, због чега не чуди интересовање шире, а нарочито научне јавности за неким новим или пак старим, а данас реafirмисаним инструментима реалног обезбеђења потраживања, који би најбоље могли задовољити еволуиране потребе учесника на тржишту.

Отуд и „изненадни“ научни фокус на критичкој анализи једног аутентичног, готово древног права реалног обезбеђења, које датира још из римског права, а то је фидуцијарни пренос својине (у модалитету *fiducia cum creditore contracta*). Реч је о инструменту обезбеђења потраживања који је већ дуго познат у упоредном праву, али који је за домаћег законодавца, из неког разлога, још увек „табу“. Разлог томе је вероватно чињеница да је овај институт потпуно непознат у домаћој правној традицији, необично структуриран, чак суштински неусуглашен са неким базичним постулатима домаћег стварног права, попут начела јединствености својине, искључивости, садржинског нецепања на више различитих титулара и сл., што све физиономија фидуције подразумева.

Важеће право Републике Србије не нормира овај институт, али он већ дуго егзистира у домаћој пракси и често се уговара између странака, те отуд настаје раскорак између „жељеног“ дејства и различитог тумачења оног „правно дозвољеног“ од стране судова (па чак и доктрине). Наиме, фидуцијарни пренос својине понекад добија квалификацију правно дозвољеног инструмента (будући да законом није забрањен), а понекад се третира као недозвољен – уз образложење да омогућава уговарање забрањене клаузуле *lex comissoria*.¹ Овде као проблем препознајемо недовољно јасно разграничење фидуције од

¹ Више у: Живковић, М., *О реформи реалних права обезбеђења у југословенском праву*, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 317. Видети: Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 263/97 од 29. 01. 1997. *Intermex*; Уп. 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, 108; Пресуда вишег суда у Београду, бр. Пж 263/96 од 29. јануара 1997. год, Судска пракса привредних судова, бр. 1/1997; Решење Врховног суда Србије бр. Рев 3708/2002 од 26. децембра 2002. год. 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. Уп. Врховни суд Србије, Рев-347/96 од 16.10.1996. Апелациони суд у Крагујевцу, Гж-228/10 од 2.2.2010.

заложног права, као традиционално познатог инструмента обезбеђења у српском праву. Овакав недоследан третман фидуције уводи у правну несигурност, што је друштвено непожељан исход, те је ово питање значајно што пре законом решити и тиме спречити повреду како приватног интереса странака, тако и општег интереса.

Када је у питању српско будуће грађанско право, досад су израђена два различита предлога, која нису у међувремену озакоњена и то су - Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2011.² и Преднацрт грађанског законика Србије,³ а у којима је третман фидуције – суштински различит. Наиме, Преднацртом није нормирана, за разлику од Нацрта из 2011., којим је детаљно уређена, због чега је значајно оценити сврсисходност оваква два приступа и коначно, одредити се за или против увођења фидуције у српско будуће право, уз адекватну аргументацију. У том циљу, потребно је најпре дефинисати сличности и разлике између овог института и ручне залоге (као традиционално познате државинске залогe на покретним стварима), а која је, као модалитет заложног права, фидуцијарном преносу својине у неким елементима слична. У случају утврђених значајних разлика у физиономији и дејству ове две реалне гаранције, биће реално потврдити тезу да постоји потреба за увођењем овог института у будуће српско право, чиме би се обогатила палета српских реалних гаранција и афирмисало кредитирање.

Након поређења предности и недостатака регулативе фидуцијарног преноса својине у савременом упоредном праву, као и у предлозима досад израђених нацрта закона за српско будуће право, уз анализу ставова судске праксе и доктрине, формулисаћемо сопствени предлог за регулативу фидуцијарног преноса својине за будуће српско право. Ово питање је значајно како због трајуће реформе српског грађанског права, тако и због потребе за хармонизацијом српског важећег и будућег грађанског права са наднационалним европским правом (тзв. „меким“ правом Европске уније).⁴

² Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. 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.

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

⁴ *Soft law* („мекко“ право) Европске уније 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 - Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, *Draft Common Frame of Reference iz 2008*, доступан на: http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf. У даљем тексту DCFR.

2. Општа својства ручне залоге

2.1. Појам ручне залоге

Ручна залогa (*pignus voluntarium*) представља врсту заложног права, која настаје предајом ствари у посед залогопримца, на основу пуноважног правног посла (дакле, у складу са *вољом дужника*); искључиво на покретним стварима, које су у својини залогодавца (дужника или трећег лица) и које титулару гарантује првенствено намирење из заложене покретне ствари за случај да дужник не намири потраживање о доспелости. Реч је о праву реалног обезбеђења, које је увек и искључиво државинског карактера, што се у литератури означава као његова кључна мана у савременом правном промету.⁵

2.2. Обележја ручне залогe

1. *Позитивноправна регулатива ручне залогe и предлози будуће.* У домаћем праву ручна залогa је регулисана у Закону о облигационим односима (ЗОО)⁶, као право уговорног обезбеђења потраживања на покретним стварима. Особеност домаћег решења је нормирање ручне залогe у облигационом закону (уместо у закону о стварним правима, што је иначе доминантно опредељење страних регулатива) и то: не као *права* ручне залогe, већ као *особеног уговора о ручној залози*,⁷ чиме се ствара дилема о правној природи овог реалног права обезбеђења, које чини део *numerus clausus-a* домаћих стварних права.⁸

Исто, а по нашем мишљењу неадекватно решење садржи и Преднацрт Грађанског законика, који „давање у залогу телесних ствари“ (ручну залогу) регулише такође у облигационом делу законика,⁹ за разлику од

⁵ Више о ручној залози видети код: Бартош, М., Марковић, Л., *Грађанско право први део - Стварно право*, Београд, 1936, стр. 69; Стојковић, С., *Основи грађанског права*, Београд, 1948, стр. 162-165; Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1996, стр. 246-257; Стојановић, Д., Павићевић, Б., *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997, стр. 147-185; Петровић, З., Козар, В., *Средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Београд, 2009, стр. 82-83; Бабић, И., *Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право*, Београд, 2008, стр. 319 и даље. О „превазиђености“ ручне залогe у савременом правном промету: Drobniг, U., *Ка новом стварном праву Србије, Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије*, Београд, 2007, стр. 158-159.

⁶ 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.

⁷ Видети: чл. 966 ЗОО

⁸ Више о критици овог решења код: Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015, стр. 139.

⁹ Видети: чл. 1525-1539 Преднацрта ГЗС.

