

ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ РАДИ ОБЕЗБЕЂЕЊА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ¹

Апстракт: Аутор се у раду бави анализом фидуцијарног обезбеђења потраживања у савременом праву. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља најстарије реално право обезбеђења потраживања. Његова је примена у римском праву била напуштена, због непостојања гаранције за дужника да ће му својина бити пренета натраг по испуњењу потраживања. У савременом праву актуелизује се примена фидуције у „модерном руху“. Посебна пажња је посвећена анализи важећих законских решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања у праву Републике Црне Горе, у којем је, за разлику од права Србије, овај институт свеобухватно регулисан. Аутор указује на предности савремене фидуције, као средства обезбеђења потраживања и предлаже увођење овог института и у право Републике Србије.

Кључне речи: средства обезбеђења, права реалног обезбеђења, фидуцијарни пренос својине.

Увод

Римско право је имало, на почетку свог развоја, сурово средство за принудну реализацију потраживања – дужничко ропство. Након укидања дужничког ропства, законом Петелија и Папирија (lex Poetelia Papiria) из 326. године пре н. е, повериоцима је за намирење потраживања стајала на располагању дужникова имовина, по правилу да дужник дугује, а његова имовина одговара. Међутим, ни имовина, као „општа залога“, више није могла да пружи потребну сигурност, управо због тога што је дужник могао,

¹ Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179046 Д

располажући правима, умањивати. Зато су се тражили различити начини за осигурање повериоачевог потраживања. У том настојању, долази се до правила да је ствар боља гаранција од дужникове речи – *Plus cautionis in re est quam in persona* (боља је гаранција ствар него човек). Појавили су се различити облици осигурања наплате потраживања вредношћу ствари, који су савременом праву познати као стварна или реална права обезбеђења потраживања. Међу њима су најзначајнији: фидуцијарно обезбеђење потраживања (пренос својине на ствари у циљу обезбеђења - *fiducia cum creditore contracta*), заложно право на покретним стварима (ручна залога - *ignus* и, у новије време, регистарска залога) и заложно право на непокретним стварима (хипотека).

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења – *fiducia cum creditore contracta* је најстарије реално право обезбеђења потраживања. Како јој је главни недостатак био тај што је својина предмета обезбеђења прелазила на повериоца, без икакве гаранције за дужника да ће му ствар бити враћена када исплати обезбеђено потраживање, фидуција је у римском праву била замењена ручном залогом (*ignus*), као за дужника повољнијим правом обезбеђења потраживања. Тако је *fiducia cum creditore contracta* пала у заборав, да би у савременом праву, у модификованом облику, постала поново актуелна.

Савремено фидуцијарно обезбеђење потраживања је, по правилу, бездржавинско право обезбеђења, регулисано по угледу на заложно право. Оно је нашло своје место у правима већине земаља региона, док се у неким западноевропским државама широко примењује у грађанској и трговачкој пракси.²

Предмет нашег рада је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања. Како у нашем праву овај вид обезбеђења није уређен, пажњу смо првенствено усмерили на решења садржана у Закону о својинско-правним односима републике Црне Горе, којим је фидуцијарно обезбеђење потраживања до сада најпотпуније уређено.

Карактеристике и правна уређеност фидуцијарног обезбеђења

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања постоји када дужник – фидуцијант пренесе право својине на одређеној ствари на повериоца – фидуцијара, са циљем обезбеђења потраживања које фидуцијар има према фидуцијанту. Фидуцијарни пренос својине врши се на основу фидуцијарног правног посла, којим се фидуцијант обавезује да пренесе својину на фидуцијара, а фидуцијар се обавезује да право својине врши у интересу фидуцијанта и да, по намирењу потраживања, пренесе право својине фидуцијанту. Ако дужник – фидуцијант не испуни о доспелости обезбеђено потраживање, фидуцијар

² В, Д. Медић, Фидуцијарни пренос власништва, Правна ријеч, Бања Лука, 3/2005, стр. 103-105.

ће га намирити из вредности ствари коју има у фидуцијарној својини. Начин стицања (*modus acquirendi*) фидуцијарне својине је предаја покретне ствари, односно упис у одговарајући јавни регистар, за непокретности. У модерном праву, пренос фидуцијарне својине на покретним стварима врши се фиктивном предајом ствари, путем *constitutum possessorium*.³ На тај начин се постиже бездржавинско залагање покретних ствари.

