

Др Ајшила Дудаиш, доцент
Универзитет у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду

О ЦЕЛИСХОДНОСТИ ЗАКОНСКОГ УРЕЂЕЊА ФИДУЦИЈАРНОГ ПРЕНОСА СВОЈИНЕ У ПРАВУ СРБИЈЕ*

Сажељак: Позитивно право Србије не уређује фидуцијарне преносе својине. Само је фидуцијарна цесија ради обезбеђења уређена у Закону о облигационим односима. У пракси се закључује углавном једна врста фидуцијарног правног посла, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења пошраживања. Судска пракса је још једна јединствена у смислу да овакве уговоре треба смањити нишавим (у целини, или делимично), углавном због повреде забране *lex commissoria*, мада се могу наћи и одлуке у којима се нишавост фидуцијарног правног посла образлаже недоушћеношћу каузе уговора. Чак и у оним рејким одлукама у којима се споразум сјрана о фидуцијарном преносу својине не пролашава нишавим, не признаје се фидуцијарна својина, те се његово право дејство, заправо, изједначава са правним дејством залог. У доктрини је дејствено расјрављано пошравање доушћености фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења пошраживања. Већина, под ушћајем сјава Драгољуба Аранђеловића, смајра да овај уговор треба смањити не само доушћеним (јер се не пројиви некој законској забрани, ниш јавном порејку), већ и пошребним (јер омоћућава већу сјейен зашћити интереса повероца од залог). Сујрошан сјав је заузео Андрија Гамс, који је исјицао да се евројско-коншненијално право одликује складом измећу економске садржине и правне форме правних иншћушћа, чему фидуцијарни правни послови по својој природи пројиврече, те их не би шребало доушћити у савременом праву.

У овом раду се заузима сјав да је поштиван сјав домаће доктрине према фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења насјао углавном у

* Чланак је настао као резултат рада на научноистраживачком пројекту Правног факултета Универзитета у Новом Саду под називом *Теоријски и практични проблеми сјварања и примене права (ЕУ и Србија)*.

периоду у којем није постојао адекватни правни механизам за залагање покрећних ствари, уз задржавање ствари у државини дужника. Аутор сматра да усвајањем Закона о заложном праву на покрећним стварима уписаним у регистар 2003. године престаје да, иначе врло оправдана, потреба да се фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења уреди у нашем праву, односно да се призна од стране судова. Међутим, други облик овој правној посланици, фидуцијарни пренос својине ради управљања туђом имовином било би целисходно уредити у нашем праву, у виду општејавне правној институције. У овом смислу, савремени концепти права из англосаксонског права сматра примереним начелним моделом. Тражи се у овој мери показао у савременом англосаксонском праву да се у неким развојним пројекцијима у европском грађанском праву, уједињеним суштинским појмовним разликама између ове две правне културе, нуде модел-правила помоћу којих би се он могао инкорпорирати у европско-континентално право, да иако и у наше.

Кључне речи: фидуција, *fiducia*, право, *trust*, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, фидуцијарни пренос својине ради управљања туђом имовином

1. Уводне напомене

Циљ овог рада је приказ појма, еволуције и врсте траста англосаксонског права, с посебним освртом на сличне институције у европско-континенталном праву, на различите облике фидуцијарног преноса својине, као и на новије европске нормативне пројекте који садрже правила о трасту. Имајући у виду да је у овом раду акценат на целисходности правног уређења фидуцијарног управљања туђом имовином, а мање на фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања, аутор свесно одступа од уобичајене структуре радова о овим правним пословима у нашој литератури, те прво излаже правила о трасту англосаксонског права, а тек након тога прелази на приказ и анализу сличних, фидуцијарних правних послова у европском праву. На крају рада извршиће се анализа ставова о допуштености фидуцијарних правних послова у праву Србије. У закључку рада биће изнет ауторов став о допуштености фидуцијарних правних послова, као и његов предлог о томе који облик фидуцијарног преноса својине сматра пожељним да буде уређен у нашем праву.

Установа траста (*trust*) сматра се једним од најкарактеристичнијих правних института англосаксонског имовинског права. Заснива се на идеји преношења права својине на одређеном имовинском добру, или имовинској целини, на неко друго лице ради управљања тим добром или имовинском целином у корист трећег лица. Према томе, представља стицање пра-

ва својине које је ограничено обавезом стицаоца да имовином управља на одређени начин или у корист одређеног лица.

Траст (*trust*) се традиционално истиче као правни институт који је стран европско-континенталној правној традицији. Као аргумент наводи се да је он заснован на концепту подељене својине, у смислу да на истој ствари може да постоји више власника са својинским правима различитог квалитета. Овакав концепт подељене својине супротан је европско-континенталном схватању које, у складу са традицијом римског права, на својину гледа као на најсвеобухватније право које може да има један субјекат права. Својина се сматра недељивом, те истовремено више лица не могу да имају својину на истој ствари, док се остала стварна права, која могу да постоје истовремено на ствари, сматрају само дериватима права својине.¹

Концепт подељене својине у англосаксонском праву погрешно асоцира на сусвојину у европско-континенталном праву. Упркос томе што се у оба случаја ради о ситуацији да више лица врше својинска овлашћења, њихов правни положај је различит. Док сусвојина у европско-континенталном праву подразумева да више лица заједно врше право својине, тј. сваком сувласнику припада целина својинских овлашћења, али у одговарајућој сразмери, подељена својина англосаксонског права значи поделу својинских овлашћења између више титулара према њиховој садржини, а не према обиму. Ово различито поимање права својине највише долази до изражаја управо у случају траста.²

2. Појам, настанак и развој траста у англосаксонском праву

Трастом једно лице, оснивач траста или поверавач (*settlor*) преноси на друго лице, повереника (*trustee*) својину, при чему трасти не ужива користи од предмета траста (*trust property*), већ има обавезу да њиме управља у интересу корисника траста (*beneficiary*), који је по правилу треће лице, али може да буде и сам оснивач.³

У домаћој литератури се уобичајено прихвата дефиниција траста према Андрији Гамсу, према којој је траст „пренос својине са једног лица на друго с тим да је стицалац не ужива, него само управља њоме и то у ко-

¹ Вид. Срђан Владетић, „Основи траста англосаксонског права“, *Зборник Правној факултета у Нишу* LVIII/2011, 113-126, 114.

