

Tamara Đurđić Milošević\*  
Aleksandra Pavićević\*\*

Pregledni znanstveni rad  
UDK 347.232.3(497.5:497.11)  
DOI: <https://doi.org/10.25234/pv/24905>  
Rad primljen: 9. siječnja 2023.  
Rad prihvaćen: 31. ožujka 2023.

## FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE U SAVREMENOM HRVATSKOM I SRPSKOM PRAVU

**Sažetak:** *Fiducijarni prenos svojine predstavlja kontroverzni institut stvarnog prava, koji datira iz rimskog prava, a koji je savremena privredna praksa oživela i preoblikovala. Institut prethodnog i potonjeg vlasništva, kao svojevrsna uslovljena, sadržinski ograničena svojina, ima svoje značajno mesto i u Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske već 25 godina, kao atipična realna garancija koja je funkcionalno najrodnija založnom pravu, a koja prevazilazi njegov domašaj. Predmet rada je uporednopravna i aksiološka analiza fizionomije ovog složenog instituta u pozitivnopravnoj hrvatskoj legislativi, sa jedne strane i njegov status u srpskom pravu, sa druge strane, čiji važeći propisi ovaj institut ne normiraju, niti su ga ikada do sada regulisali, ali čije uvođenje jeste predloženo jednim od dva dosad izrađena nacrtu zakonskih projekata sa ciljem da reformišu srpsko stvarno pravo. S obzirom na stanje u srpskoj sudskoj praksi koja se već duže koleba u pogledu pitanja dozvoljenosti ovog instituta, i u domaćoj doktrini – koja ga mahom priznaje, iako je neinstitucionalizovan, stav autora je da ovaj institut treba normirati i u srpskom pravu de lege ferenda, u cilju pravne sigurnosti, pri čemu hrvatska regulativa predstavlja potencijalni uzor. Otud je važno kritički oceniti pojedine segmente ovog rešenja, počev od pitanja nastanka, svrsishodnosti, sadržine, dejstva, ali i pravne prirode ovog neobičnog instituta. Konačan cilj rada je ocena adekvatnosti kompariranih rešenja, kao i formulisanje sopstvenih predloga za uređenje fizionomije fiducijarne svojine de lege ferenda, u sklopu planirane reforme srpskog građanskog prava, kao i tekuće harmonizacije nacionalnih rešenja na regionalnom nivou.*

**Ključne reči:** *stvarno pravo, realno obezbeđenje potraživanja, fiducia, prethodno i potonje vlasništvo.*

\* Dr. sc. Tamara Đurđić Milošević, docentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Jovana Cvijića 1, 34000 Kragujevac, Srbija. E-adresa: [tdjurdjic@jura.kg.ac.rs](mailto:tdjurdjic@jura.kg.ac.rs). ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3697-9591>.

\*\* Dr. sc. Aleksandra Pavićević, docentica Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu, Jovana Cvijića 1, 34000 Kragujevac, Srbija. E-adresa: [apavicevic@jura.kg.ac.rs](mailto:apavicevic@jura.kg.ac.rs). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7915-6408>.

## 1. UVOD

Pravo realnog obezbeđenja potraživanja oblast je stvarnog prava koja je u proteklih nekoliko decenija u Evropi doživela „renesansu“ s obzirom na potrebe stalno rastuće tržišne privrede, sve kompleksnije potrebe i poslovnu logiku subjekata dužničko-poverilačkih odnosa. Različiti evropski zakonodavci nastojali su da ovaj izazovni proces isprate proširenjem palete nacionalnih zakonskih realnih garancija, uz one tradicionalno poznate – *pignus* i hipoteku. To je učinjeno najpre uvođenjem registrovane zaloge, kao modaliteta bezdržavinskog založnog prava, a u pojedinim regulativama i oživljavanjem nekih atipičnih, fleksibilnijih prava realnog obezbeđenja poniklih još u rimskoj pravnoj tradiciji, a potom dugo zaboravljenih, poput fiducijarnog prenosa svojine.

Ovaj institut „sadržinski pocepane svojine“ sa više različitih titulara odlikuje zanimljiva i složena fizionomija, neuobičajena za shvatanje evropskokontinentalnih pravnika, a u modalitetu – *fiducia cum creditore contracta* ovo pravo je reafirmisano u 20. i 21. veku, kao „redizajnirano“ sredstvo realnog obezbeđenja, koje poveriocu pruža maksimalnu sigurnost,<sup>1</sup> a u skladu sa legitimnim interesima dužnika. Primena fiducije već dugo pokazuje sjajne rezultate u privredi i poslovnoj praksi mnogih evropskih razvijenih zemalja, iako u njima nije institucionalizovana (poput Nemačke, Švajcarske i dr). Sa druge strane, sve je veći broj zemalja (naročito onih u tranziciji) koje su je u poslednjih par decenija i formalno ozakonile. Hrvatski zakonodavac među prvima od zemalja u našem susedstvu regulisao je fiducijarni prenos svojine, zbog čega će nam ovo zakonsko rešenje biti osnov za analizu različitih segmenata ovog instituta, poput: pojma, subjekata, objekta, nastanka, sadržine, dejstva, prestanka, ali i teorijski spornog pitanja – pravne prirode ovog instituta.

Republika Hrvatska je 1996. Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZV)<sup>2</sup> normirala institut „prethodnog i potonjeg vlasništva“, ali u mnogo većem obimu i Ovršnim zakonom,<sup>3</sup> kojim je regulisano sudsko i notarijalno fiducijarno obezbeđenje.<sup>4</sup> Na taj način u ovoj regulativi ozakonjena su tri različita oblika fiducijarnog prenosa svojine u dva propisa: jedan materijalnopравни (iz ZV) i dva procesnopravna (sudsko i notarijalno fiducijarno obezbeđenje),<sup>5</sup> pri čemu će predmet našeg interesovanja u radu pretežno biti prvi oblik. Nasuprot tome,

1 Jožef Salma, *Obligaciono pravo* (Naučna knjiga, 1988) 379; Miroslav Lazić, *Prava realnog obezbeđenja* (Punta, 2009) 65.–70. Nikola Gavella i drugi, *Stvarno pravo* (Informator, 1998) 719.–720. Duško Medić, *Pravo obezbeđenja potraživanja* (Panevropski univerzitet Apeiron, 2013) 7. i dalje.

2 Član 34. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 143/2012, 152/2014, 81/2015, 94/2017) (HR). U daljem tekstu: ZV.

3 Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017, 131/2020). (HR) U daljem tekstu: OZ.

4 Mihajlo Dika, 'Fiducijarno osiguranje tražbine' (1998) 4673 Informator; Nikola Gavella, 'O vlasništvu prenesenom radi osiguranja' (2004) 5247 Informator, 473. i dalje.

5 Jakša Barbić, 'Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava' (1966) Zbornik: *Novo ovršno i stečajno pravo* Zagreb, 99.–140.; Jožica Matko-Ruždjak, 'Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka' (1997) *Godišnjak 4 – Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse* Zagreb, 345.–358.

u Republici Srbiji ovaj institut nije normiran pozitivnim pravom<sup>6</sup> (niti je to ikada dosad bio),<sup>7</sup> a doktrina i sudska praksa<sup>8</sup> neujednačeno ga tretiraju, što stvara pravnu nesigurnost u praksi. Tako, viši sudovi u Srbiji ocenjuju ovaj ugovor kao vrstu založnog prava sa nedozvoljenom klauzulom – *lex commissoria*,<sup>9</sup> zbog čega mu se ne pruža sudska zaštita,<sup>10</sup> a u cilju sprečavanja zloupotrebe podređenog položaja dužnika. Niži sudovi pak, smatraju ovakav ugovor pravno dozvoljenim, tj. sredstvom efikasne i brze vansudske naplate potraživanja.

Prednacrtom Građanskog zakonika Srbije,<sup>11</sup> koji je poslednji u nizu izrađenih predloga za reformu srpskog građanskog prava (a koji nije dočekaao ozakonjenje) – fiducijarni prenos svojine nije normiran. Sa druge strane, ovaj institut jeste bio sadržan u ranije izrađenom projektu (koji takođe nije usvojen) – u tekstu Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije,<sup>12</sup> što ukazuje na očiglednu podeljenost struke i razlog je više za njegovu pravnoteorijsku obradu.

Pomenuta strana zakonska rešenja, a naročito hrvatsko, zatim predlozi dosad izrađenih srpskih nacrta (čija rešenja oličavaju dva moguća, a različita smera razvoja srpskog građanskog prava),<sup>13</sup> kao i stavovi sudske prakse i doktrine, biće osnov za naše istraživanje, uporednopravnu analizu i vrednosnu ocenu, čiji je konačan cilj formulisanje odgovora na pitanje svrsishodnosti uvođenja ove specifične realne garancije i u stvarno pravo Srbije *de lege ferenda*, kao i koncipiranje predloga što adekvatnijih konkretnih rešenja za pojedine segmente ovog instituta.