Фидуцијарни правни посао је сложен правни посао. Обухвата два уговора: стварноправни уговор, о преносу права својине и облигациони уговор, о ограничењу пренетог права, којим се фидуцијар обавезује да врши својину у интересу фидуцијанта и да му је, по исплати обезбеђеног потраживања, пренесе натраг.⁴

Фидуција је апстрактна – кауза није видљива трећим лицима.⁵ Кауза фидуцијарног уговора се у нашој правној теорији различито одређује. Има мишљења да се она, као непосредни економски циљ правног посла, састоји у обезбеђењу потраживања, као и схватања да је кауза фидуцијарног уговора, као његов непосредни правни циљ, „специфична“ или *sui generis causa*, тако да је није могуће подредити оквирима постојећих класификација.⁶ Хрватска правна теорија објашњава „фидуцијарни пријенос власништва ради осигурања“ као један начин вршења својинских овлашћења у сврху осигурања испуњења обавезе. Кауза уговора о фидуцијарном преносу својине је специфична и састоји се у обезбеђењу потраживања.⁷

Фидуцијарни правни посао је посао заснован на поверењу (*fides*). Ако фидуцијар пренесе својину трећем савесном лицу, оно постаје власник ствари. Фидуцијарни посао није заштићен посебном тужбом. Фидуцијанту, који је уредно испунио потраживање, не стоји на располагању посебна тужба, већ општа тужба из неоснованог обogaћења против фидуцијара – он може повратити ствар само ако се она још увек налази код фидуцијара. Фидуцијант, формалноправно, више није власник ствари, па му не припада ни стварноправно овлашћење следовања ствари. Фидуцијарна својина има „два лица“. У односу на трећа лица, фидуцијар је власник ствари, у унутрашњем односу фидуцијанта и фидуцијара,

3 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997, стр. 287, Д. Стојановић, *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, *Правни живот*, 5-6, Београд, 1993, стр. 620, М. Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 97.

4 В. М. Лазић – Н. Планојевић, *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, *Правни живот*, бр. 10/2011, стр. 523.

5 Циљ фидуцијарног посла није коначни пренос својине на фидуцијара. Због тога га неки аутори сматрају симулованим правним послем. В. Ж. Шмалцељ, *Фидуцијарни уговори (уговори повјерења) у имовинском праву*, *Наша законитост*, Загреб, 2/1696, стр. 119.

6 В. Љ. Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, *Правни живот*, бр. 10/1998, стр. 848.

7 В. N. Gavella et. al, *Stvarno pravo*, *Svezak drugi*, Zagreb, 2007, стр. 469, 470.

фидуцијарна својина нема тај изглед. Њена битна карактеристика је непотпуност правних овлашћења: фидуцијар је формалноправно власник ствари, међутим, он има само овлашћење располагања стварју, које је ограничено облигационим уговором (*actum fiduciae*). Фидуцијант, код фидуције, као бездржавинског средства обезбеђења, задржава овлашћење држања, употребе и убирања плодова. Ствар на коју се односи фидуцијарно обезбеђење је у имовинској маси фидуцијанта, док је фидуцијарна својина у имовини фидуцијара⁸. Фидуцијант је економски власник, док је фидуцијар правни власник ствари.⁹

Фидуцијарно обезбеђење потраживања у већини права постоји само у пракси и примењује се са ослоном на начело аутономије воље (тако нпр. у немачком праву, као и у аустријском, фидуцијарно обезбеђење се примењује у пракси, иако није регулисано законом)¹⁰. Изузетак у том погледу су права Црне Горе, Словеније, Хрватске и Македоније. У француском праву и другим правима романског правног круга, фидуцијарни уговори се сматрају недопуштеним, јер се код овог залагања практично ради о уговарању комисорне клаузуле, која је забрањена.¹¹ Англоамеричко право регулише установу сличну фидуцији, тзв. траст (*trust*).¹²

У праву Републике Србије фидуцијарно обезбеђење потраживања није регулисано. Судска пракса је подељена по питању његове допуштености. Виши судови су склонили да фидуцијарне уговоре третирају као подврсту заложног уговора и одричу им пуноважност, позивањем на забрану уговарања комисорне клаузуле, или их пак сматрају делимично ништавим због ове клаузуле.¹³ Нижи судови указују на једну од предности фидуцијарног обезбеђења: ефикаснија реализација, вансудском наплатом потраживања.¹⁴ Већина правних теоретичара сматра да овај институт треба изричито допустити и у нашем праву и законом

8 В. Андрија Гамс, Нешто о фидуцијарним правним пословима, *Анали Правног факултета у Београду*, 1960, стр. 34.

