

FIDUCIJARNI PRENOŠ PRAVA SVOJINE. JEDNA ILI VIŠE SVOJINA?

Sažetak

Fiducijarni prenos prava svojine se širi u kontinentalno-pravnim sistemima pod uticajem trasta shvaćenog kao podela svojine između poverenika i beneficijara ili utemeljivača trasta. Na primerima Kvebeka, Francuske i Nemačke pokazujem na koje sve načine ovi sistemi izlaze na kraj sa idejom podele svojine koja se kosi sa unitarnim konceptom svojine koji vlada u kontinentalno-pravnim sistemima. U Kvebeku i Francuskoj se pribegava konstruktima poput ničije imovine i nejasnim rešenjima u pogledu toga ko ima pravo svojine na poverenoj imovini, dok se u Nemačkoj jasno vidi da prenosilac ili beneficijar ne mogu imati ništa drugo do obligaciono pravo prema povereniku koji je punopravni vlasnik poverenih stvari. Takođe se stiče utisak da se više računa vodilo o zaštiti fiducijarne imovine od poverilaca obe strane u odnosu, a manje o zaštiti interesa prenosioca, odnosno beneficijara u odnosu na poverenika. Moj stav je da prenosiocu, odnosno beneficijaru treba priznati suprotstavljivo pravo spram poverenika i svih trećih sticalaca poverene svojine, a da se to može jedino podelom svojine između lica u odnosu, tj. nastankom dve vrste svojine po fiducijarnom prenosu prava svojine.

Ključne reči: *trast, fiducija, svojina, fiducijarni prenos prava svojine.*

1. Uvod

Fiducijarni prenos prava svojine je u kontinentalno-pravnim sistemima doživio ekspanziju. Tako se, na primer, u Nemačkoj van kodifikacije građanskog prava (BGB-a) razvio institut trojhand (*Treuhand*) (De Groot, 2008, p. 167), u Francuskoj je 2007. godine u *Code Civil* unet institut fiducije (De Groot, 2008), u Rumuniji takođe, i to po ugledu na francuski model (Tuleaşcă, 2011, p. 157), kao i u Kvebeku (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1260 & al.), a od zemalja bivše Jugoslavije fiduciju u svrhe obezbeđenja regulisale su Crna Gora i Slovenija (Đurić, 2011, p. 476). Kao razlog te ekspanzije navodi se internacionalizacija trasta (*trust*) i uticaj tog procesa (Howard, 2006, p. 344). Tvrdi se da trast zbog svoje fleksibilnosti i jednostavnosti predstavlja popularan i poželjan instrument

* Doktor pravnih nauka, asistent na Pravnom fakultetu Univerziteta Union u Beogradu,
e-mail: aleksa.radonjic@pravnofakultet.rs

za upravljanje imovinom u različite svrhe (Vladetić, 2011, pp.122-124). Katalizator tog procesa je sasvim izvesno i Direktiva Evropskog parlamenta i Saveta o finansijskim kolateralima (Directive 2002/47/EC). Pod uticajem ove direktive je 2018. godine u pravo Srbije uveden fiducijarni prenos prava svojine na finansijskim instrumentima u svrhe obezbeđenja (Zakon o finansijskom obezbeđenju, 2018, čl. 2, st. 1, tač. b). U tom smislu korisno je uporediti čl. 2, st. 1, tač. b Direktive sa navedenom odredbom Zakona o finansijskom obezbeđenju. Pored toga, u Predlogu ovog zakona predlagač je nedvosmisleno rekao da se ovim propisom uvodi fiducijarni prenos prava svojine u pravo Srbije (Predlog Zakona o finansijskom obezbeđenju, p. 16). Konačno, i u stranoj literaturi se nailazi na stav da čl. 2 Direktive, koji je transponovan u navedenu odredbu našeg zakona, uvodi upravo fiducijarni prenos prava svojine (Van Erp & Akkermans, 2010, p. 179).

S druge strane, zbog specifičnosti pravnog sistema iz kojeg potiče, trast je teško preslikati bez ostatka u kontinentalne pravne sisteme. Naročito kada se u obzir uzme uobičajeno poimanje trasta kao podele prava svojine na pravnu i ekonomsku komponentu koje pripadaju različitim licima. Ovaj problem je lako prevazići ako se odustane od takvog koncepta i fiducijarni prenos prava svojine uredi tako da predstavlja puni prenos prava svojine, a da onaj kome sticalac treba svojinu na toj stvari da vrati ili treći kojem treba da je prenese ima samo obligaciono pravo spram sticaoca (Smith, 2008, p. 400). Fiducijarni prenos prava svojine, naročito u ovom drugom obliku, rađa pitanja ravnoteže između prava i obaveza strana u tom odnosu. Tu se u suštini postavljaju dva pitanja. Da li je svojina koja je prenetna povereniku zaštićena od njegovih poverilaca i koja prava prenosilac ili beneficijar imaju spram trećih kojima je poverenik preneo poverenu svojinu suprotno sadržini ugovora o fiduciji? Smatram da bolju zaštitu prenosiocu ili beneficijaru, naročito u pogledu drugog pitanja, omogućava koncept po kojem dolazi do podele svojine. Naročito kada se ima u vidu da se o fiducijarnom prenosu prava svojine u kontinentalnim sistemima najčešće govori kao o sredstvu obezbeđenja ili kao o sredstvu za upravljanje imovinom u korist nekog trećeg (De Groot, 2008, p. 161).