- 6 O različitim realnim garancijama u pozitivnom srpskom pravu videti detaljno u: Dragor Hiber, Miloš Živković, Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja, Pravni fakultet u Beogradu (Beograd, 2015); Miloš Živković, 'Stvarnopravna obezbeđenja na nepokretnostima u Republici Srbiji'(2010) Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza – Prva regionalna konferencija, Cavtat.
- 7 Videti: Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije (Sl. list SFRJ, broj 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, Sl. list SRJ, br. 31/1993, Sl. list SCG, broj 1/2003 – Ustavna povelja i Sl. glasnik RS, br. 18/2020) (RS). Ovaj propis posredno normira samo fiducijarni prenos potraživanja (ustupanje potraživanja u svrhu obezbeđenja) u čl. 445. Fiducijarni prenos svojine u vidu izuzetka uređen je u jednom posebnom propisu – u Zakonu o finansijskom obezbeđenju, kao registrovani fiducijarni prenos svojine na finansijskim instrumentima u svrhe obezbeđenja. Videti: čl. 2, st. 1, tač. b. Zakona o finansijskom obezbeđenju (SG 44/2018) (RS).
- 8 Videti: Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 263/97 od 29. januara 1997., Internex; Cf. Vid. Presuda Saveznog suda Gzs 19/1994 od 24. septembra 1994., Zbirka sudskih odluka, knjiga 19. sveska 1. str. 98., Bilten sudske prakse privrednih sudova, broj 1/1998, 108; Više u: Miloš Živković, 'O reformi realnih prava obezbeđenja u jugoslovenskom pravu' (2003) Budimpeštanski simpozijum, *Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope* Bremen, 317.
- 9 Videti: Presuda višeg suda u Beogradu, br. Pž 263/96 od 29. januara 1997. god, Sudska praksa privrednih sudova, br. 1/1997; Rešenje Vrhovnog suda Srbije br. Rev 3708/2002 od 26. decembra 2002. god.
- 10 Videti: Presuda Saveznog suda Gzs 19/94 od 24. septembra 1994., Zbirka sudskih odluka, knjiga 19. sveska 1. str. 98., Bilten sudske prakse privrednih sudova, br. 1/1998, str. 108. Up. Vrhovni sud Srbije, Rev-347/96 od 16. oktobra 1996. Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž-228/10 od 2. februara 2010.
- 11 Prednacrt Građanskog zakonika Srbije, dostupno na: <[https://www.paragraf.rs/nacrti\\_i\\_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html](https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html)> pristupljeno: 20. 10. 2022. U daljem tekstu: Prednacrt.
- 12 Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije iz 2011., dostupno na: <<http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>> pristupljeno 25. 10. 2022. U daljem tekstu: Nacrt.
- 13 Iako nijedan od ova dva zakonska projekta nije u međuvremenu usvojen i sudeći po trenutnom stanju stvari, neće postati buduće srpsko građansko pravo – analiza pojedinih rešenja sadržanih u njima značajna je u kontekstu ocene prednosti i nedostataka istih, a potom i radi formulisanja što optimalnijih konkretnih predloga za regulisanje fiducijarnog prenosa svojine u srpskom pravu *de lege ferenda*.

## 2. KRAĆI UPOREDNOPRAVNI PRIKAZ REGULATIVE FIDUCIJARNOG PRENOSA SVOJINE

### 2.1. U POJEDINIM STRANIM NACIONALNIM REŠENJIMA

Osnov za fiducijarni prenos svojine u svim zakonodavstvima fiducijarni je pravni posao,<sup>14</sup> koji je specifičan jer počiva na poverenju saugovarača (*fiducia*). U modalitetu realne garancije ovaj pravni posao podrazumeva sledeće: dužnik se ugovorom obavezuje da svojину na određenoj stvari prenese na poverioca u svrhu realnog obezbeđenja potraživanja, dok se saugovarač obavezuje da fiducijarno prenetu svojину vrši u interesu fiducijanta i da po namirenju duga o dospelosti, svojину na stvari vrati dužniku. Struktura ovog pravnog odnosa je kompleksna jer podrazumeva nepotpunost svojinskih ovlašćenja za svakog od „dva vlasnika“ stvari: 1) dužnika (fiducijanta), kao ekonomskog vlasnika stvari, koji istu (po pravilu) zadržava u posedu i ekonomski iskorišćava tokom trajanja fiducijarnog pravnog odnosa (drži, upotrebljava, pribira plodove sa nje); i 2) obezbeđenog poverioca (fiducijara), kao formalnopravnog vlasnika stvari na određeno vreme. Opstanak ove pravne konstrukcije, koja označava svesnu i obostrano željenu (a pravno dozvoljenu) divergenciju pravnih i ekonomskih efekata posla (koji čine funkcionalno jedinstvo) i njeno dejstvo prema trećima – zavise od poštovanja obaveze međusobnog poverenja stranaka i poštovanja posebnog (fiducijarnog) sporazuma, sa dejstvom *inter partes*.<sup>15</sup>

Vlasnik stvari date u garanciju može biti dužnik, ali i treće lice; i drugo, mora postojati punovažan stvarnopravni ugovor usmeren na stvaranje fiducijarne svojine kao realnog obezbeđenja, uz istovremeno postojanje posebnog, obligacionog ugovora, koji skriva kauzu prvog pravnog posla. Obligaciono dejstvo fiducijarnog prenosa svojine je „vezivanje“ stvarnopravnog dejstva za taj obligacioni sporazum, tzv. *pactum fiduciae*, koji obavezuje saugovarače na uslovni povraćaj svojine.<sup>16</sup> Otud ocena doktrine da je fiducijarni posao suštinski akcesoran<sup>17</sup> i da zavisi od glavnog posla čijem obezbeđenju služi (ugovor o kreditu, zajmu), iako je po nekim mišljenjima reč o pravu neakcesornog karaktera.<sup>18</sup> Pojedini pravni pisci<sup>19</sup> čak smatraju da je fiducijarni

14 Dragoljub Arandelović, 'O fiducijarnim pravnim poslovima' (1926) XVI (5–6) Arhiv za pravne i društvene nauke, 338.–339.; Andrija Gams, 'Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima' (1960) 1–2, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 24.; Andrija Gams, 'Trast u angloameričkom sistemu prava' (1957) 5(3) Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, 299.–312.; Dragoljub Stojanović, 'Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita' (1993) 5–6, Pravni život, 621. i dalje; Ljiljana Đurović, 'Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine' (1998) 10, Pravni život, 811.–826.; Zdravko Petrović, 'Fiducijarni prenos prava vlasništva u praksi sudova Republike Srbije' (2003) u: Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope, Bremen, 215.; Nenad Tešić, 'Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja' (2002) 10, Pravni život, 107.–115.; Jožef Salma, 'Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja' (1998) 10, Pravni život, 389.

15 Aleksandra Pavićević, 'Fiducijarni prenos svojine kao pravo realnog obezbeđenja potraživanja' (2020) XI (2) Glasnik prava, 3.–18.

16 Aleksandra Pavićević, *Pravo retencije* (doktorska disertacija, 2017) 384. i dalje.

17 Radmila Kovačević Kuštrimović i Miroslav Lazić, *Stvarno pravo* (Punta, 2009) 297.; O akcesornosti i neakcesornosti realnih garancija videti detaljno u: Miloš Živković, 'Akcesornost založnih prava na nepokretnosti' (Beograd, 2010) 337. i dalje.

18 Christa Jessel-Holst, 'Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa' u: *Das Budapest Symposium – Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas* (Bremen, 2003) 90; Renato Vrenčur, 'Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu' u: *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope* (Bremen, 2003) 293–295.

19 Vojislav Spaić, *Osnovi građanskog prava*, Opšti dio (Veselin Masleša Sarajevo, 1961) 261.–262.

pravni posao nedozvoljen<sup>20</sup> jer nema kauzu, ali većinsko (po našem mišljenju opravdano) mišljenje jeste da fiducijarni posao ima kauzu, ali *sui generis*.<sup>21</sup>

Stav evropskih zakonodavaca prema fiducijarnom prenosu svojine je različit, pa tako možemo izdvojiti dve osnovne grupe regulativa: 1) one u kojima nije ozakonjen; i 2) one koje su ga institucionalizovale. U prvu grupu zemalja, koje fiduciju ne regulišu zakonom, spadaju pre svih Nemačka<sup>22</sup> i Švajcarska,<sup>23</sup> u kojima fiducijarne poslove realnog obezbeđenja (*Sicherungs-übereignung*) sudska praksa i doktrina bezizuzetno priznaju, a zatim i Austrija, Češka i Poljska.<sup>24</sup> Za razliku od njih, pojedine države iz ove grupe ne samo da fiduciju ne regulišu zakonom, već je ne dozvoljavaju ni u sudskoj praksi, poput npr. Bugarske i Mađarske.<sup>25</sup>

U drugu grupu regulativa ubrajaju se evropske države koje su formalno ozakonile ovaj institut, a neke od njih su: Lihtenštajn, Grčka, Francuska i Rumunija,<sup>26</sup> kao i više regulativa u našem okruženju, nastalih raspadom nekadašnje SFRJ i to: Republika Hrvatska,<sup>27</sup> Crna Gora,<sup>28</sup> Slovenija<sup>29</sup> i Severna Makedonija.<sup>30</sup>

## 2.2. U NADNACIONALNOM, TZV. „MEKOM“ PRAVU EVROPSKE UNIJE

Za sve države članice Evropske unije, ali i one koje nastoje da joj pristupe, poput Republike Srbije, izuzetno je značajan proces harmonizacije nacionalnih pozitivnih i budućih propisa sa nadnacionalnim, komunitarnim, pravnim tekovinama Evropske unije, tzv. „aki“-jem (*acquis communautaire*), a u cilju uspostavljanja unutrašnjeg tržišta. Stvarnopravna pravila EU zasad imaju formu nacрта i predstavljaju model sa kojim države članice sa vremenom treba da uskla-

- 20 Želimir Šmalcelj, 'Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu (fides)' (1969) 2–3 Naša zakonitost Zagreb, 253. i dalje.
- 21 Gavella i drugi (n 1) 469.–470.; Miroslav Lazić i Nina Planojević, 'Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore' (2011) 10 Pravni život, 512.; Tamara Đurđić, 'Fiducijarni prenos prava svojine' (2011) 2, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 479.
- 22 Karl Larenz, *Schuldrecht, Tom I, Allgemeiner Teil* (C. H. Beck, 1979) 477–478.
- 23 Vid. čl. 717 Švajcarskog građanskog zakonika (ŠGZ) i čl. 401. Švajcarskog zakonika o obligacijama (ŠZO).
- 24 Jessel-Holst (n 14) 90.
- 25 *Ibid.*
- 26 Ugo Mattei, *The European Codification Process: Cut and Paste* (Kluwer Law International, 2003), 162.
- 27 Vid. čl. 34. st. 5. i čl. 297. st. 2. ZV i čl. 309.–327. OZ Republike Hrvatske. Gavella (n 4) 473; Nebojša Šarkić i Vladimir Crnjanski, 'Javni beležnik i fiducijarno obezbeđenje potraživanja' (2015) Zbornik radova XX Budvanski pravnički dani, Aktualna pitanja savremenog zakonodavstva Beograd, 77.–85.
- 28 Zakon o fiducijarnom prenosu svojine (Službeni list Republike Crne Gore, 23/1996). Odredbe ovog propisa u celosti su unete u Zakon o svojinsko-pravnim odnosima iz 2009, Službeni list CG, br. 19/2009. Vid. Zoran Rašović, *Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore* (Kulturno-prosvjetna zajednica Podgorica, 1996).
- 29 Čl. 201.–209. Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije (Uradni list, 87/2002). Meliha Povoljčić, 'Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama nasleđnicama bivše SFRJ' (2003) *Das Reform des Mobiliarsicherheitsrechts in Südosteuropa*, Das Budapest Symposium – Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen, 235; Miha Juhart, 'Prenos lastninske pravice v zavarovanje' (1995) 1–3 Pravniki Ljubljana, 43.
- 30 Čl. 252. a–252. d Zakona o izmenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku (*Služben vesnik* br. 59/2000); Zakon o obezbeđenju potraživanja (*Služben vesnik*, 87/2007).