9 В. Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 823. и 825.

10 В. Ј. Салма, Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 1998, стр. 387.

11 В. Е. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998. стр. 13.

12 В. А. Гамс, Траст у англо – америчком систему права, *Анали Правног факултета у Београду*, 1957, стр. 299. и даље.

13 В. Пресуда Савезног суда Гзс 19/94 од 24. септембра 1994, Збирка судских одлука, књига 19. свеска 1. стр. 98 и пресуда Врховног суда Србије Прев. 347/96 од 16. октобра 1996, прев. 652/97 од 29. октобра 1997, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/1998, стр. 108, цит. по М. Живковић, О реформи реалних обезбеђења у југословенском праву, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, стр. 317.

14 В. Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 821, 822.

га детаљно уредити.¹⁵ У правној теорији се такође истиче став да од судова треба очекивати еластичнији и креативнији приступ фидуцијарним правним пословима, нарочито имајући у виду позитивне примере немачке и швајцарске судске праксе.¹⁶

Нацртом Законика о праву својине и другим стварним правима¹⁷ предложено је увођење установе „поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“, налик фидуцијарном обезбеђењу потраживања. Тако, Нацрт у чл. 648, ст. 1. предвиђа: „Када се писано уговори и упише у јавном регистру да се својина поверава поверенику, а да покретна, односно непокретна ствар остаје код поверавача, повереник има право регистроване поверене обезбеђујуће својине, а поверавач има право очекиване обезбеђујуће својине и овлашћен је да ствар држи, употребљава је, присваја користи од ње и та овлашћења пренесе трећем лицу.“ Даље, у чл. 651: „Поверениково право обезбеђујуће својине прераста у својину ако поверавач о доспелости не испуни обавезу а, ако је тако уговорено, повереник поверавачу дугује онолико колико вредност ствари надилази вредност ненамиреног дела његовог обезбеђеног потраживања.“ Овде се, практично, ради о уговарању комисорне клаузуле, јер својина коначно остаје поверенику, ако обезбеђено потраживање не буде намирено о доспелости, без обавезе утврђивања и исплате разлике у висини потраживања и вредности оптерећене ствари. Могуће је уговорити и условну продају предмета обезбеђења (Марцијански пакт). Сматрамо да не треба препустити диспозицији странака уговарање исплате вишка вредности ствари у односу на потраживање. Утврђивање и исплата разлике између вредности ствари и висине потраживања треба да буде императив, због очувања принципа једнаке вредности узајамних давања.

У Републици Црној Гори, фидуцијарно обезбеђење потраживања регулисано је Законом о својинско-правним односима¹⁸ којим су преузете одредбе раније важећег Закона о фидуцијарном преносу права својине¹⁹. Црногорски законодавац дефинише фидуцијарну својину као условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари које овлашћује повериоца да пре осталих поверилаца наплати његово доспело потраживање, без обзира код кога се ствар налази (чл. 14).²⁰

15 В. А. Гамс, *op.cit*, стр. 36, Љ. Ђуровић, *op.cit*, стр. 820-821, М. Лазић, *op.cit*, стр. 101, М. Лазић – Н. Планојевић, *op.cit*, стр. 524.

16 В. Љ. Ђуровић, *ibid*.

17 Ка новом стварном праву Србије, Министарство правде Републике Србије, Немачка организација за техничку сарадњу (GTZ), Београд, 2007.

18 „Сл. лист РЦГ“ бр. 19/09.

19 „Сл. лист РЦГ“ бр. 23/96.

20 Право првенства и право следовања, два овлашћења заложног повериоца, у функцији реализације овлашћења намирења, главног овлашћења из заложног права.

У правном поретку Републике Хрватске се фидуцијарно обезбеђење потраживања појављује у три модалитета²¹ и то као: *фидуција са облигационоправним дејством*, допуштена по општим правилима облигационог права, *фидуцијарно обезбеђење потраживања у форми „претходног и потоњег власништва“* са стварноправним дејством, регулисана Законом о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске²² и *„судско и јавнобиљешничко осигурање“ преносом својине*, регулисано Извршним законом Републике Хрватске²³.

