

Тамара Бурђић, сарадник у области
Правног факултета у Крајевцу

ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС ПРАВА СВОЈИНЕ

Сажетак: *Фидуцијарни пренос својине у циљу обезбеђења и изражавања представља бездржавинску форму обезбеђења изражине која доживљава ренесансу у уредном праву. Овај вид бездржавинске залоге није законски нормиран у нашем праву, нији ужива судску заштити, иако је веома заступљен у привредном пословању. Реч је о веома сложеном правном институцији који изазива многе недоумице и различита тумачења у грађанској правној теорији због низа специфичности које га карактеришу, а које нису типичне за имовинско-правне системе европских континенталних земаља. У раду се разматрају спорна питања везана за дефинисање каузе и правни основ фидуцијарног преноса својине, његово правно природу, као и питање његове оправданости (легитимности). У циљу адекватније разумевања овог сложеног стварно-правног институција и изналажења адекватних одговора на нека од спорних питања која се у теорији отварају, анализирана су и позитивно-правна решења црногорског законодавца, који је од свих земаља у окружењу међу првима нормирао ово бездржавинско средство обезбеђења.*

Кључне речи: *обезбеђење изражавања, бездржавинска залога, фидуцијарна својина, фидуцијар, фидуцијант.*

УВОД

Средства обезбеђења играју важну улогу у савременом пословању чије је адекватно функционисање условљено постајањем ефикасног система обезбеђења потраживања. Захтеви модерног правног промета намећу потребу за еластичнијим и флексибилнијим средствима обезбеђења која

ће, с једне стране, олакшати фактички положај дужника и омогућити му да искоришћава економски потенцијал заложене ствари ради лакше отплате дуга, и с друге стране, пружити довољну гаранцију намирена повериоачевог потраживања.

У том циљу савремено заложно право уводи атипична средства обезбеђења као што је бездржавинска залога. Бездржавинском залогом се мења пасиван положај повериоца и дужника у односу на заложену ствар за време трајање заложног односа, и што је још значајније, обезбеђује се оптимална равнотежа између повериоачевог и дужниковог интереса. Поред регистроване залогe и задржавања права својине, као основних облика бездржавинске залогe, у упоредном праву се развила још једна бездржавинска форма обезбеђења тражбине, а то је фидуцијарни пренос својине у циљу обезбеђења потраживања.

Фидуцијарни пренос својине у циљу обезбеђења потраживања доживљава ренесансу у упоредном праву и данас је широко заступљен у пракси евро-континенталних земаља, посебно земаља у транзицији, иако је само у неколицини земаља законски регулисан. У нашем праву овај начин обезбеђења није законски нормиран, нити ужива судску заштиту, иако је у привредном пословању веома заступљен.

Реч је о веома сложенем правном институту који ствара много разноврсних тумачења у грађанскоправној доктрини због низа специфичности које га карактеришу, а нису типичне за имовинско-правне системе континенталних земаља. Нека од питања која се отварају у вези са фидуцијарним преносом својине су питање његове правне природе, дефинисања каузе и правног основа фидуцијарног преноса својине као деривативног начина стицања, као и питање његове оправданости (легитимности).

У циљу изналагаења одговора на спорна питања и лакшег разумевања фидуцијарног преноса својине, у раду су анализирана позитивно-правна решења црногорског законодавца, који је од свих земаља у окружењу међу првима нормирао овај стварно-правни институт. Анализирана решења могла би да послуже и као смерница у регулисању фидуцијарног преноса својине као бездржавинске форме обезбеђења у предстојећој реформи нашег грађанског законодавства, под условом да се претходно заузме позитиван став о потреби његовог нормирања.

О ФИДУЦИЈАРНОМ ПРАВНОМ ПОСЛУ

Фидуцијарни правни посао је посао у коме једно лице (фидуцијант) преноси неко право на друго лице (фидуцијар) и при томе уговара тзв. *actum fiduciae*, тј. да по постизању одређеног економског дејства фидуцијар

поново пренесе исто право на фидуцијанта.¹ Реч је о једном сложеном правном послу који се састоји из два функционално повезана уговора. Први је уговор о преносу својине у циљу обезбеђења потраживања који има стварноправно дејство. Други уговор је *pactum fiduciae*, као облигационо-правни уговор којим се ограничава фактичко (економско) дејство преноса својине.

Фидуцијарни правни посао као посао поверења настао је још у римском праву и служио, између осталог, за обезбеђење тражбине (*fiducia cum creditore contracta*). Код ових послова рачунало се на повериочево поштење (*fiducia*)², по чему су ови послови и добили назив. Обавеза повраћаја својине на ствари бившем власнику након наплате потраживања била је најпре само моралне природе, а касније фидуцијарна својина добија облигационо-правну заштиту у форми тужбе *actio fiduciae*.

Овај стварноправни институт је настао као претеча других форми заложног права, пре свега ручне залогe и хипотеке, и то као резултат тадашњих економских потреба и настојања да се превазиђе крутост и формализам римског права. Из истих разлога, институт фидуције доживљава ре-афирмацију у савременом заложном праву потискујући друга средства обезбеђења због њихових функционалних недостатака.

Фидуцијарни пренос својине као бездржавинско реално средство обезбеђења одговара потребама савременог правног промета, тако да је данас веома заступљено у пословању. Иако су у упоредном праву ретки правни системи који законски регулишу фидуцијарни пренос својине, овај институт је заживео у пословној пракси и ужива правну заштиту кроз судску праксу. То је случај са немачким³, француским⁴, аустријским и другим правним порецима.

У земљама у окружењу, фидуцијарни пренос својине је регулисан на различите начине. У Хрватској је Овршним законом фидуцијарни пренос права својине на ствари регулисан као вид судског и јавнобележничког обезбеђења, с тим да се споразум страна уноси у судски записник и има

¹ Правна енциклопедија, Мијић Душан, Савремена администрација, Књ.1., Београд, 1985. година, стр. 378.

² *Fiducia, ae, f.* – поузданост, самопоуздање, поверење, одважност, (у : *Латински речник*, Авис Алба, Београд, 2008)

³ “У немачком праву се прави разлика између фидуцијарне својине пренете ради управљања и фидуцијарне својине пренете ради обезбеђења тражбине коју фидуцијар има према фидуцијанту. Код фидуцијарне својине пренете ради управљања фидуцијар врши право својине у интересу фидуцијанта, док код фидуцијарне својине ради обезбеђења следи сопствене поверилачке интересе према фидуцијанту, да би обезбедио намирење тражбине о доспелости.“, види: Д. Медић, *Бездржавинска zaloга у упоредном праву*, СПМ, 1-4/2000. стр. 204.

⁴ Б. Горавица, *Фидуцијарни пренос својине*, Правни живот, бр. 10/1997. стр. 70.