² *Ibid.*

³ Вид. Arthur Underhill, *A Practical and Concise Manual of the Law Relating to Private Trust and Trustees*, Butterworths, London 1901, 1; Joseph Arnold Nathan, Oshley Ray Marshall, *The Law of Trusts*, Stevens, London 1975, 1-2. Нав. према С. Владетић (2011), 115, фн. 4.

Термини поверавач и повереник преузети су из Нацрта законика о својини и другим стварним правима Републике Србије.

рист једног трећег лица“.⁴ Корисник траста је по правилу треће лице, али то може да буде и сам оснивач.⁵

Траст води порекло од института *use* из средњовековног енглеског права, којим је једно лице преносило право својине другом (*feoffee*), ради држања и коришћења ствари у корист неког трећег лица, бенефицијара (*cestui que use*).⁶ Пошто је феофи сматран правним власником пренете имовине, његова обавеза према бенефицијару није уживала непосредну правну заштиту, те бенефицијар није имао правна средства којима је могао да санкционише поступање са имовином противно циљу ради којег је право својине пренето на феофија. Испуњење обавезе заснивало се на савести феофија. Да би заштитио интересе бенефицијара, краљев канцелар је средином XV века почео да пружа правну заштиту бенефицијару према праву правичности (*equity law*).⁷ Овај, сада већ и правно заштићени, интерес бенефицијара, називао се економском својином (*equitable ownership*), насупрот својини заснованој на правилима *common law*-а (*legal ownership*), коју је имао феофи. *Use* се почео шире примењивати средином XIII века, доласком фрањевачких монаха у Енглеску којима је због завета сиромаштва било забрањено да поседују имовину.⁸ Прави замах добио је, међутим, када је у њему идентификована могућност изигравања феудалних ограничења у коришћењу земље⁹ и изигравања пореских обавеза.¹⁰ Да би се спречиле овакве злоупотребе, пре свега изигравање обавезе плаћања пореза, под владавином Хенрија VII донет је закон (*Statute of Use*) којим је признато право својине бенефицијару на предмету *use*-а и према *common law*-у.¹¹ Тиме је установа *use*-а, заправо, изгубила фидуцијарни карактер.¹² Врло

⁴ Андрија Гамс, „Траст у англоамеричком праву“, *Анали Правној факултету у Београду*, 3/1957, 299-312, 301.

⁵ Типичан случај траста, у којем је његов оснивач уједно и корисник, представља пензијски фонд основан у облику траста. У овом случају оснивач/поверавач предаје извесну имовину трастију, који управља њоме у корист оснивача. Вид. С. Владетић (2011), 115, фн. 4.

⁶ Вид. Phillip H. Petit, *Equity in the Law of Trusts*, Oxford University Press, London, 1970, 8; William F. Fratcher, *Property and Trust*, International Encyclopaedia of Comparative Law, J. C. V. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1974, 9. Нав. према С. Владетић (2011), 116, фн. 8.

⁷ Вид. С. Владетић (2011), 117.

⁸ Они који су желели материјално да помажу монасима, имовину су путем *use*-а преносили трећим лицима, али с обавезом да је употребљавају у њихову корист. Вид. Frederic W. Maitland, *Equity*, Cambridge University Press, Cambridge 1909, 24-25. Нав. према С. Владетић (2011), 116, фн. 10.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Вид. Jill E. Martin, *Modern Equity*, Sweet and Maxwell, London 1993, 10. Нав. према С. Владетић (2011), 118, фн. 16.

¹¹ Вид. А. Гамс (1957), 302.

¹² Вид. С. Владетић (2011), 118.

брзо је, међутим, настала пракса изигравања закона заснивањем *use-a* на *use-y*. Овај нови институт је у судској пракси добио назив траст (*trust*).¹³

3. Врсте траста

Траст је институт који се у пракси појављује у најразличитијим облицима, који се међусобно могу разликовати према многим својствима. У литератури се истиче да постоји чак 26 врста траста.¹⁴

Основна подела је на приватне (*private trusts*) и добротворне трустове (*charitable trusts*).¹⁵ Приватни трастови углавном немају свој непосредни пандан у европско-континенталном праву, док се са функцијама добротворних трастова могу изједначити функције које остварују недобитне задужбине у европско-континенталном праву.¹⁶

Према начину настанка, трастови се деле у четири групе: *express trust*, *constructive trust*, *resulting trust* и *statutory trust*. *Express trust* настаје изричитом изјавом воље оснивача траста, док *constructive trust* квалификацијом односа између одређених лица као траста од стране суда, како би се спречило неосновано обogaћење једног на штету другог. И *resulting trust* настаје судском интерпретацијом чињеница у вези са односом између два лица, али за разлику од *constructive trust-a*, његов циљ није да спречи неосновано обogaћење, већ да одржи споразум страна у дејству. Тако, ако споразум страна који не испуњава услове пуноважности једне врсте траста, суд ће тумачити као намеру за заснивањем неке друге, чији су услови настанка испуњени, с циљем да се оствари намера страна да оснују траст. Најзад, у неким случајевима суд на основу законског овлашћења може неким лицима да наметне одговарајући облик траста (тако, на пример, душевно оболелим лицима према прописима о здравственој заштити). Ово је случај законског траста (*statutory trust*).¹⁷

Према својој намени, трастови се деле у породичне, односно некомерцијалне, и комерцијалне. Породични трастови се оснивају ради заштите интереса чланова породице трастија, њиховог збрињавања или заштите породичне имовине од стечаја који може да наступи због дугова чланова породице.¹⁸ Комерцијални трастови су веома разноврсни и разликују се по бројним својствима. Заједничка особина им је да се у претежном делу

¹³ Вид. J. Martin, 11. Нав. према С. Владетић (2011), 118, фн. 18.

