NENAD TEŠIĆ

FIDUCIJARNI PRENOS SVOJINE KAO SREDSTVO OBEZBEĐENJA POTRAŽIVANJA

Iz sadržine spisa[1] se vidi da su dana 24. X 1994. godine, u cilju obezbeđenja bančinog potraživanja, stranke zaključile ugovor o prenosu vlasništva na pokretnim stvarima (dve mašine za proizvodnju rezane građe i jedne mašine za obradu lamperije) s tim da ih primalac vlasništva ostavlja na čuvanje prenosiocu vlasništva, a ovaj se obavezuje da iste neće otuđiti bez saglasnosti primaoca. Takođe je predviđeno, da ako prenosilac vlasništva (ovde tužilac) ne vrati dug sa svim kamatama i troškovima na dan dospeća po ugovoru, primalac vlasništva (ovde tuženi) ima pravo da bez posredstva suda, drugog organa ili prenosioca, proda opterećeno dobro i iz tako dobijenog iznosa naplati svoje potraživanje.

O prodaji navedenih pokretnih stvari primalac vlasništva će obavestiti prenosioca, sa pozivom da u roku od 15 dana obezbedi kupca. Ukoliko prenosilac vlasništva to ne učini, nema pravo prigovara uslovima prodaje koje je primalac vlasništva dogovorio sa kupcem.

Kod takvog stanja stvari prvostepeni sud je odbio zahtev tužioca za poništaj spornog ugovora uz obrazloženje da iz naziva ugovora kao i sadržine istog nedvosmisleno proizilazi da se radi o klasičnom fiducijarnom pravnom poslu, atipičnom sredstvu obezbeđenja, inače poznatom u našem pravu i poslovnoj praksi koji nije protivan prinudnim propisima i stoga nije nedozvoljen, te da prilikom zaključenja ugovora nije bilo zablude tužioca u pogledu pravne prirode ugovora, niti nesporazuma stranaka o prirodi tog ugovora, o osnovu ili o predmetu obaveze.

Nenad Tešić, asistent Pravnog fakulteta u Beogradu.

[1] Presuda Vrhovnog suda Srbije Prev. 347/96 od 16. X 1996. godine (iz arhive Suda).

»Preinačujući prvostepenu presudu i poništavajući u celini ugovor o prenosu vlasništva na pokretnim stvarima radi obezbeđenja potraživanja od 24. X 1994. godine, Viši privredni sud je bio mišljenja da se iz naziva odnosnog ugovora kao i njegove sadržine nedvosmisleno da zaključiti da je u konkretnom slučaju zaključena tzv. lex commissoria[2] tj. da je kod sklapanja ugovora koji u svojoj osnovi predstavlja zalogu na pokretnoj stvari (ručna zaloga), predviđeno da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno u momentu dospelosti«.

Vrhovni sud Srbije je takođe smatrao da je pravilno stanovište drugostepenog suda da su ugovori o prenosu svojine radi obezbeđenja kredita ništavi, ali je drugostepeni sud pogrešio kad je našao da je ceo ugovor ništav. »Odredbe čl. 973. ZOO i čl. 69. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa imaju zaštitni karakter te predvidaju ništavost ugovorne odredbe – tzv. lex commissoria. Otuda je bilo mesta poništavanju samo ugovorne odredbe o prenosu svojine na tuženog kao primaoca vlasništva, s obzirom da se u konkretnom slučaju radi o delimičnoj ništavosti«.[3] Predmet je vraćen drugostepenom sudu na ponovno suđenje, tj. drugostepenom sudu je naloženo da oceni može li predmetni ugovor opstati bez ništave odredbe i važiti kao neki drugi ugovor.[4]

Rasprava o dopuštenosti instituta fiducijarnog prenosa svojine u srpskom pravu otvara čitav niz pitanja: Kakva je pravna priroda fiducijarnog prenosa svojine i fiducijarnih poslova uopšte? Kako ih razgraničiti od simulovanih poslova? Mogu li se smatrati dopuštenim i pored razilaženja pravnog osnova i kauze? U kojoj meri je rizik sastavni elemenat fiducijarnog prenosa? U čijoj imovini se nalazi preneto pravo i kako se to odražava na eventualni stečaj jedne od ugovornih strana? U kakvom odnosu je fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja sa zabranom lex commissoria? Da li je nužno zakonom regulisati fiducijarni prenos ili je sasvim dovoljno priznati ga, u okviru slobode ugovaranja?