U ovom radu razmotriću na primerima Kvebeka, Francuske i Nemačke na koji način se u kontinentalno-pravnim sistemima koji su uveli fiducijarni prenos prava svojine štite interesi prenosilaca, odnosno beneficijara. Pokazaće se da se u Kvebeku i Francuskoj, polazeći od pretpostavke da trast nužno podrazumeva podelu prava svojine, pokušava postići isti efekat, ali bez podele prava svojine, pribegavajući različitim konstruktima poput ničije imovine itd., odnosno da se fiducija uređuje tako da se nikako ne može sa sigurnošću utvrditi da li sve strane u odnosu imaju nekakva stvarna prava ili pak samo obligaciona, dok je u Nemačkoj situacija nešto jasnija. Cilj mi je da ispitam da li se prenosiocima, odnosno beneficijarima fiducijarnog prenosa prava svojine mogu ustanoviti nekakva stvarna prava spram poverenika i trećih, a da se pritom ne dovodi u pitanje koncept prava svojine koji kontinentalno pravo poznaje od Francuske revolucije do danas. Smatram ovaj poduhvat korisnim budući da je fiducija postala institut i domaćeg prava, iako u samo ograničenom broju slučajeva. Kako bi se ispravno razumelo poreklo nedoumica oko toga šta se dešava sa pravom svojine prilikom njegovog fiducijarnog prenosa, i pre nego što ponudim svoje viđenje problema, kratko ću predstaviti institut trasta.

2. Trast

Da bi se pravilno razumeo pravni institut trasta, valja se vratiti u prošlost, a i dotaći nekih specifičnosti engleskog pravnog sistema. Trast vodi poreklo od srednjovekovnog pravnog instituta *juz* (*use*), koji je korišćen da bi se zaobišla pravila feudalnog sistema da se u slučaju smrti nosioca prava na zemlji ono vraća gospodaru ako preminuli nema punoletnog naslednika (Vladetić, 2011, pp. 116-117). Posredstvom juza zemljoposednik je svoje pravo na zemlji prenosio nekoj osobi od poverenja sa tim ograničenjem da ona to pravo prenese zemljoposednikovom nasledniku kada postane punoletan (Vladetić, 2011, p. 117). Takođe, ljudi su putem ovog instituta za života predavali imovinu u dobrotvorne svrhe franjevačkim monasima koji nisu smeli da poseduju imovinu, pa je titular prava zvanično bio neko drugi, ali je tu imovinu držao za franjevačke monahe i u njihovu korist (Vladetić, 2011, pp. 116-117). Suština je, dakle, u tome da titular nekog stvarnog prava prenosi svoje pravo nekom drugom koji to pravo treba da vrši za dobrobit nekog trećeg ili za neki određeni cilj (Van Sijef & Akkermans, 2012, p. 554). Prema *common law*-u sticalac je bio punopravni titular prenetog prava, pa su od XV veka izigrani beneficijari dobijali zaštitu prema *law of equity* (Vladetić, 2011, p. 117), koje je svojevrsni korektiv krutog *common law*-a (De Groot, 2008, p. 165). S vremenom je ovaj institut dobio ime *trast* i koristi se i dan-danas u nebrojene svrhe (Vladetić, 2011, p. 118).

Najčešća interpretacija prenosa svojine kod trasta jeste da je reč o podeli svojine. Kaže se da sticalac stiče pravnu svojину, a da je beneficijar vlasnik po pravičnosti (da ima *equitable title*) ili da je ekonomski vlasnik (Emmerich, 2013, p. 22; Vladetić, 2011, pp. 115-116; Banakas, 2006, p. 4; Kovačević, 2013, p. 526; Benli & Benli, 2015, p. 5), ili ako nema beneficijara, onda bar da sticaocu nedostaje ekonomska ili pravična komponenta prava svojine jer je dužan upravljati poverenom mu imovinom tako da se postigne svrha u koju mu je imovina poverena (Banakas, 2006, p. 4). Međutim, postoje i drugačija, veoma dobro argumentovana shvatanja prema kojima su termini kao što su „vlasnik po pravičnosti” (*owner in equity*) figurativni i dovode do zabluda, pa beneficijar nema nikakvu svojину, već samo procesna prava po pravičnosti i nijedno pravo koje ima ne odgovara svojinskim ovlašćenjima, već je uvek reč o nedostatku pravične komponente subjektivnog prava koje ima poverenik (*trustee*), a ključ do upotpunjavanja tog prava, do dopune tom pravičnom komponentom u rukama je beneficijara iako on nema nikakvo stvarno pravo, što je sve specifičnost anglosaksonskog sistema pravičnosti koji je teško prevesti na jezik evropskog kontinentalnog prava (Lupoi, 2000, pp. 187-193). Još jedna specifičnost prava Engleske i Velsa jeste to što u tom pravnom sistemu ne postoji unitarni koncept prava svojine (Akkermans, 2008, pp. 333-334). Svojina nije definisana kao maksimum ovlašćenja na stvari (De Groot, 2008, p. 165). Ona nije jedno tačno određeno subjektivno pravo sa tačno određenom sadržinom spram kojeg se mere sva druga stvarna prava i spram kojeg ona predstavljaju neka uža stvarna prava. U Engleskoj i Velsu se govori o svojini nekog stvarnog prava na stvari (Vladetić, 2011, p. 113). Kontinentalno-pravnim rečnikom govoreći titulari poseduju zapravo pojedina svojinska ovlašćenja ili skupove pojedinih svojinskih ovlašćenja na jednoj stvari, a više titulara različitih

svojinskih ovlašćenja ih može imati istovremeno na istoj stvari (Vladetić, 2011, p. 114). Drugim rečima, moguće je da dve ili više osoba budu titulari različitih stvarnopravnih interesa na jednoj te istoj stvari u isto vreme (De Groot, 2008, p. 165).

