

Др Бојан Пајић, доцент
Правног факултета у Новом Саду

ХАРМОНИЗАЦИЈА ДОМАЋИХ ПРАВНИХ ПРОПИСА ИЗ ОБЛАСТИ ГРАЂАНСКОГ ПРАВА СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ – ФИДУЦИЈАРНО ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА

Сажетак: У овом ижекстју анализирани су фидуцијарни сјоразуми, који су, као врста ујовора, односно средствво обезбеђења облиационо-јравних јојраживања, рејулисани одредбама јојединих закона и кодификација у неким од земаља Евројске уније. Чак је и црнојорски законодавац усвојио јосебан закон који се односи на ове јравне јослове, али у срјском јраву фидуцијарни сјоразуми сјадају у домен неименованих ујовора. Фидуција своје корене вуче још из римској јрава и јредсјаваља јрву јознајју форму заложној јрава. Термин *fiducia* на лажинском значи – јоверење, јер су се ови јравни јослови заснивали, јре свеја, на јоверењу између ујоворних сјарана. Инсјајјуција јрасја обухваћена је овим радом, јер јредсјаваља анјосаксонски јандан фидуцијарном сјоразуму. Ејимолошки, јрасја (*trust*) има истјо значење као и *fiducia* – јоверење. Фидуцијарни сјоразуми, збој својих јојодносја, нису сјарани ни домаћој јравној јракси, јри чему јосјаје, како смо већ навели, јеоријска, али и јрактјична осјоравања до-јушјеносја овој јравној јосла, јри чему се осјоравања свде, јре свеја, на језу да се склајањем фидуцијарној сјоразума крши забрана ујоварања *lex commissoria* код заложној јрава. Међујим, образложио сам да разлике између ујовора о залози и фидуцијарних сјоразума невосмислено ујајују на закључак да се фидуцијарни сјоразуми не моју јрејираји као залоја, је су, сјаја, они дозвољени, односно, закључују се на основу начела слободе ујоварања као имјерајивне норме Закона о облиационим односима. Фидуцијарни сјоразум (у односу на реална средствва обезбеђења) јовериоцу јружа виши сјајен сјаурносја, скрајује јроцес најлаје нејовој јо-

и израживања, а јурџа и ирактичне поодности самом дужнику. У тексти су изнећи разлоти који говоре у ирилој иоме да би било оиорјино да и српски законодавац, у ироцесу хармонизације иравних иројиса из области ирађанској ирава са иравом Евројске Уније, реулише инстииути фидуцијарних сиоразума иосебним законом, иуради та у Закон о облигационим односима, или та учини делом будућеј Грађанској законика Рејублике Србије.

Кључне речи: *фидуцијарни сиоразум, обезбеђење иоираживања, залога, ираси*

Овај рад обрадиће фидуцијарне споразуме, који су, као правни посао, односно средство обезбеђења облигационоправних потраживања, доживели афирмацију у неким законодавствима¹ земаља Европске уније, али у српском праву спадају у домен неименованих уговора, односно у ону врсту контраката који, ни својим називом, нити садржајем, нису регулисани позитивноправним прописима.² И у земљама региона, наведени институт је почео да бива заступљен тек у законима донетим у периоду транзиције (при чему напомињем да фидуцијарне споразуме није познавао ни Српски грађански законик из 1844-те). Тако је у Црној Гори 1996-те године донет³ (и ступио је на снагу) Закон о фидуцијарном преносу права својине, чиме се и ова, нама данас суседна држава, придружила већини европских држава, који су ове правне послове одавно имплементирали у своје правне системе.

Одређене назнаке постојања фидуцијарног преноса својине затичемо и у нашем Закону о облигационим односима. Ова тврдња односи се, нажалост, само на фидуцијарну цесију потраживања, односно уступање потраживања ради обезбеђења главним уговором дефинисане престације дужника. Члан 445. Закона о облигационим односима истиче да – „кад је уступање извршено ради обезбеђења пријемниковог потраживања према уступиоцу, пријемник је дужан да се стара са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина о наплати уступљеног потраживања и да по извршеној на-

¹ Примера ради, Немачки грађански законик у параграфу 223. посредно дозвољава могућност фидуцијарног преноса својине, док Аустријски грађански законик и Француски грађански законик нису својим одредбама обухватили овај институт.