¹⁴ Вид. W. Fratcher, 3-5. Нав. према С. Владетић (2011), 124, фн. 57.

¹⁵ Вид. Henry Hansmann, Ugo Mattei, „The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, *New York University Law Review*2/1998, 434-479, 437.

¹⁶ Вид. H. Hansmann, U. Mattei, 437; Piero Verrucoli, „Non-profit Organizations”, *Studi di Diritto Comparato*1/1985, 77-91.

¹⁷ Вид. С. Владетић (2011), 121-122.

¹⁸ *Ibid.*, 122.

оснивају ради остварења добити, а циљ збрињавања самог оснивача траста или њему блиских лица није превасходни. Најзначајније врсте комерцијалног траста су пензијски фонд основан у облику траста; затим тзв. *unit trust*, који служи улагању у хартије од вредности на тржишту капитала; пословни траст, који служи као алтернатива оснивању привредног друштва; траст ради гласања, којим се омогућава ефикасније остваривање управљачких права акционара неког акционарског друштва на скупштини акционара; траст за пројектно финансирање; управљање банковним рачунима клијената преко траста, итд.¹⁹

Постоје још и тајни траст (*secret trust*), код којег се идентитет корисника мора држати у тајности; траст за улагање новца у непокретности (*real estate trust*); траст ради обезбеђења (*trust mortgage, trust deeds*); траст ради ликвидације или реорганизације неког привредног друштва (*liquidating или reorganizing trust*), итд.²⁰

4. Правни положај трастија и бенефицијара

У погледу анализе правног положаја трастија и бенефицијара неће се дати целокупан приказ свих њихових права и обавеза, већ само оних најважнијих.

Трасти је дужан да предметом траста управља ради постизања циља ради којег је траст основан.²¹ При томе треба да показује пажњу коју показује у својим стварима и да се једнако односи према имовини свих бенефицијара, уколико управља са више трастова.²² Трасти је дужан да имовину бенефицијара држи одвојено од своје имовине, као и од имовине осталих бенефицијара.²³ Ову одвојеност имовина, упркос томе да је формално трасти власник обе имовине, додатно појачава правило према којем се повериоци трастија не могу намирити из предмета траста.²⁴ Траст делује и према трећим лицима на која је трасти пренео предмет траста, под условом несавесности стицаоца. Несавесним се сматра стицалац који је знао да прибавља имовину под трастом (*actual notice of trust*), као и стицалац који није имао стварно сазнање о постојању траста, али је за ову чињеницу морао да зна, јер је као пажљив стицалац имао обавезу да испита да ли је имовина под режимом траста (*constructive notice of trust*).²⁵

¹⁹ *Ibid.*, 122-123.

²⁰ Вид. А. Гамс (1957), 308-309.

²¹ Вид. С. Владетић (2011), 118.

²² Вид. Р.Н. Petit (1970), 307. Нав. према С. Владетић (2011), 116, фн. 19.

²³ Вид. С. Владетић (2011), 118.

²⁴ Вид. Ugo Mattei, „Should Europe codify trust?“, *Themes in Comparative Law*, Oxford, 2002, 239.

²⁵ Вид. С. Владетић (2011), 119-120.

У овим особинама траста се огледа његова правна природа и ограниченост формалног права својине трастија. Траст има двоструку правну природу: *in personam* и *in rem* природу. Захтеви које бенефицијар има према трастију, као што су захтев за повраћај предмета траста и испуњење обавеза које трасти има према њему, установљене од стране оснивача траста, су облигационоправне природе. Међутим, обавеза одвојеног управљања имовином, немогућност да повериоци трастија намире своја потраживања из предмета траста и правно дејство према трећим лицима, несавесним стицаоцима предмета својине на предмету траста (при чему се питање њихове савесности цени по врло строгим мерилима), указују на његову стварноправну природу.²⁶

5. Фидуцијарни правни послови у савременом европско-континенталном праву

Траст у оном смислу, у којем постоји у англосаксонском праву, непознат је у европско-континенталном праву, пре свега због различитог поимања својине у овим два правних културама. Док се англосаксонско право заснива на подељеној својини, у смислу да на истој ствари може постојати више, по квалитету различитих облика својине, у континенталном праву је својина стварно право које у себи садржи најширу власт на ствари, уз које друго својинско право са сличним обимом овлашћења не може да постоји.

Европска правна култура, међутим, познаје институт фидуције, која је постојала у римском праву све до посткласичног периода. Она је представљала пренос права својине на одређеној ствари ради постизања најразличитијих циљева (обезбеђење потраживања, чување, коришћење или управљање туђим стварима, постизање одређених породичноправних или наследноправних дејстава, ради ослобађања робова, код *noxae deditio*, омогућавања заступања и у случајевима када оно није било могуће, итд.).²⁷ Од различитих облика фидуције највећи значај су имали фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања (*fiducia cum creditore contracta*) и пријатељска фидуција, тј. фидуцијарни пренос својине ради управљања имовином (*fiducia cum amico contracta*). Фидуција свој пуни домашај доживљава у неразвијеној фази развоја римског права (при чему у пракси остаје у примени до краја класичног периода), у којој право није било способно да на ваљан начин уреди разилажење формалног права својине од економског искоришћавања његовог објекта. Развијено рим-

²⁶ *Ibid.*, 121.

²⁷ Вид. Срђан Владетић, *Фидуција у римском праву и савремени фидуцијарни послови*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2010, 239.