de svoja nacionalna rešenja.<sup>31</sup> U „meko“ pravo (*soft law*) spadaju Nacrti model-pravila, od kojih je jedan naročito važan za stvarno pravo, a to je *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*<sup>32</sup> – Nacrt zajedničkog referentnog okvira za evropsko privatno pravo iz 2008. jer predstavlja osnov za planirani nastanak Evropskog građanskog zakonika.<sup>33</sup>

Ovaj dokument (DCFR) značajan je jer normira između ostalog i fiducijarni prenos svojine,<sup>34</sup> ali ne u glavi IX, u kojoj su regulisana ostala prava realnog obezbeđenja na pokretnim stvarima (različiti modaliteti založnog i srodnih prava), već u glavi X, koja detaljno uređuje fiduciju i to dvojako: a) pretežno kao tzv. „*trust*“ – institut podeljene svojine, tipičan za angloameričko pravo, kom parira rimski institut: *fiducia cum amico contracta*;<sup>35</sup> ali i b) u svrhu realnog obezbeđenja potraživanja, institut kome u rimskom pravu odgovara modalitet *fiducia cum creditore contracta*. Ovom drugom obliku fiducije (a koji je predmet razmatranja u radu) i koji ima funkciju angloameričkog „*mortgage*“-a, posvećena je samo jedna odredba ove glave DCFR-a i u njoj se upućuje na primarnu primenu odredaba o pravima realnog obezbeđenja na pokretnostima iz glave IX DCFR-a,<sup>36</sup> što je logično jer je reč o funkcionalno srodnim institutima.<sup>37</sup> Iako je ovaj akademski tekst pravno neobavezujućeg karaktera, njegova rešenja su značajna jer ukazuju na dalji smer razvoja evropskog prava obezbeđenja, a to je – afirmacija fiducijarne svojine.

### 3. FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE U POZITIVNOM HRVATSKOM I BUDUĆEM SRPSKOM PRAVU

#### 3.1. POJAM

1. *Terminološka pitanja.* U hrvatskom ZV ovaj institut se označava kao: „*prethodno i potonje vlasništvo*“, a u srpskom Nacrtu kao: „*poverena obezbeđujuća svojina i očekivana obezbeđujuća svojina*“<sup>38</sup>. Oba naziva su deskriptivna, predstavljaju svojevrsni prevod stranog instituta na domaći jezik, što može biti korisno, pogotovo u situaciji kada se institut po prvi put uvodi u

31 Smits J. M, 'Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?' (2008) 15 Maastricht Journal of European and Comparative Law, 145–148.

32 Christian Von Bar, Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Vol. 6*, (Munich, 2009); Arthur F. Salomons, 'Comparative Law and the quest for optimal rules on the transfer of movables for Europe', (2012) 2(1) European Property Law Journal, 54–72.

33 *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE), Christian von Bar. Dostupno na internetskoj adresi: <[https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR.pdf)> pristupljeno 20. 09. 2022.

34 Wolfgang Faber, *Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to Book IX, DCFR (2014)* 2 *Juridica International, Law Review*, 27–36.

35 Srđan Vladetić, 'Osnovi trasta anglosaksonskog prava' (2011) LVIII Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 113.–126.

36 Book X, DCFR, Trusts, Chapter 1, Fundamental provisions, Section 1, Scope and relation to other rules: X. – 1:102: Priority of the law of proprietary securities: „In relation to trusts for security purposes, this Book is subject to the application of the rules in Book IX (Proprietary security in movable assets).“

37 Aleksandra Pavićević, 'Pojam fiducijarnog prenosa svojine kao realne garancije' (2022) u: Dragan Vujisić (ur.), *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava*, Pravni fakultet u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, 234.

38 Čl. 633. i 634. Nacrta.

jedan pravni poredak, tj. kada ne postoji nikakva pravna tradicija u njegovoj primeni. Sa druge strane, upitno je da li je zaista bilo neophodno menjati opštepoznati naziv: fiducijarna svojina, koji je univerzalno prepoznatljiv i uobičajen u poslovnoj praksi. Hrvatski naziv asocira na dve sukcesivne svojine, pri čemu je jedna privremena, a druga konačna; dok srpski apostrofira obezbeđujuću funkciju instituta, pri čemu je takva podeljena svojina za jednu stranu – poverena, a za drugu očekivana. Prednost ovakvog naziva je pojašnjenje uloge instituta, što može biti korisno naročito laicima, dok je mana glomaznost naziva.

Ovaj institut je u hrvatskom propisu sistemski lociran u delu zakona koji normira ograničenja svojine na temelju pravnog posla.<sup>39</sup> Pod ograničenjima svojine, na koja se ovaj član zakona odnosi, podrazumevaju se različiti vidovi uslovljavanja, oročavanja ili opterećenja prava svojine,<sup>40</sup> pridržaj prava svojine (*pactum reservati dominii*),<sup>41</sup> uz dejstva tih ograničenja prema trećim licima (*erga omnes*).<sup>42</sup> Sistemsko mesto je pomalo neuobičajeno, možda je adekvatnije bilo normirati ga uz zalogu, kao funkcionalno najrodniji institut, među pravima realnog obezbeđenja potraživanja, što je ujedno izbor tvorca srpskog Nacrta.<sup>43</sup> Ipak, s obzirom na to da je ovo pravo shvaćeno kao modalitet svojine *ad tempus* (vremenski ograničene svojine) razumljiva je i ovakva sistematika tvorca ZV.

2. *Definicija instituta.* Hrvatski ZV<sup>44</sup> uređuje fiducijarnu svojinu, kao svojinu sa više titulara sledećom formulacijom: „Vlasnik čije će pravo vlasništva prestati ispunjenjem uvjeta ili istekom roka (*prethodni vlasnik*) dužan je postupati obzirno prema onome tko čeka da time postane vlasnikom (*potonji vlasnik*) te mu prenijeti vlasništvo pošto istekne rok ili se ispuni uvjet, pri čemu će se njihov međusobni odnos prosuđivati kao da je prethodni vlasnik bio plodouživatelj. Kad je vlasništvo uvjetovano ili oročeno djelovanjem prema trećima, tada samim ispunjenjem uvjeta, odnosno istekom roka ono pripada potonjem vlasniku, ako zakonom nije drukčije određeno, a pravna raspolaganja stvarju koja je bio poduzeo prethodni vlasnik gube učinak.“

Hrvatski zakonodavac je fiducijarno vlasništvo tako odredio kao svojinu modifikovanu raskidnim uslovom (ili rokom), pri čemu uvodi jednu zanimljivu fikciju: status prethodnog vlasnika, po povraćaju svojine potonjem, tretira se kao položaj plodouživaoca. Sa druge strane, u srpskom Nacrtu, pravo poverene i očekivane obezbeđujuće svojine normirano je kao jedno od tzv. *drugih prava obezbeđenja* (različitih od zaloge), što oličava njegov viši rodni pojam, a predviđeno je u dva modaliteta: 1) neregistrovani<sup>45</sup> i 2) registrovani.<sup>46</sup>

39 Čl. 34. st. 4. ZV.

40 Čl. 34. st. 1. ZV: „(1) Ako nije što drugo određeno, vlasnik može u svaku svrhu koja nije zabranjena svoje pravo ograničiti, uvjetovati ili oročiti, a može ga i opteretiti.“

41 Čl. 34. st. 5. ZV.

42 Čl. 34. st. 3. ZV.

43 Sistemsko je mesto ovog instituta u srpskom Nacrtu u delu XI, u glavi A, pod naslovom: Druga prava obezbeđenja potraživanja.

44 Čl. 34. st. 4. ZV.

45 Čl. 633. st. 1. Nacrta.

46 Čl. 634. Nacrta.