дејство судског поравнања.⁵ У Словенији је фидуцијарни пренос својине регулисан Стварноправним закоником, и за настанак овог права неопходан је споразум страна у облику јавнобележничког записа.⁶ Специфичност словеначког права је што се фидуцијарни пренос својине може односити само на покретне ствари, а такође предмет фидуцијарног преноса могу бити и залихе, чиме се одступа од начела специјалности.⁷ Посебно је важно напоменути да је црногорски правни систем један од ретких у којем је фидуцијарни пренос својине био регулисан посебним Законом о фидуцијарном преносу својине,⁸ да би одредбе овог закона биле инкорпорисане у потпуности у нови Закон о својинско-правним односима Црне Горе.⁹

Наш законодавац није нормирао овај стварноправни институт, али је значајно поменути да је Нацртом Законика о својини и другим стварним правима уведен институт *рејиситроване поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине* који, у погледу неких правних обележја, има сличности са институтом фидуцијарног преноса својине.¹⁰

НЕКА СПОРНА ПИТАЊА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА ПРАВА СВОЈИНЕ У ЦИЉУ ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

а) Једно од спорних питања које је актуелно у правним круговима када је реч о фидуцијарном правном послу јесте питање у *чијој имовини се налази фидуцијарно пренета својина*. Да ли она припада фидуцијанту као економском власнику ствари или фидуцијару као правном власнику?

Фидуцијарним правним послом својина се преноси на фидуцијара само формалноправно, што значи да она као стварно право улази у имовину фидуцијара, док економска садржина овог права остаје у имовинској маси фидуцијанта. Својина се преноси формалноправно зато што економски ин-

⁵ Види главу XXVII (Судско и јавнобележничко осигурање на темељу споразума странака), *Овршини закон РХ*.

⁶ *Стварноправни законик* (СПЗ, Урадни лист Републике Словеније 87/2002), чл. 201-209.

⁷ Стварноправни законик Словеније познаје и фидуцијарну цесију као облик уступања потраживања, на коју се примењују одредбе о уступању потраживања; види В. Живковић, А. Кнежевић, “Заложно право на покретним стварима”, у: *Промене стварног права у Србији*, Део пројекта ГТЦ “Подришка правним реформама у Србији и Црној Гори”, Београд, 2004. стр. 181.

⁸ *Закон о фидуцијарном преносу права својине* (“Сл. лист РЦГ”, бр. 23/96).

⁹ *Закон о својинско-правним односима*, (“Службени лист Црне Горе”, бр. 19/09 од 13. 03. 2009. година), у даљем тексту: *Закон о својинско-правним односима ЦГ*.

¹⁰ Чл. 646-667, *Нацрт Закона о својини и другим стварним правима*; „Ка новом стварном праву Србије“, Министарство правде, Београд, 2007.

терес који то право у формално-нормативном смислу заштићује, остаје и даље преносицу, тј. фидуцијанту.¹¹ У конкуренцији интереса правног и економског власника ствари, у пракси се предност даје економској садржини права у односу на формално-правна овлашћења, па се сматра да се фидуцијарна својина налази у имовини фидуцијанта као економског власника, а не фидуцијара као правног власника. Потврда оваквог става јесте и положај фидуцијара у случају стечаја фидуцијанта, где фидуцијар има само излучно право као заложни поверилац, а не разлучно право као што би имао прави власник ствари, јер он то није. Фидуцијант је, дакле, само формалноправно власник заложене ствари који до доспелости има условно и временски ограничено право својине.¹² Тек уколико дужник не исплати свој дуг о доспелости потраживања, фидуцијант постаје прави власник обезбеђујуће ствари.

С обзиром да се фидуцијарним преносом својине врши функција заложног права, може се уочити да се овим начином преноса својине извештан економски интерес преноси и на фидуцијара, а то је обезбеђење потраживања из предате ствари. Због тога се у теорији оправдано наводи да је правна власт пренета на фидуцијара овим правним послом шира него што је потребно за остваривање његовог економског интереса.¹³

б) Правна природа фидуцијарне својине је веома комплексно питање имајући у виду сложеност овог правног института и његове специфичности у погледу разилажење економског и правног ефекта преноса својине којим се одступа од основних карактеристика домаћег система имовинског права. Међутим, управо тај несклад правног и економског дејства фидуцијарног преноса својине представља кључну карактеристику која одређује његову специфичну правну природу.

Код фидуцијарног преноса својине долази до функционалног цепања својинских овлашћења између фидуцијара, као економског власника, на једној страни и фидуцијанта, као правног власника, на другој страни. Функционално цепање права својине је карактеристика англосаксонског правног система и својинског концепта који у овом систему доминира, док у континенталном праву важи принцип јединствености и недељивости права својине. Зато се у континенталном праву јавља низ недоумица и различитих правних схватања када је реч о фидуцијарном преносу својине и његовој правној природи.

¹¹ Опширније А. Гамс, *Нешто о фидуцијарним правним пословима*, Анали правног факултета у Београду, бр.1-2, 1960, стр. 34.

¹² Љ. Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр.10/1998. год., стр. 824.

¹³ А. Гамс, *op.cit.*, 34; Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 825.

Институт фидуцијарне својине одступа од основних карактеристика класичног права својине, што је последица ограничења дејства фидуцијарно пренете својине која произилазе из *pactum fiduciae*. Фидуцијарна својина која се преноси на фидуцијанта није потпуна у смислу скупа својинских овлашћења, нити независна својина, већ она представља условно, временски ограничено право чија судбина зависи од извршења главног уговора чијем обезбеђењу служи.¹⁴ Дакле, фидуцијарна својина је својина *sui generis* која у функцији обезбеђења главног потраживања представља врсту реалног средства обезбеђења. Фидуција у континенталном праву бива све више заступљена као еквивалент англосаксонског *trust-a*, а јавља се као резултат све израженије конвергенције англосаксонског и континенталног правног система и превазилажења постојећих концепцијских разлика међу њима.¹⁵

с) *Кауза фидуцијарног преноса својине*. У нашем праву заступљен је принцип каузалне традиције деривативног начина стицања својине. То значи да је за деривативно стицање својине неопходно постојање пуноважног уговора усмереног на стицање својине, као *iustus titulus-a*, чијим закључењем се не преноси својина, јер он нема транслативно дејство, већ представља правно објашњење зашто се врши предаја ствари, тј. зашто долази до стицања својине. Други услов који мора бити испуњен код деривативног стицања својине јесте *modus acquirendi*, који подразумева предају покретних ствари, односно упис у јавне књиге, када је реч о непокретностима. Поред тога што предаја мора бити израз воље преносиоца да стицаоца учини власником, она мора бити последица пуноважно закљученог главног уговора, како би произвела правно дејство преноса својине. У супротном, предаја неће довести до стицања својине.

