

Др Бојан Л. Пајић, ванредни професор
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
B. Rajtic@pf.uns.ac.rs

ПРОБЛЕМ ДОПУШТЕНОСТИ ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У НАШЕМ ПРАВУ – ПРЕДЛОЖИ *DE LEGE FERENDA**

Сажетак: Инстицијална фидуције потичу из римског права, а најчешће је коришћен за фидуцијарни пренос својине ради управљања имовином (*fiducia cum amico contracta*) и за фидуцијарни пренос својине ради обезбеђивања и остваривања (*fiducia cum creditore contracta*). Фидуцијарни пренос својине у модерним правима и правном промену доживљава реafirмацију због видних предности у односу на остале средстава реалног обезбеђења и остваривања. Најважнија предност фидуцијарних споразума у односу на заложно обезбеђење огледа се у много бржој најлажи остваривања, јер, код овог средстава нема дугих судских процедура. Фидуцијарни, односно дужник из основног посла, у моменту закључења споразума преноси својину на ствари на фидуцијара, односно повериоца. За разлику од залоге, где је то немогуће, код фидуцијарних споразума дужник ствар, која представља предмет обезбеђења, може задржати у државини и користи је, између осталог, и за намирење обавезе према повериоцу. За овај инстицијални је карактеристично разлижење правне форме и економске садржине, што поједине теоретичаре, као што је Гамс, учвршћује у уверењу да су овакви правни послови недопуштени. Домаћи судови, врло често, проглашавају фидуцијарни пренос својине ништавим, и одводећи га под забрану *lex commissoria*. Међутим, преовлађујући став српске цивилистике је да је инстицијални фидуцијарни споразум дозвољен, јер се не коси са општом забраном кршења принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја, а није основано ни и одводићи га под забрањену комисиорну клаузулу из уговора о залози. Фидуцијарни споразуми не спадају у категорију именованих уговора, јер нису регулисани позитивним правним прописима у Србији. Поједини аутори сматрају да су, са

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту „Правна традиција и нови правни изазови“ Правног факултета Универзитета у Новом Саду

и́ренуи́ком доношења Закона о заложном и́раву на и́окреи́ним сйварима уи́саним у ре́гисйар и́ресйали разлози за законско ре́гулисакње фидуцијарног и́реноса својине. Ауи́ор овог чланка није са́ласан са и́аквим сйавом и залаже се за у́граи́вање овог инсйи́иуи́е у и́ози́иивне и́рои́се Србије, како због и́ога шйи́о је фидуцијарни и́ренос својине и́о́однији за и́овериоца не́го бездржавинска залога, и́ако и због чињенице да се ради о инсйи́иуи́у који већ и́осйи́оји у и́равној и́ракси, а ње́гова и́римена, и́ришом, Chesio наилази на неразумевање судова, чиме сйране које у́воре овакав начин обезбеђења и́ои́раживања, иако савесне, бивају доведене у сйи́уацију и́равне несигурносйи. Поред фидуцијарног и́реноса ради обезбеђења и́ои́раживања, и фидуцијарни и́ренос својине ради уи́рављања имовином (*fiducia cum amico contracta*) доживљава и́оновну афирмацију у нама сродним конйиненйи́алним и́равним сисйемима. Ауи́ор овог чланка сйи́оји на сйанови́иу да би и овај инсйи́иуи́и имао бла́ородно дејсйиво на и́равни и́ромей и даљи развој и́ривредних односа у Србији.

Кључне речи: фидуцијарни и́ренос својине, бездржавинска залога, обезбеђење и́ои́раживања.

