

*Др Александра Павићевић, ванредни професор
Правног факултета Универзитета у Крагујевцу
ORCID: 0000-0002-7915-6408*

*Изворни научни рад
УДК: 342.812:004:[347.133.8
DOI: 10.46793/XXIMajsko.529P*

ФИДУЦИЈАРНО ОБЕЗБЕЂЕЊЕ НА ДИГИТАЛНОЈ ИМОВИНИ*

Резиме

*Предмет рада је разматрање утицаја процеса дигитализације на поједине институте домаћег грађанског права, попут премијерног увођења института дигиталне имовине и креирања фидуцијарног обезбеђења на њој. Аутор у раду применом нормативног, упоредноправног и аксиолошког метода анализира и оцењује новоуведена решења Закона о дигиталној имовини (ЗДИ) који оличава својеврсни *lex specialis* у области грађанског права, конкретно – решења везана за једну особену реалну гаранцију – „фидуцију на дигиталној имовини“, што је проблематично јер овај институт нема јасан статус у домаћој судској пракси. Наиме, фидуцијарни пренос својине није нормиран у домаћем праву на нивоу опште норме (у ЗОСПО-у), нити је то икада до сада био, осим на нивоу изузетка у једном другом специјалном пропису (Закон о финансијском обезбеђењу). Аутор у раду одговара на питање адекватности решења о фидуцији из ЗДИ, лоцирајући предности и недостатке, дајући правну квалификацију, оцењујући усклађеност са важећим стварним правом РС, као и са UNIDROIT принципима, који представљају међународна правила-смернице за националне законодавце при нормирању дигиталне имовине и реалних гаранција на њој. Аутор оцењује да је ово решење иновативно, мада у домаћим условима преурањено, недовољно јасно, терминологијски и садржински неусклађено са физиономијом и дејством института фидуције у савременом упоредном праву. У раду су формулисани и конкретни предлози за корекцију разматраних решења ЗДИ у циљу што оптималније будуће регулативе ове атипичне, али више него корисне реалне гаранције за српско право *de lege ferenda*.*

* Рад је написан у оквиру Програма истраживања Правног факултета Универзитета у Крагујевцу за 2025. годину који се финансира из средстава Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Кључне речи: имовина; дигитална имовина; право реалног обезбеђења потраживања; фидуцијарни пренос својине; фидуција на дигиталној имовини.

1. Увод

21. век је са собом донео бројне турбулентне новине у друштву, економији, што се неминовно одразило и на правну сферу, у грађанском праву на његове основне институте – попут концепта имовине, стварних права, својине, права реалног обезбеђења, што је условило преиспитивање самог појма ствари, као објекта стварних права. Дигитализација и информациона револуција у циљу самоодрживог развоја савременог друштва (са својим криптовалутама, токенима, вештачком интелигенцијом и сл.) јесте феномен који је обележио прве две деценије 21. века и који обузима све сфере друштвеног живота, са значајном рефлексijом и на класичне грађанскоправне институте. Отуд се у доктрини оправдано истиче да је некадашња правно-логичка, а затим и економски ефикасна парадигма уступила место информатичкој логици зависној од одговарајућег софтвера, што имлицира постепеним „изумирањем грађанскоправних института који не успевају да се дигитализују.“¹

Тако, класични грађанскоправни појмови уобличени још пре више векова у тзв. кодификаторском таласу Европе током 19. и 20. века, сада бивају стављени под фокус научне јавности, донекле релативизовани, често и електронски, виртуелно уобличени, пробијањем традиционалних доктринарних појмова услед појаве нових концепата које узрокује измењено информатичко друштво. У тим околностима многи законодавци покушавају да испрате иновације из праксе, да ускладе своја национална законодавства са Европским наднационалним, да унификују или хармонизују решења које јединствено европско тржиште захтева, а понеки у том процесу буду и пионири.

Необично је у том контексту истаћи домаћег законодавца, који је у жељи да што брже усвоји нова, до скоро незамислива решења и испрати планиране токове дигитализације друштва, чак отишао и корак испред других, те први у Европи, а свакако међу првима и у свету већ 2020. године усвојио особени *lex specialis* у овој области – Закон о дигиталној имовини. Притом, поређења ради, у оквиру Међународног института за унификацију приватног права UNIDROIT рад радне групе на овим принципима окончан је тек 2023. године (*Principles on Digital Assets and Private Law*).²

¹ Видети: Живковић. М., *Права на дигиталној имовини*, Зборник радова: Право дигиталне имовине, Београд, 2024, стр. 141-142.

² *Principles on Digital Assets and Private Law*, Governing Council UNIDROIT, Rome, 2023. Unidroit принципи о дигиталној имовини и Приватном праву оличавају збир међународних начела на нивоу препоруке за националне законодавце који треба да их имплементирају у

Са једне стране, чини се да је српски законотворац тиме показао аспирацију да осавремени домаће грађанско право (за разлику од многих других, који још увек оклевају) што јесте похвално као иновативно, али се тиме истовремено постављају и бројна спорна правнодогматска, али и практично важна питања, од којих су кључна следећа: - Да ли је у РС сазрео заиста тренутак за нормирање свих института обухваћених овим прописом? – А ако јесте, да ли је адекватно у ситуацији где држава нема јединствени грађански законик (на чијем се доношењу радило годинама, па се од истог одустало) и која још од 1980. није донела нови, потпуни стварноправни пропис (за разлику од свих држава у нашем окружењу), где општим прописом, *lex generalis*-ом нису решена многа базична стварноправна питања, попут целовите регулативе својине, нормирања личних службености, целовите уређености заложног права и сл. – да се директно прелази на нормирање појединих врло специфичних „виртуелних“ института, а да бројна „претходна материјалноправна питања“ нису законом адекватно или нису уопште решена?

Будући да је реч о пропису који нормира бројна грађанскоправна питања везана за појам имовине, услед ограничености обимом рада, ми смо фокус овог истраживања ставили само на један аспект ове регулативе – а то је фидуција на дигиталној имовини. Оно што ову проблематику чини додатно спорном је чињеница да ЗДИ експлицитно регулише *фидуцијарно обезбеђење* за једну особену врсту објекта – дигиталну имовину, а реч је о институту који истовремено у домаћем праву општом нормом (ЗОСПО, нити било који други пропис који нормира права реалног обезбеђења потраживања) није уопште уређен – ни дозвољен, ни забрањен. Оваква ситуација већ дуго у домаћој судској пракси уводи у правну несигурност јер судови институт фидуцијарног преноса својине различито третирају, као: имплицитно правно дозвољен или супротно, као забрањен.

Стога је циљ нашег истраживања да анализом поменутих одредаба ЗДИ оценимо адекватност усвојених иновативних решења, проценимо усклађеност оваког *lex specialis*-а са важећом регулативом домаћег права реалног обезбеђења потраживања, као и степен усклађености националног решења са наднационалним, правилима међународног права у овој области и трасирамо смер даљег развоја овог института у домаћим националним, европским³, па и

своја законодавства. Доступно на: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>, датум посете: 03. 02. 2025.