регистроване залогe и хипотеке, које нормира у делу о стварним правима. Стога сматрамо знатно адекватнијим решењем предлог Нацрта законика о својини и другим стварним правима из 2011.,¹⁰ којим је ручна залога сврстана међу *iura in re aliena*.¹¹ У упоредном праву¹² се ручна залога нормира као ограничено стварно право, упоредо са низом савременијих, недржавинских права реалног обезбеђења, што сведочи о потреби за њеним постојањем и у савременим условима.

2. *Услови заснивања*. Обележје овог типа залогe је њен настанак на основу: пуноважног уговора (као титулуса),¹³ уз предају покретне ствари у посед залогопримца (као модуса). Иако спада у државинска средства реалног обезбеђења потраживања, ручна залога ипак не подразумева постојање непосредне државине залогопримца, већ је за њено конституисање довољна околност да *не постоји искључива државина залогодавца*.¹⁴ Ова чињеница ручну залогу квалификује као право које ипак није „егзистенцијално“ повезано са држањем ствари у рукама.

3. *Функција ручне залогe*. Сврха ручне залогe је *обезбеђење потраживања и ојачање имовинскоправне позиције повериоца*, као титулара потенцијално угроженог потраживања. На тај начин се обезбеђује реализација права првенственог намирења на заложеној покретној ствари, у складу са вољом дужника, а уз његову депосесију. Тиме је обезбеђен публицитет овог права обезбеђења, али се пренос поседа уједно у доктрини општеприхваћено означава као највећа мана овог института. Због тога је у промету (нарочито привредном) ручна залога потиснута различитим бездржавинским средствима обезбеђења (регистрована залога, фидуцијарни пренос својине и сл.).

4. *Начела ручне залогe* су сва стварноправна и заложноправна начела.¹⁵

¹⁰ Видети: чл. 450-486 Нацрта из 2011.

¹¹ Критички осврт на регулативу ручне залогe у Нацрту из 2006. (чија је каснија верзија Нацрт из 2011.) Видети у: Drobnig, U., *нав. дело*, стр. 158-159.

¹² О регулативи ручне залогe у македонском праву видети: Дабовик-Анастасовска, Ј., Гавриловиќ, Н., *Личноправни и стварноправни средства за обезбедување на побарувањата*, Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, 2008, стр. 172-176. О ручној залози у хрватском праву видети: Gavella, N. *et al.*, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, стр. 749 и даље.

¹³ Ручна залога настаје на основу правног посла (по правилу уговора), мада теоријски то може бити и на темељу завештања. Ипак, у пракси овакав титулус настанка *pignus-a* је редак. Тако и: Платојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012, стр. 296.

¹⁴ Хибер, Д., Живковић, М., *нав. дело*, стр. 139; Станковић, О., Орлић, М., *нав. дело*, стр. 246.

¹⁵ Видети: Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016, стр. 417-423; Рашовић, З., *Заложно право на покретним*

3. Општа својства фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције

3.1. Појам фидуцијарног преноса својине

Уобичајено доктринарно одређење¹⁶ фидуцијарног преноса својине је да је реч о *sui generis* праву базираном на правном послу којим једна страна уговорница (фидуцијант) преноси својину у сврху обезбеђења намирења потраживања на другу страну (фидуцијара). Контрахенти уговарају да ће стварно дејство уговора бити уже од формалноправног и да ће по остварењу одређеног услова, привремено пренето право бити враћено фидуцијанту (преносиоцу)¹⁷. Тако, можемо констатовати да фидуцијарна (тзв. „поцепана“) својина оличава привремено стечено право својине на ствари, које условно овлашћује повериоца на првенствено намирење доспелог (фидуцијарно обезбеђеног) потраживања, ма код кога да се ствар налази. Ово савремено право обезбеђења потраживања потиче од римског модалитета фидуције - *fiducia cum creditore contracta*, која је имала улогу заложног права и сматра се претечом *pignus-a* и хипотеке, као развијенијих инструмената реалног обезбеђења потраживања.¹⁸

3.2. Обележја фидуцијарног преноса својине

1. У упоредном праву и у предлозима будућег српског права. У српском важећем праву фидуцијарни пренос својине није озакоњен, али се у пракси

стварима, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 163; Хибер, Д., Живковић, М., *нав. дело*, стр. 172.

¹⁶ Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Црној Гори*, Цавтат, 2010, стр. 621-622; Тешкић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2012, стр. 113; Vrenčur, R., *Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu u: 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, стр. 292; Лазич, М., Планојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, Правни живот, књ. 548, бр. 10/2011, стр. 511-528.

¹⁷ Детаљно о овом институту у упоредном праву видети: Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у упоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, вол. 24, бр. 1/2003, стр. 212; 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, стр. 32 и даље.

¹⁸ Видети више у: Павићевић, А., *Појам фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, Зборник радова: Садашњост и будућност услужног права, Крагујевац, 2022, стр. 227-247.

начелно сматра дозвољеним, по принципу да оно што законом није забрањено – јесте дозвољено (под условом да је у складу са императивним прописима, добрим обичајима и јавним поретком). Кључни аргумент за његову легитимну примену у пракси јесте својство флексибилности при добровољном осигурању потраживања. Услов за његово законито конституисање јесте намера странака-уговорница усмерена на раздвајање правних и економских дејстава овог посла,¹⁹ а пре свега да такво дејство није уговорено ради остваривања недозвољеног циља, ни изигравања прописа.²⁰ За разлику од приступа домаћег законодавца, већина других из нашег најближег окружења (републике из састава некадашње СФРЈ) је законом уредила фидуцијарни пренос својине.²¹

Када је реч о предлозима будућег српског грађанског права, Преднацрт ГЗС не садржи ову регулативу (на истом је курсу као ЗОО), али Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2011. садржи детаљну регулативу овог аутентично насловљеног института: „(1) *Право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине* је право повериоца (повереника) који је уговором овлашћен да својину, поверену му ради обезбеђења потраживања (обезбеђено потраживање), врши на предатој му *покретности* (поверена ствар), а дужник, односно треће лице (поверавач) до намирења обезбеђеног потраживања има право очекиване обезбеђујуће својине. (2) Повереник 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. (3) Поверениково право нерегистроване поверене обезбеђујуће својине, односно поверавачево право очекиване својине могу се уписати у јавном регистру.“²²

Када је реч о ситуацији у регулативама у нашем окружењу, однос ових законодаваца према фидуцији је суштински другачији него у нашој држави. Како би се превазишли недостаци државинских средстава обезбеђења потраживања (на првом месту, мањкавости ручне залог), европскоконтинентална породица права је изградила два механизма у циљу што адекватније заштите интереса обе стране – даваоца и примаоца обезбеђења

¹⁹ Формалноправно посматрано – власник оптерећене ствари је стичалац (фидуцијар), а фактички (економски) власник остаје претходник (фидуцијант). Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења...*, стр. 622.