ГЕНЕЗА ИНСТИТУТА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ

Латински термин “*fiducia*” има корен у речи “*fides*” – поверење.¹ Порекло ове речи можемо пратити до старе Грчке и израза “*pistis*” (вера, поверење).² У римском праву овај институт је имао више функција. Коришћен је да би служио за обезбеђење потраживања, али и за коришћење туђе ствари, управљање туђом имовином, ради постизања ефекта послуге. Проналазимо га у облигационом, али и породичном, наследном и стварном праву тог периода.³ У теорији наилазимо на тезу да је *fiducia* постојала већ у времену Закона XII таблица⁴, а да се може „већ у време Плаута на основу *fiducia* покренути тужба (процес).“⁵ Стари Римљани су, најчешће, користили овај институт за фидуцијарни пренос својине ради управљања имовином (*fiducia*

¹ Термин је конструисан из израза „*fido*“, односно „*confido*“

² Више о овоме: SHIPLEY, Joseph Twadell. *The Origins of English Words: a Discursive Dictionary of Indo-European Roots*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1984, p. 31-32.

³ Опширније: Пајтић Бојан, „Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања“, магистарска теза, Правни факултет у Новом Саду, 2000, стр. 27.

⁴ Види: Гамс Андрија, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, *Анали Правног факултета у Београду* 1-2/1960, стр. 25, као и Longo Carlo, “*Corso di diritto romano: La fiducia*”, Pavia, Milano, 1933.

⁵ Biró János, “Az actio fiduciae és alkalmazási köre a praeklasszikus jogban” (*Actio fiduciae и круг њене примене у преткласичном праву*), *Acta juridica et politica*, Szeged, 1967, стр. 28.

cum amico contracta) и за фидуцијарни пренос својине ради обезбеђивање потраживања (*fiducia cum creditore contracta*). Потраживање се обезбеђивало на тај начин што је дужник из основног правног посла – фидуцијант, преносио своје својинскоправно овлашћење на ствари на повериоца – фидуцијара, уз обавезу да поверилац, након што дужник испуни своју престацију, овлашћење врати на њега. Назив *fiducia* потиче „отуда што у прво време обавеза на враћање ствари није рађала облигациони однос – није била правом заштићена – него је почивала на моралним нормама – на грађанској савести (*fides*).“⁶

Фидуцијарни правни послови су у старом Риму, због свега наведеног, називани и пословима поверења,⁷ зато што је након преноса својине на фидуцијара, односно повериоца из основног уговора, он имао само моралну обавезу да се уздржи од даљег преноса својине на ствари до момента доспелости дужникове обавезе, а уколико би ствар пре тога отуђио, и санкција је била само моралног карактера, и огледала се у губитку угледа. Временом је установљена тужба „*actio fiduciae*“, која је ситуацију променила у правцу побољшања положаја дужника, па према томе, „уколико је стицалац фидуцијарне ствари са стварју располагао противно односу поверења, у времену пре доспелости наплате кредитног потраживања, пошто је поступио противно добрим обичајима и начелу савесности, дужан је да фидуцијарном дужнику, уступиоцу ствари, плати штету коју је овим понашањем проузроковао.“⁸ У период развијеног римског права, доминантно због разилажења формалног права својине од економског искоришћавања њеног објекта, *fiducia cum creditore contracta* бива потиснута у корист залогне, а *fiducia cum amico contracta* у корист оставе, послуге и налога. У Јустинијановој кодификацији фидуција није пронашла своје место.⁹

Рецепција римског права у континенталним правним системима вршена је, првобитно, на основу Јустинијанове кодификације. Због тога фидуцијарни пренос својине као обезбеђење потраживања доживљава своју реafirмацију тек у деветнаестом веку, када правна наука почиње да се, у процесу рецепције римског права, концентрише и на друге изворе, међу којима Гајеве Институције у овој материји имају посебно место, јер детаљно регулишу фидуцију.¹⁰ Институт фидуцијарног преноса својине проналазимо прво у правном промету

⁶ Шире о овоме: Стојчевић Драгољуб, „Римско приватно право“, Савремена администрација, Београд, 1985, стр. 250.

⁷ Салма Жежеф, „Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања“, Правни живот бр. 10/1998, стр. 385.

⁸ Hayton David, „The Law of Trusts“, London, Sweet & Maxwell, 1993, стр. 8.