У Републици Словенији је фидуција уређена одредбама Стварноправног законика. „Фидуцијарни пренос власничког права“ је бездржавинско средство обезбеђења потраживања, које се може конституисати као акцесорно право обезбеђења – фидуцијарни пренос својине под раскидним условом (испуњење обезбеђеног потраживања) и као неакцесорно право – безусловни фидуцијарни пренос својине. Када је конституисано као неакцесорно право, фидуцијарно обезбеђење може послужити обезбеђењу већег броја потраживања фидуцијара према фидуцијанту, а може имати и функцију тзв. „мирујућег осигурања“, које ће произвести правно дејство са настанком потраживања, чијем обезбеђењу треба да служи²⁴.

Немачка судска пракса признаје важност споразуму о преносу својине на покретним стварима, уз фиктивну предају путем *constitutum possessorium*.²⁵ Овај институт води порекло из обичајног трговачког права и није законом регулисан²⁶. У Аустрији фидуцијарно обезбеђење потраживања није регулисано законом. Примењује се у пракси, али није бездржавинско реално средство обезбеђења потраживања.²⁷ Аустријска правна теорија је била подељена по питању допуштености фидуцијарног уговора. Спорна је била кауза овог правног посла или његова подобност да буде правни основ преноса права својине, веома важно питање за овај правни систем који, као и наш, припада систему каузалне традиције (да би пренос својине био пуноважан предаја ствари у државину мора следити пуноважан правни посао управљен на пренос права својине). По једнима је фидуција недопуштена јер нема за циљ коначни пренос својине, други њену

21 В. N. Gavella et. al, *op.cit*, стр. 473. и даље

22 „Народне новине РХ“ бр. 91/96

23 „Народне новине РХ“ бр. 57/96

24 В. Р. Вренчур, Фидуцијарни пренос власничког права у осигурање на покретним стварима у новом словеначком праву, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 293-295.

25 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit*, стр. 215 – 216.

26 В. С. Jessel Holst, Реформа права обезбеђења потраживања покретним стварима у југоисточној Европи, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 89-90.

27 В. М. Лазих, *op.cit*, стр. 98.

каузу виде у њој самој: својина се преноси са циљем обезбеђења потраживања, да би била пренета натраг, ако се обезбеђено потраживање уредно испуни.²⁸

2. Фидуцијарно обезбеђење потраживања у упоредном праву

У праву Републике Црне Горе настанак фидуцијарног обезбеђења потраживања – фидуцијарне својине регулисан је различито, према томе да ли је објект фидуцијарне својине покретна или непокретна ствар. По Закону о својинско-правним односима, фидуцијарна својина на покретним стварима стиче се закључењем уговора о фидуцијарном преносу својине (чл. 353. ст. 1.). Ствар остаје у државини фидуцијанта, по правилима о фиктивној предаји ствари, путем *constitutum possessorium*.²⁹ Фидуцијарна својина на непокретној ствари стиче се на основу уговора о фидуцијарном преносу права својине, уписом у катастар непокретности, уз забележбу фидуцијарног преноса права својине (чл. 353. ст. 2. и чл. 354.). Претпоставка за настанак фидуцијарне својине јесте постојање права својине фидуцијанта на ствари, на којој се конституише обезбеђење. У правној теорији има схватања да би било могуће стицање фидуцијарне својине и од невласника, аналогном применом правила о стицању својине од невласника.³⁰

Уговор о фидуцијарном преносу права својине је правни посао којим дужник или неко трећи преноси право својине покретне ствари, односно обавезује се да пренесе право својине непокретне ствари на повериоца, ради наплате потраживања, а поверилац се обавезује да, по намирењу свог потраживања, омогући дужнику несметано вршење права својине (чл. 353.). Закључује се у писаној форми, а када је предмет фидуцијарне својине непокретност, уговор о фидуцијарном преносу права својине мора бити оверен од стране суда или нотара (чл. 355.). Обавезан је упис уговора о фидуцијарном преносу права својине у јавни регистар, који води Управа за некретнине, у одређеном року од дана закључења, под претњом ништавости, без обзира о којој се врсти ствари ради (чл. 378.). Ако се уговор не упише у регистар, није могућ ни настанак фидуцијарне својине, због тога што стицање овог права није могуће на основу ништавог правног посла.³¹ Фидуцијарни уговор је именовани, формалан и акцесоран правни посао³². Регулисан је као теретан уговор код ког

28 В. Д. Аранђеловић, О фидуцијарним правним пословима, Архив за правне и друштвене науке, Београд 1926, стр. 342. и даље.

29 З. Рашовић, Коментар Закона о својинско-правним односима, II књига, Подгорица, 2009, стр. 1798.

30 В. З. Рашовић, *ibid*, стр. 1811, N. Gavella et al, *op.cit*, стр. 508-509.