Фидуцијарна својина се такође стиче деривативним путем. Преносилац (фидуцијант) је власник ствари, предаја је фиктивна и врши се путем *constitutum possessorium-a* (јер непосредна државина на ствари остаје код фидуцијанта). Код уговора о фидуцијарном преносу својине спорна је кауза, а са-

¹⁴ Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр.825.

¹⁵ Иако су разлике између ова два правна система евидентне у материји стварног права, пре свега због различитих својинских концепата и правне традиције на којима почивају, у правним круговима се истиче да би било могуће постићи јединствено регулисање фидуцијарних односа, из два разлога: као први разлог се наводи заједнички концепт фидуције у континенталном, и *trust-a* у англосаксонском праву; као други разлог наводи се велики број банкарских и инвестиционих инструмената који су у овим правним системима настали као резултат правне праксе, а који омогућавају задовољавање сличних потреба у сфери фидуције и у једном и у другом правном систему. Као покушај у правцу креирања заједничких правила о фидуцији значајно је напоменути Принципе европског *trust law-a*; (vidi: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen, *Principles of European Trust law*, Kluwer Law International, 1999).

мим тим и пуноважност оваквог начина преноса својине. Наиме, обезбеђујућа функција фидуцијарног преноса својине није увек видљива из самог уговора, а уговор о преносу својине мора бити каузалан да би произвео правно дејство. То надаље значи да уколико нема пуноважног *iustus titulus*, са јасним основом обавезивања уговорних страна, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања неће произвести дејство. Зато неки теоретичари ове уговоре сврставају у апстрактне¹⁶, а има и оних који их поистовећују са симулованим правним пословима, што је потпуно погрешно. Фидуцијарним правним послом се уговара стварни пренос својине, за разлику од симулованих правних послова код којих је такав пренос привидан; док је циљ симулованог правног посла да се прикрије други, дисимуловани правни посао и изигра закон, циљ фидуције је обезбеђење потраживања.¹⁷

Дакле, да би уговор о фидуцијарном преносу својине био пуноважана у нашем праву, он мора бити каузалан, из њега мора бити јасно видљив циљ обавезивања. Зато, уговор о преносу својине без видљиве каузе или са недопуштеном каузом, био би код нас неправоваљан. Швајцарска судска пракса овај проблем решава тумачењем да је сам фидуцијарни акт, тј. давање обезбеђења, довољна кауза за трансфер права својине.¹⁸ Ситуација је другачија у немачком праву у којем је усвојен принцип апстрактне традиције деривативног начина стицања, па се овај проблем не јавља, јер предаја ствари као *modus aquirendi* представља самосталан, апстрактан правни посао, независан од основног правног посла усмереног на пренос својине.

Из изложеног може се закључити да фидуцијарни уговор као акцесоран нема свој самосталан циљ већ служи остварењу другог уговора као главног, у којем је садржан основ дужникове обавезе. Тај циљ ради којег се врши фидуцијарни пренос својине је обезбеђење потраживања које је установљено главним уговором (најчешће уговором о кредиту или зајму).¹⁹ Зато сматрамо да је уговор о фидуцијарном преносу својине каузални правни посао који представља правни основ преношења својине у циљу обезбеђења, а чија се кауза налази изван самог уговора.²⁰

¹⁶“Фидуцијарни споразум је апстрактни правни посао којим се скрива кауза, тако да према трећим лицима фидуцијарни правни посао има једно дејство, а између странака другог”; Р. Куштримовић, *Стварно право*, Ниш, 2009. год., стр. 297.

¹⁷ Види Ј. Салма, *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/1998. год., стр. 392.

¹⁸ Б. Горавица, *op. cit.*, стр. 64.

¹⁹ Код кредитних послова се разликују три нивоа који су правно повезани: 1) кредитни посао на коме почива обезбеђена тражбина; 2) уговор о обезбеђењу којим се регулишу узајамне обавезе у односу на обезбеђење кредитних тражбина; 3) стварно-правно преношење својине на обезбеђујућој ствари; (види: Д. Стојановић, *op. cit.*, стр. 627).

²⁰ Д. Стојановић, *Преношење својине у циљу обезбеђења кредитиша*, Правни живот, бр.5-6/1993. год. стр. 621.

d) Клаузула *lex commissoria* и фидуцијарни пренос својине. Још једно од спорних питања у вези са фидуцијарним преносом својине јесте да ли је овај стварно-правни институцијски у колизији са забраном клаузуле *lex commissoria*. Клаузула *lex commissoria* је забрањена у нашем праву, како код уговора о залози²¹, тако и код уговора о хипотеци.²² Исту праксу следе и земље у окружењу, а црногорски законодавац аналогно примењује ову забрану и код фидуцијарног преноса својине.

Забрана клаузуле *lex commissoria* има оправдање у заштити интереса дужника, спречавању зеленашког злоупотребљавања његовог подређеног положаја и наметања неправичних уговорних одредби. У моменту закључења уговора, дужник се налази у незавидном имовинском положају, тако да притиснут дуговима, тешко да може представљати равноправну уговорну страну. Забрана уговарања комисорне клаузуле је установљена и у интересу дужникових поверилаца којима одговара да заложена ствар не припадне само једном повериоцу, већ да буде продата, те да се остали повериоци намире из вишка добијене вредности.

Међутим, након закључења уговора, у фази његовог извршења, положај дужника је знатно промењен, дужник је ослобођен притиска, тако да он може реално сагледати тренутно стање и оценити да ли уступање предмета залогe повериоцу може бити у његовом интересу.²³ Иако постоји једногласност у погледу допуштености уговарања ове клаузуле након закључења уговора, спорно је од ког тренутка је њено уговарање допуштено. У судској пракси је заузет став да је клаузула *lex commissoria* допуштена након доспелости потраживања²⁴, док правна теорија сматра да комисорна клаузула може бити уговорена било када након закључења уговора. Положај дужника од тог момента је знатно повољнији, без обзира да ли се ова клаузула уговара пре доспелости, у тренутку доспелости или после доспелости потраживања.²⁵

Могло би се рећи да фидуцијарни пренос својине није у колизији са забраном клаузуле *lex commissoria* из више разлога. Пре свега, уговором о фидуцијарном преносу права својине, фидуцијарна својина која се овим уговором преноси није потпуна, нити права својина и преноси се само условно и привремено, до доспелости потраживања, за разлику од клаузу-

²¹ Види чл. 973. Закона о облигационим односима ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93).

²² Чл. 69. Закон о основама својинскоправних односа РС.

²³ Види Н. Тешић, *Рејисирована залога*, Београд, 2007. год. стр. 218-220.