⁹ Гамс Андрија, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, Анали Правног факултета у Београду 1-2/1960, стр. 22-37.

¹⁰ Владетић Срђан, „Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови“, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010, стр. 243.

и судској пракси Немачке и Швајцарске, у којима је заживео на сличан начин као у римском праву. Примењиван је или у функцији обезбеђења потраживања (*Sicherungsübereignung*), или у сврху управљања туђом имовином (*Treuhand*).¹¹ Прва европска земља која је у свој закон имплементирала фидуцијарни пренос била је Лихтенштајн, у чијем Закону о личним привредним друштвима из 1926. Године проналазимо ово средство обезбеђења.¹²

РЕАФИРМАЦИЈА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У КОНТИНЕНТАЛНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Разлог за реafirмацију фидуцијарног преноса лежи у недостацима оних средстава обезбеђења потраживања која се најчешће користе у правном промету. Реална средства обезбеђења омогућавају повериоцу виши степен правне сигурности него персонална. Ова констатација се поготово односи на заложно право на покретним и непокретним стварима, јер се код ручне залог оптерећена дужникова ствар налази у државини повериоца, а код хипотеке је у катастар непокретности уписано повериочево право да се приоритетно наплати из износа који се добија принудном судском продајом непокретности. И заложно право, међутим, показује недостатке који иду на штету правне сигурности и ефикасности правног промета. Намирење повериоца који је у државини дужникове ствари, или има хипотеку на његовој непокретној ствари, у случају да дужник није испунио обавезу о року – подразумева судску процедуру (најчешће веома дугу) која се завршава принудном продајом оптерећене ствари и издвајањем оноликог дела постигнуте цене који је потребан за обештећење повериоца. Динамичност правног промета у модерном друштву није могућа уколико процедуре пред надлежним судовима унедоглед одлажу наплату намирење повериоца. Друга велика мана ручне залог огледа се у томе што се покретна ствар предаје у државину повериоца, па тако дужник није у могућности да предмет залог употребљава измирујући своју обавезу. Због свега наведеног, модерна доктрина фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења потраживања често карактерише као „нови модерни облик обезбеђења потраживања, који има видне предности у односу на постојећа средства реалног обезбеђења потраживања.“¹³ У условима развијене тржишне привреде, осавремењени институт фидуцијарних споразума, односно фидуцијарног преноса својине бива све чешће коришћен у пракси због својих предности у односу на друга средства обезбеђења потраживања. Најважнија предност фидуцијарних спора-

¹¹ Ibidem, 243.

¹² Ibidem, 181.

¹³ Lipari Nicolo, „Il negozio fiduciario“, Milano, Dott. A. Giuffrè editore, 1971, стр. 69.

зума у односу на заложно обезбеђење огледа се у много бржој наплати потраживања, јер, код овог средства нема дугих судских процедура. Фидуцијант, односно дужник из основног посла, у моменту закључења споразума преноси својину на ствари на фидуцијара, односно повериоца. У складу са тим, „у случају када дужник не испуни главну уговорену обавезу по протеклу предвиђеног рока или уговореног услова, ово средство обезбеђења директно и одмах, тј, непосредно, обезбеђује повериоца.“¹⁴ Оно је, дакле, већ у његовој својини, тако да у наведеном случају фидуцијар може да ствар задржи, односно располаже њоме у пуном капацитету као титулар на ствари. Друга предност фидуцијарног преноса својине односи се на могућност да фидуцијант, односно дужник, задржи у државини ствар којом обезбеђује потраживање, без обзира што својинска овлашћења преноси на фидуцијара, односно повериоца. За разлику од залог, где је то немогуће, код фидуцијарних споразума дужник ствар, која представља предмет обезбеђења, може задржати у државини и користити је, између осталог, и за намирење обавезе према повериоцу.¹⁵ Због наведених двеју предности, фидуцијарни пренос својине олакшава како положај повериоца, тако и правни положај дужника из основног правног посла.