31 З. Рашовић, *ibid*, стр. 1803-1804.

32 М. Велимировић, Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине, Правни живот, 11/1998, стр. 531.

се кауза дужникове обавезе налази изван фидуцијарног односа, и састоји се у обавези повериоца да дужнику испуни одређено потраживање, односно у самом испуњењу потраживања које се обезбеђује фидуцијарном својином.³³ У прилог овом схватању говори и одредба чл. 371. Закона о својинско-правним односима, о одговорности дужника за материјалне и правне недостатке ствари.³⁴

Законом о својинско-правним односима Републике Црне Горе изричито је забрањено уговарање комисорне и антихретичке клаузуле у тренутку закључења уговора о фидуцијарном преносу својине. Њих је могуће уговорити само накнадно, по истеку рока од 8 дана од настанка потраживања. Сматра се да после закључења уговора више не постоји потреба за посебном заштитом дужника, који је, по правилу, економски слабија уговорна страна и да он, после одређеног времена, може независније да процени своје интересе и одлучи о прихватању или неприхватању комисорног пакта.³⁵ И ове клаузуле морају бити уписане у регистар Управе за некретнине, под претњом ништавости.³⁶

Мишљења смо да не би требало допустити уговарање комисорне клаузуле ни при закључењу уговора, нити у било ком другом тренутку по закључењу уговора о фидуцијарном преносу права својине. Овом клаузулом се вређа начело једнаке вредности узајамних давања, због тога што код примене ове клаузуле не постоји обавеза утврђивања и исплате разлике у вредности ствари и износа потраживања. Прихватљивије је уговарање Марцијанског пакта, код ког се, у суштини, ради о условној продаји ствари (под условом да потраживање не буде исплаћено о доспелости), по унапред одређеној цени, уз обавезу повраћаја дужнику износа за који вредност ствари надилази висину потраживања.³⁷

У хрватском праву, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења врши се на основу правног посла, предајом покретне ствари, односно уписом у земљишне књиге, за непокретности. Када је предмет фидуцијарног обезбеђења непокретност, у земљишне књиге се уписују фидуцијар, као „претходни“ власник непокретности и фидуцијант, као „потоњи“ власник непокретности.

33 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, Подгорица, 2010, стр. 203-205.

34 „Поверилац има право да од дужника или неког трећег захтијева другу ствар, ако оптерећена ствар има материјални или правни недостатак због којег не представља довољно обезбеђење за наплату потраживања“ З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 204.

35 В. З. Рашовић, *Коментар Закона о својинско-правним односима*, стр. 1809-1811.

36 *ibid.*

37 В. З. Рашовић, *Забрањене клаузуле код уговора о залози*, *Закон о облигационим односима*, 1978-1988, *Књига о десетогодишњици*, издање *Часописа за правну теорију и праксу*, *Правни живот*, I том, 1988, 250-255.

3. Предмет фидуцијарног обезбеђења

Предмет фидуцијарног обезбеђења потраживања могу бити индивидуално одређене покретне ствари и непокретности. Фидуцијарно обезбеђење се односи на целу ствар, са неодвојеним плодовима, на саставне делове и припатке ствари. Фидуцијарна својина се, по правилу о екстензивности у погледу предмета обезбеђења, проширује на сва његова накнадна побољшања.³⁸ Фидуцијарна својина се може засновати на робном лагеру, при чему је неопходно одредити минимум количине робе, чија вредност служи обезбеђењу. Роба мора имати утврђену вредност, бити маркирана и смештена у посебан простор.³⁹ По Закону о својинско-правним односима РЦГ, предмет фидуцијарног обезбеђења мора бити тачно одређен (чл. 359.). Законом је такође предвиђено обавезно маркирање покретних ствари на којима је заснована фидуцијарна својина и то маркирање врши Управа за некретнине (чл. 381.). Маркирањем се врши обележавање оптерећене покретне ствари, чиме се постиже публикување фидуцијарне својине на покретним стварима и, уједно, заштита сигурности и брзине одвијања правног промета.⁴⁰ Одређеност предмета обезбеђења код заснивања фидуцијарне својине на робном лагеру постиже се одређивањем „лагерског простора“. Сва роба која се налази у лагерском простору, као и она роба која ће се тек наћи у њему, бива обухваћена фидуцијарним обезбеђењем.⁴¹