Upravo ove specifičnosti prava Engleske i Velsa – duet *common law* i *law of equity* i drugačije shvatanje prava svojine – čine trust koji se teško može prevesti na jezik kontinentalnog prava. Iz ovih specifičnosti i potiče ta (pogrešna?) predstava o podeli svojine prilikom stvaranja trasta. Po mom mišljenju, ta predstava je odgovorna za jednu paradoksalnu situaciju. Naime, ona je prepreka za usvajanje trasta ili njemu sličnih instituta u kontinentalnim pravnim sistemima jer se kosi sa kontinentalno-pravnim poimanjem prava svojine (De Groot, 2008, p. 161). Istovremeno, poimanje trasta kao podeljene svojine je, po mom mišljenju, i jedino moguće poimanje za kontinentalnog pravnika ako se prenosiocu ili beneficijaru želi dati neko suprotstavljivo pravo umesto obligacionog. Ovo stoga što u kontinentalnoj Evropi i srodnim pravnim sistemima ne postoji pandan dualitetu *common law* i *law of equity*, pa je moje uverenje da je kontinentalnim pravicima stoga lakše pojmiti makar i „jeretičku“ ideju o podeli prava svojine na nazovimo ih pravnu i ekonomsku komponentu. Stoga, bez obzira na to da li kod trasta zaista postoji podela prava svojine ili ne, smatram da je za stvaranje sličnih instituta u kontinentalnom pravu ideja o podeli svojine neizbežna tema kada se govori o fiducijarnom prenosu prava svojine ako se prenosiocu ili beneficijaru želi dati nešto više od obligacionog prava spram poverenika i trećih lica.

3. Fiducijarni prenos prava svojine u kontinentalno-pravnim sistemima

Nelagoda koju u kontinentalno-pravnim sistemima izaziva ideja o podeli svojine i trud koji se ulaže kako bi se izbeglo makar i njeno pominjanje lepo se vidi u Građanskom zakoniku Kvebeka (CCQ) i raspravi koja prati trust, odnosno fiduciju¹ koja je njime uređena. Naime, u čl. 1260 i 1261 CCQ se kaže da fiducija nastaje tako što utemeljivač fiducije (*settlor*) izdvaja neki deo svoje imovine i konstituiše posebnu imovinu za neku određenu svrhu, a koju poverenik (*trustee*) drži i njome upravlja, pri čemu ta imovina predstavlja poseban imovinski fond koji je van imovine i utemeljivača i poverenika i beneficijara i na kojoj „nijedno od ovih lica nema nikakvo stvarno pravo“ (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1260-1261). Dakle, čitajući ove članove CCQ, može se zaključiti da imovina prenetu u fiduciju postaje samostalna imovina bez vlasnika koja je određena svojom svrhom, a poverenik samo upravlja njome i da fiducija u Kvebeku nema više nikakve veze sa pravom svojine jer niko nema pravo svojine na fiducijarnoj imovini (Emmerich, 2013, pp. 30-34). Ipak, CCQ kao da sam sebe demantuje jer u čl. 1278 piše da sva prava koja se tiču imovine date u fiduciju jesu prava na ime poverenika i da on vrši sva ta prava, kao i da poverenik dela kao „upravnik imovine drugih“ (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1278). Dakle, kako to da je ta imovina posebna, besubjektina ako

¹ Prvi termin se koristi u verziji CCQ na engleskom jeziku, a drugi u verziji na francuskom. Iako sam čitao verziju na engleskom jeziku, koristiću termin „fiducija“ da ne bi došlo do zabune oko toga da li govorim o engleskom trustu ili o kvebečkoj fiduciji.

se kaže da poverenik upravlja imovinom *drugih*? Iz te formulacije sledi da su ti *drugi* vlasnici te imovine. Osim toga, teško je pomiriti tvrdnju da poverenu imovinu niko nema s tim da su prava u vezi s njom prava na ime upravnika-poverenika i s tim da on vrši sva ovlašćenja u vezi s tom imovinom. Ako su ta prava na njegovo ime (*the titles relating to the property of which it is composed are drawn up in his name*) (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1278), onda je to samo drugi način da se kaže da je poverenik titular tih prava. Ako je on titular prava na imovini kojom upravlja, a upravlja imovinom drugih, onda se nameće zaključak da je ipak reč o podeli prava svojine na stvarima koje tu imovinu čine između dva ili više lica.