### 3.2. PRAVNA PRIRODA

Složena struktura fiducijarne svojine, i u domaćoj i u stranoj literaturi, često se označava kao kontroverzna,<sup>47</sup> a posljedica je njene osobene pravne prirode i višeg rodnog pojma (*genus proximum*) ovog instituta, koji se u literaturi različito objašnjava.<sup>48</sup>

1. *Postojeća doktrinarna određenja pravne prirode instituta.* U domaćoj i stranoj doktrini pojavile su se različite teorije: – o dve paralelno postojeće svojine na stvari, nastale cepanjem jedne, nalik na *trust* angloameričkog prava;<sup>49</sup> – o „pravoj“ i „nepravoj“ (fiktivnoj) svojini; – o dve sukcesivne svojine – „prethodna i potonja“<sup>50</sup> ili „poverena i očekivana svojina“<sup>51</sup>; – o „ničijem pravu“ na određeno vreme; o „pauzi u imovini“ (*intelide in ownership*) ili „zagrađenoj svojini“ (*bracketed ownership*), kao bessubjektivnom subjektivnom građanskom pravu;<sup>52</sup> – o „stvarnom pravu na čekanje“<sup>53</sup>; – o „pravnoj moći koja se može pretvoriti u „pravu“ svojinu,<sup>54</sup> – o institutu mešovite pravne prirode na granici materijalnog i procesnog prava;<sup>55</sup> i – o svojini *sui generis*.<sup>56</sup>

2. *Kritički osvrt na prethodna doktrinarna određenja.* Analizirajući ono što doktrina određuje kao potencijalni *genus proximum* ovog instituta, možemo zaključiti sledeće:

- ne može biti reći o „ničijoj svojini“ jer svaka svojina, kao subjektivno građansko pravo, po definiciji mora imati svog nosioca (ne postoji besubjektivno subjektivno pravo, ni na ograničeno vreme jer to bi bilo *contradictio in adjecto*), zbog čega ovo objašnjenje pravne prirode fiducije možemo označiti kao najmanje prihvatljivo

- fiducijarni prenos svojine ne označava ni „fiktivnu ili nepravu svojinu“ jer svojina fiducijara formalnopravno postoji (kojom on definitivno može i raspolagati, iako to ne bi smeo), a uz to faktički postoji i svojina fiducijanta; pritom, to nisu dve sukcesivne svojine, nego dve koegzistirajuće (paralelno postojeće) svojine, s tim što jedna figurira kao (uslovno rečeno) ekonomska kategorija (stvar je u imovinskoj masi fiducijanta), a druga kao pravna (pravo svojine pripada imovini fiducijara).

47 Meliha Povlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na besposjedovnu (registriranu) zalogu* (doktorska disertacija, 2001) 181.

48 S obzirom na to da je pravna priroda fiducije jedno od doktrinarno najspornijih pitanja, a imajući u vidu ograničenost obimom rada (čiji su predmet i brojni drugi segmenti ovog instituta), autori analiziraju ovaj segment fiducijarne svojine na način da sumarno prikazuju, a potom i vrednuju najtipičnija (a ne sva postojeća) određenja pravne prirode ovog instituta, prisutna u domaćoj i stranoj literaturi (uz zauzimanje sopstvenog stava o ovom pitanju).

49 Aleksa Radonjić, 'Fiducijarni prenos prava svojine – jedna ili više svojina?' (2019) 1 Strani pravni život, 16.

50 U hrvatskom pravu „prethodno vlasništvo“ je svojina fiducijara stečena pod raskidnim uslovom (u međuvremenu on ima status plodouživaoca), a „potonje vlasništvo“ svojina je fiducijanta pod odložnim uslovom.

51 U pitanju je terminologija srpskog Nacrta (čl. 633).

52 Lionele D. Smith, 'Trust and Patrimony' (2008) 2 *Revue Générale de droit*, 379–403.

53 Hansjörg Webber, *Kreditsicherheiten* (PU: Beck, C H, 1994) 147.

54 Nav. prema: Đurović (n 10) 824.

55 Edita Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998) 236.

56 Duško Medić, 'Fiducijarni prenos svojine' (2019) 9 *Godišnjak Fakulteta pravnih nauka Banja Luka* 24; Đurović (n 10) 811.–826.; Lazić, Planojević (n 17) 512.



- „stvarno pravo na čekanje“ (*Anwartschaftsrecht*) značilo bi: ili – a) pravno stanje, građansko-pravni institut različit od subjektivnog prava (poput npr. održaja), gde nedostaje još neka, finalna pravna činjenica da bi stanje pendencije prestalo, a subjektivno građansko pravo konačno nastalo – o čemu ovde po našoj oceni nije reč – jer svojina, kao najsveobuhvatnije apsolutno (stvarno) pravo ovde već postoji i ima svog nosioca i to ne jednog, već dva; ili – b) uvođenje nekog novog stvarnog prava, koje fakat ne čini deo *numerus clausus-a* (načelo ograničenog broja stvarnih prava, sa imperativno zakonom zadatom sadržinom). Takođe, ne čini nam se adekvatnim ni određenje ovog prava kao pravne moći,<sup>57</sup> jer ono ima neposredni objekat na koji se odnosi (stvar), kao i ostala obeležja subjektivnih građanskih prava

- ideja o dve sukcesivne svojine oličena je institutom „prethodnog i potonjeg vlasništva“ ograničenog uslovom/rokom, što je terminologija i koncept hrvatskog zakonskog rešenja, što asocira na stanje pendencije pri translaciji subjektivnog prava sa pravnog prethodnika na sukcesora (tzv. uslovna, pendentna svojina). Otud hrvatska doktrina ističe da ovo nije sadržinsko, već vremensko cepanje svojine (osim kada fiducijarna svojina ima apsolutno dejstvo).<sup>58</sup> Sa druge strane, poverena i očekivana obezbeđujuća svojina je deskriptivni naziv ovog instituta u srpskom Nacrtu, koji opisno ukazuje na autentični mehanizam funkcionisanja instituta koji ruši sve stereotipe evropskokontinentalne ideje o svojini, shvaćene kao jedinstvene, isključive i nedeljive

- deo nemačke doktrine fiducijarnu svojinu objašnjava kao *uslovnu, vremenski ograničenu svojinu*, a drugi deo čak ne kao stvarno, već kao *obligaciono pravo fiducijanta* (dužnika) prema fiducijaru.<sup>59</sup> *Sicherungsübereignung*, tj. prenos svojine u svrhu obezbeđenja,<sup>60</sup> kao modalitet fiducijarne svojine nije normiran u NGZ, ali je zaštićen od poverenikovih poverilaca odredbama zakona koji uređuju parnični postupak i postupak stečaja.<sup>61</sup> Ipak, u slučaju da fiducijar prenese pravo svojine nekom trećem, a suprotno obligacionom sporazumu sa fiducijantom (*pactum fiduciae*), savesno treće lice stiže pravo svojine čime istiskuje prethodnu svojinu (što pravni položaj fiducijanta u nemačkom pravu čini nesigurnim).<sup>62</sup> Fiducijantu tada preostaje jedino naknada štete (obligacionopravni zahtev) koju može tražiti od fiducijara, zbog čega pojedini tamošnji autori izvode zaključak da ovde i nije reč o pravu svojine fiducijanta, niti o bilo kakvom užem stvarnom pravu (poput založnog) već o obligacionom pravu (jer nije opštesuprotstavljivo)<sup>63</sup>

57 Cf. Šarkić, Crnjanski (n 23) 70.

58 Gavella i drugi (n 1) 592.

59 O ovoj problematici u nemačkom, švajcarskom i uopšte, evropskom pravu, videti više u: Selma De Groot, *Fiduciary Transfer of Ownership* (2008), In: Faber, W. & Lurger, B. (eds.), *Rules for the transfer of movables: a candidate for European harmonisation or national reform?* Munich: Sellier. European Law Publishers, 161–173; Richard Helmholz, Reinhard Zimmermann, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (Berlin, 1998) Duncker & Humblot; Peter Derleider, Kai-Oliver Knops, Heinz Georg Bamberger, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, Springer (Berlin, Heidelberg, 2009) 935–955; Jörg Schmid, 'Die Entstehung von Gesetzen in der Schweiz' (2014) 78(2) *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 329–345.

60 Dietrich Reinicke, Klaus Tiedtke, *Kreditsicherung: durch Schuldbetritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschuld*, Neuwied (Luchterhand, 2006).

61 *Ibid.*

62 Stefan Grundmann, *Trust and Treuhand at the end of the 20th Century, Key Problems and Shift of Interests* (1999) 3 *The American Journal of Comparative Law*, 409.

63 *Ibid.*

- konačna ocena o pravnoj prirodi fiducijarne svojine zavisi i od usvojene koncepcije konkretnog zakonodavca, koji joj može priznati snažnije ili slabije dejstvo (*erga omnes ili inter partes*) i tretirati je kao: vrstu svojine, ograničeno stvarno pravo na tuđoj stvari ili pak, kao obligaciono pravo. Ipak, polazeći od dominantnog (institucionalizovanog) modela regulisanja fiducije u savremenim pravnim sistemima, možemo oceniti kao najutemeljenije doktrinarno shvatanje – ono po kom je reč o svojini *sui generis* jer fiducijarna svojina nije potpuna i „nevezana“, već: – uslovno stečena svojina (pod raskidnim/odložnim uslovom); – vremenski ograničenog trajanja, ali i – ograničenog dejstva jer sadrži samo ovlašćenje unovčenja stvari.<sup>64</sup> Otud, ovo pravo jeste specifičan modalitet svojine, iako najčešće vrši ulogu prava realnog obezbeđenja potraživanja, razlikujući se u dovoljnoj meri od drugih prava iz te grupe.<sup>65</sup>

### 3.3. SUBJEKTI FIDUCIJARNOG ODNOSA

Učesnici fiducijarnog pravnog odnosa su: a) *prethodni vlasnik* (fiducijar, predlagatelj osiguranja, vlasnik pod raskidnim uslovom); i b) *potonji vlasnik* (fiducijant, protivnik osiguranja, vlasnik pod odložnim uslovom), što je terminologija hrvatskih zakona i tamošnje doktrine. Sa druge strane, u srpskom Nacrtu iz 2012. ova lica se nazivaju *poveravač i poverenik*.<sup>66</sup> Nazivi prethodni i potonji vlasnik sugerišu sukcesiju vlasništva u vremenu, dok nazivi Nacrta naglašavaju obezbeđujuću svrhu fiducijarne svojine na „poverenoj“ stvari. Sa druge strane, u hrvatskom OZ koriste se termini: *predlagatelj i protivnik osiguranja*,<sup>67</sup> što smatramo neadekvatnim jezičkim izborom jer sugerise odnos subordinacije umesto koordinacije i dispozicije stranaka (što je inače važna odlika građanskopravnih odnosa). Ovde je očigledno reč o dobrovoljnom, a ne prinudnom sredstvu osiguranja potraživanja (poput npr. zakonskog založnog prava) koje nastaje *ipso iure*.