Фидуцијарни споразуми не спадају у категорију именованих уговора, јер нису регулисани позитивним правним прописима у Србији. Због тога је веома важно да се утврди правна природа овог средства обезбеђења потраживања. Нема дилеме да се ради о реалном, односно стварном средству. У правној доктрини овај институт се назива и бездржавинском залогом, мобилијарном хипотеком или бездржавинском гаранцијом. Најсличнији је породици уговора о залози, мада код фидуцијарног преноса својине долази до преноса својинских овлашћења на предметној ствари, док код залог дужник предаје ствар повериоцу у државину.¹⁶ Поједини теоретичари сматрају да је „основни посао код фидуције сличан налогу, па фидуцијарни посао треба подвести под уговор о налогу,“¹⁷ али правни циљ, односно кауза фидуцијарних споразума јесте обезбеђење повериоцевог потраживања, тако да је велика већина ипак ближа ставу да се ради о институту блиском залози, јер, „ако фидуцијант падне под стечај, ствар која служи за обезбеђење потраживања улази у његову имовинску масу. У том случају фидуцијарни

¹⁴ Опширније о овоме: Burdese Alberto, „Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus“, Giappichelli, Torino, 1949, стр. 225.

¹⁵ Шире: Пајтић Бојан, „Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања“, магистарска теза, Правни факултет у Новом Саду, 2000, стр. 24 и 25.

¹⁶ Опширније: Велимировић Михаило, „Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине“, Правни живот бр. 11/1998, стр. 532.

¹⁷ Више о овоме: Стојановић Драгољуб, „Увод у грађанско право“, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 152.

власник (поверилац) нема правни положај власника који може да захтева излучење своје ствари из стечајне масе, већ положај заложног повериоца, што значи да може да тражи само да се ствар разлучи од осталих ради намирања свог потраживања.¹⁸

ПРОБЛЕМ ДОПУШТЕНОСТИ ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У СРПСКОМ И УПОРЕДНИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Различити су ставови правне доктрине о допуштености фидуцијарних споразума, односно фидуцијарног преноса својине као средства обезбеђења потраживања. За овај институт је карактеристично разилажење правне форме и економске садржине, што поједине теоретичаре, као што је Гамс, учвршћује у уверењу да су овакви правни послови недопуштени. Он инсистира на томе да се европско континентално право одликује складом између економске садржине и правне форме правних института, те да је и римско право одбацило фидуцију управо због одсуства таквог склада.¹⁹ Наиме, „*differentia specifica* фидуцијарних споразума јесте чињеница да се економска и правна својина код ових правних послова разилазе, односно да је, по правилу, фидуцијант економски, а фидуцијар правни власник ствари. Фидуцијант задржава употребну вредност ствари, али не може њоме да располаже, за разлику од фидуцијара који, практично, само то и може, али уз извесна ограничења везана за извршење обавезе дужника из обезбеђеног правног посла.“²⁰ Инситирање на ставу да фидуцијарни пренос није допуштен, доводи и до проблема у поступку стечаја на имовини фидуцијанта, односно, производи штетне последице по његове повериоце, јер, „ако фидуцијант падне под стечај, ствар која служи за обезбеђење потраживања улази у његову имовинску масу. У том случају фидуцијарни власник (поверилац) нема правни положај власника који може да захтева излучење своје ствари из стечајне масе.“²¹ Због наведених специфичности овог средства обезбеђења, у доктрини наилазимо и на став да се фидуцијарна својина не може сматрати својином, односно самосталним стварним правом, већ искључиво стварним

¹⁸ Види: Ђуровић Љиљана, „Уговор о фидуцијарном преносу својине“, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 825.

¹⁹ Опширније: Гамс Андрија, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, Анали Правног факултета у Београду 1-2/60. стр. 24.

²⁰ Погледај: Пајтић Бојан, „Фидуцијарни споразуми као средство обезбеђења облигационоправних потраживања“, магистарска теза, Правни факултет у Новом Саду, 2000, стр. 69.