---

[2] Identičan stav sa pozivom na čl. 973. ZOO i čl. 69. ZOSPO postoji u presudi Vrhovnog suda Srbije Prev. 652/97 od 29. X 1997. godine, Bilten sudske prakse privrednih sudova, br. 1/1998, str. 108, kao i presudi Saveznog suda, Gzs. 19/94 od 24. IX 1994. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga 19. sv. I str. 98.

[3] Izgleda nesporno da čl. 973. ZOO predvida ništavost samo ugovorne odredbe o prenosu svojine na poverioca što odgovara i čl. 105. ZOO koji kaže da ništavost neke odredbe ugovora ne povlači ništavost i samog ugovora, ako on može opstati i bez ništave odredbe i ako ona nije bila ni uslov ni odlučujuća pobuda radi koje je ugovor zaključen. Važi dakle maksima – Korisno se štetnim ne kvari (Utile per inutile non vitiatur).

[4] Postupajući u skladu s tim, Viši privredni sud donosi rešenje kojim ukida raniju odluku prvostepenog suda. Da bi presudom Privrednog suda u Beogradu IV P. br. 1518/97 od 17. 9. 1997. godine bio usvojen preinačeni tužbeni zahtev tužioca, te delimično poništen čl. 2 Ugovora o prenosu vlasništva na pokretnim stvarima radi obezbeđenja potraživanja zaključen dana 24. X 1994. godine i to u delu ugovorne odredbe o prenosu svojine na tuženog kao primaoca vlasništva kao što je poništen i čl. 3. navedenog Ugovora. Postupak je okončan presudom Vrhovnog suda Srbije Prev. 508/98 od 1. XII 1998. godine kojom Sud reviziju tuženog odbija kao neosnovanu, odnosno prihvata pravna shvatanja privrednih sudova da zaključeni posao ne uživa pravnu zaštitu jer je suprotan čl. 973. ZOO.

Mi smo u ovom radu, vodeći računa o njegovom obimu i nameni, nastojali da se ograničimo na analizu sadržaja pomenute presude svesni da će veliki broj uočenih dilema ostati izvan našeg trenutnog delokruga. Ključno pitanje čije je rešenje i uslovilo konačan ishod ovog postupka pred Vrhovnim sudom Srbije po našem mišljenju glasi:

Da li je ugovor o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine u osnovi ugovor o zalozi?

a) Primalac vlasništva je zaključio sa Prenosiocem vlasništva Ugovor o kratkoročnom kreditu br. 44 od 24. X 1994. godine na iznos od 35.000,00 dinara sa kamatom po kamatnoj stopi od 15% god. od dana korišćenja kredita pa do dana dospelosti.[5]

b) Istog dana zaključen je i ugovor o fiducijarnom prenosu vlasništva gde se u čl. 2. kaže da radi obezbeđenja potraživanja Primaoca vlasništva po ugovoru navedenom u čl. 1. kao i po osnovu drugih ugovora koji su zaključeni ili će se zaključiti izmedu Primaoca vlasništva i Prenosioca vlasništva po kreditima, garancijama, avalima, akreditivima i drugim ugovorima o plasiranju bankarskih sredstava,[6] Prenosilac vlasništva prenosi vlasništvo Primaocu vlasništva na pokretnim stvarima, dve mašine za proizvodnju rezane građe BANSEK AS-800 i mašine za četvorostranu obradu drveta za lamperiju tipa FREZER-ravnalica.

c) Član 6. predmetnog ugovora sadrži klauzulu o ograničenju efekata prenosa (pactum fiduciae): »Ako Prenosilac vlasništva vrati dug na dan njegove dospelosti po Ugovoru iz čl. 1. i 2. odnosno pre prodaje po čl. 3. ovog Ugovora Primalac vlasništva će vratiti vlasništvo Prenosiocu vlasništva na prenetim stvarima po ovom Ugovoru, o čemu će Primalac vlasništva pismeno obavestiti Prenosioca«.