ско право је овај несклад отклонило тако што је постепено напустило фидуцију и створило нове правне форме, које су одговарале различитим економским интересима које су до тада оствариване фидуцијом.²⁸ Тако је настала залога, која је потиснула *fiducia cum creditore contracta*, односно остава, послуга и налог, који су потиснули *fiducia cum amico contracta*.²⁹ У Јустинијановој кодификацији се фидуција више ни не спомиње као правни институт.³⁰

Имајући у виду да је рецепција римског права у Европи вршена постепено и углавном на основу Јустинијанове кодификације, фидуција је заобилазила пажњу правне науке све до XIX века. Она је поново откривена тек у XIX веку када се правна наука у рецепцији римског права окренула и другим изворима римског права, између осталог, Гајевим Институцијама, у којем је овај институт детаљно описан.³¹ Фидуција је најпре продрла у судску праксу у Немачкој и Швајцарској и служила је углавном истим функцијама као у римском праву: управљању туђом имовином (*Treuhand*) или обезбеђењу потраживања преносом права својине (*Sicherungsübereignung*).³² У аустријском праву фидуцијарни правни послови такође нису уређени, док судска пракса и правна наука имају подељен став о њиховој допуштености и правном дејству.³³ У Чешкој се фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања толерише аналогно институту фидуцијарне цесије, док у Бугарској и Мађарској се не толерише ни у овом облику.³⁴ Фидуцијарни пренос својине није законски уређен ни у Пољској, али га допушта Врховни суд.³⁵

Због разилажења правне форме и економске садржине код фидуцијарног преноса својине, врло је мали број европских држава које га изричито уређују јер се европско приватно право одликује настојањем да се сачува (или успостави нарушени) склад између правне форме и економске садр-

²⁸ Вид. Андрија Гамс, „Нешто о фидуцијарним правним пословима“, *Анали Правног факултета у Београду* 2/1960, 22-37, 33

²⁹ Вид. А. Гамс (1960), 26.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Вид. С. Владетић (2010), 243.

³² *Ibid.*

Детаљније о фидуцијарном преносу потраживања ради обезбеђења у немачком праву вид. Драгољуб Стојановић, „Преношење својине у циљу обезбеђења кредита (*Sicherungsübereignung*)“, *Правни животи* 5-6/1993, 619-638.

³³ Вид. Драгољуб Аранђеловић, „О фидуцијарним правним пословима“, *Архив за правне и друшћивене науке*, 1926, 337-358, 342-345; А. Гамс (1960), 29.

³⁴ Вид. Christa Jessel-Holst, „Reform des Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa“, *Das Budapester Symposium – Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Edition Temmen, Bremen 2003, 66-81, 74.

³⁵ *Ibid.*

жине одређеног правног института.³⁶ Прва земља која је у Европи законски уредила савремени облик фидуцијарног посла била је Лихтенштајн, усвајањем Закона о личним привредним друштвима (*Gesetz über Personen – Gesellschaftrecht*) 1926. године.³⁷ До недавно ниједан од класичних европских грађанских законика (немачки, француски, италијански и швајцарски) није уређивао фидуцију.³⁸ Француска је, после скоро тродеценијских напора и неколико неуспелих законодавних пројеката, коначно законски уредила фидуцију 2007. године, изменама Грађанског законика.³⁹ У групу земаља у којима је уређен фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења спадају Црна Гора, у којој је 1996. године донет Закон о фидуцијарном преносу својине⁴⁰ (чије су одредбе касније инкорпорисане у Закон о својинско-правним односима из 2009. године⁴¹) и Хрватска, у којој овај институт уређује Закон о власништву и другим стварним правима из 1996. године, а делом и Овршни закон, такође из 1996. године.⁴² У Македонији је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења уређен у Закону о извршном поступку (чл. 252а-252ђ), при чему су нормативна решења углавном преузета из хрватског права.⁴³ У ову групу држава спада и Грчка која је 2000. године Законом бр. 2844 уредила фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења.⁴⁴ Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења уређен је и у словеначком праву, у Стварноправном законнику из 2002. године.⁴⁵ Међу-

³⁶ Вид. С. Владетић (2010), 160.

³⁷ *Ibid.*, 181.

³⁸ Вид. Ugo Mattei, *The European Codification Process: Cut and Paste*, Kluwer Law International, the Hague 2003, 162.

³⁹ *Ibid.*, 184. Вид. чл. 2011-2031 Француског грађанског законика (<http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20080121>, 28. март 2014. године).

До наведене реформе Француски грађански законик је само посредно регулисао фидуцијарне споразуме у једној одредби, у чл. 1321, која прописује да фидуцијарни споразуми (слободан превод израза *contre-lettre*) обавезују само уговорне стране и немају никакво дејство према трећим лицима. Вид. А. Гамс (1960), 29.

⁴⁰ Детаљније о Закону о фидуцијарном преносу својине Црне Горе и Уредби о упису уговора о фидуцијарном преносу права својине донетој на основу закона вид. Зоран Рашовић, *Фидуцијарни правни појмови и фидуцијарна својина*, Културно-просвјетна заједница, Подгорица 1996; Михаило Велимировић, „Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине“, *Правни живои* 11/1998, 527-537. За период после инкорпорације ових правила у Закон о својинско-правним односима из 2009. године вид. Мирослав Лазић, Нина Платнојевић, „Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе“, *Правни живои* 10/2011, 511-528; Тамара Ђурђић, „Фидуцијарни пренос права својине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2011, 473-494, 482-491.

⁴¹ Вид. Т. Ђурђић (2011), 476.

⁴² Вид. С. Владетић (2010), 195.

⁴³ Вид. Мирослав Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Пунта, Ниш 2009, 99.

⁴⁴ Вид. С. Jessel-Holst (2003), 74.