Nadalje, ako se ostane pri tvrdnji da je imovina data u fiduciju ničija, postavlja se pitanje od koga neki sticalac prava svojine iz poverenog imovinskog fonda stiće onda to pravo? (Emmerich, 2013, p. 37). Ne može biti da ga stiće ni od koga, niti mu pravo svojine na nekom delu imovine može preneti onaj ko to pravo nema ili za prenos nije ovlašćen. Ako jeste ovlašćen, mogao ga je ovlastiti jedino vlasnik, što nas opet vraća na početak i pitanje: kako je onda ta imovina ničija? Odgovor se krije u tome da je anglosaksonski trust pogrešno shvaćen kao imovina u kontinentalno-pravnom smislu, pa se tako ta greška preslikala i na kvebečki trust, tj. fiduciju (Smith, 2008, p. 382). Naime, u kontinentalnom pravu imovina jednog lica predstavlja skup svih njegovih prava i obaveza čija se vrednost može izraziti u novcu (Smith, 2008, p. 383). Pored toga, u kontinentalno-pravnim sistemima jedno lice može imati samo jednu imovinu (Smith, 2008). Takav pojam imovine ne postoji u anglosaksonskom pravu (Smith, 2008). Anglosaksonski se trust, kojem pomenute kontinentalno-pravne fiducije pokušavaju da pariraju, sastoji isključivo od prava, ne i od obaveza (Smith, 2008, p. 394). Dužnik svih obaveza koje nastanu u vezi s pravima koja čine trust jeste poverenik koji odgovara svojom ličnom imovinom (Smith, 2008, p. 387). Dakle, koristeći kontinentalno-pravnu terminologiju, poverenik u slučaju trasta ima dve imovine: ličnu i poverenu, koja se sastoji isključivo od prava koja su mu poverena. Ako kontinentalno-pravni ekvivalenti anglosaksonskom trustu žele da održe korak sa tim institutom, onda se nadalje o imovini ili imovinskom fondu koji je dat u fiduciju mora govoriti kao o skupu imovinskih prava, ne i obaveza. Ako se fiducijarna imovina sastoji isključivo od imovinskih prava, teško je onda prihvatiti da je ta imovina ničija jer svrha imovinskih prava jeste da budu nečija. Zbog toga se uostalom pribegava rešenjima kakvo je npr. ono da naslednici nasleđuju imovinu ostavioca u trenutku njegove smrti (Zakon o nasleđivanju, 2015, čl. 212).

Izlaz iz ovog začaranog kruga neki vide u tome da se imovinskom fondu datom u fiduciju prizna pravni subjektivitet i da on treba da predstavlja treću vrstu subjekata prava uz fizička i pravna lica (Emmerich, 2013, pp. 37-38). Ipak, jedna od prednosti anglosaksonskog trasta jeste zaobilaznje formalnosti koje sa sobom nosi pravni subjektivitet, i podvlači se da trust nije pravno lice i nema pravni subjektivitet (Van Erp, & Akkermans, 2012, p. 555). Štaviše, tvrdi se da je istorija pokazala da je trust nastao zato što su ljudi želeli da ostvare svoje, kako legalne tako i skrivene ciljeve, koje nisu na zadovoljavajući način mogli da ostvare posredstvom pravnih lica ili ugovora (Smith, 2008, p. 402). Stoga, ako kontinentalno-pravni sistemi koji su uveli fiducije kao odgovor na širenje anglosaksonskog trasta žele da održe korak s tim instrumentom i da fiducije

mogu da pariraju fleksibilnosti i jednostavnosti trasta, onda shvatanje fiducije kao subjekta prava nije dobar koncept.

Drugo moguće rešenje jeste da se usvoji škotski model prema kojem jedno lice može imati više imovina: svoju ličnu i poverenu imovinu (Smith, 2008, p. 385). Međutim, i u Škotskoj nema podele svojine jer je poverenik punopravni vlasnik poverene svojine, a poverena imovina se sastoji i od prava i od obaveza (Smith, 2008, pp. 398-400). Dakle, ni ovaj model ne daje ništa više od obligacionih prava prenosiocu, odnosno beneficijaru.

Postoji još jedan pokušaj da se objasni specifičnost fiducije sačinjene po ugledu na trust, a da se izbegne razmatranje fiducije kao podeljene svojine ili svojine *sui generis*. To je tvrdnja da je u stvari reč o „zagrađenoj svojini“ (*bracketed ownership*) ili o „pauzi u svojini“ (*intelide in ownership*), barem kad je kvebečka fiducija u pitanju (Emmerich, 2013, pp. 39-40). Ovo stoga što se imovina data u fiduciju stiže od vlasnika onog trenutka kada se fiducija okonča, a imovina bude predata beneficijaru kao novom vlasniku (Emmerich, 2013, p. 39). Smatram da ni ovo objašnjenje nije zadovoljavajuće. Prvo zato što prema CCQ fiducija može biti uspostavljena i zbog ostvarivanja nekog opšteg interesa (*social trust*) (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1270), u kojem slučaju nema nužno beneficijara kojem se ima preneti svojina na imovini datoj u fiduciju, a čl. 1273 CCQ predviđa da fiducija, bilo privatna ili socijalna, može biti trajna (*perpetual*) (Civil Code of Quebec, 1991, art. 1273). Osim toga, ne vidim suštinsku razliku između ničije imovine i pauze u svojini jer je posledica ista: jedno određeno vreme neka imovinska prava su bez titulara, ona su ničija.

Građanski zakonik Francuske (CC) definiše fiduciju kao postupak kojim jedan ili više utemeljivača prenose dobra, prava ili prava obezbeđenja, ili njihov skup jednom ili više poverenika, koji ih drže odvojeno od svoje imovine i postupaju sa određenim ciljem u korist jednog ili više beneficijara (Code Civil, 2007, art. 2011). Stoga se tvrdi da je u Francuskoj problem podele prava svojine prevaziđen podelom imovine (De Groot, 2008, p. 169). Poverenik je dužan da poverenu imovinu drži odvojeno od svoje. Istovremeno, prava koja čine poverenu imovinu nisu više u imovini utemeljivača (De Groot, 2008, p. 170). Poverioci i jednog i drugog ne mogu da se namire (osim izuzetno) iz fiducijarne imovine (De Groot, 2008).