² Чак и у правним прописима донетим између два светска рата, фидуцијарни пренос као средство обезбеђења потраживања бива поменуто само посредно. Конкретно, такво опредељење затичемо у Стечајном закону из 1929-те године, у параграфу 10, ставу 3-ем, којим се истиче да: „Уколико овај закон што друго не наређује, вреде наређења о разлучним веровницима и за оне личне веровнике стечајног дужника, који су ради обезбеђења својих захтева стекли извесне предмете његове имовине, нарочито његове тражбине по књигама“.

³ Службени лист Републике Црне Горе, бр. 23/96.

плати, пошто задржи колико је потребно за намирење сопственог потраживања према уступоцу, овоме преда вишак.“ У наведеном случају предмет споразума представља облигационо, а не стварно право. Овакво одређење представља изузетак од правила, према коме предмет фидуцијарног споразума представљају покретне и, ређе, непокретне ствари (непокретности као предмет ових правних послова дефинисане су, примера ради, горе поменути црногорским Законом о фидуцијарном преносу права својине, који је увео и категорију тзв. „робног лагерa готових производа“, међу потенцијално подобне предмете фидуцијарног споразума). У сваком случају, пуноважност правног посла условљена је постојањем могућег, допуштеног и одређеног, односно одредивог предмета. Такву императивну норму затичемо у члану 47. Закона о облигационим односима, али и у упоредним континенталним грађанским законодавствима, односно кодификацијама.

У тексту ћу изнети више аргумената који говоре у прилог томе да би било опортуно (иако сугерисани поступак не представља формалну обавезу Србије на путу прикључења европској породици народа) да и српски законодавац, у процесу хармонизације правних прописа из области грађанског права са правом Европске Уније, регулише институт фидуцијарних споразума посебним законом, угради га у Закон о облигационим односима, или га учини делом будућег Грађанског законика Републике Србије.⁴

Пре него што уђем у дефинисање основних карактеристика и предности предметног правног посла, неопходно је, ради бољег разумевања теме, извршити и кратку анализу генезе фидуцијарног споразума. Ваља напоменути да фидуција своје корене вуче још из римског права, те чак представља прву познату форму заложног права. Истини за вољу, класична фидуција не би могла бити подведена под данашњу дефиницију заложног права, јер „ту не постоји основно потраживање које би ово ‘заложно право’ обезбеђивало“.⁵ Термин *fiducia* на латинском значи поверење, јер су се ови правни послови заснивали, пре свега, на поверењу између уговорних страна. Из римског права датира и *actio fiduciae* – тужба ради повраћаја ствари дужника која се у случају злоупотребе поверења могла подићи против заложног повериоца. Наиме, стране у овом правном послу закључивале су условну купопродају у форми манципације или ин јуре цесије. Власник је, у формалном смислу, могао да располаже предметним стварима, „али услед закљученог *pactum fiduciae* требало је да своје право врши ради заложних циљева“.⁶

⁴ Влада Републике Србије пре седам година донела је одлуку о формирању Комисије за израду Грађанског законика Републике Србије (Службени гласник 104/06), и од тада, тако именована Комисија ради на реализацији овог, за наше право, историјског подухвата.

⁵ Опширније: Brósz – Pólay, *Római jog*, Tankönyvkiadó, Budapest, 1976, стр. 362.

⁶ Види: Аранђеловић, *О фидуцијарним њравним њсловима*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 5-6/1926, стр. 340.

Данас, међутим, фидуцијарне споразуме дефинишемо као неименоване, акцесорне правне послове „код којих постоји разилажење економског и правног дејства“⁷, односно, у којима „једно лице – фидуцијант преноси једно право на друго лице – фидуцијара, и истовремено уговоре: прво, да фактичко економско дејство преноса буде уже него што је садржина пренетог права, и друго, да по постизању тога економског дејства фидуцијар то право врати на фидуцијанта“⁸.