### 3.4. OBJEKAT I NASTANAK

1. *Objekat*. Hrvatski propis (kao i rešenje Crne Gore) predviđa širi koncept objekta fiducijarne svojine – koji obuhvata i pokretne i nepokretne stvari (uz prava), što je po našoj oceni adekvatno jer proširuje domašaj instituta u praksi. Celishodno je da sve stvari koje imaju ekonomsku vrednost budu stavljene u pravni promet i služe kao sredstvo obezbeđenja i eventualnog namirenja kreditora (osim onih koje su izričitom zakonskom odredbom izuzete od mogućnosti fiducijarnog obezbeđenja).<sup>68</sup> Mišljenja smo da se na ovaj način ne deformiše fizionomija instituta, koji je inicijalno za predmet imao samo pokretne stvari, već da je to logična posledica evolucije ovog prava obezbeđenja, koje prati promene i potrebe savremenog tržišta.

64 Pavićević (n 11) 8.

65 Aleksandra Pavićević, 'Tri atipična prava realnog obezbeđenja potraživanja u srpskom i u „mekom“ pravu Evropske unije' u: Snežana Soković (ur.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije* (Pravni fakultet Kragujevac, Institut za pravne i društvene nauke, 2021) 451.–467.

66 Čl. 633. st. 1. Nacrta.

67 Čl. 310. OZ.

68 Ivana Bilušić Ramljak, 'Prijenos prava vlasništva radi osiguranja' (2008) 29 Javni bilježnik, 50.

Koncept srpskog Nacrta sledi ovaj kurs, što ocenjujemo kao adekvatno rešenje, pri čemu vrsta objekta povratno utiče na dozvoljeni modalitet fiducije. Tako, neregistrovani oblik može nastati samo na pokretnim stvarima<sup>69</sup> (pri čemu je upis moguć, po želji stranaka, ali samo u funkciji publiciteta garancije), za razliku od registrovanog oblika koji može biti konstituisan i na nepokretnostima.<sup>70</sup> Poređenja radi, slovenačko rešenje dozvoljava fiducijarno obezbeđenje isključivo na pokretnim stvarima,<sup>71</sup> baš kao i nemački tradicionalni model instituta, što je jedna od značajnih konceptijskih razlika između navedenih regulativa.

2. *Nastanak*. Prema hrvatskom ZV derivativno sticanje fiducijarne svojine podrazumeva odgovarajući pravni osnov i način sticanja u užem smislu. Tako, sporazum stranaka o konstituisanju fiducijarnog prenosa svojine na pokretnim stvarima (kao *iustus titulus*) predstavlja neformalni ugovor (načelo konsensualnosti), a fiktivna predaja se vrši u modalitetu *constitutum possessorium*.<sup>72</sup> Sa druge strane, *iustus titulus* za sticanje fiducijarnog obezbeđenja na nepokretnostima je formalni ugovor, dok je *modus acquirendi* upis u zemljišnu knjigu i to u vidu predbeležbe, kao vrste upisa (koja se opravdava ispunjenjem određenog uslova/protekom roka).<sup>73</sup> Nasuprot rešenju ZV, za druga dva modaliteta fiducijarnog prenosa svojine iz OZ *titulus* nastanka podleže strožim zahtevima forme i to u vidu: a) zaključenja sporazuma stranaka pred sudom (sudsko fiducijarno obezbeđenje); i b) u formi javnobeležničkog akta ili solemnizovane privatne isprave (javnobeležničko fiducijarno osiguranje).<sup>74</sup> Ova dva oblika fiducijarnog obezbeđenja (na stvarima koje nisu upisane u zemljišne knjige) prema OZ<sup>75</sup> stiču se trenutkom potpisivanja zapisnika pred sudom ili javnim beležnikom.

Rešenje srpskog Nacrta predviđa slična pravila za derivativno sticanje fiducijarne svojine (*titulus* i *modus*), ali je u jednom svom segmentu inovativnije od hrvatskog. Naime, njime je normiran i originarni način sticanja fiducijarnog obezbeđenja – a to je održajem i sticanjem od nevlasnika (shodno pravilima o sticanju svojine),<sup>76</sup> što je korisno preciziranje.

### 3.5. SADRŽINA I DEJSTVO

1. *Sadržina prava*. Budući da fiducijarni prenos svojine u ZV nije iscrpno normiran, na njegovu sadržinu i dejstvo shodno se primenjuju odredbe koje se odnose na založno pravo, ako zakonom nije nešto posebno predviđeno.<sup>77</sup> Budući da je reč o dva srodna instituta sa zajedničkom svrhom (realno obezbeđenje potraživanja), logično je važenje nekih zajedničkih pravila,

69 Zanimljivo isključenje osobene vrste pokretnih stvari Nacrt predviđa za kućne ljubimce, koji kao stvar *sui generis*, ne mogu biti predmet poverene svojine (čl. 635. Nacrta).

70 Čl. 633. Nacrta.

71 Vid. čl. 201.–209. SPZ.

72 Uporediti sa: čl. 646. st. 1. Nacrta.

73 Čl. 312. OZ i čl. 36. Zakona o zemljišnim knjigama Narodne novine, broj 63/2019, 128/2022 (HR). U daljem tekstu ZZK.

74 Čl. 310. i čl. 327. st. 2. OZ.

75 Čl. 313. i čl. 327. OZ.

76 Čl. 646. st. 3. Nacrta.

77 Čl. 297. st. 2. ZV.

kako bi se prevenirale potencijalne zloupotrebe u praksi i kako bi se obezbedila ravnoteža kolidiranih interesa – poverioca, dužnika i trećih lica.<sup>78</sup> Sa druge strane, čini se da bi bilo korisno predviđanje eksplicitnih (materijalno-pravnih) zakonskih pravila i za fiducijarnu svojину u svrhu jasnijeg razgraničenja od založnog prava.

Prema hrvatskom rešenju predmet fiducijarnog obezbeđenja nalazi se u neposrednom posedu fiducijanta (potonjeg vlasnika), koji može tom stvarju raspolagati, potpuno ili delimično (pr. prodajom, opterećenjem i sl.). Na taj način, on u toku ovog odnosa ostvaruje ekonomske koristi od fiducijarno prenete svojine na toj stvari (i lakše otplaćuje dug), ali on može i zloupotrebiti državinu i time ugroziti namirenje poverioca iz vrednosti te stvari. Sa druge strane, fiducijar (prethodni vlasnik) načelno nema pravo raspolaganja stvarju, ni faktički, ni pravno, ali stranke mogu ugovoriti drugačije.<sup>79</sup> Ovaj deo sadržine fiducijarne svojine tako je određen dispozitivnom normom, koju stranke mogu saglasno derogirati. Ako fiducijant pre dospelosti fiducijarno obezbeđenog potraživanja raspolaze stvarju čiji je ekonomski vlasnik, on time može zloupotrebiti fiducijarnu svojinu. Dužnik može postupati prevarno jer ne postoje nikakve spoljne oznake postojanja tereta na stvari koja je u njegovom posedu (a državina na pokretnim stvarima stvara privid svojine), niti u toj varijanti postoji upisano pravo u javni registar te izostaje publicitet ove realne garancije. Poveriocu u tom slučaju sleduje samo naknada pretrpljene štete i eventualno, krivična odgovornost njegovog saugovarača, ali takvim postupanjem svog dužnika on gubi ovu realnu garanciju. Tu doktrina opravdano prepoznaje opasnost kako za same stranke, tako i za pravnu sigurnost trećih lica.<sup>80</sup>

U suprotnom slučaju, da fiducijar (poverilac) neovlašćeno raspolaze fiducijarnom svojinom pre dospelosti obezbeđenog potraživanja (protivno zabrani daljeg otuđenja i opterećenja), što on formalno-pravno može, takođe nastaje neobična situacija. Naime, ZV propisuje da su takva raspolaganja privremena jer gube pravno dejstvo njegovim uslovnim prestankom fiducijarne svojine (isplatom duga), izuzev ako su treća savesna lica (koja nisu znala, ni mogla znati da je ta svojina fiducijarna) – stekla u međuvremenu pravo na toj stvari. Sa druge strane, OZ predviđa suprotno pravilo – da su takva raspolaganja poverioca pravno valjana, iako je on postupio protivno zabrani (prekršivši time *bona fides*).<sup>81</sup> U ovom slučaju, dakle dužnik (fiducijant) gubi svojinu na stvari (stvarnopravna posledica), a fiducijar (poverilac) duguje naknadu štete (obligacionopravna posledica) i biva izložen mogućoj krivičnoj odgovornosti.<sup>82</sup>

Ovo ukazuje na očiglednu neusaglašenost rešenja ZV (*lex generalis*), koji štiti fiducijanta i rešenja OZ (*lex specialis*), koji favorizuje fiducijara, što je neobično i neusaglašeno rešenje koje uvodi u pravnu nesigurnost i koje bi trebalo *de lege ferenda* izmeniti. U ZV, kao materijalno-pravnom propisu, ispravno je prepoznat ovaj institut kao funkcionalno akcesorno pravo, nasuprot OZ, koji mu daje status neakcesornog, samostalnog. Kao naročiti problem ovde prepoznajemo pravni status trećih lica (ostalih poverilaca koji učestvuju u postupku namirenja fiducijarnog poverioca) kao nedovoljno zaštićen. Ovo je moglo biti rešeno npr. paralelnim uvođenjem dva oblika fiducije (poput rešenja slovenačkog prava): akcesorni i neakcesorni modalitet, ali je to

78 Gavella i drugi (n 1) 609.

79 Vid. čl. 315. OZ.

80 Gavella i drugi (n 1) 613.

81 Čl. 316. st. 2. OZ.