Ugovorom o zalozi obavezuje se dužnik ili neko treći (zalogodavac) prema poveriocu (zalogoprimcu) da mu preda neku pokretnu stvar na kojoj postoji pravo svojine da bi se mogao naplatiti iz njene vrednosti, ako mu potraživanje ne bude isplaćeno o dospelosti, a poverilac se obavezuje da primljenu stvar čuva i po prestanku svog potraživanja vrati neoštećenu zalogodavcu.[7]

Nasuprot tome, fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja predstavlja složen pravni odnos u kome se jedna strana fiducijant (dužnik, korisnik kredita) obavezuje da će zarad obezbeđenja postojeće ili budućih tražbina, preneti drugoj strani pravo svojine, po pravilu, na tačno određenim pokretnim stva-

[5] Nije na odmet primetiti da je kamata od 15% na godišnjem nivou razumna i da se posmatrana izdvojeno od ostatka ugovora ne bi mogla okarakterisati kao zelenaška.

[6] Načelo specijaliteta nalaže da glavno potraživanje i kamata budu precizno utvrđeni. Međutim banke u opštim uslovima poslovanja, često protežu dejstvo obezbeđenja i na buduća potraživanja prema klijentu nastala posle zaključenja ugovora o fiducijarnom prenosu, a dospela pre namirenja obaveze za koju je obezbeđenje dato. Videti D. Stojanović, Stvarno pravo, deveto izdanje, Kragujevac, 1998, str. 277.

[7] Videti čl. 966. Zakona o obligacionim odnosima.

rima, a druga strana fiducijar (poverilac, davalac kredita) se obavezuje da će po realizaciji nameravanog ekonomskog dejstva izvršiti retransfer, odnosno povrat tih stvari u svojinu fiducijanta.

Uočljivo je da ugovor o zalozi i ugovor o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine imaju isti cilj – obezbeđenje potraživanja ali i da sam naslov predmetnog ugovora i njegova sadržina na prvi pogled odgovaraju terijskom obrascu karakterističnom za fiducijarne poslove obezbeđenja: a) ugovor o kreditu; b) ugovor o fiducijarnom prenosu; v) ugovor (klauzula) o ograničenju efekata prenosa (pactum fiduciae).

Ishitreno zaključivanje u nauci kao organizovanoj i istinoljubivoj sumnji[8] je naročito opasno. Ugovorne strane mogu veštom formulacijom stvoriti privid jednog pravnog posla i tako prikriti drugi posao čije dejstvo zaista žele. Razmotrimo stoga još neke sporne detalje koji bi mogli ukazati na eventualnu simulaciju.

U čl. 2. stavu 4. predmetnog ugovora se kaže: »Primalac vlasništva ostavlja na čuvanje pokretne stvari po ovom Ugovoru Prenosiocu vlasništva koji se obavezuje da neće otuđiti iste bez saglasnosti Primaoca kao i da će sa stvarima postupati sa dužnom pažnjom.« Suprotno tome predaja založene stvari zalogoprimcu ili nekom trećem, predstavlja bitan uslov bez koga založno pravo ne može nastati.[9] Poslovni ljudi drže da je upravo deposedovanje dužnika najveći nedostatak tradicionalne zaloge i jedan od glavnih uzroka renesanse fiducijarnog prenosa svojine te stvaranja čitavog niza drugih atipičnih načina obezbeđenja (pactum reservati dominii[10], leasing[11], nedržavinska zaloga u obliku warranta i slično).

Ugovor o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine predviđa fiktivnu predaju constitutum possessorium.[12] Dužniku je omogućeno da normalno nastavi svoje poslovne aktivnosti. Otplata kredita je daleko izvesnija, a poverilac ne preuzima obavezu pažljivog čuvanja opterećenog dobra.[13] Namera stranaka da se na ovaj način ostvari zajednički interes je vidljiva i pored nesumnjivog rizika

[8] O nauci koja je oslobođena svake dogme prof. S. Perović, Tri zablude prepreke tržišnoj privredi i pravnoj državi, Besede sa Kopaonika, Beograd, 2000, str. 23.