Теорија, када говори о правној природи ових уговора, најчешће их вежује за реална средства обезбеђења потраживања, користећи, при том и терминологију која одговара оваквој квалификацији. Срећемо, тако, називе (који се понекад употребљавају као синоними за фидуцијарне споразуме) као што су: бездржавинска гаранција, мобилијарна хипотека, бездржавинска залога, и слично. У том смислу, многи теоретичари износе становиште „да је уговор о фидуцијарном преносу права својине реално средство обезбеђења потраживања, па тиме припада породици уговора о залози. Ближе одређивање тог права је бездржавинска залога за покретне ствари, а хипотека за непокретне ствари.“⁹ Опредељивање правне природе контракта значајно је да би се дефинисало које правне норме се примењују у случају спора, односно парничног поступка. Нека становишта, додуше малобројна, истичу да је „основни посао код фидуције сличан налогу, па фидуцијарни посао треба подвести под уговор о налогу“¹⁰. Међутим, прва школа мишљења је доминантна како у домаћој, тако и у страниј теорији. Следствено томе, и домаћи примениоци права, односно, судови, у више наврата доносили су пресуде у којима су истицали став да закључивање фидуцијарних споразума, према нашем Закону о облигационим односима, наводно није дозвољено, односно, практично су изједначавали забрањену клаузулу *lex commissoria* из заложног права са овим споразумима. Једна од теза коју желим да докажем овим радом је да фидуцијарна својина јесте институт *sui generis*, да је закључивање фидуцијарних споразума дозвољено на основу начела слободе уговарања, те да је *differentia specifica* предметних уговора (у односу на уговор о залози) – разилажење економског и правног дејства посла.

У континенталној правној пракси фидуцијарно обезбеђење потраживања представља чест и радо прихваћен механизам за којим повериоци по-

⁷ Тако: Ђуровић Љиљана, *Уговор о фидуцијарном ѡреносу својине*, Правни живот бр. 10/1998, стр. 812.

⁸ Шире: Гамс Андрија, *Нешћо о фидуцијарним ѡравним ѡсловима*, Анали Правног факултета у Београду 12/1960, стр. 22.

⁹ Опширније: Велимировић Михаило, *Уговор о фидуцијарном обезбеђењу ѡражбине*, Правни живот бр. 11/1998, стр. 532.

¹⁰ Шире: Стојановић Драгољуб, *Увод у ѡраћанско ѡраво*, Савремена администрација, Београд, 1981, стр. 152.

сежу да би заштитили своје овлашћење из неког правног посла. Фидуцијарни споразуми, због својих погодности, нису страни ни домаћој правној пракси, при чему постоје, како смо већ навели, теоријска, али и практична оспоравања допуштености овог правног посла, при чему се оспоравања своде, пре свега, на (горе изнету) тезу да се склапањем фидуцијарног споразума крши забрана уговарања *lex commissoria* код заложног права. Примера ради, Виши привредни суд у Београду изразио је став¹¹ да је склапање фидуцијарних споразума забрањено, односно огласио је ништавим правни посао на основу кога је дошло до преноса својинских овлашћења на непокретности. При томе је изнео следеће образложење: „Према становишту Вишег привредног суда, Врховног суда Србије и закључку Савезног суда број 2/93, одредбе уговора о преносу власништва којим заложена ствар прелази у својину повериоца, ако његово потраживање не буде намирено до доспелости, не уживају правну заштиту. Ништаве су одредбе уговора према коме су странке сагласне да давалац кредита стиче право својине на заложеној ствари уколико корисник о року утврђеном уговором не исплати доспеле рате. То значи да је ништава свака одредба уговора којом се у тренутку закључења уговора о залози на непокретној ствари (хипотека), предвиђа да ће заложена ствар прећи у својину повериоца, ако његово потраживање не буде намирено у моменту доспелости. Одредбом члана 973. став 1. Закона о облигационим односима предвиђено је да је ништава одредба уговора о залози, по којој ће заложена ствар прећи у својину повериоца ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, као и одредба да ће у том случају поверилац моћи по унапред одређеној цени продати заложену ствар или је задржати за себе. Према томе, правилан је став првостепеног суда да је уговор о преносу права власништва на непокретности ради обезбеђења потраживања ништав.“