²⁰ Више о фидуцијарним правним пословима видети: Гамс, А., *Нешто 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.

²¹ Детаљно у: Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, *Гласник права*, год. XI, бр. 2/2020, стр. 3-18.

²² Чл. 633. и даље Нацрта. Видети више у: Павићевић, А., *Врсте и садржина фидуцијарног преноса својине према Нацрту законика о својини и другим стварним правима Србије*, *Зборник радова: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*, књ. 10, Крагујевац, 2022, стр. 507-523.

и то: право задржања својине (*pactum reservati dominii*) и фидуцијарни пренос својине. Англоамеричко право је пак, изградило своју верзију ових института (са заједничком сврхом) - *trust*.²³ За разлику од домаћег права, у ком је фидуција релативна непознаница, у упоредном праву²⁴ она је врло афирмисано и широко коришћено право реалног обезбеђења. Већ деценијама се примењује и то као неозакоњена у многим регулативама, а пре свега - у немачком²⁵ и швајцарском праву, где је омиљено средство обезбеђења у модерној привредној пракси.²⁶ Ипак, последњих деценија се фидуцијарни пренос својине све више нормира законом, нарочито у земљама у транзицији, па тако и у правима земаља са којима делимо заједничку правну традицију, попут: Хрватске²⁷, Словеније,²⁸ Црне Горе²⁹ и Северне Македоније.³⁰

²³ 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, Hague, 1985, стр. 60.

²⁴ 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 СПЗ) и правима (чл. 207 и даље СПЗ) може фидуцијарно преносити, као и у предлогу домаћег Нацрта из 2011. О особеностима фидуцијарног преноса својине, као 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.

²⁵ Видети: § 223 ст. 2 Немачког грађанског законика (НГЗ). О карактеристикама фидуцијарног преноса својине у немачкој регулативи видети детаљно код: Baug, F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983, стр. 590 и даље; Pottschmidt, G., Rohr, U., *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986, стр. 178; Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 215-232.

²⁶ Видети: чл. 717 Швајцарског грађанског законика (ШГЗ).

²⁷ У хрватском праву је правни основ за фидуцијарни пренос својине препознат у важећем Закону о извршном поступку чл. 273-279 (судско, односно нотаријално, добровољно обезбеђење). Осим тога сматра се утемељеним и на основу Закона о власништву и другим стварним правима (чл. 34). Више о фидуцијарном преносу својине у хрватском праву код: Gavella, N., Borić, T., *Stvarno pravo u Hrvatskoj*, Uvod i prevod tekstova Beč-Berlin, 2000, стр. 96-98; Jessel Holst, C., *Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi*, Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, GTZ, 2003, стр. 90; Ернст, Х., *Стварноправна осигурања на некретнима у Републици Хрватској*, Зборник радова: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Цавтат 2010, Vol. II, Београд, 2010, стр. 576 и даље; Живковић, В., Кнежевић, А., *Заложно право на покретним стварима*, Зборник радова: Промене стварног права у Србији, Могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи, Београд, 2004, стр. 176-177.

²⁸ Видети: чл. 37. ст. 2. Стварноправног законика Републике Словеније (СПЗ). Више о овом облику обезбеђења потраживања у словеначком праву видети: Vrgočur, R., *нав. чланак*, стр. 291-303.

2. *Услови за заснивање.* За стицање фидуцијарне својине потребно је да се испуне два услова кумулативно: а) власник ствари дате у гаранцију може бити дужник или треће лице; и б) мора постојати пуноважан уговор усмерен на стварање права обезбеђења (стварноправни уговор),³¹ уз паралелно постојање посебног уговора (облигационоправне природе), који скрива каузу првог правног посла (одговор на питање – зашто се тај правни посао заправо закључује).³² Облигациони ефекат фидуцијарног преноса својине је „везивање“ стварноправног дејства за посебан облигациони споразум (*pactum fiduciae*), који обавезује саговораче на условни повраћај својине. Овај уговор је специфичан, сложени правни посао који се састоји од два уговора: 1) уговор о преносу својине у сврху обезбеђења потраживања; и 2) уговор којим се ограничава фактичко дејство преноса. Када је реч о стицању у ужем смислу, 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.

3. *Функција.* Упркос чињеници да је фидуцијарни пренос својине најстарије право реалног обезбеђења потраживања (настало у римском праву као последица неразвијене технике права обезбеђења), оно данас постоји у пословној пракси многих земаља (а понегде и као институционализовано право обезбеђења), а које успешно надокнађује недостатке ручне залоге.³³ Иако може имати и бројне друге функције³⁴ (нпр. фидуција може бити уговорена и у форми *fiducia cum amico contracta*, као правни посао који је закључен претежно у интересу фидуцијанта; зарад вођења парнице и др.), њена најчешћа сврха у пракси је обезбеђујућа. Она настаје неуобичајеним дељењем својинских овлашћења на фидуцијанта и фидуцијара, уз способност прикривања дуга (што је њена кључна предност), али и бонитета дужника (што је њен недостатак).

²⁹ 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.

³⁰ Закон о обезбеђењу потраживања Северне Македоније, Сл. весник, бр. 87/07.

³¹ О правној природи овог уговора видети више код: Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 815. О форми овог уговора у праву Црне Горе, видети: чл. 353 ст. 2 Закона о својинскоправним односима Црне Горе. Видети: чл. 358 и чл. 378 Закона о својинско-правним односима Црне Горе.

³² Тако и: Лазић, М., *Реформа заложног права у Републици Србији*, Европски правник, бр. 2/2007, стр. 84.

³³ О томе више код: Гамс, А., *Основи стварног права*, 8. изд., Београд, 1980, стр. 200; Станковић, О., Орлић, М., *нав. дело*, стр. 72; 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; Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 824; Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997, стр. 11.

³⁴ Више о томе видети код: Лазић, М., *Реформа заложног права...*, стр. 84.

4. Сличности између ручне залоге и фидуцијарног преноса својине

На основу претходно наведених карактеристика ручне залоге и фидуцијарног преноса својине у модалитету реалне гаранције (у упоредном праву и пракси), могуће је компарацијом издвојити следеће сличности.