²⁴ Решење Врховног суда НР Босне и Херцеговине Гз. 13/57, *Збирка судских одлука*, књига II, св. I, одлука бр. 80. (наведено према Н. Тешић, *op.cit.*, стр. 218).

²⁵ Види С. Перовић, *Коментар Закона о облигационим односима*, II књига, Савремена администрација, коментар члана 973.

ле *lex commissoria* код које је пренос својине коначан. Такође се код фидуцијарног преноса својине у циљу обезбеђења, својина преноси на повериоца у моменту закључења уговара, дакле пре доспелости потраживања, док је код комисорне клаузуле доспелост потраживања предуслов преласка својине на повериоца.²⁶ Код залог се клаузулом *lex commissoria* предвиђа да у случају неисплате потраживања обезбеђеног залогом, предмет залог прелази у својину заложног повериоца, без обзира да ли вредност заложене ствари превазилази вредност обезбеђеног потраживања (не постоји обавеза исплате разлике у цени дотадашњем власнику), док се код фидуцијарног преноса својине предвиђа обавезу повериоца да исплати дужнику разлику у цени.

е) *О доушійености фидуцијарног преноса права својине*. Једно од кључних питање у вези са фидуцијарним преносом својине у функцији заложног права јесте питање његове правне допуштености и пуноважности. У домаћој правној теорији и судској пракси заступљени су опречни ставови. Док у правној теорији постоје подељена мишљења о пуноважности фидуцијарног преноса својине, са превагом позитивног става²⁷, у судској пракси је по питању правне ваљаности овог института заузет претежно негативан став.²⁸ Судови не третирају фидуцијарни пренос својине као посебан правни институт, већ аналогно примењују правила о забрани клаузуле *lex commissoria* која се односе на уговор о залози и хипотеци, проглашавајући фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања ништавим.²⁹ Као разлог непризнавања овог института наводи се и непостојање законског основа.³⁰

И свакако, један од главних разлога због чега се уговору о фидуцијарном преносу својине не признаје правна ваљаност јесте неусклађеност

²⁶ Види З. Рашовић, *Коментар закона...*, стр. 91.

²⁷ Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 821; Б. Горавица, *нав. дело*, стр. 76 -77; Д. Стојановић, *Прошење својине у циљу обезбеђења кредитира*, Правни живот, бр.5-6/1993. год., стр. 621; *судској* А. Гамс, *Нешто о фидуцијарним правним односима*, Анали правног факултета у Београду, 1-2/1960. год. стр. 36.

²⁸ Ништава је одредба уговора закључених између парничних странака којим је тужени пренео право власништва на спорним непокретностима на тужиоца, као средство обезбеђења враћања кредита (залог); пресуда ВС Прев. 625/97. од 29.10.1997. год., Виши привредни суд, Билтен судске праксе, бр. 1/1997.

²⁹ Пресуда Савезног суда ГСЗ 19/94, од 24. новембра 1994. године, где се суд позива на члан 973. ЗОО којим се предвиђа забрана клаузуле *lex commissoria* код уговора о залози, као и на чл. 69. Закона о основама својинскоправних односа о забрани комисорне клаузуле код уговора о хипотеци; (наведено према Б. Горавица, *Фидуцијарни правни односи*, Правни живот, бр.10/1997. стр. 65).

³⁰ Пресуда Врховног суда Србије Прев. 347/96, од 16.10.1996. године (наведено према Б. Горавица, *Фидуцијарни правни односи*, Правни живот, бр.10/1997, стр.67).

овог бездржависног средства обезбеђења са нашим имовинским системом права, почев од неусклађености каузе и *iustus titulus-a*, као и економског и правног дејства оваквог начина преноса.

У англосаксонском правном систему концепт фидуцијарног института је прихватљив, с обзиром на владајућу концепцију својине. Својина се дефинише као скуп својинских права, односно овлашћења на ствари која могу припадати различитим субјектима, при чему свако од тих права (овлашћења) представља једну врсту својине. У англосаксонском праву својина се одваја од класичног појма ствари, и везује се за апстрактни ентитет *estate* (интерес), тако да оно што се има у својини је интерес, док је питање својине на ствари без практичног значаја, јер оно што се има јесте својина одређених интереса.³¹ Док је у англосаксонском праву својина дељива, у континенталном праву својина као најсвеобухватнија правна власт на ствари је недељива, или прецизније, недељива су економска и правна овлашћења која чине садржај својине. Дакле, не постоји могућност функционалног цепања својине на више функционалних својина као у англосаксонском праву, јер се сматра да то доводи до несигурности овог најважнијег стварно-правног института.³² С друге стране, управо то функционално раздвајање својинских овлашћења чини суштину фидуцијарног преноса својине.

ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ У ПРАВУ ЦРНЕ ГОРЕ

Појам и карактеристике уговора о фидуцијарном преносу права својине

Према Закону о својинско-правним односима Црне Горе, фидуцијарна својина представља условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари које овлашћује повериоца да пре осталих поверилаца наплати своје доспело потраживање, без обзира код кога се ствар налази.³³ Уговор о фидуцијарном преносу својине у закон у се различито дефинише, зависно од тога да ли је обезбеђујућа ствар покретност или непокретност. “Уговором о фидуцијарном преносу права својине на покретној ствари дужник или неко трећи преноси право својине на повјериоца ради обезбеђења наплате потраживања, а повјерилац се обавезује да по намирењу свог

³¹ Више о својини у англосаксонском праву види у истоменом раду: Р. Јелић, *Својина у англосаксонском праву*, Правни живот, бр. 10/2000. год.

³² Д. Стојановић, *Право својине у Евројској економској заједници*, Правни живот, 11-12/91. год. стр. 1184.

³³ Чл. 14. *Закона о својинско-правним односима ЦГ*.

потраживања омогући дужнику несметано вршење права својине”.³⁴ Дакле, уколико је у питању покретна ствар, фидуцијар стиче својину моментом закључења уговора о фидуцијарном преносу права својине, а предаја је фиктивна (на основу *constitutum possessorium-a*).