[9] Videti čl. 968. Zakon o obligacionim odnosima.

[10] O prodaji sa zadržavanjem prava svojine videti čl. 540. (stav 1 i 3) Zakona o obligacionim odnosima: «Prodavac određene pokretne stvari može posebnom odredbom ugovora zadržati pravo svojine i posle prodaje stvari kupcu, sve dok kupac ne isplati cenu u potpunosti«, »Na pokretnim stvarima o kojima se vode posebne javne knjige može se zadržati pravo svojine samo ako je to predviđeno propisima o uređenju i vođenju tih knjiga«. Izričito regulisanje ovog načina obezbeđenja po našem mišljenju je samo argument više da se prizna dejstvo i obrnutom postupku – fiducijarnom prenosu svojine u cilju obezbeđenja.

[11] Videti čl. 550. ZOO »Pravila o prodaji sa obročnim otplatama cene važe i u slučaju drugih pogodaba koje imaju istu suštinu, kao što je, na primer ugovor o zakupu sa odredbom da će stvar koja je data u zakup preći u svojinu zakupca ako bude plaćao zakupninu za određeno vreme.«

[12] Videti: § 930 NGZ, čl. 34. stav 4. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

[13] Ova obaveza je kod ugovora o zalozi naročito naglašena. Videti: § 317. SGZ i čl. 975. ZOO.

koje ovo sredstvo obezbeđenja donosi. Nedostatak državine kao prirodnog sredstva obznanjivanja prava na pokretnim stvarima[14] predstavlja veliku nezgodu za primaoca vlasništva.[15] Formalno – pravno on stiče svojinu sa dejstvom erga omnes međutim u unutrašnjem odnosu prema samom prenosiocu mogućnost primaoca vlasništva da raspolaže opterećenim dobrom je bitno ograničena. Ako prenosilac vlasništva uredno isplati tražbinu, primalac je dužan da mu stečeno pravo svojine ponovo vrati. Otuda nije sasvim bez osnova tvrdnja da se prihvatanjem instituta fiducijarnog prenosa narušava načelo numerus clausus stvarnih prava.[16]

Sud se ovom prilikom ne upušta u teorijske rasprave oko dopuštenosti fiducijarnog prenosa i po našem mišljenju ispravno zaključuje da je u konkretnom slučaju svojina zaista preneta.

Naravno da se ova činjenica ne sme posmatrati izdvojeno u odnosu na čl. 3. predmetnog ugovora kojim je jasno definisan cilj takvog prenosa: »Ukoliko Prenosilac vlasništva ne vrati dug sa svim kamatama i troškovima na dan dospeća, Primalac vlasništva ima pravo da sam bez posredstva suda ili drugog organa ili Prenosioca vlasništva proda prenete pokretne stvari iz čl. 2 ovog Ugovora i da iz dobijenog iznosa kupoprodajne cene naplati svoje potraživanje«. Ugovorom o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine zaobilazi se načelo oficijelnosti[17] koje važi u našem založnom pravu. Primalac vlasništva stiče svojinu koja mu omogućava da se naplati iz vrednosti opterećenog dobra bez posredstva suda ili drugog organa. Kod takvog stanja stvari Sud donosi odluku da je predmetni ugovor koji je prethodno okarakterisao kao ugovor o zalozi, delimično ništav usled ugovaranja nedozvoljene klauzule lex commissoria:

---

[14] M. Orlić, Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga – Predlog za najpogodniju vrstu javnih registara nepokretnosti za XXI vek, Pravni život, br. 12/2000, Tom IV str. 5.

[15] U skladu sa načelom sticanja a non domino, treće lice koje nije znalo, odnosno prema okolnostima slučaja nije moglo da zna da osoba sa kojom je zaključilo ugovor nije vlasnik, ipak stiče pravo svojine. Videti: čl. 221. SGZ i čl. 31. Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa.