1. Фидуција и ручна залогa имају *заједничко порекло*, обе потичу из римског права, мада фидуција има дужу правну традицију и сматра се претечом ручне залогe. 2. У основи оба института је потреба за сразмером узајамних давања странака и то кроз појачавање одговорности дужника за испуњење преузетих обавеза, а уз ојачање правног положаја повериоца.³⁵ Чак се може рећи да су оба права у функцији *претежне заштите интереса обезбеђеног повериоца*, јер су средство појачавања његове правне позиције и осигурања наплате потраживања. 3. Заједничка је *функција* коју ова права врше, а то је - *реално обезбеђење потраживања* (засновано на одређеној телесној ствари – што је оличење идеје да „ствар гарантује“, а не личност), а то је истовремено и њихов заједнички виши родни појам (*genus proximum*). Ако дужник не намира обезбеђено потраживање о доспелости, залогопримац, односно фидуцијар реализује своје право обезбеђења из конкретне оптерећене ствари. 4. У оба случаја је *оптерећена ствар* (макар иницијално) *туђа* и то (по правилу) у својини дужника из главног, реално обезбеђеног уговорног односа. Ово правило строго важи за ствар која је објекат ручне залогe, која је типично ограничено стварно право на туђој ствари (*ius in re aliena*), док за фидуцијарни пренос својине то не важи безусловно. Наиме, предмет фидуцијарног оптерећења је ствар која је економски у својини дужника-фидуцијанта, а формалноправно у својини повериоца-фидуцијара, што је последица специфичног садржинског цепања својинских овлашћења на два лица. 5. Делом им је заједнички и *објекат* оптерећеног права: оба се, по правилу, заснивају на *покретним стварима*³⁶ (с тим што фидуцијарна својина у појединим регулативама може и на непокретним, за разлику од ручне залогe). 6. Заједнички им је *титулус настанка - уговор*, оба права настају добровољно, правним послом са дужником (или трећим као даоцем обезбеђења) – дакле, деривацијом од правног претходника.³⁷ Притом, по правилу нема захтева за *формом* у послу који претходи заснивању ових права, будући да се оба института (ручна залогa увек, а фидуцијарни пренос својине најчешће) односе на покретне ствари (а располагање њима не захтева формалне правне послове). 7. Осим уговорног релативног дејства *inter partes*, оба института имају дејство и

³⁵ Медић, Д., *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука, 2013, стр. 175.

³⁶ Тако и: Vizner, V., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, књ. 2, 1978, стр. 382.

³⁷ Видети: Baur, F., Stürner, R., *Sachenrecht, Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1999, стр. 515; Лазич, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 158.

према трећим лицима (*erga omnes*), са одређеним разликама. И ручна залога и фидуција обавезују трећа лица да поштују право обезбеђеног повериоца. Залогопримац је као такав носилац права бољег ранга, док је фидуцијар према трећим лицима – власник ствари. 8. Ручној залози и фидуцији су заједничка и нека *заложноправна начела* (али и одступања од њих), а то су: специјалност, официјелност и недељивост. Тако се и ручном залогом и фидуцијом могу обезбедити и условно и будуће потраживање. Даље, када је реч о заједничком одступању од начела официјелности - осим судске продаје оптерећене ствари, дозвољена је и вансудска продаја објекта ручне залоге (што зависи од статуса залогопримца – као физичког или правног лица – привредног субјекта), а за фидуцију ће то чак бити правило - што је кључна предност овог института у савременој тржишној пракси. 9. Заједничко је примарно *дејство* ових права у тзв. статичној фази, а то је *вршење притиска* на дужника да испуни дуговану престацију, а заједничка им је и друга, тзв. динамична фаза – реализација намирења потраживања из вредности оптерећене ствари (са извесним особеностима). 10. И ручна залога и фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења омогућавају намирење повериоца из оптерећене ствари *и за застарела потраживања*.³⁸ 11. Оба права титулару гарантују *право првенственог намирења*, са истим *редоследом у намирењу* више конкуришућих реално обезбеђених поверилаца (*prior tempore...*)³⁹. Наиме, оба права је могуће реализовати тек по *доследности* њима обезбеђеног потраживања, уз претходни избор начина намирења дугованог из вредности те оптерећене ствари. Последично, сличност је и начелна забрана иницијалног уговарања комисорне клаузуле (*lex commissoria*).⁴⁰ 12. У *стечају* дужника оба института имају дејство *разлучног права* (у доминантном моделу регулатива), које омогућава издвајање оптерећене ствари из имовинске масе власника и гарантује засебно намирење.⁴¹ 13. Оба обезбеђена повериоца - залогопримац и фидуцијар су држаоци (непосредни и/или посредни), те уживају *државинску* заштиту и право на самопомоћ, уз право на *петиторну* заштиту. 14. Заједничка карактеристика је и „*привремено трајање*“ оба института, због улоге обезбеђења потраживања. Међутим, фидуција може у зависности од жеља и потреба фидуцијанта и фидуцијара из условне, привремене и садржински ограничене - да прерасте у „*праву*“ својину дотадашњег фидуцијара (повереника). 15. Оба права имају

³⁸ Тако и: Перовић, С., *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995, стр. 673; Лоза, Б., *Облигационо право, Опћи дио, Посебни дио*, Сарајево, 2000, стр. 185; Рашовић, З., *Заложно право на...*, стр. 163.

³⁹ Изузетак је редослед намирења залогопримца у односима у привреди, који је обрнут од редоследа заснивања ових права.

⁴⁰ О могућности накнадног уговарања комисорне клаузуле видети: Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 230.

⁴¹ Више о правима и обавезама фидуцијанта и фидуцијара у стечају сауговорача видети код: Лазић, М., *Реформа заложног права...*, стр. 85.

спорну правну природу, мада из различитих разлога.⁴² 16. У појединим регулативама (нпр. у хрватском праву) је предвиђена *супсидијарна примена појединих правила о заложном праву* и на фидуцијарни пренос својине, чиме се додатно подвлачи њихова сличност.⁴³

5. Разлике између ручне залоге и фидуцијарног преноса својине

Упркос бројним (немалим) сличностима, разлике између ова два института ипак постоје и то у следећим карактеристикама.

1. Прва разлика између ручне залоге и фидуцијарног преноса својине је у основној идеји ова два института. Наиме, фидуција етимолошки потиче од речи *fides*⁴⁴ - што означава поверење странака, као предуслов закључења оваквог правног посла. То је неопходно јер се код фидуцијарног преноса својине „преноси више него што се уистину хтело“, па постоји опасност од изигравања поверења и злоупотребе права. Насупрот томе, овакве опасности код ручне залоге нема, јер се ту конститутивним правним прометом преноси тачно онолико овлашћења колико је потребно за креирање једне класичне реалне гаранције, а не „поделење“ својине сауговарача.