²¹ Шире: Ђуровић Љиљана, „Уговор о фидуцијарном преносу својине“, Правни живот бр. 10/1998, стр. 825.

средством обезбеђења. Разлог за овакав став лежи у условној и временској ограничености, које чине да правна судбина овог облика својине зависи од испуњења главног уговора.²² Овакав приступ, међутим, није прихватљив, „пре свега због тога, што по истеку рока за извршење дужникове обавезе, у случају неизвршења исте, фидуцијарна ограничења својине престају. Фидуцијарна својина постаје неограничена, због дужниковог изигравања поверења повериоца. С друге стране, код реалних средстава обезбеђења не долази до прелаза права својине на ствари са дужника на повериоца, већ само до предаје ствари у посед повериоца.“²³ Узевши у обзир наведене разлоге, већина наших цивилиста сматра да је институт фидуцијарних споразума дозвољен, јер се не коси са општом забраном кршења принудних прописа, јавног поретка и добрих обичаја.

Наша судска пракса врло често је третирала фидуцијарне споразуме као ништаве правне послове. Најчешћи разлог за овакав приступ је то што су судови подводили овај институт под забрану уговарања комисорне клаузуле (*lex commissoria*)²⁴ третирајући ове правне послове као подврсту уговора о залози. Комисорна клаузула подразумева да је у уговору о залози уговорено да ће заложена покретна или непокретна ствар прећи у својину повериоца уколико дужник не испуни своју престацију о доспелости. Циљ, односно кауза уговора о залози и хипотеци јесте обезбеђење потраживања, а вршење права из облигационог односа противно законом дефинисаном циљу је забрањено. Одређена одступања од ове забране могућа су „по судској пракси, тек по доспелости, а по правној теорији битно је да су овакве одредбе уговорене после закључења уговора о зајму и залози, без обзира да ли се исто уговара пре доспелости, у тренутку доспелости, или после доспелости потраживања.“²⁵ Јасно је да фидуцијарни споразуми представљају посебно средство обезбеђења потраживања, и да не могу бити третирани као ништави уговори о залози или хипотеци. Фидуцијарна својина се стиче самим склапањем фидуцијарног споразума, а уговарање *lex commissoria* подразумева да заложена ствар аутоматски прелази у својину повериоца уколико његово потраживање не буде благовремено измирено. Други разлог

²² Шире: Ђуровић, стр. 825.

²³ Пајтић, стр. 70 и 71.

²⁴ У пресуди Врховног суда Србије Прев. 347/96 од 16. октобра 1996. Наилазимо на следећи став: „Преиначујући првостепену пресуду и поништавајући у целини уговор о преносу власништва на покретним стварима ради обезбеђења потраживања од 24. октобра 1994. године, суд је био мишљења да се из назива односног уговора као и његове садржине недвосмислено да закључити да је у конкретном случају закључена такозвана *lex commissoria*, тј, да је код склапања уговора који у својој основи представља залогу на покретној ствари (ручна залога), предвиђено да ће заложена ствар прећи у својину повериоца.

²⁵ Горавица Бранислава, „Фидуцијарни пренос права својине“, Правни живот, бр. 10/1997, стр. 72.

због кога су домаћи судови проглашавали ништавим фидуцијарни пренос својине јесте теза да је кауза код оваквог преноса недопуштена.²⁶ На тврдњу да је фидуцијарни пренос својине недопуштен, јер је његова кауза забрањена, (будући да циљ фидуцијарног преноса није коначни пренос својине), теоретичари који заговарају потребу да овај институт нађе своје место у нашем правном систему узвраћају аргументом да каузу виде у њему самом, јер је циљ фидуције пренос својине ради обезбеђења потраживања, уз повраћај својине након испуњења обезбеђеног потраживања.²⁷