⁴⁵ *Ibid.*

тим, Законик га детаљно не уређује, већ прописује сходну примену одредаба о регистрованој залози.⁴⁶

Упркос ретким примерима нормативног уређења фидуције, односно неке друге врсте правног посла која остварује сличне функције као траст, интересовање за трастом постаје све израженије и у европској цивилистици. Сматра се да ће у поступку израде једног европског грађанског законика, установа траста бити једно од централних питања, јер је готово једини институт у вези са којим земље англосаксонског права могу да дају оригинални допринос у хармонизацији европског имовинског права.⁴⁷ Уколико се жели створити европски грађански законик који би представљао компромис између англосаксонског и европско-континенталног права, траст је најбољи кандидат да буде предмет уређивања, јер би представљао најочигледнији компромис између ове две правне културе.⁴⁸

Интересовање за траст у контексту европског права порасло је након усвајања Хашке конвенције о меродавном праву за траст и његовом признавању 1985. године.⁴⁹ У протеклих двадесетак година неколико нормативних развојних пројеката било је посвећено институту траста у европском правном окружењу. Први такав пројекат представља објављивање Начела европског права о трасту 1999. године.⁵⁰ Овај пројекат је следио рад Међународне радне групе за европско право траста⁵¹, која је своје резултате објавила у делу Ка директиви Европске уније о заштићеним фондовима 2009. године.⁵² Ипак о правом продору траста у европску правну науку најверљивије говори чињеница да Нацрт заједничких оквирних правила (*Draft Common Frame of Reference*) из 2009. године садржи посебно поглавље посвећено трасту (Књига десета), с врло детаљном регулативом.⁵³

⁴⁶ Вид. Мелиха Повлавић, „Стварноправна средства осигурања на покретним стварима у земљама наследицама бивше СФРЈ“, *Das Budapester Symposium – Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Edition Temmen, Bremen 2003, 220-245, 235.

⁴⁷ Вид. С. Jessel-Holst (2003), 74.

⁴⁸ Вид. U. Mattei (2003), 162.

⁴⁹ Вид. *Hague Convention on the Law Applicable to Trust and on their Recognition*, усвојена 1985. године. Конвенција је ступила на снагу 1992. године, а ратификовало је тек десетак држава. Међутим, само усвајање конвенције и њена ратификација у неким државама европско-континенталног права указују на значај овог института и ван англосаксонског правног подручја. Вид. Hague Conference on Private International Law (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59, 24. мај 2014.).

⁵⁰ Вид. David J. Hayton *et al. Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

⁵¹ International Working Group on European Trust Law.

⁵² Вид. *Towards An EU Directive on Protected Funds*, уред. S. Kortmann *et al.*, Kluwer Law International, W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

⁵³ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR) - Outline Edition*, уред. Christian von Bar *et al.*, Sellier - European Law Publishers, München, 2009.

6. Да ли је фидуцијарни пренос својине допуштен у српском праву?

Фидуцијарне правне послови није уређивао ни Српски грађански законик, нити Општи имовински законик Црне Горе. Једини пропис који је посредно уредио ове правне послове, био је Стечајни закон из 1929. године, који је прописао да различну тужбу имају и они повериоци на које је стечајни дужник пренео извесне предмете своје имовине.⁵⁴ Према томе, Закон је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења сматрао залогом, тј. дао предност економској садржини правног посла над његовом правном формом.⁵⁵

У нашем позитивном праву фидуцијарни правни послови у ужем смислу, тј. фидуција ради управљања туђом имовином и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, нису изричито уређени. Изричито је уређено само уступање потраживања ради обезбеђења.⁵⁶

Упркос непостојању изричите правне регулативе, у пракси се, као врста неименованог уговора, фидуцијарни послови закључују пре свега у облику фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења. Практична потреба за овим видом неименованог уговора реално је постојала пре 2003. године, када у нашем праву још није била уређена регистрована, бездржавинска залога на покретним стварима. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења, који се закључивао у пракси, требало је да попуни ову празнину у асортиману стварних средстава обезбеђења. Међутим, као што то обично бива када један правни институт није уређен позитивним правом, судска пракса не заузима потпуно јединствен став у вези са његовом допуштеношћу и правним дејством. Ипак, може се констатовати да је тај став негативан. Наиме, судови углавном не сматрају пуноважним фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења, а и у оним одлукама у којима се изричито не заузима негативан став према њему, само се фидуцијарни споразум сматра пуноважним, док се не признаје фидуцијарна, ограничена својина, која се таквим правним послом ствара, већ се правни положај фидуцијара изједначава са правним положајем заложног повериоца, јер му се у случају стечаја фидуцијанта не признаје излучно, већ само различно право.⁵⁷ Одлуке у

⁵⁴ Вид. А. Гамс (1960), 30.

⁵⁵ Вид. С. Владетић (2010), 202.

⁵⁶ Вид. чл. 445 Закона о облигационим односима – ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља. Детаљније о фидуцијарном преносу потраживања ради обезбеђења у нашем праву вид. Јожеф Салма, „Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања“, *Правни живот* 10/1998, 383-395, 388-389.

⁵⁷ Вид. пресуду Вишег привредног суда у Београду, бр. Пж. 263/96 од 29. јануара 1997. године, *Судска пракса привредних суда*, бр. 1/1997 (нав. према Ј. Салма (1998), 392.); пресуде Вишег привредног суда у Београду бр. Пж. 199/97 и Пж. 6539/95. (нав. Пре-

којима се споразуми о фидуцијарном преносу потраживања проглашавају ништавим, у целини⁵⁸ или делимично⁵⁹, заснивају се на ставу да се њима повређује забрана уговарања комисорне клаузуле у вези са уговором о залози према чл. 973. ст. 1. ЗОО.⁶⁰ О пуноважности фидуцијарног преноса својине изјаснио се и Врховни суд Србије. Заузео је став да је такав уговор ништав због недопуштености каузе.⁶¹