2. Док је ручна залога класично *државинско* обезбеђење потраживања, фидуцијарни пренос својине је типична *бездржавинска* реална гаранција. Очито је да су *услови конституисања* ручне залоге строжи – јер је нужна државина заложене ствари од стране залогопримца (по правилу непосредна), док код фидуцијарне својине оптерећена ствар (по правилу) остаје у поседу фидуцијанта.⁴⁵ Наравно и овде постоји државина фидуцијара, али је она по

⁴² О мешовитој правној природи ручне залоге (али и заложног права уопште) видети више код: Станковић, О., Орлић, М., *нав. дело*, стр. 350; Гамс, А., *Основи стварног права...*, стр. 178; Спаић, В., *Грађанско право*, Сарајево, 1967, стр. 442; Медић, Д., *Заложно право*, Бања Лука, 2002, стр. 19; Vizner, B., *Da li je nakon donošenja Zakona o obligacionim odnosima založno pravo obvezno pravo ili je i dalje stvarno pravo na tuđoj stvari – ius in re aliena*, *Naša zakonitost*, бр. 9/1979, стр. 99-104; Ehrenzweig, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Allgemeiner Teil, Wien, 1925, стр. 416; Wolff, M., Raiser, L., *Sachenrecht*, 4 Auflage, Karlsruhe, 1960, стр. 630; Leon, H., Mazeaud, J., Shabas, F., *Suretés, Publicité foncière*, Paris, 1977, стр. 83; Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959, стр. 89; Gavella N. *et al.*, *нав. дело*, стр. 739.

⁴³ У хрватском праву ово правило је експлицитно предвиђено у чл. 297 II. Видети више код: Jessel Holst, C., *нав. чланак*, стр. 90.

⁴⁴ У основи речи *fides*, од које потиче назив фидуција је *поверење* сауговарача, на коме овај институт и данас почива (осећај моралне обавезности) и поштовање дате изјаве воље у чију се истинитост верује (као и у римском праву).

⁴⁵ Изузетак у овом смислу представља решење домаћег Нацрта из 2011. према ком фидуцијарни пренос својине у једном свом модалитету (тзв. нерегистровани облик) подразумева заснивање посуда фидуцијара. Видети: чл. 647 Нацрта.

дефиницији – посредна (врши се преко фидуцијанта, као непосредног држаоца).

3. *Објекат фидуцијарне својине је начелно шире одређен.* Тако, ручна залога се може конституисати искључиво на покретним стварима, док фидуција у појединим регулативама може и на непокретним. Тако, нпр. у Немачкој и Словенији фидуцијарни пренос својине је дозвољен искључиво на покретним стварима, док у праву Хрватске, Црне Горе, па и у предлогу домаћег Нацрта из 2011. може бити заснован и на непокретностима. Осим тога, предмет фидуцијарног обезбеђења може бити и генеричка, заменљива, збирна ствар, робни лагер, чак и будућа ствар, а потенцијално и имовина фидуцијанта (а не само поједино имовинско право),⁴⁶ што је значајно шири опсег од дозвољених објеката ручне залог.

4. У погледу начина настанка ових права, *modus acquirendi* је различит – док код ручне залог право обезбеђења настаје предајом покретне ствари у посед залогопримца, тај елемент код фидуцијарног преноса својине (у његовом традиционалном облику, који је нарочито афирмисала немачка пословна пракса) изостаје – јер је он бездржавинско обезбеђење. Његово обележје у тамошњој пракси је да се не уписује у посебне јавне регистре, што такође има одређене предности (прикривање реалног оптерећења имовине дужника-фидуцијанта). Са друге стране, у појединим регулативама које га дозвољавају и на непокретним стварима (нпр. право Црне Горе), модус настанка је упис фидуцијарног преноса у јавни регистар. У том смислу је занимљиво опредељење творца домаћег Нацрта који нормира обе варијанте фидуцијарног обезбеђења, ради коришћења различитих бенефита и то – регистровани и нерегистровани модалитет. Први облик је бездржавинско обезбеђење, јер упис гарантује публицитет и заштиту права од трећих лица, док је други модалитет нерегистрован, а државина фидуцијара (што је необично решење) остварује улогу публицитета.⁴⁷

5. Различита је и *садржина ова два права*. Наиме, залогопримац има законом изричито призната и нека додатна овлашћења у односу на фидуцијара, као што је *право на допуну залог*. Даље, код ручне залог је могуће тек накнадно уговорити *антихрезу*,⁴⁸ а код фидуцијарне својине употреба оптерећене ствари у међувремену представља правило. Наиме, потенцијално је различита и подела овлашћења и обавеза (држање, коришћење, прибирање плодова, па и располагање) залогопримца и заложног

⁴⁶ О објектима фидуцијарног преноса својине (с нарочитим освртом на немачко право) видети више код: Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 219 и даље.

⁴⁷ Видети: чл. 633 и 634 Нацрта.

⁴⁸ О праву залогопримца на плодове и могућности уговарања супротног; односно, о забрани употребе заложене ствари, али и могућности уговарања супротног (тзв. антихреза) видети више код: Станковић, О., Орлић, М., *нав. дело*, стр. 252-253.

дужника у односу на фидуцијара и фидуцијанта⁴⁹, што зависи од врсте фидуцијарног преноса својине који предвиђа конкретни законодавац (бездржавинско или државинско обезбеђење). Тако, док је фидуцијарно обезбеђење *право коришћења ствари, ручна залога то није*. Наиме, фидуцијант током трајања односа обезбеђења остварује економске користи од реално оптерећене (економски посматрано – његове ствари), која остаје у његовом непосредном поседу, што значи да он може у међувремену извучити различите користи од ње, привређивати и тиме олакшати своју отплату обезбеђеног потраживања. Тиме је положај ове стране уговорнице олакшан – фидуцијар не мора збрињавати оптерећену ствар, а фидуцијант је у повољнијој економској позицији, те ће брже и лакше отплатити дуг, што је у интересу оба контрахента. Насупрот томе, идеја ручне залогe је – депоседовање залогодавца, у чијој искључивој државини ствар не сме остати да би ручна залога уопште настала. Ствар се налази у рукама залогопримца, али не са циљем да је он користи у међувремену, већ са јединим овлашћењем да се из заложене ствари условно првенствено намири (ако потраживање не буде добровољно намирено о доспелости). Изузетно, код ручне залогe је могуће накнадно уговорити антихрезу (употребу од стране залогопримца), али то не мења чињеницу да ручна залога није једно од права коришћења туђе ствари.

6. Разлика постоји и у погледу *својине* на оптерећеној ствари, која је у рукама различитих титулара. Наиме, услов заснивања ручне залогe је залагање *туђе* (по правилу, дужникове) ствари; а насупрот томе, фидуцијар има право обезбеђења формално на *својој ствари* (која му је фидуцијарно пренета у својину).⁵⁰ Стога, овде је предмет обезбеђења формалноправно посматрано - своја, а не туђа ствар (фидуцијарно пренета својина није класично ограничено стварно право на туђој ствари).