Međutim, još nisam ubeđen da se ovakvim rešenjem može izbeći podela svojine između utemeljivača i poverenika, ili ideja o nastanku neke nove vrste svojine, osim ako nije reč o punom prenosu prava na poverenika kada prenosilac i beneficijari imaju samo prava traženja prema povereniku. Kako je navedeno u čl. 2011 CC, fiducija je prenos, između ostalog, dobara (*biens*). Dobra su termin koji označava stvari, što se jasno vidi iz čl. 516 CC kojim je propisano da su sva dobra pokretna ili nepokretna (Code Civil, 2007, art. 516).² Ako se kaže da se stvar prenosi nekome, to obično znači da se prenosi pravo svojine na toj stvari.³ Dalje, kako fiducijarnu imovinu čine prava, pa i pravo svojine, neko mora biti titular tih prava, odnosno vlasnik u slučaju prava svojine. Ako to nije

² Mada se pokretna dobra prema CC dele na pokretnosti po svojoj prirodi i pokretnosti po određenju zakona, što je drugi naziv za neka subjektivna prava koja su predmet stvarnih prava. U tom smislu v. čl. 527 i 529 CC.

³ Da se mislilo na predaju same stvari bez prenosa prava svojine, pretpostavljam da bi zakonodavac rekao da se prenosi državina na stvari, a ne sama stvar.

poverenik, pod pretpostavkom da on samo upravlja tom imovinom, onda to mora biti utemeljivač. U suprotnom se ponavlja priča sa besubjektom imovinom. Ono što takođe sugerise da je reč o prenosu prava svojine jeste to što su odredbe o fiduciji smeštene u III knjigu CC, koja nosi naslov: Različiti načini sticanja svojine (*Des différentes manières dont on acquiert la propriété*) (Code Civil, 2007, art. 516). Dakle, čini se da je svakako reč o prenosu prava svojine na poverenika. Čitajući odredbe CC o fiduciji može se videti da prenosilac u ugovoru o fiduciji mora odrediti zadatak beneficijara i širinu njegovih ovlašćenja upravljanja i raspolaganja (Code Civil, 2007, čl. 1818). Odrediti širinu ovlašćenja poverenika čini mi se kontradiktornim onome što sugerise naslov treće knjige CC u kojoj je uređena fiducija. Ako poverenik postaje vlasnik, onda je teško sa sadržinom prava svojine pomiriti čak i to da se vlasniku određuje svrha u koju mora vršiti to pravo, a kamoli da mu se određuju ovlašćenja koja će imati, jer se zna koja ovlašćenja čine pravo svojine. Takođe, ako je poverenik postao vlasnik, onda je teško objasniti kako to prenosilac i beneficijar mogu da izdejtstvuju na sudu da se poverenik razreši i da mu se fiducijarna imovina oduzme i poveri drugom povereniku (Code Civil, 2007, art. 2027). Vlasniku se svojina može oduzeti ili ograničiti samo u javnom interesu uz ispunjenje još nekih uslova (Evropska konvencija o ljudskim pravima, čl. 1. Protokol br. 1). Ali ako nije reč o prenosu svojine na poverenika, onda je teško objasniti kako to da prenosilac ne može svoje pravo svojine koje je samo poverio na upravljanje suprotstaviti svim trećim licima koja su stvari koje su predmet tog prava svojine stekla od poverenika, a takvo raspolaganje je na primer bilo u suprotnosti sa ciljem fiducije. Recimo, ako je fiducija ustanovljena kao sredstvo obezbeđenja potraživanja koje poverenik ima prema prenosiocu, pa poverenik otuđi stvar iako obaveza prenosioca još nije dospela ili iako je prenosilac ispunio svoju obavezu o dospelosti. Tako CC predviđa da će se smatrati da poverenik u poslovima sa trećim licima ima najšira moguća ovlašćenja povodom fiducijarne imovine, izuzev ako se može pokazati da su treći znali za ograničenja njegovih ovlašćenja (Code Civil, 2007, art. 2023). Iz ovoga sledi da postoji pretpostavka savesnosti trećeg, i to uprkos tome što svaka fiducija mora biti registrovana u javnom registru (Code Civil, 2007, art. 2019). To *de facto* poništava suprotstavljivost svojine prenosioca, ako ostajemo pri tome da on ima svojinu. Dakle, odredbe CC kojima se uređuje fiducija, po mom mišljenju, ne daju jasnu sliku o tome šta se zapravo dešava s pravom svojine koje je dato u fiduciju. Čini mi se da se ni tvrdnjom da dolazi do podele imovine ne daje odgovor na to pitanje. Jer podeliti imovinu znači ili podeliti prava iz te imovine tako da neka pripadaju jednom, a neka drugom licu, što ovde svakako nije namera, ili podeliti onda status titulara na tim pravima, pa samim tim i na pravu svojine koje je deo te imovine. Dakle, opet se postavlja pitanje šta se dešava sa pravom svojine u slučaju fiducije, a jasnog odgovora nema.

Kada je u pitanju nemački *Treuhand*, stvar se čini jasnijom, iako je ovaj institut nastao van Građanskog zakonika Nemačke (BGB), pa nema normi koje izričito uređuju njegovu sadržinu. Naime, u ovom slučaju je nesumnjivo reč o prenosu prava svojine na poverioca bilo u svrhe obezbeđenja (*Sicherungsübereignung*), bilo u svrhe upravljanja imovinom (*Verwaltungstreuhand*) (De Groot, 2008, p. 167). Fiducijarna svojina je zahvaljujući odredbama zakona koji uređuju parnični postupak i postupak stečaja zaštićena od poverenikovih poverilaca (De Groot, 2008, p. 168). Međutim, u slučaju da poverenik