³ Када је реч о европском наднационалном праву, регулатива фидуције (и управљачке и у форми реалне гаранције) је садржана у глави X модел правила ДЦФР-а, које има карактер смернице, није обавезујуће природе и чини део тзв. „меког“ права ЕУ, са којим је национална решења сврсисходно ускладити. Видети: *Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE)*, Christian von Bar, Sellier – European Law Publishers, München, 2009. Доступно на: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_

светским оквирима, дајући конкретне предлоге *de lege ferenda*.⁴ Наведене одредбе ЗДИ-а ће стога у раду бити предмет нормативне, упоредноправне и аксиолошке анализе, уз обавезни претходни осврт на општи статус института фидуцијарне својине у позитивном српском праву, провучен и кроз призму домаће судске праксе и доктрине.

2. Шта представља фидуцијарни пренос својине и да ли је он дозвољен у српском позитивном праву или не?

Правни основ за фидуцијарни пренос својине је и у савременом праву (као и у римском, из кога потиче) - фидуцијарни правни посао⁵, који је особен јер почива на поверењу сауговорача (*fides*). У модалитету *fiducia cum creditore contracta*⁶, дужник се обавезује да својину на одређеној ствари пренесе на повериоца у сврху реалног обезбеђења потраживања, док се други сауговорач обавезује да фидуцијарно пренету својину врши у интересу фидуцијанта и да по

and_model_rules_of_European_private_law_-Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf., датум посете 06. 02. 2025. год.

⁴ Када је реч о предлозима за српско будуће грађанско право досад су израђена два различита нацрта, од којих ниједан није у међувремену озакоњен, али који су значајни као показатељ поделе домаће стручне јавности на тему фидуцијарног преноса својине. Наиме, Преднацртом грађанског законика Србије није предложено његово увођење, док је раније израђеним предлогом – Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011. предложена детаљна регулатива овог института. Видети: Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011., доступно на: <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>; Преднацрт Грађанског законика Србије, доступан на: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, датум посете: 05. 02. 2025. год.

⁵ О фидуцијарним правним пословима уопште видети више у: 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; Гамс, А., *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1960, стр. 24; 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.

⁶ Функције фидуцијарног преноса својине, осим обезбеђујуће, могу бити и: ради управљања; обављања правног посла; вођења парнице и друге допуштене сврхе.

намирењу дуга о доспелости својину врати дужнику. Оваква конструкција условно речено: „временски позајмљене својине“, пренете на одређено време, са тачно одређеном (обезбеђујућом) сврхом, поцепане садржине на два паралелна власника ствари, са идејом повратног преноса својине на преносиоца по испуњењу уговорене сврхе - оличава општи појам и приказ физиономије овог сложеног, у европкоконтиненталним оквирима крајње атипичног института.⁷

Међутим, питање дозвољености фидуцијарног преноса својине у домаћем праву је деликатно – јер законом овај институт није нормиран као једно од изричито дозвољених средстава реалног обезбеђења потраживања. Судска пракса (па чак и доктрина) о питању његове легалности има врло неуједначене ставове: од потпуно негирања дозвољености, преко изузетног признавања, до апсолутног признавања, упркос нерегулисаности законом. Отуд домаће право начелно можемо сврстати у групу регулатива – где ова реална гаранција није институционализована, уз прецизирање – није регулисана општом нормом, за све повериоце и за сва потраживања, због чега је кључан фактор њеног (не)признавања судска пракса.

Наиме, права реалног обезбеђења потраживања су у домаћем праву регулисана у различитим прописима и то у: Закону о основама својинскоправних односа (ЗОСПО)⁸, затим у Закону о облигационим односима (ЗОО)⁹ и у другим посебним законима. Али, у домаћем позитивном праву фидуцијарни пренос својине општим стварноправним прописом није регулисан – ни изричито дозвољен, ни изричито забрањен.¹⁰ Ипак, он јесте делимично нормиран у виду изузетка у појединим специјалним прописима, чији приказ следи.¹¹

2.1. Закон о финансијском обезбеђењу

Занимљиво је то што је од релативно скоро (од 2018. год.) фидуцијарни пренос својине уређен у посебном пропису (*lex specialis*) - у

⁷ Детаљније о овоме видети у: Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, год. XI, бр. 2/2020, стр. 6 и даље.

⁸ Закон о основама својинско-правних односа Републике Србије, Сл. лист СФРЈ, бр. 6/1980, 36/1990; Сл. лист СРЈ, бр. 29/1996; Сл. гласник РС, бр. 115/2005 – други закон. У даљем тексту ЗОСПО.

⁹ 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.

¹⁰ Чланом 445 Закона о облигационим односима регулисан је само фидуцијарни пренос потраживања, а не и фидуцијарни пренос својине.

¹¹ О општем статусу фидуције у позитивном српском праву, ставовима домаће судске праксе и доктрине писано је и у: Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као савремено право реалног обезбеђења потраживања*, Крагујевац, 2024, стр. 77-81.

Закону о финансијском обезбеђењу,¹² као регистровани фидуцијарни пренос својине на *финансијским инструментима у сврхе обезбеђења*.¹³ Наиме, у питању је посебан модалитет института, који настаје регистрацијом у Централном регистру хартија од вредности,¹⁴ а који је дозвољен само ограниченом броју субјеката на финансијском тржишту.¹⁵ До институционализације овог конкретног облика фидуције у домаћем праву дошло је под утицајем Директиве Европског парламента и Савета о финансијским колатералима (*Directive 2002/47/EC*). Њен чл. 2 је имплементиран у наведени домаћи закон, што је по оцени доктрине¹⁶ значајно, јер означава премијерно увођење фидуцијарног преноса својине у право РС, али додали бисмо - „на мала врата“.

Приметно је да је овако нормирана фидуција двоструко ограничена: 1) према субјектима; и 2) према објекту фидуцијарног обезбеђења (само одређена категорија ствари – новчана средства и финансијски инструменти). Стога, за разлику од дела доктрине који фидуцијарни пренос својине означава као потпуно правно нерегулисан у домаћој држави, ми сматрамо да овај институт ипак јесте парцијално регулисан поменути *lex specialis*-ом, али свакако не на општи начин (за све повериоце и сва потраживања), што ово решење не чини оптималним у домаћим условима. Тиме остаје „непокривен“ широк спектар потраживања и круг субјеката који нису сигурни да ли се могу легално реално обезбедити овом гаранцијом, јер законодавац то питање није уредио на нивоу опште стварноправне норме.

¹² Видети: чл. 2, ст. 1 Закона о финансијском обезбеђењу, Сл. гласник РС, бр. 44/2018. „Уговором о финансијском обезбеђењу обавезује се давалац обезбеђења да, ради обезбеђења извршења своје или туђе финансијске обавезе, пренесе средство обезбеђења примаоцу обезбеђења или да на том средству установи заложно право у корист примаоца обезбеђења, а прималац обезбеђења обавезује се да, у складу с тим уговором, примљена или еквивалентна средства обезбеђења врати даваоцу обезбеђења по извршењу финансијске обавезе, односно истовремено с тим извршењем. Давалац обезбеђења, на основу уговора о финансијском обезбеђењу којим се преноси средство обезбеђења, примаоцу обезбеђења: 1) преноси право својине на новчаним средствима или финансијским инструментима који су средство обезбеђења; 2) преноси потраживање које је средство обезбеђења.“

¹³ Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине...*, нав. чланак, стр. 14.