82 Powlakić (n 25) 238.

trebalo onda jasno razgraničiti u materijalnopravnom propisu, kako ne bi bilo nejasnoća i protivrečnosti u tumačenju i primeni u praksi.<sup>83</sup>

Suštinski, jedino zakonsko ovlašćenje prethodnog vlasnika koje čini redukovanu sadržinu njegove „svojine“ na stvari jeste ovlašćenje pravnog raspolaganja – njegovim namirenjem iz vrednosti opterećene stvari i to uslovno – u slučaju nenamirenja duga o dospelosti dužnika, a na način koji propisuje čl. 337. ZV za namirenje založnog poverioca. Tako, vansudsko namirenje je moguće ako je reč o pokretnoj stvari (ili pravu koje se ne smatra nekretninom), a založni (fiducijarni) dužnik na to je pisanim putem pristao; dok je za odnose u privredi vansudsko namirenje pravilo, osim ako je dužnik to izričito isključio.<sup>84</sup> Osim vansudskom prodajom, supsidijaran je način mogućeg namirenja fiducijara sticanjem svojine na fiducijarno opterećenoj stvari, tj. sticanjem punopravnog vlasništva.<sup>85</sup> Sa druge strane, u srpskom Nacrtu je predviđeno da u slučaju nenamirenja duga poveravača o dospelosti pravo očekivane obezbeđujuće svojine poverenika prerasta u pravu svojinu<sup>86</sup> (umesto da se inicijalno ostvaruje prodajom i namirenjem iz vrednosti stvari), što se u domaćoj doktrini<sup>87</sup> opravdano kritikuje jer bi značilo legalizovanje zabranjene *lex commissoria* u srpskom pravu.

*Kritička ocena.* Ono što se u doktrini<sup>88</sup> opravdano ističe kao manjkavost hrvatskog rešenja nedovoljna je zakonska uređenost sadržine ovog instituta za čiju primenu nije postojala prethodna pravna tradicija i čija brojna pitanja izazivaju nedoumice, poput: obaveze osiguranja predmeta fiducije, prava pregleda fiducijara, šta biva u slučaju smanjenja vrednosti predmeta obezbeđenja, klauzule o oslobađanju predmeta i sl. Hrvatski OZ znatno detaljnije normira fiducijarno osiguranje, ali pošto je reč o zakonu procesnog karaktera, on stavlja fokus na pitanja: nadležnosti suda, stranke i sam postupak. Ovo po našoj oceni sve upućuje na sistemski neadekvatno mesto lociranja ove regulative jer je reč o jednom materijalnopravnom institutu, kog je bilo celishodnije sistemski uobličiti u stvarnopravnom propisu (a to je hrvatski ZV),<sup>89</sup> kao deo *numerus clausus*-a stvarnih prava i to kao pravo funkcionalno najrodnije založnom, što je inače odlika rešenja srpskog Nacrta.

Sa druge strane, Nacrtom<sup>90</sup> je iscrpno normirana većina konkretnih ovlašćenja i obaveza strana u ovom odnosu (poverenika i poveravača), poput: ovlašćenja držanja i korišćenja stvari (upotreba i pribiranje plodova) – što zavisi od oblika fiducijarnog obezbeđenja;<sup>91</sup> pregleda stvari; obezbeđenja i prinudnog upravljanja; zamene poverene stvari; faktičkog i pravnog ras-

83 Pitanjima sadržine, dejstva i akcesornosti fiducijarnog sporazuma naročito se bavila hrvatska sudska praksa. Videti: Odluka Ustavnog suda u Zagrebu br. U-III/10/2003, od 13. marta 2008.; Rešenje VSRH Rev 731/2009-2, od 25. avgusta 2010.; Rešenje Županijskog suda u Varaždinu Gž Zk 567/2022-2 od 17. avgusta 2022.; Presuda Županijskog suda u Puli ŽS Pu Gž 307/2007-2, od 09. marta 2009.; Rešenje Županijskog suda u Varaždinu Gž Zk 432/2021-2, od 11. oktobra 2021.

84 Vid. čl. 337. ZV.

85 Čl. 322. st. 7. i čl. 325. st. 2. OZ.

86 Čl. 637. Nacrta. Povraćaj viška vrednosti stvari u odnosu na iznos obezbeđenog potraživanja poverenik isplaćuje samo ako je tako ugovoreno.

87 Milica Vučković, 'Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja u savremenom pravu' (2012) 62 Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, 541.

88 Čulinović Herc (n 47) 235. i dalje.

89 Pvlakić (n 25) 237.

90 Čl. 639.–645. Nacrta.

91 Prema Nacrtu ovlašćenja držanja, upotrebe i pribiranja plodova sa poverene stvari, variraju u zavisnosti od modaliteta fiducije, tj. od toga – ko drži poverenu stvar (poveravač/poverenik). Tako je neregistrovani modalitet pravo obezbeđenja državinskog

polaganja stvarju (promena imaoca, prenos, zalaganje, zakup, plodouživanje i dr.). Manjkavost rešenja Nacrta u ovom segmentu je nepredviđanje obaveze poveravača da osigura obezbeđenu stvar, kao i obaveza informisanja saugovarača o svim relevantnim pitanjima fiducijarnog odnosa.<sup>92</sup>

2. *Dejstvo prava.* Fiducijarni prenos svojine ne deluje samo *inter partes*, između saugovarača, u smislu korelativnih prava i obaveza prethodnog i potonjeg vlasnika, već i *erga omnes* i to u varijanti da je ovo pravo obezbeđenja – dvostruko upisano u zemljišnu knjigu (što uređuje Zakon o zemljišnim knjigama, ZZK<sup>93</sup>) – odnosno, u takav javni registar bez upisa u koji se ne može steći stvar za koju je ograničenje određeno (čl. 34. ZV) ili ako to predviđa posebni zakon. Članom 34. st. 6. ZV predviđeno je da: „i kad djeluju i prema trećima, vlasnikova ograničenja, uvjetovanja, oročenja i opterećenja stvari ne utječu na tuđa prava koja već postoje na stvari, osim ako njihovi nositelji na to u pisanom obliku izričito pristanu, a ne utječu ni na prava koja bi u pravnom prometu stekli treći koji nisu znali niti su mogli znati za tu ograničenost, uvjetovanost, oročenost ili opterećenost“. Ovo pravilo je značajno jer uvažava mogućnost savesnog sticanja tih prava od trećih lica, čime se štiti njihovo poverenje u pravni promet, a sadrži ga i srpski Nacrt.<sup>94</sup>

U OZ je predviđeno da u slučaju pokrenutog izvršnog ili stečajnog postupka protiv fiducijara (predlagatelja osiguranja), fiducijarno opterećena stvar predstavlja predmet izvršenja (kao deo njegove imovine, ali i imovinske mase). To znači da fiducijant (protivnik osiguranja) na njoj nema izlučno pravo, već fiducijar<sup>95</sup> – što ukazuje na favorizovanje interesa ovog lica naspram njegovog saugovarača, što nije u skladu sa rešenjem ZV, koji dužnika smatra potonjim, konačnim vlasnikom stvari (i nosiocem izlučnog prava). U situaciji izvršenja ili stečaja nad imovinom fiducijanta, smatramo da fiducijaru ne bi trebalo priznati izlučno pravo, već je ispravnije tretirati ga kao titulara jedne realne garancije (poput zaloge), dakle kao nosioca razlučnog prava – sa pravom prvenstvenog namirenja iz tuđe opterećene stvari.<sup>96</sup>

### 3.6. PRESTANAK

Ako o dospelosti obezbeđeno potraživanje bude u celosti dobrovoljno namireno, ispunjen je raskidni uslov pravnog posla, pa prethodni vlasnik (poverilac) mora povratno preneti svojinu na potonjeg vlasnika (dužnika).<sup>97</sup> Sa prestankom potraživanja kao glavnog prava (na bilo koji zakonom predviđen način), načelno prestaje i sporedno (tzv. akcesornost realne garancije

karaktera, gde pomenuta ovlašćenja ima poverenik (što je atipično rešenje), za razliku od registrovanog oblika kao bezdržavinskog obezbeđenja (gde ova ovlašćenja ima poveravač).

92 Aleksandra Pavićević, 'Vrste i sadržina fiducijarnog prenosa svojine prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije' u: Snežana Soković (ed.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, (Pravni fakultet u Kragujevcu Institut za pravne i društvene nauke, 2022) 507.–521.

93 Čl. 36. ZZK.

94 Čl. 636. st. 1. Nacrta.

95 Čl. 321. OZ.

96 Povelakić (n 25) 239. Takvo rešenje je ujedno u skladu i sa hrvatskim stečajnim pravom u kome stečajni poverilac na ovakvoj stvari ima razlučno, a ne izlučno pravo.

97 Čl. 323. OZ.

u prestanku) jer ono nema svoj nezavisan i samostalan pravni cilj. Ipak, ostvarenjem uslova ili nastupanjem roka ostvario se samo materijalnopravni uslov za prestanak fiducijarne svojine, a kada je reč o upisima u zemljišne knjige, formalnopravno do prestanka ovog tereta na nepokretnoj stvari dolazi trenutkom ispisa fiducijarne svojine (i prethodnog vlasnika) iz nje.

Dejstvo tog povratnog prenosa je *ex tunc*, što znači da će se smatrati da je potonji vlasnik za sve to vreme bio jedini vlasnik, bez ikakvih ograničenja, a da je prethodni vlasnik u međuvremenu bio samo plodouživalac.<sup>98</sup> Sa druge strane, apsolutno dejstvo prestaje ispunjenjem ovog uslova *ex lege*, a sa njim i sva pravna raspolaganja prethodnog vlasnika preduzeta u međuvremenu. To znači da će i treća lica koja su stekla neka prava derivirajući ih od prethodnog vlasnika te stvari, ista izgubiti ostvarenjem uslova/protekom roka (osim za slučaj savesnog sticanja od strane trećeg). Suprotno, sva raspolaganja fiducijanta u međuvremenu osnažila su i imaju konačno dejstvo jer njegovo pravo svojine više ničim nije ograničeno.