[16] Čine se ipak da dominira mišljenje po kome je ugovor o fiducijarnom prenosu dovoljan osnov za sticanje svojine u punom obimu, dok su ovlašćenja koja fiducijant zadržava u odnosu na opterećeno dobro isključivo obligacione prirode. D. Aranđelović, O fiducijarnim pravnim poslovima, Arhiv za pravne i društvene nauke, knjiga XXX, br. 5–6/1926, str. 348; J. Salma, Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, Pravni život br. 10/1998, str. 389.

[17] Ako poveriočevo potraživanje ne bude namireno o dospelosti poverilac može zahtevati od suda odluku da se stvar proda na javnoj prodaji ili po tekućoj ceni ako stvar ima berzansku ili tržišnu cenu (čl. 980. ZOO). Međutim, ako dužnik nije namirio o dospelosti potraživanje iz ugovora u privredi, poverilac nije dužan obraćati se sudu, nego može pristupiti prodaji založene stvari na javnoj prodaji po isteku osam dana od upozorenja učinjenog dužniku kao i zalogodavcu kad to nije isto lice, da će tako postupiti (čl. 981 ZOO). Vidimo da kod ugovora u privredi zalogoprimac takođe može naplatiti svoje potraživanje iz predmeta zaloge bez posredstva suda, pa se postavlja pitanje razloga zbog kojeg ugovorne strane posežu za fiducijarnim prenosom svojine. Razlika je očigledna i ogleda se u mogućnosti fiducijanta da i dalje ostane neposredni držalac opterećenog dobra, koristi ga za svoje poslovne aktivnosti i tako mnogo lakše otplati dobijeni kredit.

»Ništava je odredba ugovora o zalozi da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i odredba da će u tom slučaju poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe«.[18]

Razlozi postojanja jedne ovakve zabrane su jasni. Onaj kome je potreban novac se nalazi u stanju nužde, što mu, najblaže rečeno, oduzima mogućnost da ravnopravno pregovara.

Najčešće u velikoj nevolji, pritisnut ranijim dugovima, on pristaje na sve pa čak i na ove izrazito nepovoljne ugovorne odredbe. Sankcija ništavosti pogađa komisornu klauzulu ne samo zbog mogućnosti zelenaške zloupotrebe podređenog položaja dužnika. Time se štite i interesi ostalih dužnikovih poverilaca kojima više odgovara da se založena stvar proda, pa da se oni namire iz eventualnog viška vrednosti, nego da založena stvar, ovim jednostavnim potezom dužnika, postane vlasništvo samo jednog poverioca.

Po zaključenju ugovora o zajmu dužnikov položaj postaje znatno povoljniji. On se na neki način oslobađa pritiska i mnogo realnije sagledava opasnosti kojima je izložen. Otuda je teorija sklona smatrati pravno valjanom onu komisornu pogodbu koja je nastala naknadno.[19]

Dilema je samo gde povući vremensku granicu te dozvoljenosti. Naša sudska praksa drži da tek dužnik koji padne u docnju tačno zna na čemu je, pa je sporazum po kome bi zalogoprimac mogao prisvojiti dužnikovu stvar dopušten samo nakon dospelosti potraživanja.[20]

Možemo li pravilo o zabrani lex commissoria koje se na prvi pogled direktno protivi samoj ideji fiducijarnog prenosa svojine[21] u cilju obezbeđenja primeniti i na ovaj institut, odnosno da li je paralelno postojanje ugovora o fiducijarnom prenosu i zabrane lex commissoria ipak moguće?

Ugovorom o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine je predviđeno sledeće: »Ako prodajom prenetih stvari po ovom ugovoru Primalac vlasništva ostvari veći iznos od njegovog ukupnog potraživanja po ugovoru koji je naveden u čl. 1. i po osnovu drugih ugovora o plasiranju bankarskih sredstava iz čl. 2. ovog Ugovora, Primalac vlasništva se obavezuje da razliku vrati Prenosiocu vlasništva«.

---

[18] Videti: čl. 973. Zakona o obligacionim odnosima.