¹⁴ Видети: чл. 7 ст. 1 Закона о тржишту капитала, Сл. гласник РС, бр. 129/2021.

¹⁵ Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, бр. 1/2019, стр. 8.

¹⁶ Детаљно о важности имплементације овог европског модела фидуцијарног обезбеђења у национална решења видети у: Van Erp, S., Akkermans, B. (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012.

2.2. Стање у пракси

Иако у важећем српском праву овај институт није регулисан законом на општи начин, у пракси се начелно сматра дозвољеним, као адаптибилно, мултифункционално средство добровољног осигурања потраживања.¹⁷ Наиме, у ЗОО нема општих одредаба о фидуцијарним правним пословима, али из чињенице да је у чл. 445 ЗОО допуштена цесија (уступање) у сврху обезбеђења потраживања, део доктрине изводи закључак и о допуштености фидуцијарног преноса својине у исту сврху. Услов законитог конституисања је намера странака чији је циљ дивергенција 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.).¹⁸

Проблем међутим, настаје баш ту где би требало да је решење – српска судска пракса, за разлику од неких страних јуриспруденција, није заузела једнообразан став о дозвољености фидуције у домаћим условима, и то уз различиту аргументацију. Стога питање дозвољености фидуцијарног преноса својине у домаћем праву захтева мало више пажње и осврт на различите ставове домаћих судова, као и на доктринарну полемику домаћих аутора на ту тему.

2.3. Ставови домаћих судова

Домаћи судови се колебају у погледу питања легалности и легитимности фидуцијарног преноса својине, што резултира врло неуједначеном праксом, која на моменте има „крут, ригидан, нееластичан, па чак и игноришући став према овом институту“ упркос његовом значају у привредном животу. Виши судови су овај уговор у више наврата (по нашој оцени неосновано) квалификовали као непуноважан правни посао, уз различиту, углавном неадекватну аргументацију.¹⁹

Са друге стране, поједини нижи судови (по нашој оцени исправно) оцењују да је овакав уговор *допуштен*, као ефикасно средство брзе, вансудске наплате потраживања.²⁰ Постоје и примери пресуда где је домаћи (Виши привредни)²¹ суд признао пуноважност уговореног фидуцијарног преноса

¹⁷ 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.

¹⁸ Више у: Гамс, А., *нав. чланак*, стр. 24 и даље.

¹⁹ Тако и: Бокшан, Б., *нав. чланак*, стр. 26; Ђуровић, Љ., *нав. чланак*, стр. 821.

²⁰ Исто.

²¹ Видети: Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 263/96 од 29. 01. 1997., ВПС, Судска пракса привредних судова, бр. 1/1997, стр. 42. О овоме видети више у:

својине у сврху реалног обезбеђења потраживања и то чак на непокретности као предмету (што је врло атипично), али истовремено, у образложењу пресуде суд не признаје фидуцијарну својину као такву (па тиме ни фидуцијару излучна/разлучна права у поступку принудног извршења, односно у стечају). Све то указује на збуњеност домаће судске праксе²² пред овим необичним институтом, коме као да не може априори одрећи пуноважност (због начела аутономије воље странака у грађанском праву), али ни признати га у целости, са свим његовим ефектима које има у упоредном праву – због начелне неуклопивости у домаћи систем реалног обезбеђења.

Утисак је да овако недоследна судска пракса збуњује струку, а још више и лаике, који би овакве послове радо закључивали у пракси, што повређује њихове приватне интересе, али и опште, јер уводи у правну несигурност и изазива неповерење у правни промет, што је друштвено најнепожељнији исход. Аргументи домаћих судова различитих нивоа за признавање фидуције као дозвољене правне појаве углавном исти они које истиче и доктрина, а кључни и најчешћи аргументи против – су следећа два: 1) јер садржи забрањену комисорну клаузулу (*lex commissoria*); и 2) јер нема каузу или јер садржи недопуштену каузу.

2.4. Ставови домаће доктрине

У делу домаће доктрине се оцењује да овај институт треба да ужива општу правну заштиту, јер представља легално, а флексибилно средство добровољног осигурања потраживања, које погодује интересима пословне праксе, а нарочито привлачењу страних инвеститора.²³ У прилог тој тврдњи је и аргумент да је овај уговор одраз слободе уговарања и начела аутономије и диспозиције воље странака, у складу са начелом процесне економије, а његове предности су и: вишефункционалност, флексибилност, невидљивост, тајност, итд.²⁴ Дозвољено је све што законом није забрањено, а у складу је са начелом савесности и поштења и забране злоупотребе права. Услов легалног конституисања је намера странака управљена на разилажење правних и економских

Салма, Ј., *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, вол. 47, бр. 10/1998, стр. 392.

²² Видети и: 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 Врховног суда Србије Прев. 508/98 од 1. 12. 1998; Решење Врховног суда Србије бр. Рев. 3708/2002 од 26. децембра 2002; Пресуда Врховног суда Србије, Рев-347/96 од 16. 10. 1996; Пресуда Врховног суда Србије Рев. 652/97 од 29. 10. 1997., Билтен судске праксе привредних судова, бр. 1/1998; Апелациони суд у Крагујевцу, Гж-228/10 од 2. 2. 2010.

²³ Пајтић, Б., *Проблем допуштености фидуцијарног преноса својине у нашем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2017, стр. 115-126.

²⁴ Бабић, И., *Лексикон облигационог права*, Београд, 2008, стр. 83; Тешић, Н., *нав. чланак*, стр. 115.

ефеката посла, као и да такво дејство није уговорено ради остваривања недозвољеног циља, изигравања когентних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.²⁵

Насупрот овој групи аутора, постоје и они који сматрају супротно²⁶ – да је овде реч о правно недозвољеном послу који не треба да ужива правну заштиту. Као најчешћи доктринарни аргументи против фидуцијарног преноса својине истичу се: нерегулисаност позитивним прописима; противправност; сувишност у ситуацији постојања регистроване залоге;²⁷ структурна сложеност фидуције и правно-догматска неусклађеност са домаћим концептом каузалног деривативног стицања својине; неуклопивост начела неакцесорности фидуцијарног обезбеђења у домаћи систем права реалног обезбеђења; непостојање домаће правне традиције; спорно дејство према трећима; одсуство публицитета; неуклопивост у систем *numerus clausus* домаћих стварних права; могућност злоупотребе „вишка“ права, итд. Као што се може видети, озбиљна аргументација се износи *pro et contra*, што упућује на правну несигурност коју ненормираност фидуције у домаћим условима изазива.

3. Фидуција на дигиталној имовини према решењу ЗДИ

3.1. Појам дигиталне имовине, дигиталне својине и фидуције на њој

У условима дубоко поларизоване струке и науке по питању дозвољености фидуције у српском праву, постаје јасније зашто је Закон о дигиталној имовини (ЗДИ), као још један *lex specialis* у овој области донет 2020. године²⁸, а који експлицитно дозвољава фидуцију у једном особеном модалитету – на дигиталној имовини²⁹ (што је такође апсолутна новина), побудио пажњу научне јавности, поставши својеврсни куриозитет.