7. Претходна разлика имплицира и следећу – а то је да је разлика између ова два института очигледна и у њиховој *правној природи*. Тако, ручна залога представља једно типично *стварно право на туђој покретној ствари (ius in re aliena)*, уз *публицитет* који гарантује посед покретне ствари и апсолутно дејство *erga omnes*. Насупрот томе, фидуцијарна својина се често означава и као модалитет својине *sui generis* (садржински и временски ограничен), а који функционално припада групи права реалних гаранција. Правна природа фидуцијарног преноса својине се у литератури одређује као нарочито спорно питање.⁵¹ Тако, у домаћој и иностраној доктрини постоје различите теорије,⁵²

⁴⁹ Детаљније о правима и обавезама фидуцијанта и фидуцијара видети: Мићовић, М., *Савремена средства реалног обезбеђења банкарских кредита*, Зборник радова: Србија и Европско право, књ. IV, Крагујевац, 1999-2000, стр. 278-281.

⁵⁰ Тако и: Ђуровић, Ј., *нав. чланак*, стр. 825.

⁵¹ Стојановић, Д., *Стварно право*, Крагујевац, 1998, стр. 303.

којима се фидуцијарни пренос својине означава као: модалитет својине, затим, као врста заложног права, као реална гаранција *sui generis* или чак, као правна моћ, правно стање и др. Тако, поједини аутори говоре о: две паралелно постојеће својине на ствари, настале цепањем једне (попут *trust-a*) англоамеричког права; о „правој“ и „неправој“ својини; о две сукцесивне својине – „претходна и потоња“ или „поверена и очекивана својина“; о „ничијем праву“ на одређено време; о „паузи у имовини“ или „заграђеној својини“, као бессубјектном субјективном грађанском праву; о „стварном праву на чекање“; о „правној моћи која се може претворити у „праву“ својину, о институту мешовите правне природе на граници материјалног и процесног права; и о својини *sui generis*.⁵³

8. Значајна разлика постоји и у погледу начела *акцесорности заложног права*, дакле и ручне залог, као једног њеног модалитета, што не важи за фидуцију. Дакле, разлика постоји у *могућности располагања овим правима*: залогопримац не може располагати залогом самостално (због чињенице да је она акцесоријум), али може заједно са обезбеђеним потраживањем (које може уступити или заложити и креирати – подзалогу). Насупрот томе, фидуција се у доктрини⁵⁴ квалификује или као неакцесорно средство обезбеђења или као тзв. квазиакцесорно. Ипак, механизам постизања акцесорног дејства фидуцијарног обезбеђења је особен: остварује се путем посебног облигационог споразума, који крије каузу обавезивања и обавезу условног повраћаја фидуцијарне (подељене) својине. Ако фидуцијар располаже фидуцијарном својином супротно закљученом облигационом споразуму странака о сврси осигурања, злоупотребио је своје право, а савесно треће лице постаје власник дотад фидуцијарно оптерећене ствари, док фидуцијанту преостаје само могућност утужења и захтевање надокнаде причињене штете

⁵² Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, 2019/1, стр. 16. Smith, L. D., *Trust and Patrimony*, Revue Générale de droit, бр. 2/2008, стр. 379-403; Webber, H., *Kreditsicherheiten*, PU: Beck, С Н, 1994, стр. 147; Чулиновић Херц, Е., *Уговорно осигурање трајбина залагањем покретних ствари без предаје ствари у посјед вјеровника*, Ријека, 1998, стр. 236; Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, бр. 9/2019, Бања Лука, стр. 24; Лазих, М., Планојевић, Н., *нав. чланак*, стр. 512.

⁵³ Детаљније о овоме видети у: Ђурђић Милошевић, Т., Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине у савременом хрватском и српском праву*, Правни вјесник: тромјесечни гласник за правне и друштвено-хуманистичке знаности Правног факултета Свеучилишта у Осијеку, год. 39, бр. 2/2023, стр. 137-156.

⁵⁴ Део доктрине овај правни посао оцењује као несумњиво *неакцесоран*. Видети: Jessel Holst, С., *нав. чланак*, стр. 90. „Приликом реформе Словенија и Хрватска су се свесно определиле за увођење фидуцијарне својине као средства обезбеђења и неакцесорног права, поред бездржавинског заложног права као акцесорног средства обезбеђења“. Ово питање је у доктрини ипак спорно. Уп. Лазих, М., *Реформа заложног права...*, стр. 84. Овај аутор закључује да је фидуцијарни посао „у суштини акцесоран“.

(облигационоправни, а не стварноправни захтев). Отуд закључак да фидуција, формално посматрано, знатно превазилази циљеве обезбеђења,⁵⁵ функционално превазилазећи ручну залогу. Оптерећена ствар је фидуцијарна својина, што је макар на први поглед, чини правом са *снажнијим и комплекснијим правним дејством* од ручне залогe.⁵⁶

9. Ручна залогa је гаранција чији се *публицитет* остварује фактичким поседом (државином, најчешће непосредном), чиме је залогопримцу гарантовано и *право следовања* уз посебну петиторну тужбу – *vindicatio pignoris* (а тиме и неспорно апсолутно дејство *erga omnes*). Насупрот томе, пошто за фидуцију упис може и да изостане (у тзв. нерегистрованом модалитету), а ствар остаје у рукама фидуцијанта-дужника (те изостаје и непосредна државина фидуцијара у функцији средства публициитета), тада је спорно дејство *erga omnes* овог права и његова петиторна заштита (фидуцијарно пренета својина у упоредном праву се штити по правилу, посебном облигационом тужбом).

10. Док је ручна залогa у већини регулатива традиционално *институционализовано* право обезбеђења, фидуцијарни пренос својине и даље претежно функционише као нерегулисан у прописима већине земаља, али се ипак сматра допуштеним у пракси.⁵⁷ Таква је ситуација пре свега у немачком и швајцарском праву, која већ традиционално примењују овај институт и којима регулатива истог није ни потребна, због низа правила која је изградила тамошња пословна пракса. Ипак, изван број земаља га је последњих деценија регулисао законом у циљу заштите правне сигурности, што сматрамо добрим курсом.

6. Закључак

Фидуцијарни пренос својине је стара реална гаранција која данас у новом „руху“, оличава неке новонастале потребе тржишта и његових учесника. Сматрамо да је и у регулативама које је не уређују законом (попут домаће) – легална, јер није законом забрањена, а легитимна је - јер рефлектује нека круцијална начела грађанског права попут - слободе уговарања, аутономије воље и начела диспозитивности. Објашњење њене снажне афирмације у модерном пословном свету је у специфичној

⁵⁵ Стојановић, Д., Павићевић, Б., *нав. дело*, стр. 22.