У Немачкој су, у пословном промету, чести случајеви конституисања фидуцијарног обезбеђења на робном лагеру и другим скуповима ствари са променљивим саставом.⁴² Да би се омогућило истовремено сигурно обезбеђење повериоцевог потраживања и сигурно и слободно пословање дужника, пренос својине у циљу обезбеђења врши се тако да се односи на свагдашње стање робног лагеру – сва роба која ступа на место оне која излази из лагеру бива аутоматски обухваћена споразумом о фидуцији, уз заснивање посредне државине повериоца и непосредне државине дужника, на основу уговора о остави (где је дужник оставопримац, који се обавезује да робу чува са пажњом доброг привредника, у интересу повериоца – оставодавца). Роба на коју се односи обезбеђење мора бити прецизно одређена, у складу са захтевом начела специјалности. То се постиже закључењем уговора о обезбеђењу простора или закључењем уговора о маркирању. Уговором о обезбеђењу простора се утврђује да се обезбеђење односи на све ствари које се налазе у просторији која је одређена у уговору, као и на оне ствари које ће касније бити унете у ту просторију. Уговором о маркирању

38 Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 817.

39 чл. 360. и чл. 363. Закона о својинско-правним односима Републике Црне Горе.

40 В. З. Рашовић, *op.cit.*, стр. 1853. и 1854.

41 *ibid.*, стр. 1812.

42 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit.*, стр. 219. и даље

се предмет обезбеђења одређује споразумним маркирањем ствари одређеном ознаком (стављање натписа, лепљење цедуља итд.).⁴³

4. Правни положај фидуцијарног повериоца

Поверилац – фидуцијар стиче условно право својине на одређеној ствари, и функција тако стеченог права својине је обезбеђење одређеног потраживања.⁴⁴ Фидуцијарна својина га овлашћује на намирење обезбеђеног потраживања из вредности ствари, уколико ово не буде исплаћено о доспелости. Он има и право следовања, да потраживање наплати без обзира код кога се налази ствар, као и право првенства, да се намири пре осталих поверилаца. Редослед намирења се одређује према тренутку стицања фидуцијарне својине. Уколико му обезбеђено потраживање буде исплаћено о доспелости, фидуцијарна својина престаје.⁴⁵

Фидуцијар нема право на државину, нити право употребе и убирања плодова које даје ствар, на којој је конституисана фидуцијарна својина. Он стиче право на државину у тренутку доспелости потраживања, ако му оно не буде исплаћено (чл. 374. Закона о својинско-правним односима РЦГ). Од момента коначног стицања права својине на оптерећеној ствари, поверилац има право на плодове које та ствар даје (чл. 369. Закона о својинско-правним односима РЦГ).

Црногорски законодавац признаје одређена овлашћења повериоцу за случај да дужник поступа са оптерећеном ствари супротно уговору и закону и тиме доводи у питање реализацију права намирења, као и у случају када постоји опасност осујећења реализације фидуцијарног обезбеђења, из разлога који се односе на оптерећену ствар. Ако дужник не чува ствар како треба или је без дозволе повериоца преда другом лицу на употребу, поверилац може од суда захтевати да нареди одузимање ствари од дужника и предају на чување трећем лицу (секвестру) (чл. 370.). Ако ствар, која је предмет обезбеђења, има неки материјални или правни недостатак, услед којег не представља довољно обезбеђење потраживања, поверилац може тражити конституисање фидуцијарне својине на другој одговарајућој ствари (чл. 371.). Када се оптерећена ствар квари или иначе губи вредност, услед чега постоји опасност да не буде довољна за обезбеђење потраживања, поверилац може захтевати од суда доношење одлуке о јавној продаји ствари, или о продаји ствари по берзанској или тржишној цени, ако ствар има такву цену. Ако дође до продаје, добијени износ се депонује код суда или нотара и служи обезбеђењу потраживања до доспелости (чл. 372.)⁴⁶.

43 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit.*, стр. 219 и даље

44 М. Лазић – Н. Планојевић, *op.cit.*, стр. 523.

45 *ibid.*

46 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 242-244.

Дужник задржава ствар у непосредној државини, и он има право да ствар употребљава и да прибира плодове од ње (чл. 364. и чл. 368. Закона о својинско-правним односима РЦГ). Он, међутим, нема право да ствар преда на употребу другом лицу, без дозволе повериоца. Ако то ипак учини, одговара и за случајну пропаст или оштећење ствари (чл. 368.). Дужник је дужан да чува ствар са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника и да о свакој промени на оптерећеној ствари, а нарочито о њеном кварењу или губљењу вредности, обавештава повериоца (чл. 367.). Ако не намири обезбеђено потраживање о доспелости, дужан је да преда ствар повериоцу (чл. 366.).