Домаћа доктрина је подељена у погледу допуштености фидуцијарног преноса својине. С једне стране, постоји став да су фидуцијарни правни послови не само допуштени, већ чак и пожељни. Зачетник овог става је Драгољуб Аранђеловић, који је истицао да су фидуцијарни правни послови допуштени, јер нису изричито забрањени, нити су противни јавном поретку или моралу. Они нису ни без каузе, што је био један од главних аргумената оних који су били против ових правних послова у аустријској доктрини⁶², а представљају велику погодност за повериоце, јер у односу на (тада) постојећа стварна средства обезбеђења (хипотеку и ручну залогу) пружају му већу сигурност, сматра Аранђеловић.⁶³ И у новијој литератури се могу наћи ставови да би фидуцијарне правне послове (односно фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења) требало сматрати допуштеним у нашем праву, јер нису противни општим ограничењима слободе уговарања. Тачније, овај став се може сматрати већинским, ако не и доминантним у доктрини.⁶⁴

ма Бојан Пајтић, „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права са правом Европске уније – фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012, 291-303, 295. фн. 11.).

⁵⁸ Вид. пресуду Вишег привредног суда у Београду, Пж. 652/97 од 29. октобра 1997. године. Билтен судске праксе, бр. 1/97, 108. Нав. према Б. Пајтић (2012), 295-296.

⁵⁹ Вид. пресуду Вишег привредног суда у Београду Пж., 5867/97. (нав. према С. Владетић (2010), 203, фн. 802); пресуду Савезног суда бр. ГЗС 19/94 и пресуду Врховног суда Србије бр. 347/96 (нав. према. Вранислава Горавица, „Фидуцијарни пренос права својине“, *Правни живоић* 10/1997, 63-77, 65-66.).

⁶⁰ Вид. Бранко Бокшан, „Фидуцијарни правни послови и залога“, *Билтен судске праксе Вишег привредног суда* 3/96. Нав. према В. Горавица (1997), 68.

⁶¹ Вид. решење Врховног суда Србија бр. Рев. 3708/2002 од 26. децембра 2002. године. Нав. према Атила Дудаш, *Кауза облигационих уговора*, докторска дисертација, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2012, 118, фн. 649.

⁶² Вид. Д. Аранђеловић (1926), 347.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Вид. на пример С. Жежеф (1998), 387; Љиљана Ђуровић, „Уговор о фидуцијарном преносу својине“, *Правни живоић* 10/1998, 811-826, 822; В. Горавица (1997), 64; М. Лазић (2009), 101; С. Владетић (2010), 206; М. Лазић, Н. Платојевић (2011), 524; Милица Вуковић, „Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења у савременом праву“, *Зборник Правног факултета у Нишу* LXII/2012, 537-550, 549; Б. Пајтић (2012), 302.

У прилог допуштености фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења потраживања стручна и научна јавност изјашњавала се на бројним саветовањима: тако, на

С друге стране, Андрија Гамс био је против допуштености фидуцијарних правних послова. Сматрао је да је склад између економске садржине неког субјективног права и његове правне форме једна од најважнијих одлика развијеног европско-континенталног права. Фидуцијарни правни послови нарушавају тај склад, те их у савременом праву треба напустити, односно не сме се дозволити њихово поновно увођење у правни поредак, из истих разлога због којих их је и развијено римско право напустило.⁶⁵ Фидуцијарни правни послови, стога, нису у складу са начелима нашег имовинског права, јер се код њих разилази правни основ са каузом.⁶⁶

7. Закључна разматрања

- *Да ли је фидуцијарни пренос права својине иошребан српском праву?* -

Задатак правне науке је да предлаже реформу постојећих правних института или увођење нових којима се стварни друштвени проблеми уз ниже трошкове или ефикасније решавају, односно потенцијални проблеми предупређују. Наука има ту привилегију да предложи увођење једног новог правног института у правни поредак, при чему праву одговорност сноси политика, док је задатак науке само да понуди „технички прихватљиве компоненте за реализацију тог иначе политичког подухвата“⁶⁷. Ипак, правна наука треба да понуди такво ново правно решење које ће бити у складу са функционисањем правног поретка и начелима на којима се заснива.

Овај деликатан задатак правне науке посебно долази до изражаја у вези са фидуцијарним пословима. Имајући у виду да се српско право заснива на римском правном наслеђу, увођење фидуцијарних правних послова у наш правни поредак би се могло сматрати донекле смелим подухватом, с обзиром на то да их је и само римско право на крају ипак напустило.

Да ли нам је стога потребна врста правног посла која подразумева озакоњење свесног несклада између правне форме и њене економске садржине, и то за потребе једног акцесорног правног циља, обезбеђења потраживања? Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања има економску (а и правну) оправданост у амбијенту у којем не постоји бездржавинска, регистрована залога на покретним стварима.⁶⁸ Аутор се слаже

пример на саветовању одржаном 1993. године у организацији Удружења правника Србије, на једном саветовању о инструментима обезбеђења потраживања одржаном 1995. године у Аранђеловцу, као и на саветовању Копаоничке школе природног права, такође 1995. године. Вид. Б. Горавица (1997), 64. и 68.

⁶⁵ Вид. А. Гамс (1960), 34.

⁶⁶ *Ibid.*, 36.

⁶⁷ U. Mattei (2003), 161.

⁶⁸ На потребу увођења једног таквог облика стварног средства обезбеђења указивао је и Михаило Константиновић, предлагавши могућност установљавања бездржавинске залог

са ставом изнетим од стране Улриха Дробника да увођењем регистроване залогe на покретним стварима у наше право, тј. усвајањем Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар 2003. године⁶⁹, престаје практична потреба за фидуцијарним преносом својине ради обезбеђења потраживања⁷⁰, те се чини непотребним да се посебно уреди и регистарска залогa на покретним стварима и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, како то предлаже Нацрт Законика о својини и другим стварним правима.⁷¹ По ставу аутора, фидуцијарни пренос својине не доноси нарочито велику предност за повериоца, фидуцијара, у одно-

на стоци, по узору на нормативно решење швајцарског права. Вид. Михаило Константиновић, Хипотека на стоци, *Анали Правног факултета у Београду* 3-4/1982, 365-383. (рад изложен на IV Конгресу правника одржаном у Скопљу, 1931. године).