“Уговором о фидуцијарном преносу права својине на непокретној ствари обавезује се дужник или неко трећи да пренесе право својине на повјериоца ради обезбеђења наплате потраживања, а повјерилац се обавезује да по намирењу свог потраживања омогући дужнику несметано вршење права својине.”³⁵ Уколико су предмет фидуцијарног преноса својине непокретне ствари, поред пуноважно закљученог уговора о преносу својине, за пренос својине неопходан је и упис овог права у катастар непокретности као *modus acquirendi*. Дакле, у оба случаја фидуцијарног преноса својине, било да је у функцији обезбеђења потраживања покретна или непокретна ствар, неопходно је да буду остварене претпоставке деривативног начина стицања: а) да је дужник власник ствари коју даје у сврху обезбеђења, б) да постоји пуноважни уговор управљен на конституисање обезбеђења (*iustus titulus*), ц) да је извршена фиктивна предаја ствари, код покретности, односно упис у фидуцијарног преноса својине у јавни регистар, код непокретности (*modus acquirendi*).³⁶

Уговор о фидуцијарном преносу својине је именован, формалан и акцесоран (споредан) уговор: именован, јер је изричито регулисан законом; формалан, јер се захтева писмена форма за пуноважност овог уговор, и потписи оверени од стране суда или нотара, када је у питању пренос права својине на непокретности³⁷; акцесоран, јер његова судбина зависи од главног уговора чијем обезбеђењу служи.

Поред захтева форме који мора бити испуњен, за пуноважност фидуцијарног преноса својине неопходан је упис уговора о фидуцијарном преносу својине у одговарајући јавни регистар³⁸. Упис је дакле обавезан, има конститутивни значај и доприноси заштити правне сигурности трећих лица.³⁹ На овај начин се уједно остварује и функција публицитета,

³⁴ Чл. 353. ст. 1. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

³⁵ Чл. 353. ст. 2. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

³⁶ У хрватском праву се пренос својине на непокретностима уписује у земљишне књиге, а у недостатку одговарајуће јавне књиге, начело публицитета се остварује путем јавног огласа, било да је реч о непокретностима, покретним стварима, односно правима; (види чл. 266. Овршиног закона Републике Хрватске, Народне новине 57/96, 29/99, 42/00. – у даљем тексту: Овршни закон РХ).

³⁷ Чл. 355. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

³⁸ Чл. 378. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

³⁹ Начело обавезности уписа уговора о фидуцијарном преносу својине је заступљено и у другим правима, као што су енглеско, швајцарско, право САД (види З. Рашовић, *нав. дело*. стр. 169).

што је од посебног значаја код фидуцијарног преноса својине на покретним стварима, јер обезбеђујућа ствар остаје у непосредној државини фидуцијанта, па се публиковањем фидуцијарног правног посла спречава изигравање закона. За регистарцију ове врсте уговора законодавац предвиђа краћи рок (од 8 дана од дана закључења уговора), из разлога правне сигурности.

Акцесорност уговора о фидуцијарном преносу својине једна је од његових основних карактеристика. Овај уговор нема свој самостални циљ, већ служи обезбеђењу потраживања које произилази из главног уговора (најчешће уговора о зајму или кредиту), па је његова пуноважност условљена пуноважношћу главног уговора.⁴⁰ Међутим, акцесорност фидуцијарне својине не треба схватити у апсолутном смислу. У односу на обезбеђено потраживање она представља структуралну аутономију (на једној страни обезбеђена облигација, а на другој страни једно стварно право) и једну функционалну независност која произилази из природе гаранције.⁴¹ Иако је у питању споредан, акцесорни уговор, на уговор о фидуцијарном преносу својине примењују се правила облигационог права о закључењу уговора, форми, манама воље, ништавости уговора и др.⁴²

У правној теорији је спорно да ли је овај уговор једностран или двострани, да ли је теретан или доброчин. Према широј концепцији поимања уговора као једностраног или двостарног, по којој се у погледу одређивања његове природе не узимају у обзир само обавезе које је уговор у моменту закључења произвео, већ и обавезе које настају у фази извршења уговора, уговор о фидуцијарном преносу својине би био сврстан у категорију двостраних уговора. С друге стране, кауза дужникове обавезе код уговора о фидуцијарном преносу својине налази се изван овог уговора као споредног и садржана је у главном уговору (најчешће уговору о кредиту или зајму).⁴³

Уколико се уговор о фидуцијарном преносу својине, као акцесорни уговор, посматра у јединству са главним уговором чијем обезбеђењу служи, може се извести закључак да је реч о теретном уговору. Овакво

⁴⁰ „Акцесорност уговора о фидуцијарном преносу својине је другачије природе од типичних акцесорних послова (нпр. уговора о гаранцији), јер његова пуноважност не зависи толико од пуноважности или постојања обезбеђеног посла, колико од фактичких околности везаних за располагање фидуцијарног повериоца са предметом фидуције, тј. у зависности од фидуцијарног поверења и правила *lex commisoriae* ако се уступање квалификује као залога.” (Ј. Салма, *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр.10/1998.год.. стр. 387.

⁴¹ З. Рашовић, *Коментар Закона о фидуцијарном преносу својине*“, Подгорица, 1996. година, стр. 51.

⁴² З. Рашовић, *Коментар Закона...* стр.46.

⁴³ З. Рашовић, *Коментар Закона...*, стр.45.

становиште заступа и црногорски законодавац, који, између, осталог прописује да поверилац има право да од дужника или трећег лица захтева другу ствар, ако оптерећена ствар има материјални или правни недостатак, због којег не представља довољно обезбеђење за наплату потраживања.⁴⁴

Иако је акцесорност фидуцијарне својине у односу на обезбеђено потраживање једна од њених главних одлика, што значи да овај вид обезбеђења не може настати пре настанка самог потраживања чијем обезбеђењу служи, у црногорском праву је предвиђен изузетак од овог правила, па је могуће фидуцијарним преносом својине обезбедити условно и будуће потраживање.⁴⁵ На овај начин се, пре свега, јача правни положај повериоца, јер се поверилац осигурава од евентуалних дужникових располагања и проузроковања штете.

Значајно је напоменути и решење предвиђено у Закону о својинско-правним односима ЦГ, по коме се фидуцијарним преносом права својине гарантују и друге обавезе које су настале између повериоца и дужника после закључења уговора о преносу права својине, а које би доспеле за исплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење извршен пренос својине, ако другачије није уговорено.⁴⁶ Ово решење је несумњиво усвојено по угледу на правила заложног права.

Црногорски законодавац предвиђа ништавост одредбе уговора о фидуцијарном преносу права својине којом се предвиђа да ће ствари које су објекат овог права дефинитивно прећи у својину повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Такође прописује и ништавост одредбе којом поверилац за себе уговара употребу оптерећене ствари, убирање плодова које та ствар даје или искоришћавање ствари на други начин (тзв. антихретицка клаузула), јер би таква одредба била у супротности са суштином фидуцијарног преноса својине као бездржавинског средства обезбеђења.⁴⁷ Међутим, овакво уговарање је допуштено након истека рока од осам дана од настанка потраживања, јер се сматра да након закључења овог уговора, дакле у фази његовог извршења, дужник није више у тако незавидном положају у каквом је био у фази његовог закључења. Законодавац је предвидео овако кратак рок да би пружио максималну заштиту дужнику од евентуалних злоупотреба од стране повериоца.⁴⁸

⁴⁴ Чл. 371. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁴⁵ Чл. 356. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁴⁶ Чл. 357. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁴⁷ Чл. 358. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁴⁸ З. Рашовић, *Коментар закона...*, стр. 92.