prenese pravo svojine nekom trećem, suprotno dogovoru sa utemeljivačem fiducije, treći stiče pravo svojine, izuzev ako je za fiduciju znao i delao sa namerom da utemeljivača prevvari (Grundmann, 1999, p. 409). Ako je treći za fiduciju znao, ali nije inicirao da mu poverenik prenese pravo svojine, onda treći stiče pravo svojine (Grundmann, 1999, p. 409). Sve što utemeljivaču fiducije ostaje na raspolaganju jeste naknada štete koju može tražiti od poverenika (De Groot, 2008, p. 167). Selma de Groot kaže da je kod *Treuhand*-a reč o uslovnoj svojini ili svojini koja je vremenski ograničena (De Groot, 2008, p. 168). To je tačno ako se stvari shvate tako da poverenik ima pravo svojine koje se utemeljivaču vraća po sili zakona u slučaju stečaja poverenika ili izvršenja na njegovoj imovini. Ali izlučno pravo koje utemeljivač ima u slučaju stečaja poverenika nije vezano samo za pravo svojine već i za obligaciona prava (Insolvenzordnung, 1994, §47), tako da se na osnovu same činjenice da utemeljivač ima izlučno pravo ne može zaključiti da je reč o uslovnoj ili vremenski ograničenoj svojini. Po svemu sudeći utemeljivač nema nikakvo stvarno pravo na stvari na kojoj je svojinu preneo povereniku.

Dakle, čini se da se u Kvebeku pokušalo postići isto što i podelom svojine između više lica,⁴ a da se na svaki način sama podela svojine izbegne. U Francuskoj je situacija drugačija utoliko što je manje jasno, nego što je to u Kvebeku, da li strane u odnosu povodom fiducije imaju stvarna ili obligaciona prava, dok je u Nemačkoj stvar ipak čista. Tamo poverenik ima isključivu svojinu, a prenosilac ili beneficijar samo obligaciona prava. U sva tri slučaja, a naročito u Francuskoj i Nemačkoj, kao i u literaturi koja mi je bila dostupna, izgleda da se mnogo više pažnje poklanjalo zaštititi prenosioca ili beneficijara od poverenikovih poverilaca, a da se nije vodilo dovoljno računa o njihovoj zaštiti u slučaju da poverenik suprotno dogovoru ili cilju fiducije otuđi poverenu svojinu nekom trećem.

4. Fiducija *de lege ferenda*

Smatram da nemačko rešenje nije dobro, naročito kada je reč o fiduciji u svrhe obezbeđenja jer ostavlja prenosioca-dužnika u značajno slabijem položaju u odnosu na poverioca-poverenika. Takođe smatram da kvebečko i još više francusko rešenje, izbegavajući da otvoreno priznaju mogućnost podele svojine između strana u odnosu povodom fiducije, ostavljaju mnogo otvorenih pitanja i nedoumica te i pravne nesigurnosti. Zbog toga mislim da treba otvoreno prihvatiti ideju o podeljenoj svojini u svrhe obezbeđenja ili svrhe upravljanja imovinom. Terminologiju i inspiraciju za takav poduhvat valja uzeti iz Nacrta Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima koji operiše pojmovima „obezbeđujuća svojina“ i „očekivana svojina“ i jasno uređuje prenos svojine u svrhe obezbeđenja (Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, 2007, čl. 646-667). Zbog pravne sigurnosti i pouzdanja u pravni promet svakako treba suprotstavljivost prava prenosioca ili beneficijara prema trećima usloviti registracijom fiducije u javnom registru, pa suprotno francuskom rešenju smatrati da treći ne mogu biti savesni sticaoci

⁴ Naročito kada se u vidu ima čl. 1263 CCQ koji propisuje da fiducija u svrhe obezbeđenja proizvodi pravna dejstva prema trećima ako se registruje, kao i da se u slučaju da prenosilac ne ispuni svoju obavezu koju fiducijom obezbeđuje, primenjuju pravila o hipoteci.

isključive svojine. Ipak, bilo bi dosledno principu *nemo plus iuris* dozvoliti trećima da steknu samo takvu svojinu kakvu je poverenik imao, što bi značilo da prenosilac ili beneficijar sada ima očekivanu svojinu prema trećem sticaocu, a ne prema povereniku.

Što se tiče fiducijarnog prenosa prava svojine na finansijskim instrumentima koji je kod nas odnedavno moguć, on se po definiciji registruje jer se finansijski instrumenti stiču registracijom u Centralnom registru hartija od vrednosti (Zakon o tržištu kapitala, 2016, čl. 7, st. 1). Međutim, nisam siguran da li treća lica mogu da vide da je neko fiducijarni vlasnik određenih finansijskih instrumenata ili ne. Možda to na tržištu kapitala i nije neophodno. U svakom slučaju takvo rešenje traži detaljnu analizu za koju ovde nema prostora, ali ostajem pri svome stavu iz prethodnog paragrafa ako se fiducija želi uvesti i u druge sfere, a ne samo na tržište finansijskih instrumenata.

Takođe, treba razmisliti o tome da fiducija u svrhe obezbeđenja bude dopuštena samo u odnosima između privrednih subjekata, ne i kada je dužnik-prenosilac fizičko lice koje dela van svoje profesionalne delatnosti, a fiducijar-poverenik privredni subjekt. Time bi se u najvećoj mogućoj meri obezbedilo da u poslovnom svetu postoji sredstvo obezbeđenja potraživanja za koje se tvrdi da je efikasnije i pogodnije od tradicionalnih prava obezbeđenja, poput hipoteke i zaloge, jer poverilac postaje vlasnik založene stvari, pa samim tim i namirenje može da sprovede bez preteranih formalnosti (Benli & Benli, 2015, p. 6; Pajtić, 2012, p. 301), dok bi u odnosima sa fizičkim licima koja delaju van svoje delatnosti koja su tipično u slabijem položaju u odnosu na privredne subjekte, na raspolaganju bila tradicionalna sredstva obezbeđenja. Zakonom o finansijskom obezbeđenju je tako i učinjeno, pa je fiducijarni prenos prava svojine na finansijskim instrumentima dozvoljen samo ograničenom broju subjekata na finansijskom tržištu (Zakon o finansijskom obezbeđenju, 2018, čl. 4). Naravno, može se razmotriti uvođenje fiducijarnog prenosa prava svojine u svrhe obezbeđenja i na drugim stvarima kada su učesnici takvog odnosa privredni subjekti.