Наведене доктринарне и практичне дилеме наводе на закључак да постоји потреба да законодавац правним прописом регулише фидуцијарне споразуме. Фидуцијарни пренос својине, односно фидуцијарни споразуми у нашем правном промету су присутни на основу примене начела слободе уговарања, па учесници у тржишној привреди ово средство обезбеђења потраживања користе због његових предности у односу на друге инструменте обезбеђења. Елементе фидуције у нашим законима можемо уочити само проучавајући члан 445. Закона о облигационим односима који регулише уступање потраживања ради обезбеђења. Према овој одредби, „када је уступање извршено ради обезбеђења пријемниковог потраживања према уступцоу, пријемник је дужан да се стара са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина о наплати уступљеног потраживања и да по извршеној наплати, пошто задржи колико је потребно за намирење сопственог потраживања према уступцоу, овоме преда вишак.“ Упоредни правни системи су на различите начине приступали овом проблему. У Црној Гори је 1996. донет Закон о фидуцијарном преносу права својине, којим је ово средство обезбеђења веома прецизно регулисано и тиме су разрешене дилеме да ли се ради о допуштеном или недопуштеном институту. Најзначајнији грађански законици на различите начине третирају ово питање. Немачки грађански законик посредно омогућава фидуцијарни пренос својине у параграфу 223, док у Аустријском грађанском законнику фидуције нема, али је сусрећемо у правном промету, где се уговара по основу општих правила облигационог права. У француској правној теорији пре измена Грађанског законика из 2007. наилазимо на став да фидуција „може да се неопажено провуче у право као скривена, под окриљем једне од институција, те јој је потребно да се у њу уклопи и прилагоди јој се, чак и тамо где законодавац није желео да се она нађе – код поклона са налогом.“²⁸ У француски правни систем фидуцијарно

²⁶ Овакав став заузео је Врховни суд Србије у решењу бр. Рев. 3708/2002 од 26.12.2002. На сличну позицију наилазимо и у Пресуди Савезног суда Гзс 19/94 од 24. септембра 1994, Збирка судских одлука, књига 19, свеска 1, стр. 98.

²⁷ 8 О овоме: Аранђеловић, „О фидуцијарним правним пословима“, Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1926, стр. 342.

²⁸ Опширније о овоме: Savatier René, “La fiducie en droit Francais”, *Semaine internationale de droit*, Paris, стр. 58.

обезбеђење потраживања улази са изменама Грађанског законика 2007. године, који у параграфу 2011. дефинише овај институт: „Фидуција је процес у коме једно или више лица преноси имовину, права и хартије од вредности, или комбинацију имовине права или хартије од вредности на једног или више фидуцијара.“ У англосаксонском праву „фидуција мора подједнако, да би продрла у правни живот, да се приклони правилима једне, неизмерно веће институције – траста.“²⁹ У Хрватској се фидуцијаран пренос својине јавља, како као класично средство обезбеђења потраживања које се уговара на основу начела аутономије воље облигационог права, тако и као фидуцијарно обезбеђење у форми „претходног и потоњег власништва“ са стварноправним дејством, нормирано Законом о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске.³⁰ Поред тога, Извршни закон Републике Хрватске³¹ говори о „судском и јавнобилежничком осигурању преносом својине“. Стварноправни законик Словеније из 2002.³² у члану 201. регулише фидуцијарни пренос власничког права као бездржавинско, акцесорно средство обезбеђења потраживања, које се уговара под раскидним условом, али и као неакцесорно право, односно, безусловни фидуцијарни пренос својине. С друге стране, нови мађарски Грађански законик из 2013. године изричито је забранио уговарање фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења потраживања.³³

ПРЕДЛОЗИ *DE LEGE FERENDA*

Доношење Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар 2003. године увело је у наше право бездржавинску залогу – институт који је по свом дејству сличан фидуцијарним споразумима. Законом се уређује уговор о залози на покретним стварима које се не предају ради обезбеђења потраживања, већ се заложно право уписује у посебан регистар залогне. Због потребе да се избегну дуге судске процедуре, законодавац је у члану 6. поменутог прецизирао: „Поверилац чије је заложно право уписано у Регистар залогне може се наплатити из вредности предмета заложног права пре осталих поверилаца, ако му његово потраживање не буде исплаћено о доспелости.“ Члан 27. дефинисао је посебне уговорне одредбе о намирењу, па тако, „ако залогодавац има својство привредног субјекта (лице које се

²⁹ Ibidem: стр. 58.