⁶⁹ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 - испр. и 99/2011 - др. закон).

⁷⁰ Вид. Ulrich Drobnik – Chista Jessel Holst, „О Нацрту Законика о својини и другим стварним правима“ *Ка новом стварном праву Србије - Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, уред. Владимир Водинелић, Министарство правде Републике Србије, Београд 2007, 171.

Редактори Нацрта предлог да се паралелно уреди како бездржавинска регистрована залогa, тако и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења, образлажу тиме да су оба стварна средства обезбеђења нова у нашем правном поретку (регистарска залогa је уређена тек 2003. године, док фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења још није уређен у нашем праву, али се у пракси закључује – напомена аутора), да оба служе углавном истом циљу, али да између њих ипак постоје бројне разлике те их оба треба уредити и допустити пракси да слободно одлучи које ће да прихвати. Вид. Владимир Водинелић, „Основно о Нацрту стварноправног законика Србије 2006“, *Ка новом стварном праву Србије - нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, уред. Владимир Водинелић, Министарство правде Републике Србије, Београд 2007, 13-16, 16. Овај став прихвата и Тамара Ђурђић, која предлаже да се поред бездржавинске залогe као алтернатива уреди и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења. Вид. Т. Ђурђић (2012), 493.

⁷¹ Нацрт Законика о својини и другим стварним правима (према редакцији текста из 2012. године) детаљно уређује фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања (чл. 633-654.). Изричито не уређује и друге облике фидуцијарног преноса својине, пре свега фидуцијарни пренос својине ради управљања туђом имовином, али их сматра могућим, јер предвиђа сходну примену одредаба о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења и на друге облике фидуцијарног преноса својине (чл. 654.). Нацрт фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања ипак придаје секундарни значај у односу на друга слична стварна средства обезбеђења, јер предвиђа одредбу према којој се у случају сумње да ли се у конкретном случају ради о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења или о неком другом средству обезбеђења, сматраће се да је настала залогa или задржана (и очекивана) својина, тј. задржавање права својине до намирања потраживања (чл. 653.). Иначе, Нацрт користи врло коректне термине у контексту фидуцијарног преноса својине који су у духу српског језика (поверавач, повереник, поверена ствар, поверена обезбеђујућа својина, итд.). Ово заслужује сваку похвалу, имајући у виду да ни досадашња доктрина није успела да понуди боље термине на српском језику од туђице „фидуција“ и именица и придева изведених из ње.

су на регистровану, бездржавинску залогу, док у неупоредиво већој мери (и неоправдано) угрожава интересе дужника, јер фидуцијант губи право својине у моменту обезбеђења потраживања (без обзира на то што је тај губитак права својине само привремен) што није случај код бездржавинске залоге. Фидуцијарна својина (ако се она призна у пуном капацитету, тј. с стварноправним дејствима према трећим лицима) пружа повериоцу већу сигурност од бездржавинске залоге, јер постаје власник ствари, а својина на предмету фидуције омогућава му лакше стицање државине на ствари и брже намирење потраживања, у случају да фидуцијант не испуњава своје обавезе о року. Питање је, међутим, да ли та предност повериоца оправдава губитак права својине фидуцијанта, тј. дужника, када повериоцу стоји на располагању бездржавинска залог, као могуће обезбеђење истог потраживања, на истој ствари. Аутор сматра да би одговор требало да буде негативан. Одмеравањем интереса страна може се утврдити да фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања без стварне потребе (јер му постоји функционална алтернатива, бездржавинска регистрована залог) помера равнотежу интереса у корист повериоца, а на штету дужника, при чему су маргиналне практичне предности које повериоцу пружа релативно мале у односу на сигурност коју му пружа бездржавинска залог. У избору између регистроване залог на покретним стварима и фидуцијарног преноса права својине ради обезбеђења, Босна и Херцеговина, на пример, определила се за регистровану залогу.⁷² У новом Холандском грађанском закону је фидуцијарни пренос својине, као средство обезбеђења потраживања, такође напуштен у корист бездржавинске залоге.⁷³

Сасвим другачије стоје ствари, међутим, у вези са другим обликом фидуцијарног правног посла, са фидуцијарним управљањем туђом имовином. Аутор сматра да би његово увођење у наш правни поредак имало смисла јер омогућава ефикасније управљање туђом имовином од правних института помоћу којих се према нашем позитивном праву такво управљање може остварити (разним врстама уговора, као што су остава, послуга, налог, комисион, старатељством над лицима неспособним за расуђивање или лишеним пословне способности, итд.). У неким случајевима управљања туђом имовином, када је од великог значаја да се туђом имовином управља с пажњом као са својом, траст показује велике предности. Он постоји и успешно се примењује у савременом праву, додуше у земљама англосаксонског права. Друштвени односи у глобализованом свету садашњице постали су, међутим, прилично слични, те не постоје више такве суштинске разлике између англосаксонског и европско-континенталног

⁷² Вид. М. Повлавић (2003), 234; М. Лазић (2009), 98.

⁷³ Вид. М. Повлавић (2003), 242.