²⁵ Гамс, А., *нав. чланак*, стр. 24.

²⁶ Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, Бања Лука, бр. 9/2019, стр. 30; Дудаш, А., *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Нови Сад, 2012, стр. 221-223.

²⁷ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Сл. гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011, 31/2019. Детаљно о разликама између ова два института видети у: Павићевић, А., *Разграничење између регистроване залоге и фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, Зборник радова: Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву Европске уније, Крагујевац, 2023, стр. 1119-1139.

²⁸ Закон о дигиталној имовини, Сл. гласник РС, бр. 153/2020. Закон је у примени од јуна 2021. године. У даљем тексту: ЗДИ.

²⁹ Имовина је један од грађанскоправних института који се и иначе сматра неразумљивим и око кога „влада права збрка у стручној литератури“, почев од разлике између класичне и модерне дефиниције имовине, преко разлике између имовине и имовинске масе, до различитих имовинских фондова у оквиру једне имовине и сл.

1. *Дигитална имовина*. Наиме, у основним одредбама ЗДИ у чл. 1 одређен је најпре његов предмет уређивања,³⁰ где су као трећа ставка по реду означени – заложно право и фидуцијарно обезбеђење на дигиталној имовини. Будући да се овим прописом уведе нови концепти и институти логично је то што се законодавац определио да већ у старту дефинише све нове појмове којима се у овом пропису „оперише“. Тако се већ у чл. 2 ЗДИ дефинише појам дигитална имовина и то на следећи начин:

„*Дигитална имовина*, односно виртуелна имовина, означава дигитални запис вредности који се може дигитално куповати, продавати, размењивати или преносити и који се може користити као средство размене или у сврху улагања, при чему дигитална имовина не укључује дигиталне записе валута које су законско средство плаћања и другу финансијску имовину која је уређена другим законима (нпр. Законом о финансијском обезбеђењу, прим. аутора), осим када је другачије уређено овим законом“. Овим је одређен правни појам објекта на ком се фидуција може засновати, а када се он упореди са дефиницијом дигиталне имовине (*digital assets*) из UNIDROIT принципа³¹ увиђа се њихов различит концепт и приступ дефинисању. Наиме, у ЗДИ се не следе правила логичког дефинисања правних појмова (путем вишег родног појма и врсне разлике, насупротив дефиницији из UNIDROIT принципа). Уместо тога, акценат је на последици – на ономе што се са том дигиталном имовином „може радити“ и на негативном одређењу – шта она није, уместо да се прецизира шта она јесте. Отуд остаје нејасно шта се све тачно подразумева под „дигиталним записом“, али се очигледно мисли на тзв. дигиталне токене и виртуелне валуте (криптовалуте, тзв. биткоин, итер и др.)³². Притом, у домаћој доктрини су дефиниције ових појмова које ЗДИ конципира већ оцењене као флуидне, недовољно прецизне и збуњујуће, баш као и појмови „ималац и корисник дигиталне имовине“.

2. *Дигитална својина*. Ако се при дефинисању пође од ширег појма ка ужем, из појма дигитална имовина би требало да следи као ужи појам – „дигитална својина“³³ (на „виртуелним стварима као објектима“), мада се

Видети о томе више у: Ведриш, М., Кларић, П., *Основе имовинског права*, Загреб, 1983, стр. 79; Стојановић, Д., Антић, О., *Увод у грађанско право*, Београд, 2004, стр. 401.

³⁰ У чл. 1 ЗДИ као предмет уређивања овог закона одређено је следеће: 1) издавање дигиталне имовине и секундарно трговање дигиталном имовином у Републици Србији; 2) пружање услуга повезаних с дигиталном имовином; 3) *заложно и фидуцијарно право на дигиталној имовини*; 4) надлежност Комисије за хартије од вредности и Народне банке Србије; и 5) надзор над применом овог закона.

³¹ *Principle 2 UNIDROIT: (2) “Digital asset” means an electronic record which is capable of being subject to control.*”

³² Видети: чл. 2 ЗДИ

³³ ЗДИ не дефинише дигиталну својину, али помиње „својину на дигиталној имовини“ на више места, нпр. у чл. 99, 105, 116 и 121 ЗДИ.

њеним дефинисањем творац ЗДИ изричито не бави, иако је својина прво, незаобилазно и најшире стварно право у спектру тзв. својинских права (*proprietary rights*³⁴ – према UNIDROIT принципима). Такође, законодавац се не бави ни појединим питањима везаним за својину на оваквом специфичном објекту (њен настанак, садржина, пренос, заштита, престанак), што је пропуст, јер се заобилази базично питање – у чијем је власништву та дигитална имовина, односно уже - својина, која потом представља потенцијално средство обезбеђења потраживања. Дакле, прелази се директно на нормирање залог и фидуције на дигиталној имовини, као ужим правима од својине, тзв. реалним гаранцијама. Стога, пошто законски термин изостаје, у литератури³⁵ је предложено дефинисање дигиталне својине коришћењем појма „контроле над дигиталном имовином на коју је ималац те контроле правно овлашћен, стечене изворно (тзв. рударењем) или прибављањем на секундарном тржишту“, што су термини које ЗДИ познаје,³⁶ баш као и UNIDROIT принципи.³⁷

3. *Фидуција на дигиталној имовини.* У делу VI ЗДИ нормирана су два различита права реалног обезбеђења потраживања у укупно 25 чланова и то: 1) заложно право и 2) фидуција.³⁸ Прва импресија је да је овакво решење сврсисходно, јер права обезбеђења потраживања и треба да буду што шире призната у циљу активације целокупне имовине дужника, лакшег и бржег добијања кредита и сл. Ово је уједно и решење UNIDROIT принципа³⁹ (Одељак V, принципи 14-17)⁴⁰, којима су ове гаранције уређене на општи и

³⁴ Назив *proprietary rights* је у англосаксонском праву својеврсни пандан термину својинска права у европскоконтиненталном праву, али са нешто ширим опсегом и другачијим значењем. Видети: *Principle 3 UNIDROIT*.

³⁵ Живковић, М., *нав. чланак*, стр. 148.

³⁶ Контрола над дигиталном имовином се помиње и у *UNIDROIT* Принципима. Видети: *Principle 6*.

³⁷ *Principle 14 UNIDROIT: Secured transactions: General* - (1) Digital assets can be the subject of security rights. (2) If a digital asset is linked to another asset, other law applies to determine the legal effect on that other asset of the creation of a security right in that digital asset. (3) If a digital asset is linked to another asset, other law applies to determine the legal effect on that other asset of a security right in that digital asset being made effective against third parties.

³⁸ Видети: чл. 98-122 ЗДИ.

³⁹ *Principle 15 UNIDROIT: Control as a method of achieving third-party effectiveness*: „A security right in a digital asset can be made effective against third parties by control of the digital asset if one of the following requirements is fulfilled: (a) the secured creditor has control of the digital asset as defined in Principle 6; or (b) a custodian maintains the digital asset for the secured creditor as set out in Principle 10(2)“.