⁵⁶ Павићевић, А., *Дејство, заштита и престанак фидуцијарног преноса својине према нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије*, Зборник радова: XXI век - век услуга и Услужног права, књ. 13, Крагујевац, 2022, стр. 59-78; Тако и: Рашовић, З., *Заложно право на...*, стр. 160.

⁵⁷ Начелно, у француском праву се фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења сматра недозвољеним, иако се у литератури указује на постојање тзв. *contre-lettre* у чл. 1321 ФГЗ. Видети: Лазих, М., *Реформа заложног права...*, стр. 85.

структури овог института и шареноликим функцијама које може имати управо захваљујући њој.

Редизајниран у немачкој пословној пракси двадесетог века, овај институт је задржао неке базичне обресе које је имао у римском праву у модалитету *fiducia cum creditore contracta*, али је у међувремену значајно еволуирао, а данас су га зарад правне сигурности, многи законодавци и институционализовали, чиме су проширили спектар националних реалних гаранција. Фидуцијарни пренос својине је у новије време популаран нарочито у транзицијским земљама, а које настоје да изнађу нека нова, флексибилнија средства кредитирања, како би подстакле развој тржишне привреде.

Домаћем стварном праву обезбеђења потраживања је потребна реформа, а у том смислу вишеструко корисним сматрамо проширење постојеће палете средстава реалног обезбеђења потраживања. Када је реч о предложеном решењу за српско право *de lege ferenda*, а које оличавају решење Нацрта из 2011. и решење Преднацрта ГЗС, планирани смер развоја је очигледно различит. Док Преднацрт фидуцијарно обезбеђење уопште не нормира (као ни домаће позитивно право), Нацртом законика о својини и другим стварним правима оно је врло детаљно уређено, што ово решење чини значајним коракком напред, у односу на тренутно постојеће стање. Већ сама чињеница институционализовања фидуцијарног преноса својине у сврху обезбеђења у домаћем праву - по први пут на нивоу опште законске норме, представља системски помак, усклађен са потребама грађанске, а нарочито привредне праксе.

Предности фидуцијарног преноса својине према упоредноправном искуству су неспорне, међутим потреба за његовим законским нормирањем у домаћем амбијенту мора бити последица процене домаћег законотворца да је он у довољној мери иновативан и другачији у односу на већ постојећа права реалног обезбеђења потраживања. Конкретно, предмет рада било је поређење овог института са ручном залогом, као традиционално познатим обликом заложног права. Након у раду утврђених кључних одлика ова два института (појма, карактеристика, услова заснивања и функције коју врше), извршена компарација указује да, упркос појединим сличностима, ова два института имају и више значајних разлика, које указују на аутентичност сваког од њих, па и потенцијално засебну сферу примене и начин деловања.

Разлике тако постоје у следећим сегментима: - у основној идеји из које су ови институти поникли (потреба за посебном заштитом поверења странака или не); - у објекту (фидуцијарно оптерећена ствар може бити и непокретност, чиме је њен објекат неупоредиво шире конципиран од објекта ручне залоге); - у државинском карактеру реалне гаранције или не (фидуција је по правилу гаранција бездржавинског карактера, а ручна залога строго државинског); - у расподели овлашћења и обавеза између

титулара гаранције и залогодавца/фидуцијанта (разлика у садржини права – коришћење, плодови, итд.); - у начину остваривања публицитета (уписом или државином ствари); - врстом правне заштите (стварноправна или облигационоправна); - у начелу акцесорности (фидуција је неакцесорно или „квазиакцесорно“ право, за разлику од *pignus*, који је строго акцесорно); - у дејству према трећима (фидуција има снажније дејство, јер оптерећена ствар није туђа заложена, већ ствар која је формалноправно у својини фидуцијара, којом се може и располагати); - према уређености законом (институционализовано/доминантно ненормирано право) и у правној природи (модалитет заложног права, наспрам реалне гаранције *sui generis* – садржински ограничене, привремене и условно пренете својине).

На основу свега претходно наведеног, можемо оценити да је реч о сродним институтима, који спадају у исту групу права, али свакако довољно аутентичним и способним да задовоље различите интересе странака, због чега завређују коегзистенцију у домаћој палети права реалног обезбеђења. Коначно, с обзиром на потребу да се домаће национално решење усклади са правом ЕУ, увођење фидуцијарног обезбеђења потраживања, био би корак даље у хармонизацији решења српског грађанског права са тзв. „меким“ правом ЕУ, конкретно са решењем *DCFR*-а, модел правила које уз ручну залог уређује и друге модалитете заложног права, а посебно и фидуцију, у форми *trust*-а, али и као реалну гаранцију *sui generis*.

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

SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN FIDUCIARY TRANSFER OF PROPERTY AS SECURITY RIGHT IN REM AND PIGNUS

Summary

The paper examines two special real guarantees in modern domestic and foreign real law for securing claims, namely: manual pledge in movables (pignus) and fiduciary transfer of property. Although both institutes have a long legal tradition, since they originate from Roman law, the pignus was continuously used in almost all European regulations, including domestic one, while the fiduciary transfer of

property for the purpose of real security was long forgotten, but has been reaffirmed in comparative law. It experienced a renaissance primarily in German business, especially banking practice, but also in numerous recent regulations, which institutionalized it. Hence the desire to become more familiar with the properties of this real sui generis guarantee, which is not standardized in domestic law (nor has it ever been), although judicial practice knows it. Its introduction into the future Serbian law would be potentially useful, provided that it is determined that the differences, and especially the advantages compared to the existing and related real security rights, are significant - in order to expand the range of domestic real guarantees de lege ferenda. This is the proposal of the Draft Code of Property and Other Real Rights of Serbia from 2011, which represents one of the two legislative proposals drafted so far for Serbian future civil law, which the author assesses as a positive step forward. In the paper, the author critically analyzes the similarities, and especially the differences, between these two institutes (primarily in the object, content, effect, legal nature, etc.), with the aim of their precise demarcation, while conceiving his own proposal de lege ferenda.

Key words: security right in rem; pignus; fiduciary transfer of property; fiducia cum creditore contracta.