правног круга које би представљале снажну баријеру свим правним трансплантима. Приликом увођења једног таквог, заиста страног, института у наше право, разуме се, требало би имати у виду појмовне разлике које постоје у конципирању права својине у англосаксонском и европско-континенталном праву, као и да се једним таквим институтом не погодује остварењу тежњи које европско-континентално право одбацује (тако, на пример, не би требало реципирати облике траста којима се имовина вештачки држи у оквиру исте породице, јер би један такав институт служио као погодно тло за поновно успостављање породичних фидеикомиса, који су напуштени у европском праву). На тренд уједначавања друштвених односа који представљају друштвену основу функционисања траста, указује и рецепција траста, односно регулисање фидуције у француском праву (у којем је на општи начин уређен фидуцијарни пренос својине, чији је само један од облик тај који се врши ради обезбеђења потраживања)⁷⁴, као и напори у оквиру новијих развојних пројеката да се правничкој јавности понуде модел-правила о трасту, прилагођена европском правном амбијенту, од којих је најзначајнији Нацрт заједничких оквирних правила. Сврсисходност увођења фидуцијарног управља туђом имовином у наше право, у виду општег института, произилази и из чињенице да неки већ постојећи правни институти у нашем позитивном праву показују особине које чине појмовне одреднице траста.⁷⁵

Као аргумент да би у Србији требало преусмерити пажњу са фидуцијарног преноса својине ради обезбеђења потраживања, који није изричито уређен у нашем праву, у пракси се закључује, али га судови сматрају ништавим, на други облик фидуције, на фидуцијарно управљање туђом имовином, аутор истиче пример новог Мађарског грађанског законика, који је усвојен 2013. године и ступио на снагу у марту 2014. године.⁷⁶ Законик изричито, под претњом ништавости, забрањује фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења⁷⁷ (осим споразума о обезбеђењу потраживања који спада-

⁷⁴ Вид. чл. 2011 Француског грађанског законика.

⁷⁵ Према Закону о инвестиционим фондовима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 46/2006, 51/2009 и 31/2011) друштво за управљање инвестиционим фондом дужно је да одвојено води књиговодство за све фондове којима управља, односно одвојено и од књиговодства које води за своју имовину и пословање (чл. 21); имовина фонда држи се одвојено од имовине друштва за управљање и касоди банке, не може бити предмет залог или предмет у принудном извршењу за наплату потраживања према друштву за управљање или касоди банци, нити улази у стечајну масу у случају њиховог стечаја (чл. 33), итд. Слична правила садржи и Закон о добровољним пензијским фондовима и пензијским плановима (*Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005 и 31/2011) у чл. 27 и 29.

⁷⁶ Вид. 2013. évi V. törvény a Polgári Törvénykönyvről (Закон бр. V из 2013. године о Грађанском законнику – МГЗ), *Magyar Közlöny* (Службени гласник Мађарске), бр. 31/2013.

⁷⁷ Вид. § 6:99 МГЗ.

ју у домен примене Директиве о споразумима о финансијским средствима обезбеђења⁷⁸), али уводи у мађарско право (с врло детаљном регулативом) фидуцијарно управљање туђом имовином⁷⁹.

⁷⁸ Вид. Директиву Европског парламента и Савета бр. 2002/47/ЕС о споразумима о финансијским средствима обезбеђења (Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council on Financial Collateral Arrangements), *Службени гласник Европских Заједница* бр. L 1618143 од 27. јуна 2002. године. Директива је измењена Директивом бр. 2009/44/ЕС (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:02002L0047-20090630&qid=1395999116053&from=HR>, 28. март 2014.).

Одредбе Директиве се односе само на пренос права својине и залагање готовине (не и новчаница) и хартија од вредности (чл. 2. т. 1.), искључиво у односима између лица која се не сматрају физичким лицима, тј. ниједна страна не сме да буде физичко лице које закључује правни посао ван регистроване привредне делатности (вид. чл. 1. т. 2.).

⁷⁹ Вид. § 6:310-330 МГЗ.

Attila Dudás, Ph.D., Assistant Professor
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

On the Expedience of Statutory Regulation of Fiduciary Transfer of Property in Serbia

Abstract: *No case of fiduciary transfer of property is explicitly governed by the effective Serbian law. Only the fiduciary assignment of claim is regulated in the Law on Obligations. One specific kind of fiduciary contracts is however frequently concluded, the fiduciary transfer of property as collateral. The case law is all but unanimous that such contracts are to be considered invalid (either entirely or partially), mainly because they infringe the prohibition of lex commissoria, although there are some decisions in which the reason of nullity is found in the infringement of the requirement of a valid cause of contract. Even in the rare cases, in which such contracts are not considered invalid, their legal effect is rendered equal to the effect of the pledge. The question of admissibility of fiduciary transfer of property as collateral is thoroughly discussed in the literature.*

The majority, under the influence of Dragoljub Aranđelović, claim that such a contract is valid, on the one hand, since it does not infringe upon any statutory prohibition, nor is it contrary to public policy or morals. On the other hand, it is also expedient, since it provides greater security for the creditor than the pledge.

A contrary standpoint is taken by Andrija Gams, who emphasized that European civil law is characteristic of conformity of economic purpose and legal form of legal institutions, that fiduciary transfer of property is contrary to, hence contemporary law should part with it.

The author of this paper asserts that the positive attitude of Serbian doctrine towards the fiduciary transfer of property emerged in the era in which the legal necessity of pledging chattel without the transfer of its possession was not satisfactorily solved. He opines that by adopting the Law on Chattel Mortgage in 2003 ceases the otherwise legitimate need to regulate by statute the fiduciary transfer of property as collateral or to have it recognized in the case law. However, it seems reasonable to regulate, as a general legal institution, the other main type of fiduciary contracts, the fiduciary transfer of property for the purpose of managing other's assets, that is the institution of trust. In this respect, the contemporary notion of trust from common law seems to be an appropriate

general model to follow, with some reasonable adjustments to the principles of civil law, naturally. Trust has proved its merits in common law to such an extent that, regardless of serious conceptual differences between common law and civil law, some recent projects for the development of civil law have proposed model rules by which it could be transposed into European civil law, therefore into Serbian law as well.

Key words: *fiducia, trust, fiduciary transfer of property, fiduciary management of other's assets*