⁴⁰ *Principle 16 UNIDROIT: Priority of security rights*: „A security right in a digital asset that is made effective against third parties by control in accordance with Principle 15 has priority over a security right in the digital asset that is made effective against third parties only by a method other than control.“

сумаран начин, уз препуштање националним законодавцима њиховог детаљнијег регулисања.

Заложно право је притом, у ЗДИ нормирано примарно и то знатно исцрпније, а фидуција секундарно и прилично сумарно. За заложно право на дигиталној имовини као *sui generis* објекту нових облика имовинских права ништа није необично, јер је заложно право у националним оквирима већ исцрпно регулисано у различитим прописима (у ЗОО – ручна залога и заложно право на правима; Закон о хипотеци⁴¹ и Закон о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар – што је пропис на који се у ЗДИ највише и реферише).

Међутим, када је реч о „фидуцији“ поставља се питање – откуд она одједном у оваквом специјалном пропису, а да притом фидуцијарни пренос својине нема јасан и недвосмислен статус у српском позитивном праву, као што је претходно у раду приказано. Почев од појма, садржине, услова настанка, дејства, заштите и престанка овог института, готово да не постоји његов сегмент који у домаћој доктрини и судској пракси није споран јер је (досад увек био) неинституционализован, те цивилисте оправдано збуњује олака примена терминологије која се на први поглед можда чини јасном, а заправо је у домаћим условима спорна и вишезначна.

Ово се пре свега може рећи за поменути институт ЗДИ, где се „фидуцијом“ означава право за које је априори спорно каквог је карактера – стварноправног, облигационоправног или неког трећег. Наиме, назив фидуција потиче етимолошки од латинског термина *fiducia* који је у старом Риму означавао веру, поверење, везаност за дату реч саговорачу, а који се односи на све фидуцијарне послове, утемељене на *bona fides* (доброј вери) у најширем смислу те речи. Од овог термина су потом у савременој доктрини изведени термини: фидуцијарни пренос грађанских права, па уже – фидуцијарни пренос својине, фидуцијарни пренос потраживања, фидуцијарно управљање, итд, што су све засебни институти различитих делова система грађанског права, за која важе различита правила.

Отуд термин „фидуција“ употребљен у ЗДИ као сувише уопштен може само збунити адресате, јер се не зна на какав се тачно пренос имовинских права мисли – са апсолутним или релативним дејством, пренос права на ствари или на праву (упркос томе што законотворац помиње пренос својине, као стварног

Principle 17 UNIDROIT: Enforcement of security rights: „(1) Enforcement of a security right in a digital asset is subject to other law, including any requirement to proceed in good faith or in a commercially reasonable manner, or both. (2) If a security right in a digital asset maintained by a custodian is made effective against third parties other than by control, the secured creditor is entitled to enforce its security right only pursuant to an order of a court or other public authority, unless the custodian agrees otherwise.“

⁴¹ Закон о хипотеци, Сл. гласник РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

права, дакле права на ствари) - за који ће онда важити и сва општа правила стварног права или пак, облигационог права. Ово разграничење има знатно шири домаћај од пуког језичког значења и зато што је фидуцијарни пренос потраживања експлицитно нормиран у домаћем ЗОО (који би онда важио као *lex generalis* у овој области), за разлику од фидуцијарног преноса својине (који је на нивоу опште норме апсолутно нерегулисан). Дакле, већ назив овог института (фидуција на дигиталној имовини) се чини апприори спорним и неразјашњеним, поготово имајући на уму чињеницу да домаће право нема правну традицију у погледу овог архаичног института потеклог из древног римског права (а потом редизајнираног у немачком пословном и привредном праву 19. и 20. века), што је по нашој оцени, изискивало претходно објашњење, већу нормативну прецизност, адекватнију терминологију и систематику.

3.2. Настанак, садржина и сврха фидуције на дигиталној имовини према ЗДИ

1. *Настанак фидуцијарне својине.* У чл. 121 ЗДИ се најпре нормира настанак фидуције на дигиталној имовини где је прописано следеће: „Уговором о фидуцији дигиталне имовине обавезује се фидуцијарни дужник (у даљем тексту: фидуцијант) према фидуцијарном повериоцу (у даљем тексту: фидуцијар) да на њега, у сврху обезбеђења потраживања, *пренесе право својине* на дигиталној имовини, а фидуцијар се обавезује да, у складу са тим уговором, примљена или еквивалентна средства обезбеђења врати фидуцијанту по извршењу обезбеђеног потраживања, односно истовремено с тим извршењем“.

Иако се на први поглед оваквом законском формулацијом потврђује уобичајена физиономија фидуцијарног преноса својине у савременом (иностраном) праву реалног обезбеђења потраживања (као и општеприхваћена терминологија за субјекте, учеснике фидуцијарног односа – фидуцијант и фидуцијар), ипак упада у очи неколико неподударности: 1) право својине (дакле, стварно право) се овде преноси на дигиталној имовини као објекту (која није ствар према класичној дефиницији грађанског права); чиме дакле, није решено претходно питање правне природе овог института; и 2) предмет повраћаја није нужно примљено средство обезбеђења, већ и „еквивалентно средство обезбеђења“ чиме отпада начело специјалности (тј. одређености) објекта стварног права, које у свим савременим регулативама бива макар посредно очувано (означавањем, маркирањем фидуцијарног добра, итд.). Овакав концепт очигледно следи модерне токове тржишта и европске трендове (где је фидуцијарно добро свака имовинска вредност), али они по нашем мишљењу захтевају макар претходно консултовање доктрине у циљу евентуалног ревидирања – проширивања оквира тренутно важеће дефиниције ствари – као подобног објекта стварних права. Чињеница је такође, да је „пробијање“ дефиниције ствари већ учињено у оквиру појединих института грађанског права, попут нпр. дематеријализованих хартија од вредности, које

већ дуже немају својство телесности, већ фигурирају као електронски запис у Централном регистру хартија од вредности, који је тек виртуелно у апрехензији свог титулара.⁴² Ипак, ово указује на нерешеност неких претходних значајних правнодогматских претпоставки у теорији грађанског права које би омогућиле и оваква софистицирана, неуобичајена решења.

2. *Садржина института.* Даље је у истом члану ЗДИ прописано право фидуцијара да (уколико није другачије уговорено – што значи да је реч о одредби диспозитивног карактера, прим. аутора) он има право коришћења те дигиталне имовине, располагања њоме, па и отуђења. Ово је необично јер је по изворном немачком концепту фидуцијарног преноса својине подела својинских овлашћења „два власника“ другачија. Фидуцијант је према општој формули, као тзв. „економски власник“ - непосредни држалац фидуцијарно оптерећене ствари (при чему овде државина отпада јер нема телесне ствари као објекта), као и корисник, са правом на прибирање плодова са ње, у циљу лакше отплате фидуцијарно обезбеђеног дуга. Уз то, као потенцијални субјекти у улози фидуцијанта одређени су како дужник, тако и треће лице, које може дати обезбеђење и за туђи дуг (што је и иначе правило за субјекте фидуцијарног односа).