³⁰ „Народне новине Републике Хрватске“, бр. 91/96

³¹ „Народне новине Републике Хрватске“, бр. 57/96

³² „Урадни лист РС“, бр. 87/02 и 91/13

³³ Опширније о овоме: Bíró György, Farkas Attila László, Fuglinszky Adám, Kisfaludi András, Molnár Ambrus, „Polgári jog – Kötelmi jog“, HVG ORAC, Budapest, 2014, стр. 187 и 188.

професионално бави привредном делатношћу) уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској јавној продаји ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Ако предмет заложног права има тржишну или берзанску цену, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе.“ Поједини аутори сматрају да су, са тренутком доношења Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар престали разлози за законско регулисање фидуцијарног преноса својине. Истиче се да овакав пренос, за разлику од регистроване залогe на покретним стварима, доводи фидуцијанта у ситуацију губљења својине на ствари у тренутку обезбеђења потраживања, те да предности које у случају фидуције стиче поверилац, не оправдавају такав дужников губитак.³⁴

Међутим, чини се да најмање два разлога, упркос наведеним аргументима, ипак говоре у прилог потреби да фидуцијарни пренос својине нађе своје место у нашем закону. Први разлог састоји се у чињеници да Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар заузима знатно рестриктивнији став према повериоцу, односно, доводи га у неповољнији положај у односу на његов положај као фидуцијара у фидуцијарном споразуму. Према одредбама члана 28. закона, који регулише посебно правило о намирењу физичких лица, „ако је залогодавац физичко лице које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности, уговором о залози не може се предвидети да ће предмет заложног права прећи у својину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Уговором о залози не може се предвидети и да заложни поверилац може, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, предмет заложног права продати по унапред одређеној цени или га задржати за себе.“ Оваква ограничења у односу на повериоца не постоје код фидуцијарног преноса својине. Он, као фидуцијар, у случају да његово потраживање не буде намирено о доспелости, има сва својинска овлашћења на предмету обезбеђења, као и сваки други титулар.

Други важан разлог који иде у прилог потребе да фидуцијарно обезбеђење потраживања буде нормирано у нашим позитивноправним прописима састоји се у чињеници да се ради о институту који већ постоји у правној пракси, а његова примена, притом, често наилази на неразумевање судова,

³⁴ Сличне су, по овом питању, позиције које заузима Улрих Дробник у „О нацрту Законика о својини и другим стварним правима“ Ка новом стварном праву Србије – Нацрт Законика о својини и другим стварним правима, Министарство правде Републике Србије, Београд, 2007, стр. 171. и Атила Дудаш у „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2014, стр. 221-223.

чиме стране које уговоре овакав начин обезбеђења потраживања, иако савесне, бивају доведене у ситуацију правне несигурности. Уколико би ово средство обезбеђења нашло своје место у новом Грађанском законнику, био би знатно смањен простор за арбитражност применилаца права. То што два института, фидуцијарни пренос својине и бездржавинска залога, имају слична дејства, није довољан аргумент за одбацавање потребе правног регулисања фидуцијарних споразума.

Наведени аргументи наводе нас на закључак да би регулисање фидуцијарних споразума, односно фидуцијарног преноса својине, као института који већ постоји и у нашој пракси и у упоредним правима, довело до убрзањег правног промета, веће правне сигурности поверилаца и погоднијег економског положаја дужника. О компаративним предностима фидуцијарног преноса потраживања говори и упоредна правна доктрина, у којој се, примера ради, као разлог за имплементирање фидуцијарног преноса у француски грађански законик истиче „експлицитно признање самог фидуцијарног односа, где је одсуство такве институције производило штету Француској у економској конкуренцији са другим земљама.“³⁵