Предмет уговора о фидуцијарном преносу права својине

Начело специјалности као једно од основних начела заложног права примењује се и код фидуцијарног преноса својине, како у погледу потраживања које се обезбеђује, тако и у погледу ствари које могу бити објекат овог права.⁴⁹ Предмет фидуцијарног преноса својине могу бити покретне и непокретне ствари, збир ствари (нпр. робни лагери), као и будуће ствари, с тим што се у овом последњем случају фидуцијарна својина стиче настанком саме ствари, односно уписом у јавне књиге када је реч о непокретностима. Када је реч о робном лагеру, захтев за индивидуализацијом предмета залог остварује се прописивањем минимума количине робе која се мора непрекидно налазити у робном лагеру.

Фидуцијарни пренос својине обухвата ствар у целини са свим саставним деловима, припацама и неодвојеним плодовима.⁵⁰ Правило о плодовима се примењује уколико дужник о доспелости не испуни своју обавезу према фидуцијару као повериоцу, када долази до коначног стицања фидуцијарне својине од стране фидуцијара. Дакле, до момента дефинитивног стицања својине од стране фидуцијара, право прибирања плодова (чим се плодови одвоје од главне ствари) припада фидуцијанту који има непосредну власт на ствари. Моментом дефинитивног стицања својине од стране фидуцијара, фидуцијарна својина се протеже и на неодвојене плодове који представљају саставни део плодноне ствари са којом чине јединствени правни објекат и припадају власнику плодноне ствари, тј. фидуцијару.

Решења црногорског законодавца која се односе на предмет уговора о фидуцијарном преносу својине аналогна су одговарајућим правилима заложног права. Начело специјалности у погледу обезбеђујућег предмета доследно је спроведено. Правила којима се дефинише домашај фидуцијарног преноса својине подударују се првенствено са правилима регистроване залог и хипотеке код којих дужник остаје у поседу заложене ствари и овлашћен је да прибира плодове које ствар даје.

Уколико се на ствари учине извесна побољшања или се на други начин повећа њена вредност након заснивања правног односа између фидуцијанта и фидуцијара, фидуцијарна својина се простира и на ту увећану вредност.⁵¹ Ово решење је у складу са принципом екстензивности залог.

Када је реч о припатку, уколико се пође од принципа грађанског права *accessorium sequitur naturam sui*, логично је решење да се фидуцијарни пренос својине односи и на припатке, који су били везани за главну ствар

⁴⁹ Види чл. 359. ст. 1. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁵⁰ Чл. 359. ст. 2. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁵¹ Љ. Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, Правни живот, бр.10/1998.год. стр. 817.

у моменту конституисања овог вида обезбеђења потраживања. Међутим, поставља се питање да ли фидуцијарни пренос својине обухвата и оне припатке који су накнадно припојени главној ствари, тј. у случају кад фактички однос између припатка и главне ствари није постојао у моменту конституисања фидуцијарне својине у функцији заложног права. У вези са овим питањем заступљени су различити ставови у правној теорији. Погрешно би било претпоставити да је дужник од самог почетка желео да заложити све касније припатке, јер они нису били обухваћени уговором, и таква фикција би била неодржива. Касније настали припадак је обухваћен “заложним нексусом” само под условом да о томе постоји несумњиво изражена воља.⁵² Могућ је и другачији приступ овом проблему. Ако се прихвати појмовно одређење припатка да он обухвата непотпуно инкорпорисане делове који се могу одвојити без оштећења и оне који су физички самостални, али функционално повезани са главном ствари, може се закључити да нови припадак потпада под исти правни режим као и главна ствар, самим његовим довођењем у функционалну везу са главном ствари. У оваквој ситуацији, посредно изражена воља дужника је сасвим довољна.⁵³

Решење црногорског законодавца у погледу могућности фидуцијарног преноса својине на непокретностима супротно је ставу који преовладава у упоредном праву да предмет фидуцијарног преноса својине може бити само покретна ствар. Овакава став се образлаже функцијом фидуције као бездржавинског средства обезбеђења, а то је залога без депосесије дужника.⁵⁴ Код непокретности се функција бездржавинске залог остварује хипотеком, али се непокретност може јавити као предмет фидуцијарног преноса својина у циљу смањења формалности у фази наплате потраживања у односу на хипотеку.⁵⁵ Слично црногорском предвиђено је решење у македонском⁵⁶ и хрватском праву⁵⁷, где се поред покретности, као објекат

⁵² Види З. Рашовић, *Коментар закона...*, стр. 103.

⁵³ Види Н. С. Тешић, *Рејисирована залога*, Београд, 2007, стр. 141.

⁵⁴ Ј. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 816.

⁵⁵ М. Лазиф, *Реформа заложног права у Републици Србији (мобиљарна хипотека и хипотека)*, Европски правник, 2/2007.год.,стр.85.

⁵⁶ Узимајући у обзир позитивно искуство земаља које су усвојиле пренос својине над имовином и пренос права ради обезбеђења, овај вид обезбеђења некретнинама први пут је регулисан амандманом из 1997. године на *Закон о процедури присилног спровођења*, чије су одредбе касније преписане и измењене *Законом о обезбеђењу потраживања* (види: А. Јаневски и Т. Зороска-Камиловска, „*Несвојински сигурносни интерес у покретној имовини и правима у закону и пракси Републике Македоније*“, Форум за грађанско право за Југоисточну Европу, Прва регионална конференција, Цават, 2010. година, стр. 159).

⁵⁷ “Фидуцијано власништво уређено је првенствено одредбама Овршног закона о том институту, при чему постоји јединствено уређење за покретне и некретне” (Х. Ернст, „*Безисједовна средства осигурања на покретним стварима у републици Хрватској*“ Фо-

фидуцијарног преноса својине могу наћи и непокретности. У пословној пракси фидуцијарни пренос својине на непокретностима представља заступљену форму обезбеђења банкарских кредита, поред хипотеке, јер се непокретношћу поуздано гарантује повериочево потраживање из главног уговора (најшешће банке као кредитора), и омогућава намирење из вредности оптерећене ствари по доспелости потраживања, без учешћа суда.⁵⁸

Аналогном применом правила о стицању својине од невласника, фидуцијарно стицање својине од невласника се такође чини могућим на покретним стварима.⁵⁹

Садржина уговора о фидуцијарном преносу својине

Садржину уговора о фидуцијарном преносу права својине чине права и обавезе уговорних страна. Фидуцијар има право на допуну обезбеђења, продају ствари пре времена због кварења или губљења вредности, право да захтева предају ствари и изврши њену продају ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости, право задржавања ствари, право намирења, право да захтева успостављање установе секвестра, обавезу повраћаја вишка, обавеза поступања у складу са трговачким обичајима. Фидуцијант има право на државину, употребу ствари и прибирање плодова, обавезу чувања ствари са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника, обавезу предаје ствари ако свој дуг не измири о року, обавезу обавештења повериоца о променама на ствари и др. Укратко ћемо објаснити неке од поменутих права и обавеза.