[19] M. Orlić, Komentar zakona o obligacionim odnosima (u redakciji B. Blagojević–V. Krulj) knjiga II, Savremena administracija, Beograd, 1980, str. 568.

[20] Rešenje Vrhovnog suda NR Bosne i Hercegovine Gzz. 13/57 Zbirka sudskih odluka, knjiga II, sv. 1 odluka br. 80.

[21] U engleskom pravu takođe postoji zabrana ugovaranja komisorne klauzule, ali ne važi načelo oficijelnosti kod zaloge. Nakon dužnikove docnje, založni poverilac, kao zalogodavčev agent može sam da proda založenu stvar. A. Jakšić, Obezbeđenje izvršenja obaveza u međunarodnom privatnom pravu, Beograd, doktorska disertacija, 1989, str. 81.

Da li je u konkretnom slučaju ugovorena tzv. lex commissoria ako se svojina prenosi odmah a ne nakon dospelosti potraživanja, ako je poverilac ovlašćen samo da opterećeno dobro izloži javnoj prodaji kako bi naplatio svoje potraživanje,[22] a nema mogućnost da ga po unapred određenoj ceni proda ili zadrži kao definitivni vlasnik. Ima li očigledne nesrazmere uzajamnih davanja[23] ako ugovorne strane po svemu sudeći poštuju pravilo o obavezi vraćanja viška vrednosti nakon unovčenja opterećenog dobra?[24]

Ne vodeći mnogo računa o ovim argumentima, Sud zaključuje da i pored privrednog interesa da se pronađe pravi put da pokretne stvari postanu sredstvo obezbeđenja kredita i time postanu izvor kreditiranja za sada nema zakonodavne osnove za prihvatanje prakse fiducijarnog prenosa svojine na pokretnim stvarima radi obezbeđenja potraživanja.

Pravna sigurnost i sprečavanje mogućih zloupotreba podređenog položaja dužnika predstavljaju zaista valjane razloge koji uslovljavaju takvo razmišljanje Suda. Ostaje međutim dilema da li je takav pristup i jedini,[25] u kojoj meri odgovara potrebama savremenog prometa te želji naše države da privuče strane investitore ? Fiducijarni poslovi u zemljama kontinentalne pravne tradicije uglavnom nisu izričito regulisani.[26]

Nemački građanski zakonik ih sasvim posredno pominje u § 223. st. 2: »Ako je za obezbeđenje jednog zahteva (Anspruch) preneto neko pravo ne može se tražiti povraćaj prava na osnovu toga što je zahtev zastareo«. Kreditna praksa nemačkih

[22] Dužniku je data mogućnost da u roku od 15 dana obezbedi kupca, a tek nakon toga poverilac može pristupiti organizovanju javne prodaje. Ova odredba po našem mišljenju pruža fiducijantu sasvim pristojnu garanciju da opterećeno dobro prilikom prodaje neće biti potcenjeno.

[23] Očigledna nesrazmera uzajamnih davanja predstavlja objektivnu komponentu zelenaških ugovora (čl. 141. ZOO), kao i uslov da oštećena strana zahteva poništaj ugovora usled prekomernog oštećenja (čl. 139. ZOO). Kako u konkretnom slučaju nije narušeno načelo ekvivalentnosti stanovište da je predmetni ugovor iz navedenih razloga ništav se teško može braniti.

[24] O nephodnosti analogne primene odredbi založnog prava tj. obavezi vraćanja eventualnog viška vrednosti nakon unovčenja predmeta zaloge videti mišljenje prof. M. Orlića izneto na stručnom savetovanju »Instrumenti obezbeđenja i naplata potraživanja« u organizaciji Udruženja pravnika Srbije i Beogradske banke u Aranđelovcu, 19. i 20. maja 1995, Pravni život 5-6/95, str. 58.