3. *Сврха фидуцијарног преноса.* Као сврха заснивања фидуције лоцирано је пре свега реално обезбеђење потраживања, али не само та улога, већ то може бити и било која друга законом дозвољена сврха дефинисана уговором о фидуцији дигиталне имовине, што је корисно решење, у духу што шире примене овог института у пракси. Ипак, свестан сумарности ових одредаба, законодавац даље прописује да надзорни орган (а то је Народна банка Србије) ближе уређује фидуцију на дигиталној имовини и прописује ближе услове и обавезну садржину уговора о фидуцији дигиталне имовине (што је корисно упућивање у циљу прецизирања ових недовољно разрађених законских одредаба).

4. *Сходна примена одредаба о заложном праву на дигиталној имовини.* Коначно, у последњем ставу чл. 121 ЗДИ предвиђа се сходна примена одредаба овог закона о заложном праву на дигиталној имовини и на фидуцију на истом објекту за нерегулисана питања. Ипак, ово важи уз важно ограничење - ако је то прописано правилима пословања пружаоца услуга повезаних с дигиталном имовином и ако је то утврђено у уговору о фидуцији дигиталне имовине, што ову законску одредбу чини необичном. Ово значи да законодавац истиче везу између ових института, као различитих, али ипак сродних права реалног обезбеђења потраживања, при чему је прво: традиционално познато, исцрпно законом нормирано, учестало у пракси; а друго – српском грађанском праву непознато, нерегулисано општом нормом (како данас, тако и у прошлости) и дефинитивно ређе у пракси. Ипак, ова „сходна примена одредаба о залози и на

⁴² Планојевић, Н., *Стварно право у пракси*, Крагујевац, 2012, стр. 11. Видети и правни појам ствари према: Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1999, стр. 6.

фидуцију...“ не важи генерално (што би требало да буде случај, ако је већ реч о наспродним институтима реалног обезбеђења потраживања, што сматрамо да иначе јесте случај), већ само ако је тако претходно уговорено. Ово је такође показатељ недовољно испитаног односа ова два института на нивоу опште норме, да би потом закључивали о њиховој сличности и разликама на нивоу овог *lex specialis*-а.

3.3. Положај фидуцијанта у стечају

У чл. 122 ЗДИ регулисано је значајно питање које се у пракси и доктрини сматра нарочито спорним (и које је различито нормирано упоредноправно посматрано), а то је дејство фидуције према фидуцијанту, али овде без назнаке у случају чијег стечаја – фидуцијанта или фидуцијара? Тако, предвиђено је да фидуција у варијанти реалног обезбеђења фидуцијанту (претпостављамо, у случају стечаја фидуцијара?!) даје статус разлучног повериоца, што га ставља у позицију титулара ужег стварног права на туђој ствари (*ius in re aliena*), а не права својине. Ово је крајње необично решење, јер титулар разлучног права (право на првенствено намирење из вредности туђе реално оптерећене ствари) може бити само носилац права реалног обезбеђења – нпр. залогопримац или у случају фидуције, фидуцијар. Фидуцијант је власник фидуцијарно оптерећене ствари те он као такав, може бити само носилац излучног права у стечају фидуцијара.

Насупрот томе, наглашено је у ЗДИ - ако је уговор о фидуцији закључен у било коју другу сврху осим реалног обезбеђења потраживања (нпр. у циљу управљања фидуцијантовом имовином, у циљу вођења парнице и др.), у складу са чл. 121. ст. 4. овог закона, фидуцијант ће, у смислу закона којим се уређује стечајни поступак, имати положај излучног повериоца (тј. власника ствари која је фидуцијарно пренета у својину),

У сваком случају, оваква формулација ЗДИ се у литератури оправдано оцењује као материјална грешка, уколико се мислило на фидуцијара, као носиоца разлучног права у стечају фидуцијанта (уместо на фидуцијанта) – што би имало смисла. Тада би значење норме било следеће – фидуција као реално обезбеђење у стечају власника оптерећене ствари (фидуцијанта) даје свом носиоцу статус попут заложног повериоца; у осталим ситуацијама – управљачке фидуције и др., фидуцијар има излучно право, третман „правог“ власника фидуцијарно оптерећеног добра. Ипак, и ово је необично решење, јер фидуција на овај начин мења своју правну природу у зависности од сврхе која јој је додељена (врста својине, дакле најширег стварног права или пак, ограниченог стварног права на туђој ствари), што не би смео бити случај⁴³.

⁴³ О дејству фидуцијарног преноса својине видети више у: Павићевић, А., *Дејство, заштита и престанак фидуцијарног преноса својине према Нацрту Законика о својини*

3.4. Оцена решења ЗДИ о фидуцији на дигиталној имовини

На основу претходно изложеног, можемо закључити следеће: Закон о дигиталној имовини (ЗДИ) у свега две одредбе (чл. 121 и 122) нормира „фидуцију“ на *sui generis* објекту.⁴⁴ Овакво решење је, нарочито у ситуацији одсуства „предзнања“ о овом институту и опште регулативе на нивоу ЗОСПО-а или другог закона, који би имао епитет *lex generalis*-а у овој области – термилошки непрецизно, садржински недовољно, сумарно, нејасно, у делу и погрешно нормирано.

Пре свега, када је реч о терминологији института „фидуције“, није решено претходно питање – да ли је реч о фидуцијарном преносу потраживања (право као објекат) или фидуцијарном преносу својине (ствар као објекат). Битно је нагласити да овде свакако не може бити речи о ствари, која је по општеприхваћеној дефиницији објекат стварног права, већ о дигиталној (виртуелној) имовини грађанскоправних субјеката, што је знатно шири појам. Наиме, према класичној дефиницији ствари пет елемената збирно гради овај правни појам и то су: 1) материјални део природе (телесност); 2) самосталност; 3) ограниченост у простору; 4) доступност, тј. да је предмет у људској апрехензији и 5) друштвено својство – да је тај предмет уједно и роба, да може бити објекат својине и других стварних права⁴⁵. Будући да овде, пре свега, није реч о телесној ствари која је самостална и ограничена у простору, али јесте у људској апрехензији и уједно представља робу, овде по нашој оцени заправо и није реч о фидуцијарном обезбеђењу стварноправног карактера⁴⁶, већ о својеврсној облигационоправној фидуцији (чији је објекат дакле, облигационо право). Због тога ове две одредбе ЗДИ не можемо оквалификовати као специјалну регулативу стварноправне фидуције у домаћем праву. И већ на овом месту настаје забуна, која упућује на погрешан редослед корака домаћег законотворца и очигледно преурањено увођење института, који овако непрецизно нормиран и недовољно промишљен може изазвати само додатне

и другим стварним правима Србије, Зборник радова: XXI век - век услуга и услужног права, књ. 13, Крагујевац: 2022, стр. 59-78.

⁴⁴ Чл. 121 ст. 1 и 2 ЗДИ

⁴⁵ Тако и: Стојановић, Д., Антић, О., *нав. дело*, стр. 375. Тако је и у немачком праву, на основу пар. 90 НГЗ-а.