Фидуцијант, као економски власник, има непосредну државину на ствари и могућност њеног економског искоришћавања тј. употребе и прибирања плодова за време трајања фидуцијарне својине. Правило о прибирању плодова је диспозитивне природе, тако да се ово право може уговорити у корист повериоца. Међутим, од момента коначног стицања својине од стране фидуцијара као повериоца, он као прави власник ствари има право на плодове које даје оптерећена ствар, по самом закону.⁶⁰

Законодавац прописује и обавезу дужника да ствар чува са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина⁶¹, као и његову обавезу да преда ствар повериоцу, уколико не измири обавезу у року⁶². Дужник је

рум за грађанско право за Југоисточну Европу, Прва регионална конференција, Цавтат, 2010. година, стр. 173).

⁵⁸ Д. Медић, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука, 2007. година, стр. 59.

⁵⁹ З. Рашовић, *Коментар закона...*, стр. 95.

⁶⁰ Чл. 369. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁶¹ Чл. 365. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁶² Чл. 366. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

обавезан да обавести повериоца о свим променама које се дешавају на оптерећеној ствари, у супротном, одговара за проузроковану штету.⁶³ Фидуцијант није овлашћен да ствар преда на употребу другоме, без сагласности повериоца.⁶⁴ Уколико поступи противно овој одредби (у случају предаје ствари на употребу другоме, без дозволе повериоца), законодавац предвиђа његову одговорност за случајну пропаст или оштећење ствари.

Одговорност дужника је интезивирана кроз институт секвестра. То значи да ако дужник не чува оптерећену ствар “како треба”, тј. уколико поступа противно уговору или закону, ствар ће, на захтев повериоца, а по одлуци суда, бити одузета од дужника и предата трећем лицу на чување, када дужник губи непосредну државину на ствари, јер се она трансформише у посредну државину.⁶⁵ Лице коме је ствар дата на чување, држи ствар за дужника и ужива државинску заштиту. Могло би се замерити црногорском законодавцу на употреби синтагме “како треба”, која спада у категорију правних стандарда. Њу би требало заменити већ уобичајеним стандардом чувања ствари са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.

Са друге стране, фидуцијар као правни власник ствари има овлашћење правног располагања са ствари, које је ограничено док траје испуњење главног уговора. Он не може предмет обезбеђења отуђити, оптеретити, нити њиме располагати на било који други начин, уколико та могућност није предвиђена уговором о обезбеђењу, јер је фидуцијар, као прималац обезбеђења, облигационоправно везан да свој својински положај користи у складу са циљем обезбеђења.⁶⁶ Својина пренета на фидуцијара у циљу обезбеђења потраживања није потпуна у смислу својинских овлашћења која чине садржину овог права, нити независна својина. Реч је о условном и привременом праву својине, или прецизније “правној моћи” која се падањем дужника у доцњу претвара у “праву својину”.⁶⁷ То зачи да уколико фидуцијант као дужник не испуни своју обавезу о доспелости, фидуцијар као поверилац има право да захтева предају ствари од дужника ради њеног уновчења и намирења потраживања које има према дужнику.⁶⁸

Основна карактеристика заложног права јесте официјелни начин његове реализације којим се доприноси правној сигурности, али са друге стране знатно успорава поступак наплате потраживања. Фидуцијарни пре-

⁶³ Чл. 367. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁶⁴ Чл. 368. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁶⁵ Чл. 370. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁶⁶ Д. Стојановић, *Преношење својине у циљу обезбеђења кредитиша*, Правни живот, бр.5-6/1993, стр. 631.

⁶⁷ Љ. Ђуровић, *op. cit.*, стр. 824.

⁶⁸ Чл. 374. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

нос својине ради обезбеђења потраживања је управо установљен у циљу брже и ефикасније реализације потраживања, без формалности и учешћа суда. Постоје две групе правила којима се регулише намирење повериоцевог потраживања: једна се односе на сва потраживања настала из уговора, а друга се односе на потраживања настала из уговора у привреди. У првом случају, фидуцијару на располагању стоји могућност продаје ствари по цени утврђеној проценом стручњака, као и могућност да заложена ствар задржи за себе по тој цени. Ако ствар има тржишну или берзанску вредност, поверилац је може продати по тој цени, без јавне продаје (по истеку осам дана од упозорења дужника да ће тако поступити). Код уговора у привреди, поверилац може извршити јавну продају оптерећене ствари (по истеку 8 дана од упозорења учињеног дужнику).⁶⁹

Законодавац прописује и могућност превремене продаје оптерећене ствари и пре доспелости потраживања, и то по одлуци суда, а на захтев повериоца или дужника, како би се спречила опасност да ствар постане недовољна за намирење повериоцевог потраживања.⁷⁰ То ће бити случај кад се ствар квари или губи вредност⁷¹, или када је на тржишту пронађен повољан купац, када је превремена продаја могућа само уз сагласност дужника⁷². Поступак превремене продаје окончава се депоновањем новчане суме код суда, из које ће бити намирено повериоцево потраживање. Осим тога, поверилац има право да захтева допуну обезбеђења од дужника или трећег лица, ако оптерећена ствар има материјални или правни недостатак, због чега не представља довољно обезбеђење повериоцевог потраживања⁷³.

У циљу заштите интереса дужника, црногорски законодавац прописује обавезу повериоца да у фази намирења потраживања из вредности заложене ствари мора поступати у складу са постојећим трговачким обичајима и трговачки разумно. Стандард “трговачки разумно поступање” преузет је из *common law* система⁷⁴, а које поступање је трговачки разумно, има цени суд у сваком конкретном случају. Код наплате потраживања из вред-

⁶⁹ Чл. 375. Закона о својинско-правним односима ЦГ

⁷⁰ Чл. 372. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁷¹ Чл. 372. ст. 1. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁷² Чл. 373. ст. 2. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁷³ Чл. 371. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁷⁴ Иако су разлике између англосаксонског и континенталног правног система евидентне у материји стварног права, пре свега због различитих својинских концепата и правне традиције на којима почивају, у правним круговима се истиче да би било могуће постићи јединствено регулисање фидуцијарних односа. Као покушај у правцу креирања заједничких правила о фидуцији значајно је напоменути Принципе европског trust law-a (више о томе: D.J. Hayton, S.C.J.J. Kortmann and H.L.E. Verhagen, *Principles of European Trust law*, Kluwer Law International, 1999; R. Helmholz, and R. Zimmermann, *Itinera Fiducia: Trust and Treuhand in Historical Perspective*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998).