S druge strane, ni u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima nema govora o fiducijarnom prenosu svojine u druge svrhe sem obezbeđenja. Smatram da bi bilo korisno razmotriti mogućnost da se ovaj institut upotrebi i za poveravanje imovine na upravu u određene svrhe. Na primer, mogu preneti poverenu upravljačku svojinu nekome kome verujem i ko je sposoban da tom svojinom upravlja tako da od nje ostvari prihod sa zadatkom da tako uvećanu imovinu prenese mom detetu kada napuni 18 godina ili da tu imovinu onda upotrebljava kako bi finansirao školovanje mog deteta. Isti aranžman se može upotrebiti i u javne svrhe. Na primer, mogu kupiti neku parcelu u gradu i pretvoriti je u zelenu površinu u kojoj mogu da uživaju svi građani, a da bih osigurao da ona trajno koristi javnosti, mogu je izdvojiti iz sopstvene imovine i dati je u fiduciju sa određenom svrhom – da se održava i služi javnosti kao javno dobro. To bi bitno pojednostavilo legitimna raspolaganja imovinom u korist trećih lica ili javnosti, a da se pri tome ne mora osnivati pravno lice (fondacija ili zadužbina), što sa sobom nosi više formalnosti, ali opravdano je da se pretpostavi i više troškova funkcionisanja.

Da sumiram, smatram da fiducijarni prenos prava svojine treba urediti tako da nastaju nove vrste svojine. Kada je reč o fiduciji u svrhe obezbeđenja, onda bi nastajale poverena obezbeđujuća svojina poverenika-poverioca i očekivana svojina prenosioca -dužnika. Kada

je reč o fiduciji u korist nekog trećeg, onda bi nastajale poverena upravljачka svojina i očekivana svojina beneficijara, a kada bi svojina bila prenetu radi ostvarivanja nekog cilja, onda bi se moglo predvideti da prenosilac, njegovi naslednici ili neko treći koga prenosilac ovlasti vrši nadzor nad tim da li poverenik vrši pravo svojine u interesu ostvarenja zadatog cilja. Za detaljniju razradu ovih instituta ovde ipak nemam dovoljno prostora. No verujem da sam ostavio bar grubu skicu instituta o kojem valja razmisliti i koji može služiti za lakše ostvarivanje brojnih legitimnih ciljeva.

5. Zaključak

Anglosaksonski trust zahvaljujući globalizaciji postaje sve popularniji institut zbog svoje fleksibilnosti i jednostavnosti i multifunkcionalnosti. Trust se uobičajeno poima kao podela svojine na pravnu i ekonomsku ili pravičnu, pa se najčešće tvrdi da utemeljivač ili beneficijari (u zavisnosti od vrste trasta i pojedinosti) imaju stvarna prava spram poverenika, mada postoje i suprotna stanovišta. Kao odgovor na širenje trasta po svetu u mnogim kontinentalno-pravnim sistemima su nastali slični instituti čija zajednička karakteristika jeste fiducijarni prenos prava svojine. Nemački *Treuhand* podrazumeva puni prenos svojine gde prenosilac ili beneficijar imaju samo obligaciona prava prema povereniku. U Kvebeku, a još više u Francuskoj, fiducija je uređena tako da se ne može sa sigurnošću reći da li dolazi do podele svojine između strana u odnosu povodom fiducije. Utisak je da se želelo postići takvo dejstvo, ali drugim sredstvima.

Moj stav je da fiducijarni prenos prava svojine može poslužiti za ostvarenje legitimnih ciljeva građana, od obezbeđenja potraživanja do upravljanja imovinom u različite svrhe, ali da u svakom slučaju treba da podrazumeva podelu svojine između strana u odnosu budući da se jedino tako prenosiocima ili beneficijarima pružaju stvarna prava na poverenim stvarima te i adekvatan nivo zaštite njihovih interesa u slučaju da se poverenik ogreši o svoje dužnosti. Terminologiju i inspiraciju za takvu fiduciju u svrhe obezbeđenja nalazim u Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, a isti tekst može poslužiti i kao osnova za razvoj fiducije u druge svrhe, na primer za upravljanje imovinom u interesu trećeg lica ili za ostvarivanje nekog cilja od opšteg značaja.

Iako je koncept podele svojine stran kontinentalnim pravicima i kosi se sa njihovim poimanjem prava svojine, smatram da ga ne treba odbaciti jer može omogućiti nove instrumente građanima da na jednostavniji način ostvare svoje legitimne interese, a može i pravni sistem koji ga usvoji učiniti konkurentnijim u svetu i privlačnijim pravnim okvirom za poslovanje. Osim toga, verujem da sam pokazao da konstrukti poput pauze u imovini, ničije imovine itd. predstavljaju samo loš način da se ne donese odluka o tome da li prilikom fiducijarnog prenosa svojine prenosilac, odnosno beneficijar spram poverenika zadržava neko suprotstavljivo pravo ili ne. Ako se želi ići putem pravne sigurnosti, tu odluku treba doneti i jasno integrisati u propise. Kakva će odluka biti zavisi od toga koliko zaštite se želi pružiti prenosiocima i beneficijarima. Čvrsto verujem da se ravnoteža u zaštiti interesa svih strana prilikom fiducijarnog prenosa prava svojine može postići jedino koncipiranjem ovog instituta kao podele svojine na dve nove vrste svojine, kako je opisano u četvrtom delu rada.