Поред фидуцијарног преноса ради обезбеђења потраживања, и фидуцијарни пренос својине ради управљања имовином (*fiducia cum amico contracta*) доживљава поновну афирмацију у нама сродним континенталним правним системима. Румунски грађански законик из 2011. на велика врата враћа овај облик фидуције. Успоставља се правни однос у коме долази до временски ограниченог преноса својинских овлашћења, односно, садашњих и будућих права на старатеља, који може бити осигуравајуће друштво, банка, али и јавни бележник. У односу на трећа лица, старатељи над имовином имају сва овлашћења власника. У случају покретања стечајног поступка против старатеља над имовином, фидуцијарни однос престаје, чиме је законодавац заштитио повериоца у овом односу.³⁶ И мађарски грађански законик, који изричито забрањује фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, регулише фидуцијарни пренос својине ради управљања имовином.³⁷ Аутор овог чланка стоји на становишту да би и овај институт имао благородно дејство на правни промет и даљи развој привредних односа у Србији. Процес израде Грађанског законика Републике Србије представља праву прилику да се оваква иницијатива узме у озбиљно разматрање.

³⁵ Погледај: MJ de Waal, 'In Search of a Model for the Introduction of the Trust into a Civilian Context' (2001) Stellenbosch Law Review 63, 74.

³⁶ Опширније о овоме: Florentin Giurgea, 'Changes to the Romanian Civil Code: fiducia – the Romanian concept of trust, 2011, SSRN 2037041.

³⁷ Опширније о овоме: Bíró György, Farkas Attila László, Fuglinszky Adám, Kisfaludi András, Molnár Ambrus, "Polgári jog – Kötelmi jog", HVG ORAC, Budapest, 2014, стр. 169-182.

Bojan L. Pajtić, Ph. D., Associate Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
B. Pajtic@pf.uns.ac.rs

Problem of Permissibility of Fiduciary Transfer of Property in our Law – Proposals de lege ferenda

Abstract: *Institut or fiducia comes from Roman law, and is most often used for fiduciary transfer of property to manage assets (fiducia cum amico contracta) and the fiduciary transfer of property in order to secure receivables (fiducia cum creditore contracta). Fiduciary transfer of property rights is reaffirmed due to visible advantages over other security claims. The most important advantage of fiduciary agreements compared to a lien security is reflected in a much faster collection of receivables, since, this shortens lengthy court procedures. Fiducijant or borrower from basic contract, at the time of conclusion of the agreement transfers ownership of the property to the trustee or creditor. Unlike the lien, where it is impossible, in case of fiduciary borrower agreement object of security can remain in the possession of creditor, and is used, inter alia, for the recovery of the creditor. Divergence of legal form and economic content is typical for this institute, and some theorists, such as Gams, reinforce the belief that such legal transactions are illegal. National courts very often declare fiduciary transfer of property as forbidden, subsuming it under a ban of lex commissoria. However, the prevailing attitude of Serbian civilistike is that the institution of fiduciary agreements is allowed because it is not contrary to the general prohibition of violation of compulsory regulations, public order and good customs. Fiduciary agreements are not regulated by applicable legal regulations in Serbia. Some authors believe that, after the institute of the mortgage of the movable property entered in register has become the parte of our legal system – reasons for the legal regulation of fiduciary transfer of property no longer exist. The author of this article disagrees with this position and advocates for the incorporation of this institute in Serbian laws, both because the fiduciary transfer of property is suitable for the creditor than the non-possessory lien, and because of the fact that this institution already exist in the legal practice. Parties that secure their claims in this way often encounter a lack of understanding and of the courts, and that is why they are brought into a situation of legal uncertainty. Institute “fiducia cum amico contracta” has also experienced a reaffirmation in some continental legal systems. Author of this article is of the view that this institute would have beneficial effects on legal market and further development of economic relations in Serbia.*

Keywords: *fiduciary transfer of property rights, non-possessory lien, security claims.*

Датум пријема рада: 04.05.2017.