[25] Još je prof. Konstantinović ukazao na sve nedostatke takvog tumačenja zakona metodom tzv. pravnih konstrukcija, koja je u nas dominantna i koje se, sve su prilike, teško možemo osloboditi. Po njegovom mišljenju bilo bi mnogo prostije kada bi sudija konstatovao šupljinu u zakonu, te svoje odluku zasnovao na rezonovanju pomoću elemenata koji se nalaze izvan zakona, usvajajući pri tom »ono rešenje čiji ekonomski, socijalni i moralni efekti najbolje odgovaraju potrebama sredine«. M. Konstantinović, Metode pravnih konstrukcija i slobodnog istraživanja prava, Pravna misao, 1937, III, br. 11–12, str. 571–574.

[26] Zakon o fiducijarnom prenosu prava svojine »Službeni list Crne Gore« 23/96 u tom pogledu predstavlja izuzetak. Primena ovog Zakona u Republici Crnoj Gori je u najmanju ruku još jedna potvrda da ugovor o fiducijarnom prenosu svojine nije protivan saveznim zakonima koji regulišu osnove stvarno – pravnih i obligacionih odnosa.

banaka (i pored zabrane lex commissoria)[27] ipak obiluje fiducijarnim poslovima,[28] te se pravi razlika između fiducijarnog prenosa svojine (Sicherungsubereingung)[29] i cesije potraživanja radi obezbeđenja (Sicherungsabtretung).[30] Sudovi u ovim zemljama jednostavno gledaju na fiducijarne poslove kao na izraz autonomije volje ugovornih strana. Takva tendencija se može uočiti i u odlukama naših sudova ali pre prekida kontinuiteta sa pravnim propisima Kraljevine Jugoslavije.

U jednoj presudi[31] iz tog perioda Kasacioni sud u Beogradu, rezonuje na sledeći način:

»Ovakav prenos svojine u cilju obezbeđenja, poznat pod imenom fiducijarnog prenosa, nije zasnovan na fiktivnom ugovoru, kako to proizilazi iz presude prizivnog suda, niti je taj prenos bez pravnog osnova, kao što tvrdi prvostepena presuda, već je to potpun i punovažan prenos. Razlozi prizivnog suda da je ugovor o fiducijarnom prenosu fiktivan, ne stoje jer kod ovog ugovora nema nikakve skrivenosti, niti je u stvari zaključen neki drugi ugovor. Naprotiv, stranke su baš htele, da izvrše prenos imanja onako, kako je u ugovoru naznačeno, označujući čak i cilj u kome to čine. Neosnovan

[27] Videti § 229. NGZ.

[28] Nemačka preduzeća su u 1980. godini uzela kratkoročnih i srednjoročnih kredita (kod kojih se ova sredstva obezbeđenja uglavnom koriste) u iznosu od 234 milijarde maraka D. Stojanović, Stvarno pravo, str. 272. Dok o zastupljenosti ovog sredstva obezbeđenja u Švajcarskoj dovoljno govori podatak da je samo u 1993. godini na osnovu fiducijarnog prenosa obrnuto 285 milijardi franaka. Lj. Đurović, Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, Pravni život br. 10/1998, str. 822.

[29] Kako je u nemačkom pravu prenos svojine zaseban, apstraktan pravni posao (§ 229. NGZ) dopuštenost fiducijarnog prenosa uopšte nije sporna. Mnogo je teže dati njegovo teorijsko opravdanje polazeći od Austrijskog građanskog zakonika. Po ovoj koncepciji koja je prihvaćena i u našem pravu za prenos svojine je neophodan iustus titulus (pravni osnov) i to u kauzalnoj vezi sa modus aquirendi (načinom sticanja u užem smislu). Ipak, ekonomska nužnost i potrebe prometa su se pokazale daleko jačim u odnosu na sve eventualne argumente koji bi se mogli istaći protiv fiducijarnog prenosa. O tome svedoči i § 10. austrijskog zakona iz 1914. te njegov odgovarajući prevod sadržan u § 10 st. 3 našeg stečajnog zakona iz 1929. godine: «Ukoliko ovaj zakon što drugo ne naređuje, vrede naređenja o razlučnim verovnicima i za one lične verovike stečajnog dužnika, koji su radi obezbeđenja svojih zahteva stekli izvesne predmete dužnikove imovine, naročito njegove tražbine po knjigama«.