⁴⁶ Супротну квалификацију бисмо могли условно прихватити само у варијанти претходно измењене опште дефиниције ствари у домаћем праву, дакле, у варијанти одустанка домаћег грађанског права од захтева телесности, тј. услова да ствар не мора бити опредељена, већ да може постојати и виртуелно. Таква дефиниција ствари би омогућила третирање дигиталне имовине као врсте ствари, тј. предмета стварног права својине. У противном, како говорити о ствари ако се дигитална имовина не може реинвидицирати?!

проблеме у правној теорији (у погледу правне квалификације истог), као и нејасноће у пракси, уместо да досад постојеће дилеме реши.

Ове одредбе ЗДИ су у домаћој доктрини⁴⁷ оправдано оцењене као штуре, збуњујуће, непрецизне, притом и суштински у нескладу са особеном правном природом фидуцијарне својине која, како смо већ истакли - цепа својину на економску и правну компоненту - што овде није случај. Наиме, овде се фидуцијару додељује уз формалноправну (титулус власника) и та економска својина – он има изричито признато право да користи фидуцијарно оптерећену дигиталну имовину, да њоме располаже, да је отуђи, пренесе на другог и сл. То даље значи да ће у варијанти отуђења те дигиталне имовине на којој фидуцијар има поверену (фидуцијарну) својину он бити дужан да фидуцијанту (поверавачу) врати „еквивалентна средства обезбеђења“, а не конкретну оптерећену ствар (што је у нескладу са начелом специјалности стварног права).⁴⁸

Све ово је додатна потврда облигационоправног карактера дуговане чинидбе и уједно негација стварноправног карактера исте, која како поједини аутори⁴⁹ оправдано наводе, више асоцира на некакав зајам или неправо плодуживање, него на фидуцијарни пренос својине у класичном смислу (у изворном облику у римском праву, као и у немачком савременом „пелцеру“ – *Sicherungsübereignung*). На овај начин фидуцијант (који је често лаик у пракси), а који је априори у инфериорном положају у односу на свог саговорача, може доћи у врло нефер ситуацију да не добије малтене никакав економски еквивалент за пренету имовинску вредност фидуцијару и да олако остане без својине на фидуцијарно пренетом дигиталном добру. Овде дакле, потпуно изостаје принцип еквиваленције (сразмере) узајамних давања странака, праведност и друга значајна начела грађанског права, што није добро решење.

Коначно, према чл. 122 ЗДИ у стечају овај закон фидуцијанту признаје различно право (уместо фидуцијару, као титулару обезбеђеног потраживања, док би фидуцијант требало да буде носилац излучног права), што је још једна необичност и контрадикторност у низу. Све претходно наведене мањкавости су, по нашој оцени, значајни показатељи не само важности, већ и неопходности постојања опште регулативе (институционализоване) фидуције у једном правном систему, да би се потом различитим специјалним законима евентуално креирале посебне врсте, са другачијим својствима. У противном, крајњи резултат ће бити неразумевање института и недовршена и конфузна регулатива која се не уклапа у општи систем српског права реалног обезбеђења потраживања *de lege lata*, што је тренутно случај са критикованим одредбама ЗДИ-а.

⁴⁷ Детаљније о дигиталној имовини према новом ЗДИ видети у: Живковић, М., *нав. чланак*, стр. 157.

⁴⁸ Видети: чл. 121 ст. 2. ЗДИ.

⁴⁹ *Исто*, стр. 157.

4. Закључак

Фидуцијарни пренос својине је један од контроверзних грађанскоправних института који је у словеначкој доктрини⁵⁰ сликовито, а врло тачно описан као: „*миши-миши творевина, која има тело права својине, а душу заложног права*“. У домаћој држави не постоји правна традиција, за разлику од ситуације у Немачкој пословној пракси, да би се овај атипични институт шире уговарао и практиковао мимо законских оквира, зато га је потребно институционализовати и то детаљно, како би се стручна и лаичка јавност едуковала у вези са дотад непознатим правним инструментом и слободно и безбедно га уговарала. Ово је нарочито важно посматрано из перспективе фидуцијанта-дужника, као иницијално инфериорније стране у фидуцијарном правном односу реалног обезбеђења потраживања, чију је правну позицију потребно посебно законом учврстити и заштитити.

Кључни доктринарни аргументи у прилог увођења неакцесорних реалних гаранција, какав је и фидуцијарни пренос својине су: побољшање кредитне способности власника реално оптерећене ствари; лакше рефинансирање постојећих зајмова и кредита; и креирање оптималних услова за развијање тзв. секундарног тржишта реалног кредита. Фидуцијарни пренос својине има управо такве квалитете, што га чини ефикасним тржишним инструментом који подстиче привредну активност, погодује кредиторима, привлачи стране инвеститоре,⁵¹ а одраз је слободе уговарања и аутономије воље странака.⁵² Стога га је значајно и чак, неопходно нормирати у стварноправном пропису општег карактера – за све повериоце и за сва потраживања, стављајући фокус на допунске, заштитне одредбе према категорији лица у улози дужника-фидуцијанта. Управо ово задатак законодавца и чини деликатним – не кочити развој модерних кредитних инструмената, али уз истовремену балансирану, заштитну функцију регулативе, без необузданог преузимања страних правних транспланата.

Фидуцијарно обезбеђење је, како је у раду приказано, већ уведено „на мала врата“ код нас Законом о финансијском обезбеђењу (*lex specialis*), али само за ограничен круг лица и објеката на којима се може засновати. У том контексту, аспирација творца ЗДИ је адекватна - да нормира још један особени модалитет овог „васкрснулог“ архаичног института потеклог из страних регулатива, а чија се афирмација у будућности на домаћем простору, али и шире, тек очекује, овај пут на особеном, савременом објекту – дигиталној имовини.

Неспорно је да су фидуцијарни правни послови будућност европског и светског грађанског права, као што је неспорно и да је дигитализација друштвена и правна неминовност, наша садашњост, а тим пре и будућност, те тако и дигитална имовина и њена максимална мобилизација у контексту реалног

⁵⁰ Štampilhar, J., *Prenos premičnin in terjatev v zavarovanje*, Slovenski pravnik, 1936, стр. 64.

⁵¹ Пајтић, Б., *нав. чланак*, стр. 115-126.

⁵² Бабић, И., *нав. дело*, стр. 83.

обезбеђења потраживања. Међутим, упитно је да ли је српски законотворац при нормирању поменутог модалитета фидуције изабрао прави тренутак и прави пут или су поједини неопходни кораци у овом процесу прескочени, са исходом – доношења закона који уводи бројне иновације, али који у погледу фидуције – садржи и нејасноће, контрадикторности и који више збуњује, него што разјашњава поједина спорна питања.