Nacrt pak, sadrži odredbe o pojedinim načinima prestanka fiducijarne svojine, ali ne svim (pr. izostaje prestanak derelicijom, konsolidacijom) i to: prestankom potraživanja, odricanjem od ovog prava obezbeđenja, trajnim gubitkom državine; prenosom svojine i propašću stvari.<sup>99</sup>

#### 4. ZAKLJUČAK

Zemlje u tranziciji iz našeg okruženja proteklih decenija prilično su uspešno, a sadržinski različito odgovorile na izazov reforme nacionalnih prava realnog obezbeđenja potraživanja, između ostalog i normiranjem fiducijarnog prenosa svojine. Republika Srbija ovaj institut, za razliku od Republike Hrvatske, nije institucionalizovala (iako se primenjuje u praksi) – što smatramo propustom.<sup>100</sup> Reč je o pravu koje je efikasno jer podstiče privrednu aktivnost, pogoduje kreditorima, privlači strane investitore,<sup>101</sup> a odraz je slobode ugovaranja i autonomije volje stranaka.<sup>102</sup> Iako je u građanskom pravu dozvoljeno sve što zakonom nije zabranjeno, a u skladu je sa načelom savesnosti i poštenja te zabrane zloupotrebe prava, smatramo da fiducijarni prenos svojine ne bi smeo da bude predmet proizvoljnog i neujednačenog tumačenja sudske prakse i doktrine, pre svega u interesu pravne sigurnosti, a zatim i u privatnom interesu stranaka.

Pokušaj reforme srpskog građanskog prava proteklih decenija označila je izrada dva nacarta, pri čemu nijedan od njih nije u međuvremenu ozakonjen, ali čija rešenja treba vrednosno oceniti. U svakom slučaju, Predlog rešenja Prednacarta građanskog zakonika, u kom nije normiran ovaj institut, ne smatramo adekvatnim jer ne rešava nedoumice koje već duže postoje u prak-

98 Čl. 34. st. 4./1. ZV.

99 Čl. 648.–651. Nacarta.

100 Up. Atila Dudaš, 'O celishodnosti zakonskog uredjenja fiducijarnog prenosa svojine u pravu Srbije' (2014) 1 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 211.–215.; Nataša Hadžimanović, 'Kritički prilog 1 o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uredjenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi' (2012) 2 Nova Pravna Revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo, 32 i dalje.

101 Bojan Pajtić, 'Problem dopuštenosti fiducijarnog prenosa svojine u našem pravu' (2017) 1 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, 115.–126.

102 Ilija Babić, *Leksikon obligacionog prava* (2008) 83.

si. Sa druge strane, predlogom ranije izrađenog Nacrta zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima institut fiducijarne svojine jeste iscrpno uređen i stoga predstavlja dobar model za konačno zakonsko rešenje ove problematike jer je predloženi koncept moderniji i usklađeniji sa kursom razvoja evropskog prava realnog obezbeđenja. Za razliku od zaloge, ovaj institut je višefunkcionalan i efikasan te ga treba zakonom izričito dozvoliti, na način koji obezbeđuje pravnu ravnotežu kolidiranih interesa učesnika odnosa, a to su: 1) što brži i efikasniji postupak namirenja obezbeđenog poverioca; i 2) institucionalna zaštita prava dužnika i trećih lica.

Autori ocenjuju da je izabrani kurs hrvatskog ZV adekvatan, usklađen sa evropskom proširenom paletom realnog prava obezbeđenja potraživanja, oličenom u model pravilu DCFR te predstavlja dobar uzor u ovom smislu. Predmet prethodnog i potonjeg vlasništva u ZV je šire određen nego u DCFR – obuhvata i pokretne i nepokretne stvari, što smatramo razvijenijim rešenjem u odnosu na tradicionalni nemački model i celishodnim, u cilju šire mogućnosti zasnivanja ovog instituta u praksi, što je ujedno i rešenje ranije izrađenog srpskog Nacrta. Opredeljenje tvorca ZV da fiduciju normira kao modifikaciju svojine – uslovljene i vremenski ograničene – jeste zanimljivo, ali možda bi adekvatnije sistemsko mesto za nju bilo ono koje opredeljuje funkcija koju vrši – a to su stvarna prava obezbeđenja potraživanja, među kojima su joj založna prava najrodnija, ali ipak dovoljno različita, da bismo ovu realnu garanciju smatrali materijalnim stvarnim pravom *sui generis* (a ne modalitetom svojine ili zaloge). Pritom, rešenje po kome je ovaj institut u hrvatskom pravu normiran u manjem obimu materijalnim normama (ZV), a pretežnim delom procesnim (OZ), ne smatramo optimalnim, a ono ujedno objašnjava razlog što hrvatska doktrina izvodi zaključak o pravnoj prirodi ovog instituta – kao onoj koja je na granici između materijalnog i procesnog prava.<sup>103</sup>

Kao dobro rešenje ocenjujemo institucionalizovanje oba modaliteta fiducijarnog prenosa svojine, kako prema ZV, tako i u rešenju srpskog Nacrta, pri čemu je prednost neregistrovanog – diskrecija i sposobnost prikriivanja duga, a prednost registrovanog – pravna sigurnost trećih i transparentnost, u skladu sa autonomijom volje saugovarača. Pritom, smatramo boljim hrvatsko rešenje, u odnosu na rešenje Nacrta, po kom je u oba ova modaliteta – reč o bezdržavinskom pravu obezbeđenja. Pitanja koja bi po našoj oceni *de lege ferenda* trebalo rešiti u hrvatskom pravu su: 1) nepotpunost pravila o fiduciji i rasepkanost rešenja u dva propisa; i 2) neusaglašenost pravila o dejstvu i domašaju fiducijarnog obezbeđenja prema ZV (*lex generalis*) i OZ (*lex specialis*), pri čemu prevagu dajemo koncepciji ZV.

## BIBLIOGRAFIJA

1. Arandelović D, 'O fiducijarnim pravnim poslovima (1926) XVI (5–6) Arhiv za pravne i društvene nauke
2. Babić I, *Leksikon obligacionog prava* (Službeni glasnik, 2008)
3. Barbić J, 'Sudsko i javnobilježničko osiguranje prijenosom vlasništva na stvari i prijenosom prava' u Zborniku: *Novo ovršno i stečajno pravo* (Zagreb, 1996)
4. Bilušić Ramljak I, 'Prijenos prava vlasništva radi osiguranja' (2008) 29 Javni bilježnik



5. Čulinović Herc E, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika* (Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 1998)
6. De Groot S, 'Fiduciary Transfer of Ownership' in: Faber, W. & Lurger, B. (eds.), *Rules for the transfer of movables: a candidate for European harmonisation or national reform?* (Munich: Sellier. European Law Publishers, 2008)
7. Derleder P, Knops K, Bamberger H, *Handbuch zum deutschen und europäischen Bankrecht*, 2. Auflage, Springer (Berlin, Heidelberg, 2009)
8. Dika M, 'Fiducijarno osiguranje tražbine' (1998) 4673 Informator
9. Dudaš A, 'O celishodnosti zakonskog uređenja fiducijarnog prenosa svojine u pravu Srbije' (2014) 1 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
10. Đurđić T, 'Fiducijarni prenos prava svojine' (2011) 2 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
11. Đurović Lj, 'Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine' (1998) 10 Pravni život
12. Faber W, Proprietary Security Rights in Movables – European Developments: A Spotlight Approach to Book IX, DCFR (2014) 2 Juridica International, Law Review
13. Gams A, 'Nešto o fiducijarnim pravnim poslovima' (1960) 1–2 Anali Pravnog fakulteta u Beogradu
14. Gams A, 'Trast u angloameričkom sistemu prava' (1957) 5(3), Anali Pravnog fakulteta u Beogradu
15. Gavella N i drugi, *Stvarno pravo* (Informator, 1998)
16. Gavella N, 'O vlasništvu prenesenom radi osiguranja' (2004) 5247 Informator
17. Grundmann S, Trust and Treuhand at the End of the 20th Century, Key Problems and Shift of Interests (1999) 3 The American Journal of Comparative Law, 401–428.
18. Hadžimanović N, *Kritički prilog 1 o pitanju mogućnosti nekauzalnog i neakcesornog uređenja prava obezbeđenja – istovremeno ispitivanje poželjnosti fenomena fiducije u Jugoistočnoj Evropi* (2012) 2 Nova Pravna Revija, Časopis za domaće, njemačko i evropsko pravo
19. Jessel-Holst C, 'Reform des Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa' (2003) Das Budapester Symposium - Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas, Bremen
20. Helmholtz R, Zimmermann R, *Itinera Fiduciae: Trust and Treuhand in Historical Perspective* (Berlin, 1998) Duncker & Humblot
21. Hiber D, Živković M, *Obezbeđenje i učvršćenje potraživanja*, Pravni fakultet u Beogradu (Beograd, 2015)
22. Juhart M, 'Prenos lastninske pravice v zavarovanje' (1995) 1–3 Pravnik, Ljubljana
23. Kovačević Kuštrimović R i Lazić M, *Stvarno pravo* (Punta, 2009)
24. Larenz K, *Schuldrecht, Tom I, Allgemeiner Teil* (C. H. Beck München, 1979)
25. Lazić M, *Prava realnog obezbeđenja* (Punta, 2009)
26. Lazić M i Planojević N, 'Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore' (2011) 10 Pravni život
27. Mattei U, *The European Codification Process: Cut and Paste* (Kluwer Law International the Hague, 2003)
28. Matko-Ruzdjak J, 'Sudsko i javnobilježničko osiguranje tražbina na temelju sporazuma stranaka' (1997) *Godišnjak 4 – Aktualnosti hrvatskog zakonodavstva i pravne prakse*, Zagreb
29. Medić D, *Pravo obezbeđenja potraživanja* (Panevropski univerzitet Apeiron, 2013)
30. Medić D, 'Fiducijarni prenos svojine' (2019) 9 Godišnjak Fakulteta pravnih nauka, Banja Luka