Literatura

- Akkermans, B. 2008. *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*. Antwerp-Oxford-Portland: Intersentia.
- Banakas, S. 2006. Understanding Trusts: A Comparative View of Property Rights in Europe. *InDret*, 1, pp. 1-9. Dostupno na: <http://ssrn.com/abstract=1400130> (25. 7. 2018).
- Benli, E. & Benli, H. E. 2015. Legal and Economic Considerations on the Efficacy of the Civil Law Fiduciary System Compared to the Common Law Trust under the Debates on the Dual Property System. *Business Law Review*, 1, pp. 5-9.
- De Groot, S. 2008. 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, pp. 161-173.
- Đurić, T. 2011. Fiducijarni prenos prava svojine. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 2, pp. 473-494.
- Emmerich, Y. 2013. The Civil Law Trust: a modality of ownership or an interlude in ownership? In: Smith, L. (ed.), *The Worlds of the Trust*. New York: Cambridge University Press, pp. 21-40.
- Grundmann, S. 1999. Trust and Treuhand at the End of the 20th Century. Key Problems and Shift of Interests. *The American Journal of Comparative Law*, 3, pp. 401-428.
- Howard, C. 2006. Trust Funds in Common Law and Civil Law Systems: A Comparative Analysis. *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2, pp. 344-365.
- Kovačević, V. 2013. Neka pitanja o prirodi i strukturi pojedinih grana i pravnih instituta engleskog prava. *Pravni zapisi*, 2, pp. 514-528. DOI: 10.5937/pravzap5-4807.
- Lupoi, M. 2000. *Trusts: A Comparative Overview*. Cambridge : Cambridge University Press.
- Pajtić, B. 2012. Harmonizacija domaćih pravnih propisa iz oblasti građanskog prava sa pravom Evropske unije – fiducijarno obezbeđenje potraživanja. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, 4, pp. 291-303.
- Smith, L. D. 2008. Trust and Patrimony. *Revue générale de droit*, 2, pp. 379-403. DOI: 10.7202/1027041ar.
- Tuleaşcă, L. 2011. The Concept of the Trust in Romanian Law. *Romanian Economic and Business Review*, 2, pp. 150-160.
- Van Erp, S. & Akkermans, B. (eds.) 2012. *Cases, Materials and Text on Property Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Van Erp, S. & Akkermans, B. 2010. European Union Property Law. In: C. Twigg-Flesner (ed.), *The Cambridge Companion to European Private Law*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 183-186.
- Vladetić, S. 2011. Osnovi trasta anglosaksonskog prava. *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, 58, pp. 113-126.

Pravni izvori

- Zakon o finansijskom obezbeđenju, *Službeni glasnik RS*, br. 44/2018.
- Zakon o nasleđivanju, *Službeni glasnik RS*, br. 46/1995, 101/2003 - odluka USRS i 6/2015.
- Zakon o tržištu kapitala, *Službeni glasnik RS*, br. 31/2011, 112/2015 i 108/2016.
- Civil Code of Quebec, *Éditeur officiel du Québec*, 1991, <http://legisquebec.gouv.qc.ca/en/showdoc/cs/CCQ-1991> (4. 4. 2018).
- Code Civil des français, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISC-TA000006118476&cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20180801> (1. 8. 2018).
- Insolvenzordnung, 1994. (Zakon o stečaju Nemačke). Dostupno na: <http://www.gesetze-im-internet.de/inso/BJNR286600994.html> (3. 8. 2018).
- Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, *Official Journal L* 168, 27/06/2002.
- Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Saveta Evrope, 1950 – Evropska konvencija o ljudskim pravima.
- Predlog Zakona o finansijskom obezbeđenju. Dostupno na: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/lat/pdf/predlozi_zakona/1276-18%20LAT.pdf (5. 2. 2018).
- Nacrt Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima. 2007. *Ka novom stvarnom pravu Srbije*. Beograd: Ministarstvo pravde.

Aleksa Lj. Radonjić, PhD

Assistant, Faculty of Law, Union University in Belgrade

e-mail: aleksa.radonjic@pravnofakultet.rs

FIDUCIARY TRANSFER OF OWNERSHIP. ONE OR MORE OWNERSHIPS?

Summary

Fiduciary transfer of ownership is being introduced in more and more civil law jurisdictions as a reply to increasing popularity of trust viewed as a division in ownership between the trustee and the beneficiary. I used examples of Quebec, France, and Germany to show how these civilian systems deal with the notion of division of ownership. In the first two they use various constructs such as division of patrimony, or no one's patrimony, while in Germany it seems it is clear that the trustee acquires full ownership over entrusted assets whereas settlor or beneficiary have only personal rights. Also one gets the impression that the focus was at the protection of entrusted patrimony from the creditors. Nothing suggests that due attention was paid to the protection of settlor or beneficiary in case of trustee's breach of trust and alienation of entrusted assets contrary to the trust instrument.

I believe that settlor or beneficiaries should have rights in rem against the trustee and third party acquirers of entrusted assets, and that leads to the concept of fiduciary ownership as a division in ownership between the settlor and the trustee or trustee and beneficiary, essentially it means the emergence of different kinds of ownership.

Keywords: trust, fiducie, ownership, fiduciary transfer of ownership.

Primljeno: 7.2.2019.

Prihvaćeno: 25.4.2019.