ности заложене ствари, поверилац је дужан да након намирења потраживања (доспелих камата, трошкова уновчења ствари), разлику у вредности врати дужнику (у року од 8 дана од дана намирења), уколико је вредност фидуцијарног добра већа од вредности потраживања.⁷⁵ Овакво решење је у функцији једног од основних начела облигационог права – начела једнаке вредности узајамних давања⁷⁶, чиме се спречава неосновано обogaћење фидуцијара. Уколико по доспелости дужник исплати повериочево потраживање, својина се поново успоставља у свом пуном обиму (рекадентност права својине) и по самом закону (*ex lege*) прелази на дужника⁷⁷.

Из изложених решења која се односе на права и обавезе фидуцијара и фидуцијанта која произилазе из уговора о фидуцијарном преносу својине, може се закључити да се она у великој мери подударају са одговарајућим правилима ручне залогe и хипотеке.

Престанак фидуцијарне својине

Фидуцијарна својина као акцесорно право престаје када престане и главно потраживање чијем обезбеђењу фидуцијарна својина служи.⁷⁸ Обезбеђено потраживање најчешће престаје исплатом дуга у целости од стране дужника. Такође, потраживање престаје и кад се поверилац одрекне права својине на непокретности, писменом изјавом датом код надлежног органа који води катастар непокретности, док је код покретних ствари довољна писмена изјава о томе Фидуцијарна својина престаје и пропашћу оптерећене ствари.

ЗАКЉУЧАК

Иако се у правној теорији оспорава каузалност уговора о фидуцијарном преносу својине у циљу обезбеђења потраживања, чиме се доводи у питање и пуноважност овог начина преноса својине, ипак треба сматрати да је уговор о фидуцијарном преносу својине каузалан правни посао. Његова кауза се налази у уговору о кредиту или неком другом главном уговору на којем почива обезбеђено потраживање, а сам уговор о фидуцијарном преносу својине представља пуноважни правни основ стицања фидуцијарне својине (без обзира на разилажење правног и економског ефекта овог преноса).

⁷⁵ Чл. 377. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

⁷⁶ Чл. 8. Закона о облигационим односима ЦГ.

⁷⁷ Чл. 374. ст. 2. Закона о својинско-правним односима ЦГ („Ако дужник исплати дугувану чинидбу, својина на стварима аутоматски прелази на дужника“).

⁷⁸ Чл. 383. Закона о својинско-правним односима ЦГ.

Неспорно је да фидуцијарни пренос својине није у складу са основним карактеристикама и начелима нашег имовинског права, али он, исто тако, није ни у супротности са принудним правним прописима. Стога, не представља ништав правни посао, већ израз слободе уговарања као основног начела облигационог права. Са друге стране, треба имати у виду да је пракса у потпуности прихватила фидуцијарне правне послове и да су они, као средство обезбеђења, потпуно заживели у привредном пословању.

И поред изражених функционалних предности овог института у односу на остала реална средства обезбеђења, као његова негативна страна истиче се недостатак публицитета. Уколико за фидуцијарни пренос својине не би био предвиђен упис у регистар као конститутивни елемент, то би имало за последицу прикривање публицитета фидуцијарне својине, стварање лажне слике о бонитету дужника и подривање правне сигурности. Међутим, прописивањем обавезног уписа фидуцијарне својине у јавни регистар, као што је то предвидео црногорски законодавац, овај недостатак се у приличној мери отклања. Тиме се спречава изигравање закона и повећава степен правне сигурности, чему доприноси и прописивање релативно кратког рока (од осам дана) у којем се може извршити регистарција.

Позитивно се може оценити и интенција црногорског законодавца да у довољној мери осигура правни положај повериоца, али и да на адекватан начин заштити интересе дужника (фидуцијанта). Прописивањем могућности да се фидуцијарним преносом својине обезбеди условно и будуће потраживање, несумњиво се јача правни положај повериоца који се на тај начин осигурава од евентуалних дужникових располагања и проузроковања штете. У циљу заштите интереса повериоца законодавац прописује обавезу дужника да ствар која је објекат фидуцијарне својине чува са пажњом доброг домаћина, односно привредника, а такође је одговорност дужника интензивирана и кроз институт секвестра.

У циљу заштите интереса дужника, прописана је обавеза повериоца да у фази намирења потраживања из вредности заложене ствари мора поступати у складу са постојећим трговачким обичајима и трговачки разумно. Поверилац је дужан да након намирења потраживања, разлику у вредности врати дужнику уколико је вредност фидуцијарног добра већа од вредности потраживања. Овакво решење је у функцији очувања једног од основних начела облигационог права – начела једнаке вредности узајамних давања, чиме се спречава неосновано обогаћење фидуцијара. Забрана уговарања клаузуле *lex commissoria* такође је предвиђена у сврху заштите дужника.

На крају, можемо закључити да фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења потраживања, као вид бездржавинске залогe, несумњиво пред-

ставља еластично и ефикасно средство обезбедбеђења наплате потраживања које у потпуности одговара захтевима тржишне привреде. Зато га ни правна доктрина, ни судска пракса не смеју игнорисати, а низ правних питања која се у вези са фидуцијарном својином покрећу, пракса није у стању да реши без одговарајуће законске регулативе. Из тих разлога, могло би се размишљати да се у предстојећој реформи грађанског законодавства у наше право такође уведи фидуцијарни пренос својине као алтернатива регистрованој залози. Као ваљан путоказ ка том циљу могу послужити упоредноправна решења овог стварноправног института, посебно искуства земаља у окружењу, имајући у виду заједничку правну традицију, као и просторну и економску повезаност с нашом државом.

*Tamara Đurđić, Junior Assistant
Faculty of Law Kragujevac*

Fiduciary Transfer of Property Rights

Abstract

Fiduciary transfer of property rights for the purpose of loan security represents the non-possessory form of collateral, which experiences renaissance in the comparative law. It is a complex legal institute, which is subject to numerous concerns and can be viewed from different perspectives, due to the large number of its specific features – non typical for the Continental European legal systems. The paper discusses disputed issues related to defining the causa, as well as the legal grounds, for fiduciary transfer of property rights, its legal nature and the justification thereof. Aiming at more adequate understanding of this complex Property Law institute and finding satisfactory answers to some of the disputed issues the legal theory has opened, the author analyses provisions of current legislation in Montenegro, which was the first country in the Region to regulate this non-possessory form of collateral.

Key words: loan security, non-possessory collateral, fiduciary property, principal, fiduciary