31. Pajtić B, 'Problem dopuštenosti fiducijarnog prenosa svojine u našem pravu' (2017) 1 Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu
32. Pavićević A, 'Fiducijarni prenos svojine kao pravo realnog obezbeđenja potraživanja' (2020) XI (2) Glasnik prava
33. Pavićević A, *Pravo retencije* (doktorska disertacija, 2017)
34. Pavićević A, 'Pojam fiducijarnog prenosa svojine kao realne garancije' u: Vujisić, Dragan (ur.), *Sadašnjost i budućnost uslužnog prava*, (Pravni fakultet Kragujevac, Institut za pravne i društvene nauke, 2022)
35. Pavićević A, 'Tri atipična prava realnog obezbeđenja potraživanja u srpskom i u „mekom“ pravu Evropske unije' knj. 9 u: Soković S. (ur.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije*, (Pravni fakultet Kragujevac, Institut za pravne i društvene nauke, knj. 9, 2021)
36. Pavićević A, 'Vrste i sadržina fiducijarnog prenosa svojine prema Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije' u: Soković S. (ur.), *Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije* (Pravni fakultet u Kragujevcu, Institut za pravne i društvene nauke, knj. 10, 2022)
37. Petrović Z, 'Fiducijarni prenos prava vlasništva u praksi sudova Republike Srbije' u: *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, (Bremen, 2003)
38. Povlakić M, 'Stvarnopravna sredstva osiguranja na pokretnim stvarima u zemljama naslednicama bivše SFRJ' (2003) *Das Reform des Mobiliarsicherheitenrechts in Südosteuropa*, *Das Budapester Symposium – Beiträge zur Reform des Sachenrechts in den Staaten Südosteuropas*, Bremen
39. Povlakić M, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na besposjedovnu (registriranu) zalogu* (doktorska disertacija, 2001)
40. Radonjić A, 'Fiducijarni prenos prava svojine – jedna ili više svojina?' (2019) 1 Strani pravni život
41. Rašović Z, *Komentar Zakona o fiducijarnom prenosu prava svojine Crne Gore*, (Kulturno-prosvjetna zajednica Podgorica, 1996)
42. Reinicke D, Tiedtke K, *Kreditsicherung: durch Schuldbeitritt, Bürgschaft, Patronatserklärung, Garantie, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumsvorbehalt, Pool-Vereinbarungen, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, Hypothek und Grundschul*, Neuwied (Luchterhand, 2006)
43. Salma J, *Obligaciono pravo* (Naučna knjiga, 1988)
44. Salma J, 'Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja', 1998, 10, *Pravni život*
45. Salomons A. F, *Comparative Law and the quest for optimal rules on the transfer of movables for Europe*, 2(1) (De Gruyter, 2013)
46. Smith L. D, 'Trust and Patrimony' (2008) 2 *Revue Générale de droit*
47. Smits J. M, 'Draft Common Frame of Reference for a European Private Law: Fit for Purpose?' (2008) 15(2) *Maastricht Journal of European and Comparative Law*
48. Spaić V, *Osnovi građanskog prava*, Opšti dio (Veselin Masleša Sarajevo, 1961)
49. Staab H, *Sicherungsübereignung* (Wiesbaden, 2003), In: *Firmenkredite in der Bankrechtspraxis*, Gabler Verlag
50. Stojanović D, 'Prenošenje svojine u cilju obezbeđenja kredita' (1993) 5–6 *Pravni život*
51. Jörg Schmid, 'Die Entstehung von Gesetzen in der Schweiz' Bd. 78, H. 2 (April 2014) *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, [The Rabel Journal of Comparative and International Private Law], 329–345.

52. Šarkić N, Crnjanski V, 'Javni beležnik i fiducijarno obezbeđenje potraživanja' (2015) Zbornik radova XX Budvanski pravnički dani, Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva Beograd
53. Šmalcelj Ž, 'Fiducijarni ugovori (ugovori povjerenja) u imovinskom pravu (fides)' (1969) 2–3 Naša zakonitost, Zagreb
54. Tešić N, 'Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja' (2002) 10 Pravni život
55. Vladetić S, 'Osnovi trasta anglosaksonskog prava' (2011) LVIII Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu
56. Von Bar C i Clive E, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, Vol. 6* (Munich, 2009)
57. Vrenčur R, 'Fiducijarni prenos vlasničkog prava u osiguranje na pokretnim stvarima u novom slovenačkom pravu' u: *Budimpeštanski simpozijum Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, (Bremen, 2003)
58. Vučković M, 'Fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja u savremenom pravu' (2012) 62 Zbornik radova Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, 537.
59. Živković M, 'O reformi realnih prava obezbeđenja u jugoslovenskom pravu' *Budimpeštanski simpozijum, Doprinos reformi stvarnog prava u državama jugoistočne Evrope*, (Bremen, 2003)
60. Živković M, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti* (Beograd, 2010)
61. Živković M, 'Stvarnopravna obezbeđenja na nepokretnostima u Republici Srbiji' (2010) Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza – Prva regionalna konferencija, Cavtat
62. Webber H, *Kreditsicherheiten* (PU: Beck, C H, 1994)

## PROPISI I DOKUMENTI

1. Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 91/1996, 68/1998, 137/1999, 22/2000, 73/2000, 129/2000, 114/2001, 79/2006, 141/2006, 146/2008, 38/2009, 153/2009, 143/2012, 152/2014, 81/2015, 94/2017). (HR)
2. Ovršni zakon Republike Hrvatske (Narodne novine, broj 112/2012, 25/2013, 93/2014, 55/2016, 73/2017, 131/2020) (HR)
3. Zakon o zemljišnim knjigama Narodne novine, broj 63/2019, 128/2022 (HR)
4. Zakon o obligacionim odnosima Republike Srbije (Službeni list SFRJ, broj 29/1978, 39/1985, 45/1989 – odluka USJ i 57/1989, Službeni list SRJ, broj 31/1993, Službeni list SCG, broj 1/2003 – Ustavna povelja i Službeni glasnik RS, broj 18/2020) (RS)
5. Zakon o finansijskom obezbeđenju (SG 44/2018) (RS)
6. Zakon o izmenama i dopunama Zakona o izvršnom postupku (Služben vesnik, broj 59/2000) (MK)
7. Zakon o obezbeđenju potraživanja (Služben vesnik, broj 87/2007) (MK)
8. Zakon o fiducijarnom prenosu svojine (Službeni list Crne Gore, broj 23/1996) (ME)
9. Zakon o svojinsko-pravnim odnosima (Službeni list Crne Gore, broj 19/2009) (ME)
10. Stvarnopravni zakonik Republike Slovenije (Uradni list, broj 87/2002) (SI)
11. Švajcarski građanski zakonik iz 1907. god. (*Schweizerisches Zivilgesetzbuch*) (CH)
12. Švajcarski zakonik o obligacijama iz 1911. (*Schweizerisches Obligationenrecht*) (CH)

13. Prednacrt Gradanskog zakonika Srbije, dostupno na: <[https://www.paragraf.rs/nacrti\\_i\\_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html](https://www.paragraf.rs/nacrti_i_predlozi/280519-prednacrt-gradjanskog-zakonika-republike-srbije.html)> pristupljeno 20. 10. 2022.
14. Nacrt zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije iz 2011., dostupno na: <<http://www.ius.bg.ac.rs/prof/materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>>, pristupljeno 25. 10. 2022.
15. *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Principles, Definitions and Model Rules of European private Law (CCBE), C. von Bar, dostupno na: <[https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf)> pristupljeno 20. 09. 2022.

## SUDSKA PRAKSA

1. Rešenje Vrhovnog suda Srbije br. Rev 3708/2002 od 26. decembra 2002. god.
2. Vrhovni sud Srbije, Rev-347/96 od 16. oktobra 1996.
3. Apelacioni sud u Kragujevcu, Gž-228/10 od 2. februara 2010.
4. Presuda Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 263/97 od 29. januara 1997., Intermex.
5. Presuda Saveznog suda Gzs 19/94 od 24. septembra 1994., Zbirka sudskih odluka, knjiga 19. sveska 1. str. 98., Bilten sudske prakse privrednih sudova, broj 1/1998.
6. Odluka Ustavnog suda u Zagrebu br. U-III/10/2003, od 13. marta 2008.
7. Rešenje VSRH Rev 731/2009-2, od 25. avgusta 2010.
8. Rešenje Županijskog suda u Varaždinu Gž Zk 567/2022-2 od 17. avgusta 2022.
9. Presuda Županijskog suda u Puli ŽS Pu Gž 307/2007-2, od 09. marta 2009.
10. Rešenje Županijskog suda u Varaždinu Gž Zk 432/2021-2, od 11. oktobra 2021.

Tamara Đurđić Milošević\*

Aleksandra Pavićević\*\*

## FIDUCIARY TRANSFER OF OWNERSHIP IN CONTEMPORARY CROATIAN AND SERBIAN LAW

### Summary

The fiduciary transfer of property is a controversial institute of real law, dating back to Roman law, which has been revived and reshaped by modern practice. The institute, as a kind of conditional, content-limited property, has had its significant place in the Law on Property and Other Real Rights in Croatia for 25 years, as an atypical real guarantee that is functionally most similar to the right of lien. The subject of the paper is a comparative and axiological analysis of this institute in positive Croatian law and its status in Serbian law, whose positive regulations do not regulate this institute, but whose introduction is proposed by one of the two legal drafts. Considering the situation in Serbian judicial practice, which has been vacillating for a long time regarding the issue of the permissibility of this institute, and in doctrine - which generally recognizes it, the author's position is that this institute should be standardized in Serbian law *de lege ferenda*, for legal certainty, whereby the Croatian regulation represents a potential model. Hence, it is important to critically assess certain segments of this solution, starting with the question of origin, expediency, content, effect and legal nature. The final goal of the paper is to evaluate the adequacy of the compared solutions, as well as formulate proposals for regulating fiduciary property *de lege ferenda*, as part of the planned reform of the Serbian civil law, as well as of the harmonization of national solutions at regional level.

**Keywords:** *Real law, security right in rem, fiduciary property, previous and subsequent ownership*



This work is licensed under a Creative Commons

Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

\* Tamara Đurđić Milošević, PhD, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Jovana Cvijića 1, 34000 Kragujevac, Serbia. E-mail address: tdurdjic@jura.kg.ac.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3697-9591>.

\*\* Aleksandra Pavićević, PhD, Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac, Jovana Cvijića 1, 34000 Kragujevac, Serbia. E-mail address: apavicevic@jura.kg.ac.rs. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7915-6408>.