[30] Ustupanje potraživanja radi obezbeđenja poznaje i naš ZOO (čl. 445) «Kada je ustupanje izvršeno radi obezbeđenja prijemnikovog potraživanja prema ustupiocu, prijemnik je dužan da se stara sa pažnjom dobrog domaćina o naplati ustupljenog potraživanja i da po izvršenoj naplati, pošto zadrži koliko je potrebno za namirenje sopstvenog potraživanja prema ustupiocu, ovome preda višak«. Cesija radi obezbeđenja potraživanja istina ne zasniva stvarno – pravni odnos poverioca prema dužnikovim dobrima ali je njeno izričito regulisanje jedan od argumenata da se prizna dejstvo i fiducijarnom prenosu svojine koji takođe pripada grupi poslova zasnovanih na poverenju (Treuhandgeschafte). Gerhard Frotz, Aktuelle Probleme des Kreditsicherungsrechts, Gutachen, Wien, 1970, str. 108.

[31] Presuda I grad. veća Kasacionog suda od 31. III 1938. g. Rev. 69/38, Tihomir I. Ivanović, Branič, 1938, str. 311–314. Bez obzira što sudska praksa kod nas formalno nije izvor prava (čl. 96. stav1. Ustava Republike Srbije) smatramo da je Vrhovni sud Srbije prilikom ocene punovažnosti predmetnog ugovora od 24. X 1994. godine nedovoljno obratio pažnju na navedenu odluku Kasacionog suda dajući istovremeno preveliki značaj presudi Saveznog suda Gzs. 19/94 iako je potpuno jasno da je predmet spora pred Saveznim sudom ugovor o zalozi na poslovnom prostoru kojim je predviđeno da će založena stvar preći u svojinu poverioca ali tek ako dužnik po dospelosti ne izvrši svoju obavezu. Presuda Saveznog suda Gzs. 19/94 od 24. IX 1994. godine, Zbirka sudskih odluka, knjiga 19. sv. I str. 98.

je takode i razlog, da ovaj prenos u smislu čl. 226. gr. zak. nema osnova, te da ne može zasnovati pravo svojine, jer sam ugovor o fiducijarnom prenosu čini pravni osnov-titulus za sticanje prava svojine«.

Smatramo da se nakon svega izrečenog može zaključiti sledeće:

Pošto se ugovorne strane rukovode zajedničkim interesima (obezbeđenje potraživanja), a ne željom da izigraju zakonske norme ili nekog trećeg, ovde se ne radi o simulovanom pravnom poslu. Javnost je upoznata sa onim što stranke hoće, što jeste i što postoji, drugim rečima nema prividnog zaključenja simulovanog posla radi prikrivanja drugog disimulovanog posla, čije se dejstvo, u stvari, jedino i želi, dakle nema povrede prinudnih propisa, javnog poretka i dobrih običaja.

Ugovor o fiducijarnom prenosu vlasništva od 24. X 1994. godine nije ugovor o zalozi i ne stoji tvrdnja da je protivan pravilu o zabrani lex commissoria.

NENAD TEŠIĆ,
Assistant, Faculty of Law, Belgrade

FIDUCIARY TRANSFER OF PROPERTY AS A FORM OF SECURING CLAIMS

Summary

Fiduciary transfer of property is a security agreement conected with credit protection, which is often used in commercial practice of well-developed West European countries, especially in Germany, Switzerland and Austria. This kind of agreement offers a lot od advantages for both creditors and debtors. Creditor (after this agreement – owner) is well protected and debtor can continue to use object of security for business purposes and because of that he can repay his credit in an easy way.

This article analyses the possibility of application of fiduciary transfer of property in Serbian law. In the centre of attention is a decision of the Supreme Court of Serbia in which fiduciary transfer of property is seen as a pledge which containing the disallowed *lex commissoria* and is in conflict with article 973 of the Law of Contract and Torts. The author gives us the reasons for and against (pro et contra) this court opinion and at the end concludes that fiduciary transfer of property is permissible and in accordance with the autonomy of contract ting parties, unless it conflicts with public policy, mandatory rules and good customs.