Литература

- Бабић, И., *Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право*, Београд, 2008.
- Бартош, М., Марковић, Л., *Грађанско право први део - Стварно право*, Београд, 1936.
- Baur, F., *Lehrbuch des Sachenrechts*, 12. Aufl., München, 1983.
- Baur, F., Stürner, R., *Sachenrecht, Lehrbuch des Sachenrecht*, München, 1999.
- Vizner, B., *Komentar zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*, knj. 2, 1978.
- Vizner, B., *Da li je nakon donošenja Zakona o obligacionim odnosima založno pravo obvezno pravo ili je i dalje stvarno pravo na tuđoj stvari – ius in re aliena*, Naša zakonitost, бр. 9/1979.
- Vrenčur, R., *Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu u: Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapester Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen: Edition Temmen, 2003.
- Gavella, N. et al., *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998.
- Gavella, N., Borić, T., *Stvarno pravo u Hrvatskoj, Uvod i prevod tekstova Већ-Berlin*, 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.

- Дабовик-Анастасовска, Ј., Гавриловић, Н., *Личноправни и стварноправни средства за обезбеђивање на побарувањата*, Зборник радова Правног факултета Свеучилишта у Мостару, Актуалности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе, 2008.
- 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.
- Ђурђић Милошевић, Т., Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине у савременом хрватском и српском праву*, Правни вјесник: тромјесечни гласник за правне и друштвено-хуманистичке знаности Правног факултета Свеучилишта у Осиеку, год. 39, бр. 2/2023.
- Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр. 10/1998.
- Ернст, Х., *Стварноправна осигурања на некретнинама у Републици Хрватској*, Зборник радова: Civil Law Forum for South East Europe, Collection of studies and analyses. First Regional Conference, Vol. II, Цавтат - Београд, 2010.
- Ehrenzweig, A., *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, Allgemeiner Teil, Wien, 1925.
- Живковић, М., *О реформи реалних права обезбеђења у југословенском праву*, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003.
- Jessel Holst *Reforma prava o obezbeđenju potraživanja pokretnim stvarima u Jugoistočnoj Evropi*, Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit mbH (Hrsg.), Das Budapest Symposium, Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, GTZ, 2003.
- Живковић, В., Кнежевић, А., *Заложно право на покретним стварима*, Зборник радова: 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*, Европски правник, бр. 2/2007.
- Лазић, М., *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.
- Лазић, М., Планојевић, Н., *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, Правни живот, књ. 548, бр. 10/2011.
- Leon, H., Mazeaud, J., Shabas, F., *Suretés, Publicité fonciere*, Paris, 1977.
- Лоза, Б., *Облигационо право, Опћи дио, Посебни дио*, Сарајево, 2000.
- Медић, Д., *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука, 2013.
- Медић, Д., *Заложно право*, Бања Лука, 2002.
- Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, 2019/9, Бања Лука.
- Messineo, F., *Manuale di diritto civile e commerciale*, III, Milano, 1959.
- Мићовић, М., *Савремена средства реалног обезбеђења банкарских кредита*, Зборник радова: Србија и Европско право, књ. IV, Крагујевац, 1999-2000.
- Павићевић, А., *Право ретенције*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, 2016.
- Павићевић, А., *Појам фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, Зборник радова: Садашњост и будућност услужног права, Крагујевац, 2022.

- Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, + год. XI, бр. 2/2020.
- Павићевић, А., *Врсте и садржина фидуцијарног преноса својине према Нацрту законика о својини и другим стварним правима Србије*, Зборник радова: Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније, књ. 10, Крагујевац, 2022.
- Павићевић, А., *Дејство, заштита и престанак фидуцијарног преноса својине према нацрту Законика о својини и другим стварним правима Србије*, Зборник радова: XXI век - век услуга и услужног права, књ. 13, Крагујевац, 2022.
- Перовић, С., *Коментар Закона о облигационим односима*, Београд, 1995.
- Петровић, З., Козар, В., *Средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Београд, 2009.
- Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012.
- Повлакић, М., *Фидуцијарно власништво у успоредном праву и судској пракси*, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Риједи, вол. 24, бр. 1/2003.
- Pottschmidt, G., Rohr, U., *Kreditsicherungsrecht*, 3. Aufl., München, 1986.
- Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, бр. 1/2019.
- Рашовић, З., *Заложно право на покретним стварима*, докторска дисертација, Универзитет у Београду, 1971.
- Рашовић, З., *Фидуцијарни правни послови и фидуцијарна својина*, Подгорица, 1997.
- Рашовић, З., *Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Црној Гори*, Цавтат, 2010.
- Ripert, G., Roblot., R., *Traite de droit commercial*, t. 2, Paris, 1996.
- Smith, L. D., *Trust and Patrimony*, Revue Générale de droit, 2008/2.
- Спаић, В., *Грађанско право*, Сарајево, 1967.
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1996.
- Стојановић, Д., Павићевић, Б., *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997.
- Стојковић, С., *Основи грађанског права*, Београд, 1948.
- Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2012.
- 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.
- Хибер, Д., Живковић, М., *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015.
- Чулиновић Херц, Е., *Уговорно осигурање тражбина залагањем покретних ствари без предаје ствари у посјед вјеровника*, Ријека, 1998.
- Webber, H., *Kreditsicherheiten*, PU: Beck, C H, 1994.
- Wolff, M., Raiser, L., *Sachenrecht*, 4 Auflage, Karlsruhe, 1960.

Закони, нацрти закона и судска пракса

- 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.
- Немачки грађански законик (НГЗ) из 1896. (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*).
- Швајцарски грађански законик (ШГЗ) из 1907. (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*)
- Закон о својинско-правним односима из 2009. (ЗСПО), Сл. лист ЦГ, бр. 19/09.

Александра Павићевић, Сличности и разлике између фидуцијарног преноса својине као права реалног обезбеђења и ручне залогe (стр. 487-508)

- Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске (ЗВДСП), Народне новине РХ, бр. 91/96.
- Овршни закон Хрватске (ОЗ), Народне новине, бр. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16, 73/17, 131/20, 114/22.
- Стварноправни законик Републике Словеније, Урадни лист, бр. 87/02.
- Закон о изменама и допунама Закона о извршном поступку, Службен весник, бр. 59/00.
- Закон о обезбеђењу потраживања Северне Македоније, Службен весник, бр. 87/07.
- Преднацрт грађанског законика Србије, доступан на интернет адреси: <http://www.propisi.com/prednactr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html>.
- Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. интернет адреса: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.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)*, Нацрт заједничког референтног оквира за европско приватно право, http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfv_outline_edition_en.pdf.
- Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 263/97 од 29. 01. 1997, *Intermex*.
- 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.
- Пресуда вишег суда у Београду, бр. Пж 263/96 од 29. јануара 1997. год, Судска пракса привредних судова, бр. 1/1997.
- Решење Врховног суда Србије бр. Рев 3708/2002 од 26. децембра 2002.
- 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.
- Врховни суд Србије, Рев-347/96 од 16.10.1996.
- Апелациони суд у Крагујевцу, Гж-228/10 од 2.2.2010.