У хрватском праву, тренутком конституисања фидуцијарног обезбеђења, фидуцијар - поверилац, постаје „претходни“ власник ствари, која је предмет обезбеђења. „Претходно власништво“ представља право својине стечено под раскидним условом. Раскидни услов састоји се у испуњењу обезбеђеног потраживања или у другом начину његовог гашења. Ако се раскидни услов испуни, фидуцијарево право својине престаје, са дејством *ex tunc* – као да никада није ни био власник ствари. У том случају, узима се да је, до испуњења раскидног услова имао правни положај плодуживаоца. Како у праву Републике Хрватске фидуцијарно обезбеђење потраживања на покретним стварима није бездржавинско право обезбеђења, фидуцијар има непосредну државину на оптерећеној ствари.⁴⁷ Дужан је да ствар чува са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника. Фидуцијар нема право да ствар употребљава, нити право да њоме располаже, осим ради наплате обезбеђеног потраживања. Ако му потраживање не буде намирено о доспелости, има право да ствар прода и наплати потраживање из вредности добијене продајом ствари. Остатак је дужан да врати власнику.⁴⁸ Фидуцијант – дужник је, у периоду од конституисања фидуцијарне својине, до доспелости потраживања, „потоњи“ власник ствари. „Потоње власништво“ подразумева да је фидуцијант власник оптерећене ствари под одложним условом – он има „право чекања“. „Право чекања“ је субјективно право, које се са испуњењем одложног услова (исплата или други начин гашења потраживања), претвара у право својине на предмету обезбеђења. Ако се одложни услов испуни, фидуцијантова својина се успоставља у пуном обиму – као *plena in re potestas* (рекадентност права својине). Он постаје власник *ex tunc*, као да никада није ни био „потоњи“ власник. Док се одложни услов не испуни, он нема никаква стварноправна овлашћења поводом ствари, која је предмет фидуцијарног обезбеђења. Ако фидуцијант испуни обезбеђено потраживање, у погледу међусобних права и обавеза фидуцијанта и фидуцијара, сматраће се

⁴⁷ У складу са начелом аутономије воље, фидуцијант и фидуцијар се могу споразумети и о фиктивној предаји ствари, путем *constitutum possessorium*.

⁴⁸ B. N. Gavella et al, *op.cit.*, стр. 488-489.

да је између њих, поводом оптерећене ствари, све време постојао правни однос власника и плодуживаоца.⁴⁹

Главно овлашћење фидуцијарног повериоца јесте право да реализује фидуцијарно обезбеђење ако му обезбеђено потраживање не буде исплаћено о доспелости. По Закону о својинско-правним односима Републике Црне Горе, право намирења повериоца – фидуцијара се остварује кроз две фазе: продају ствари на којој је конституисана фидуцијарна својина и наплату потраживања из новчане вредности, добијене продајом ствари. Поверилац може ствар продати по цени утврђеној проценом стручњака или је по тој цени задржати за себе. Ако се ради о обезбеђењу потраживања из уговора у привреди, поверилац може продати ствар на јавној продаји или по тржишној или берзанској цени, ако ствар има такву цену, у оба случаја по истеку рока од 8 дана од упозорења учињеног дужнику или трећем преносиоцу, када су то различита лица.⁵⁰ Законодавац је предвидео брзе и једноставне начине реализације фидуцијарног обезбеђења, без учешћа суда, што чини фидуцијарно обезбеђење потраживања једним од најефикаснијих стварних права обезбеђења.⁵¹

Из цене остварене продајом оптерећене ствари поверилац наплаћује главницу обезбеђеног потраживања, доспеле износе камате и трошкове намирења (интегрално намирење повериоцевог потраживања).⁵² Уколико је износ добијен продајом већи од износа потраживања, поверилац је дужан да разлику врати дужнику, а ако је износ добијен продајом мањи од износа потраживања, за преостали износ поверилац се намирује из дужникове имовине, као обичан поверилац.⁵³

Законом о својинско-правним односима Републике Црне Горе је предвиђено и право повериоца на продају оптерећене ствари и пре доспелости потраживања. Он може, уз сагласност дужника, продати ствар одређеном лицу, ако нађе да је цена повољна, након настанка потраживања. Износ добијен продајом ступа на место оптерећене ствари и полаже се у суд или код нотара за обезбеђење потраживања.⁵⁴ Продаја ствари пре времена могућа је и у случају кварења или губљења вредности оптерећене ствари, о чему је већ било речи.⁵⁵

49 *ibid*, стр. 490-491, 494.