Готово идентичан је и став Врховног суда Србије, утврђен пресудом Рев. 652/97. од 29. октобра 1997. године, којим се применилац права, поводом захтева за ревизију тужиоца, позива на исти, 973. члан Закона о облигационим односима, и износи да је: „на основу наведених чињеница пра-

¹¹ Погледај пресуду овог суда под ознаком: Пж 199/97 од 5. марта 1997. године. Наиме суд је, одлучујући по жалби на пресуду првостепеног суда (који је одбио тужбени захтев усмерен на утврђивање права банке да, ради намирења свог потраживања изврши продају непокретности примаоца кредита) – одбио жалбу и потврдио пресуду донету у првом степену. Сличан је став наведени суд исказао и у својој пресуди под ознаком Пж. 6539/95. од 9. новембра 1995. године, подводећи фидуцијарни споразум под уговор о залози, односно истичући да: „То што тужилац правни посао квалификује као фидуцијарни пренос својине на покретним стварима, који је све чешћи у свету а у последње време се користи и у нашој пословној пракси, није од утицаја. Ово стога, што се ради о преносу својине на заложеној ствари, заправо о уговору о залози, који институт је регулисан позитивним прописима.“

вилан закључак нижих судова да је уговор закључен између парничних странака, којим је тужени пренео право власништва на спорним непокретностима, као средство обезбеђења враћања кредита, ништав.“

Међутим, присталице тезе да су фидуцијарни споразуми у нашем праву забрањени, односно апсолутно ништави, пренебрегавају суштинску разлику између залоге и фидуцијарног споразума, као средстава обезбеђења потраживања. Она се огледа у томе, што се фидуцијарним споразумом преноси власништво на стварима дужника, и то у тренутку закључења правног посла, а не за случај изостанка измирења обавезе о доспелости. Са друге стране, законодавац је јасно истакао да се уговором о залози обавезује „дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилац могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости.“¹² Поређење ова два института доводи до јасног закључка да поверилац у моменту закључења фидуцијарног споразума постаје власник дужникове покретне ствари (ради стицања својине на непокретности неопходан је упис у Катастар непокретности), а у тренутку склапања уговора о залози, поверилац само стиче право да тражи од дужника да му преда у државину заложену ствар. Истовремено, пренос права својине, до кога долази склапањем фидуцијарног споразума, не подразумева и аутоматску обавезу преноса државине на ствари која представља предмет обезбеђења.

Наведене разлике између залоге и фидуцијарног обезбеђења потраживања јасно указују да се ради о два, у неколико елемената различита института, па због тога ни забрана уговарања *lex commissoria* не може бити аналогно примењена на ону врсту правних послова којим се овај рад преваходно бави. Фидуцијарни споразуми представљају посебну врсту контраката, које у домаћој правној пракси закључују уговорне стране, вођене начелима слободе уговарања, односно слободе уређивања облигационих односа. Овај правни посао не може се сматрати забрањеним, јер се не коси ни са једним когентним прописом, добрим обичајем, или јавним поретком уопште.¹³

У дистинкцији између наведених уговора крију се и неке од предности фидуцијарног обезбеђења потраживања у односу на друга стварна средства обезбеђења потраживања. Очигледно је да је, уколико закључи

¹² Види: Закон о облигационим односима, члан 966. став 1.

¹³ Закон о облигационим односима у члану 103. опредељује да су уговори који су противни принудним прописима, јавном поретку или добрим обичајима – ништави, ако циљ повређеног правила не упућује на неку другу санкцију или ако закон у одређеном случају не прописује нешто друго.

фидуцијарни споразум, поверилац у позицији да знатно брже наплати своје потраживање, него код других реалних средстава обезбеђења, јер је право својине на ствари пренето са дужника на њега у тренутку закључења правног посла. Дакле, овај правни посао пружа прилику повериоцу да „убрза, односно скрати поступак наплате свог потраживања из предмета обезбеђења“.¹⁴ Нема дилеме да фидуцијарно обезбеђење пружа и већу сигурност повериоцу, него заложно право на покретним или непокретним стварима. При том, уколико дође до преноса својинског овлашћења на покретној ствари, она по правилу, остаје у државини дужника. Ова околност погодује дужнику, (поготово ако се ради о некој машини или другој ствари погодној за привређивање), па тако дужник истом ствари може да обезбеди свој дуг, али да га, њеном употребом, и отплаћује.