Утисак је да је овај *lex specialis* усвојен преурањено, пре консултовања усмеравајућих UNIDROIT међународних принципа и то: - пре појмовног усклађивања и консултовања доктрине око адекватне терминологије, без утврђивања вишег родног појма и врсне разлике института; - без претходног поређења са сродним правима обезбеђења потраживања (заложним правом у различитим модалитетима) и адекватне правне квалификације, тј. одређења његове правне природе, без појашњене садржине и експлицитно наведеног дејства института (*inter partes* или *erga omnes*). Притом, ограђивање овог законодавца од одговорности од послова и евентуалних губитака приватноправних субјеката у вези са дигиталном имовином потврђује тезу да је овакво пословање на домаћем тржишту још увек врло ризично. Овако, пионири смо у свету за нешто што у пракси можда и није довољно сазрело за нормирање и што ће вероватно још неко време остати „мртво слово на папиру“.

Коначно, оно што јесте добро је то што наш законодавац настоји да следи савремене европске и светске тржишне токове, прати дигитализацију и омогућава њен даљи несметани развој, али би на том путу морао да иде постепено, да усклади нова решења и „правне транспланте“ са домаћим позитивним правом и владајућом теоријом, да ревидира поједина решења која се не уклапају у општи систем домаћег грађанског, а посебно стварног права, да унесе у раду предложене корекције и допунска, тренутно недостајућа појашњења у вези са фидуцијарним обезбеђењем у ЗДИ, како би он у перспективи профункционисао и дао бенефите у пракси свим учесницима на тржишту.

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

FIDUCIARY SECURITY ON DIGITAL ASSETS

Summary

The subject of the paper is the consideration of the impact of the digitalization process on certain institutes of domestic civil law, such as the premiere introduction of the institute of digital property and the creation of fiduciary security on it. In the paper, the author, using normative, comparative and axiological methods, analyzes

and evaluates the newly introduced solutions of the Digital Property Act (DPA), which embodies a kind of *lex specialis* in the field of civil law, specifically - solutions related to a particular real guarantee - "fiduciary on digital property", which is problematic because this institute does not have a clear status in domestic judicial practice. Namely, the fiduciary transfer of property is not regulated in domestic law at the level of a general norm, nor has it ever been so far, except at the level of an exception in another special regulation (the Financial Security Act). The author of the paper answers the question of the adequacy of the DPA solution of "fiducia", locating its advantages and disadvantages, giving its legal qualification, assessing its compliance with the positive real law of the Republic of Serbia, as well as with the UNIDROIT principles, which represent international rules-guidelines for national legislators in regulating digital property and real guarantees on it. The author assesses that this solution is innovative, although premature in domestic conditions, insufficiently clear, terminologically and substantively inconsistent with the physiognomy and effect of the institute of fiduciary duty in contemporary comparative law. The paper also formulates specific proposals for the correction of the considered DPA solutions in order to optimize the future regulation of this atypical, but more than useful real guarantee for Serbian law *de lege ferenda*.

Key words: property; digital assets; right of real security of claims; fiduciary transfer of ownership; fiduciary security on digital assets.

Литература

- Аранђеловић, Д., *О фидуцијарним правним пословима*, Архив за правне и друштвене науке, XVI, бр. 5-6/1926.
- Бабић, И., *Лексикон облигационог права*, Београд, 2008.
- Бокшан, Б., *Фидуцијарни послови и залога*, Судска пракса привредних судова (тематско издање), Београд, билтен бр. 3/1996.
- Van Erp, S., Akkermans, B. (eds.), *Cases, Materials and Text on Property Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2012.
- Ведриш, М., Кларић, П., *Основе имовинског права*, Загреб, 1983.
- Велимировић, М., *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине*, Правни живот, бр.11/1998.
- Гамс, А., *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/1960.
- Дудаш, А., *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом саду, Нови Сад, 2012.
- 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.
- Ђуровић, Љ., *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр. 10/1998.
- Живковић, М., *Права на дигиталној имовини*, Зборник радова: Право дигиталне имовине, Београд, 2024.
- Медић, Д., *Фидуцијарни пренос својине*, Годишњак Факултета правних наука, Бања Лука, бр. 9/2019.
- Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као савремено право реалног обезбеђења потраживања*, Крагујевац, 2024.
- Павићевић, А., *Фидуцијарни пренос својине као право реалног обезбеђења потраживања*, Гласник права, год. XI, бр. 2/2020.
- 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.
- Павићевић, А., *Разграничење између регистроване залоге и фидуцијарног преноса својине као реалне гаранције*, Зборник радова: Правна регулатива услуга у националним законодавствима и праву Европске уније, Крагујевац, 2023.
- Пајтић, Б., *Проблем допуштености фидуцијарног преноса својине у нашем праву*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1/2017.
- 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.
- Радоњић, А., *Фидуцијарни пренос права својине – једна или више својина?*, Страни правни живот, бр. 1/2019.
- Салма, Ј., *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, вол. 47, бр. 10/1998.
- Станковић, О., Орлић, М., *Стварно право*, Београд, 1999.
- Стојановић, Д., Антић, О., *Увод у грађанско право*, Београд, 2004.
- Стојановић, Д., *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, Правни живот, бр. 5-6/1993.
- Тешић, Н., *Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/2002.
- Štampihar, J., *Prenos premoćnin in terjatev v zavarovanje*, Slovenski pravnik, 1936.

Законски текстови

- Закон о основама својинско-правних односа Републике Србије, Сл. лист СФРЈ, бр. 6/1980, 36/1990; Сл. лист СРЈ, бр. 29/1996; Сл. гласник РС, бр. 115/2005 – други закон.
- Закон о облигационим односима (ЗОО), Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр. 31/93, Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 - Уставна повеља и Сл. гласник РС, бр. 18/2020.
- Закон о дигиталној имовини, Сл. гласник РС бр. 153/2020.
- Закон о финансијском обезбеђењу, Сл. гласник РС, бр. 44/2018.
- Закон о тржишту капитала, Сл. гласник РС, бр. 129/2021.
- Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, Сл.гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006, 99/2011, 31/2019.
- Закон о хипотеци, Сл. гласник РС, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

Интернет извори

Principles on Digital Assets and Private Law, Governing Council UNIDROIT, Rome, 2023. Unidroit принципи о дигиталној имовини и Приватном праву, доступно на: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>, датум посете: 03. 02. 2025.

Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE), Christian von Bar, Sellier – European Law Publishers, München, 2009. Доступно на: https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf, датум посете 06. 02. 2025. год.

Нацрт законика о својини и другим стварним правима Србије из 2011., доступно на: <https://ius.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2020/10/NACRT-ZAKONIKA-O-SVOJINI.pdf>, датум посете: 5. 02. 2025.

Преднацрт Грађанског законика Србије, доступно на: https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacr-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html, датум посете: 05. 02. 2025. год.

Судска пракса

Пресуда Вишег привредног суда у Београду, Пж. 263/96 од 29. 01. 1997, ВПС, Судска пракса привредних судова, бр. 1/1997.

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 Врховног суда Србије рев. 508/98 од 1. 12. 1998.

Решење Врховног суда Србије бр. Рев. 3708/2002 од 26. децембра 2002.

Пресуда Врховног суда Србије, Рев-347/96 од 16. 10. 1996.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 652/97 од 29. 10. 1997., Билтен судске праксе привредних судова, бр. 1/1998.

Апелациони суд у Крагујевцу, Гж-228/10 од 2. 2. 2010.