50 чл. 375. Закона о својинско-правним односима Републике Црне Горе

51 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 259.

52

53 *ibid*, стр. 262

54 чл. 373. Закона о својинско-правним односима РЦГ

55 чл. 372. Закона о својинско-правним односима РЦГ

Закључак

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља сигурно и ефикасно средство обезбеђења потраживања. Сигурност постоји и на страни дужника и на страни повериоца. Када се ради о покретним стварима, дужник је осигуран државином на оптерећеној ствари, применом правила о стицању фиктивном предајом путем *constitutum possessorium*, као и уписом фидуцијарног уговора у надлежни јавни регистар. Поверилац је осигуран уписом фидуцијарног уговора у јавни регистар, као и обавезним обележавањем оптерећене покретне ствари одговарајућим ознакама, које указују на постојање фидуцијарног оптерећења на ствари. У погледу непокретности, потребна сигурност се постиже уписом преноса у јавни регистар непокретности и права на непокретностима, уз забележбу фидуцијарног преноса својине. Брзи и једноставни начини реализације фидуцијарног обезбеђења, без активирања гломазног, спорог и скупог механизма судске реализације, чине фидуцију ефикасним средством обезбеђења.

У праву Републике Србије не постоје важећа законска решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења. У нашој судској пракси фидуцијарно обезбеђење потраживања изазива подељена мишљења. Део судске праксе фидуцијарне уговоре сматра подврстом заложних уговора и као такве, ништавим због повреде забране уговарања комисорне клаузуле. Већински став правне теорије је да ови уговори нису ништави и да их треба правно регулисати или, у судској пракси, признати њихово постојање и допуштеност. Нацртом Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије предвиђен је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања у форми института „поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“. У Нацрту су предвиђена детаљна правила за ово право обезбеђења.

Сматрамо да је фидуцијарни пренос својине у циљу обезбеђења потребно уредити и у нашем праву. Позитиван пример у том погледу даје Закон о својинско-правним односима Републике Црне Горе, који свеобухватношћу и прецизношћу одредаба о фидуцијарној својини показује да се они недостаци, због којих је фидуција као средство обезбеђења у римском праву била „одбачена“, могу превазићи и да фидуција може бити креирана као средство обезбеђења, које по својим позитивним карактеристикама може да буде чак и боље осигурање наплате потраживања од „класичног“ заложног права – ручне залоге и хипотеке.

РЕЗИМЕ

Аутор се у раду бави анализом фидуцијарног обезбеђења потраживања у савременом праву. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља најстарије реално право обезбеђења потраживања. Његова је примена у римском праву била напуштена, због непостојања гаранције за дужника да ће му својина бити пренета натраг по испуњењу потраживања. У савременом праву актуелизује се примена фидуције у „модерном руху“. Савремено фидуцијарно обезбеђење потраживања је, по правилу, бездржавинско право обезбеђења, регулисано по угледу на заложно право. Оно је нашло своје место у правима већине земаља региона, док се у неким западноевропским државама широко примењује у грађанској и трговачкој пракси. Посебна пажња је посвећена анализи важећих законских решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања у праву Републике Црне Горе, у којем је, за разлику од права Србије, овај институт свеобухватно регулисан. Аутор указује на предности савремене фидуције, као средства обезбеђења потраживања и предлаже увођење овог института и у право Републике Србије.

Milica Vučković, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Fiduciary Transfer of Title to Property for the purpose of Securing Claims in the Contemporary Law

Summary

In this article, the author analyzes the institute of fiduciary transfer of title to property for the purpose of securing claims in the contemporary legislation. The fiduciary transfer of title is the oldest real security right for securing claims. The application of this institute was abandoned in the Roman law due to the fact that there were no guarantees that the debtor would regain title to property after paying the debt. In the contemporary law, the application of the fiduciary transfer of title to property has been reinstated in a more contemporary form. In particular, the author focuses on the analysis on the existing legal solutions on the fiduciary transfer of title for securing claims as envisaged in the Republic of Montenegro, where this institute has been comprehensively regulated. The author points to the advantages of the contemporary institute of fiduciary transfer of title to property as an instrument for securing claims and proposes that this institute should be introduced into the Serbian legislation.

Key words: *securities, real security rights, fiduciary transfer of title to property (ownership)*