Наш Закон о облигационим односима извршио је консесуализацију свих класичних реалних уговора, осим код две врсте правних послова. Изузетак је учињен код акцесорног уговора о капари, у односу на кога законодавац у члану 79. ЗОО наводи да се уговор сматра закљученим кад је капара дата, ако је у тренутку закључења уговора једна страна дала другој изванштан износ новца или извесну количину других замениљивих ствари као знак да је уговор закључен. Законодавац је одступио од горе наведеног правила и код законске залог, која се (*ex lege*) сматра уговореном (уколико дужник није извршио своју престацију у главним уговором дефинисаном року) код неких правних послова, као што су: уговор о делу¹⁵, уговор о превозу¹⁶, уговор о налогу¹⁷, уговор о контроли робе и услуга¹⁸, уговор о комисиону¹⁹ и други правни послови, код којих се, због природе контрак-

¹⁴ Опширније: Горавица, *Фидуцијарни пренос права својине*, Правни живот бр. 10/1997, стр. 77.

¹⁵ Види: ЗОО, члан 628: „Ради обезбеђења наплате потраживања накнаде за рад и накнаде за утрошени материјал, као и осталих потраживања по основу уговора о делу, посленик има право залог на стварима које је направио или оправио, као и на осталим предметима које му је предао наручилац у вези са његовим радом, све док их држи и не престане драговољно да их држи“.

¹⁶ У члану 679. ЗОО наглашено је да: „ради обезбеђења наплате накнаде за превоз и нужних трошкова које је учинио у вези са превозом, возилац има право залог на стварима које су му предате ради превоза, и у вези са превозом, док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима“. Принцип стицања заложног права је, како видимо, сличан као и код, малопре поменутог, уговора о делу.

¹⁷ Види: члан 763. Закона о облигационим односима.

¹⁸ Види: ЗОО, члан 853: „Ради обезбеђења уговорене или уобичајене накнаде и накнаде нужних и корисних трошкова вршилац контроле има право залог на роби која му је предата на контролу.“

¹⁹ Сличан је резон примењен и у члану 786. ЗОО, по коме: „комисионар има право залог на стварима које су предмет уговора о комисиону док се те ствари налазе код њега, или код неког који их држи за њега или док он има у рукама исправу помоћу које

та, нека дужникова ствар налази у поседу повериоца, при чему државина није успостављена да би на ствари било засновано неко заложно право). Међутим, класичан уговор о залози²⁰, према нашем Закону о облигационим односима, сматра се закљученим у тренутку када је дошло до сагласности воља уговорних страна, којом се успоставља обавеза дужника да преда повериоцу покретну ствар на којој има право својине, да би заложни поверилац био у прилици да се пре осталих поверилаца наплати из њене вредности. Дакле, никакве дилеме нема да је, ступањем на снагу Закона о облигационим односима, и уговор о залози у нашем позитивном законодавству стекао статус консенсуалног контракта, те да предаја ствари представља само престацију, која, по слову правног посла, има бити извршена у случају да дужник своју обавезу из главног уговора не исплати о доспелости. Према томе, у питању опредељивања тренутка склапања контракта, нема разлике између фидуцијарног споразума и залоге.

Слична се констатација може изрећи и у односу на карактер ових, по много чему сличних правних послова. Фидуцијарни споразум, као и уговор о залози, има акцесоран карактер, односно, следи правну судбину главног уговора. Међутим, постоји разлика између ова два контракта, односно фидуцијарног споразума закљученог ради обезбеђења потраживања, и других акцесорних правних послова, која се огледа у томе, што „његова пуноважност није толико условљена пуноважношћу или постојањем обезбеђеног посла, као код типичних акцесорних послова, колико од фактичких околности везаних за располагање фидуцијарног повериоца са предметом фидуције, односно у зависности је од поштовања фидуцијарног поверења.“²¹ Ова специфичност фидуцијарног споразума у односу на остале акцесорне уговоре, у непосредној је вези са чињеницом да се код ових контраката разлика економско и правно дејство посла.²² Наиме, приликом склапања фидуцијарних споразума, према доминантном ставу правних теоретичара, „једна странка уговором преноси на другу више правне власти него што тражи економска сврха посла. Ова раз-

може располагати њима. У другом ставу истог члана затичемо став да: „из вредности тих ствари комисионар може наплатити пре осталих комитентових поверилаца своја потраживања по основу свих комисионих послова са комитентом као и по основу зајмова и предујмова датих комитенту, без обзира на то да ли су настала у вези са тим стварима или неким другим“.

²⁰ Види: ЗОО, члан 966.

²¹ Види: Салма, *Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 387.

²² У италијанској доктрини затичемо дефиницију која (на сличан начин као и наша теорија) ово разликање дефинише као: „неслагање и нехомогеност између средстава и циља, или између усвојеног правног инструмента и практичне намере, којој теже уговорне стране“. Види: Lipari, „Il negozio fiduciario“, Milano, Dott. A Giuffrè editore, 1971, стр. 67.

лика између правне моћи и економског оправдања, односно потребе, јесте оно што је стицатељу поверено. Зависи од његовог поштења и свести о одговорности да ли ће он то поверење оправдати, или ће га изиграти. Заједнички разлог таквом диспаритету јесте очито тај да међу постојећим институтима одређеног правног система нема таквих који би задовољили странке у конкретном случају²³, односно у континенталном грађанском праву не постоји средство које пружа толико погодности повериоцу (које се огледају у високом степену успостављене сигурности и брзини наплате потраживања, односно скраћивању поступка наплате из предмета обезбеђења), али и дужнику (коме се указује могућност да користи ствар којом, истовремено, обезбеђује свој дуг према другој уговорној страни). Према томе, намеће се закључак да су странке „свесно оствариле своју вољу на постизање правних ефеката који се разликују од економских“.²⁴ Разилажење економског и правног дејства доводи чак и до тога да се фидуцијант назива економским, а фидуцијар правним власником ствари²⁵, јер, будући да ствар, по правилу, остаје у државини фидуцијанта, фидуцијар нема право да ствар (која представља средство обезбеђења) држи, користи, убира њене плодове, а фидуцијантова овлашћења се свODE на могућност употребе ствари, али не и на располагање њоме, јер је, на основу одредаба фидуцијарног споразума, фидуцијар постао њен власник. Практично, фидуцијар има „само правну моћ која се може претворити у – „праву својину“ ако дужник не плати свој дуг о доспелости.“²⁶ Уколико дужник у том року не измири своју престацију, фидуцијар (који у том тренутку бива ослобођен фидуцијарног ограничења на предмету) има право да, без икаквог судског или управног поступка, прода ствар и намири своје потраживање, или, једноставно, задржи ствар у својини.

У земљама чланицама Европске уније постоје два правна система. Континентално право (заступљено у већини држава Уније), које у основу почива на институцијама некадашњег римског права, а његове формалне изворе чине, пре свега, писани закони, односно кодификације и англосаксонско (прецедентно) право, чији превасходни формални извори јесу прецеденти (преседани), односно судска пракса. Због постојања два оваква правна система, поменућу у кратким цртама и институт који у англосаксонском праву у највећој мери асоцира на фидуцијарни спора-

²³ Опширније: Шмалцел, *Фидуцијарни уговори (уговори њовјерења) у имовинском праву*, Наша законитост, бр. 2/1969, стр. 120.

²⁴ Види: Борковић – Стојановић Душанка, *Својина ради обезбеђења њотраживања*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 381.

²⁵ Шире: Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном ѡреносу својине*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 823.

²⁶ *Ibidem* – стр. 824.

зум као уговор карактеристичан за континентално право и праксу. Институција траста представља англосаксонски пандан фидуцијарном споразуму. Чак и сам термин траст (енглески – *trust*) значи исто што и *fiducia* – поверење. Установљавању траста претходила је институција под називом *use*, која је омогућавала „пренос својине на једно лице с тим да га економски не користи за себе, већ, или за самог преносиоца или за неко друго лице“.²⁷ Овакав, фидуцијарни пренос, није омогућавао и правну заштиту у случају располагања које би било супротно циљу због кога је *use* успостављен. И код овог института, као и код фидуције у римском праву, заштита је, пре свега, моралног карактера, односно, спада у домен примене општег начела савесности и поштења. Оваква ситуација прекинута је 1536-те године, када је енглески краљ Хенри VIII донео „закон којим је све *use* претворио у формалну, од стране *common law*-а признату својину“.²⁸ Временом је израз траст потиснуо термин, односно институт *use*-а из правног промета.

Међутим, као што између прецедентног и континенталног система већ у самом начину конституисања позитивноправних прописа препознајемо читав низ разлика (што је потпуно логично, уколико се у обзир узме емпиријски и казуистички карактер англосаксонског права), тако се може направити и читав низ дистинкција између института фидуцијарног споразума и траста. Сходно томе, „судови су, током година, развили правила о трасту, из којих се може извести дефиниција траста, која одражава та правила и која нам омогућава да на уопштен начин сазнамо шта се подразумева под трастом.“²⁹ Из наведених правила произлази да траст представља „правни однос створен – *inter vivos* (за живота) или за случај смрти, од особе, оснивача, када се под контролу трастија ставља имовина, која се користи у корист бенефицијара или за одређену сврху.“³⁰ Дакле, стицалац својине управља њоме у корист трећег лица, при чему је ограничен сврхом која је дефинисана вољом оснивача траста. Пренета својина чини посебан фонд и није део имовине трастија, а он има овлашћења и дужности да имовином управља, да је употребљава или располаже њоме у складу са условима траста и обавезама прописаним законом. Као и код фидуцијарних споразума, и код трастија затичемо фидуцијарни карактер обавезе, која укључује обавезу управљања имовином траста у интересу корисника, или

²⁷ Опширније: Гамс Андрија, *Нешић о фидуцијарним њравним њсловима*, Анали Правног факултета у Београду, 12/1960, стр. 28.

²⁸ Погледај: Гамс Андрија, *Траст у ањло – америчком њраву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3/1957, стр. 302.

²⁹ Опширније о овоме види у системском делу: Hayton, „The Law of Trusts“, London, Sweet & Maxwell, 1993, стр. 6.

³⁰ Ibidem, стр. 6.

за добротворне, или друге дозвољене сврхе.³¹ Наиме, и фидуцијари су, како сам већ напоменуо, ограничени у том смислу што постоји облигационо-правна забрана располагања оном стварју која представља предмет фидуцијарног споразума - до тренутка доспелости обавезе дужника из главног уговора. Ако дужник не изврши своју престајацију у (правним послом) дефинисаном року, поверилац стиче право да ствар прода, па да се из добијеног износа намири, или да ствар задржи без икаквих ограничења. Јасно је да код обе установе, како код фидуцијарног споразума, тако и код траста, наилазимо на разилажење економског дејства с једне, и правног дејства, са друге стране, с тим што се континентални теоретичари често овакво разилажење оспоравају, сматрајући да се, ради о правно неприхватљивом, „ненормалном стању, симулованости, фиктивности.“³²

Постоје, дакле, сличности, али и значајне разлике између ова два института, које се јасно виде већ у начину њиховог заснивања. Наиме, „фидуција резултира из једног двостраног акта, из једног уговора између фидуцијанта и фидуцијара, док је траст давање на основу једног акта, који је обично једностран, неког добра од стране оснивача (*settlor*) у корист неког трећег лица (корисника, бенефицијара).“³³ Швајцарски теоретичари указују и на то да се значајна разлика између фидуцијарног споразума и траста може сагледати и кроз чињеницу да се „траст без тешкоћа може супротставити трећим лицима – што код фидуције није случај – јер како траст важи између страна, тако важи и у односу на трећа лица. Фидуција је *res inter alios acta* за треће.“³⁴ Поред већ наведених особености ова два института, напомињем да се они могу разликовати и са становишта њихове функције, односно разлога због ког уговорне стране посежу за једним, односно другим правним послом. Функција фидуцијарних споразума се, пре свега, огледа у фидуцијарном преносу својине ради брзог и ефикасног обезбеђења облигационоправних потраживања. Траст, међутим, обухвата значајно шири дијапазон функција, па тако ова институција може представљати замену за нека правна лица, старатеље, легат, ортаклук, а може служити и као средство обезбеђења потраживања.

Фидуцијарни споразуми у савременој економији добијају све више на актуелности, пре свега у областима као што је банкарство, јер омогућавају бржу реализацију наплате потраживања него реална средства обезбеђења,

³¹ Ibidem, стр. 4 - 6.

³² Опширније: Гамс Андрија, *Траст и унџло – америчком љаву*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3/1957, стр. 303.

³³ Погледај: Guisan, „La fiducie en Droit Suisse“, Association des juristes de langue Francaise, Paris, стр. 111.

³⁴ Ibidem, стр. 111.

(као што су залога или хипотека), али омогућавају и бољу позицију дужника који покретне ствари (које представљају предмет овог акцесорног правног посла) може да користи ради извршавања обавеза које су, тим истим предметом, обезбеђене. При томе, ваља напоменути да су реална средства обезбеђења погоднија од персоналних средстава, јер се „стварна средства обезбеђења имају предати повериоцу (на пример – предмет капаре), док се лична средства обезбеђења обећавају, оба у тренутку закључења уговора.“³⁵ Дакле, на реалним средствима обезбеђења поверилац има државину на ствари дужника, која је успостављена пре доспелости обавезе, чиме се установљава већа сигурност поверилаца, јер наплата њиховог потраживања не може бити у потпуности онемогућена у случају инсолвентности дужника. Ту врсту гаранције немају повериоци који су са својим дужницима уговорили неко персонално средство обезбеђења, јер, чак и у случају јемства, није немогуће замислити ситуацију у којој су и дужник и јемац постали инсолвентни. Међутим, чак и у односу на поменута реална средства обезбеђења, фидуцијарни споразум је супериоран, утолико што повериоцу пружа виши степен сигурности, скраћује процес наплате његовог потраживања, а пружа и практичне погодности самом дужнику. Због тога би имплементација овог института у наше позитивно право правним и физичким лицима омогућила неспорно коришћење бенефита које фидуцијарни споразум пружа обема уговорним странама.

³⁵ Види: Салма Јожеф, *Облигационо њраво*, Правни факултет у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 1999, стр. 391.

*Bojan Pajtić, Ph.D., Assistant Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Harmonisation of Domestic Legislation in the Field of Civil Law with the European Union Law – Securing of Claims by Means of Fiduciary Agreements

Abstract

This paper analyses fiduciary agreements, which, as a form of contract, that is the means of securing obligation and legal claims, are regulated by provisions of specific laws and codifications in some of the European Union countries. Even the Montenegrin legislator enacted a special law governing these legal matters, however in the Serbian law fiduciary agreements fall into the category of innominate contracts. Fiducia originates in the Roman Law and constitutes the first common form of the pledge law. The Latin term *fiducia* means „trust“, since these legal matters were, first of all, based on the trust between contractual parties. This paper addresses the institution of „trust“ as it is the Anglo-Saxon counterpart of the fiduciary agreement. Etymologically, „trust“ has the same meaning as the term fiducia - trust. Due to their advantages, fiduciary agreements are not even uncommon in the domestic legal practice, while there are certain, as we have already announced, theoretical, but also practical concerns arguing admissibility of this legal matter. These arguments mainly come down to the thesis (mentioned above) that entering into the fiduciary agreement results in violation of the ban on performance of contract *lex commissoria* in the pledge law. Nevertheless, I provided explanation that differences between contracts of pledge and fiduciary agreements clearly point to the conclusion that fiduciary agreements may not be treated as a pledge, hence they are admissible, that is, they are concluded on the principle of contractual freedom as an imperative norm of the Law on Obligations. Fiduciary agreements (in relation to the realistic means of security) offer to the creditor a higher level of security, reduce the period of payment of his claims, also providing practical benefits for the debtor himself. The paper presents the reasons supporting the view that it would be advantageous for the Serbian legislator, in the process of harmonisation of the legislation in the field of Civil Law with the European Union law, to regulate the institute of fiduciary agreements under the special law, integrate it into the Law on Obligations or make it a part of the future Civil Code of the Republic of Serbia.

Key words: fiduciary agreements, securing the claims, pledge, trust