

Мр Мирјана Радовић, LL.M (Humboldt)*

ТРАДИЦИОНО СВОЈСТВО ТЗВ. СТВАРНОПРАВНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

У овом раду аутор истражује појам, карактеристике, развој, значај, теоријска објашњења, услове за постојање и правне последице примене традиционог својства тзв. стварноправних хартија од вредности. Под традиционим својством се подразумева могућност извршења предаје робе путем преноса хартије од вредности, која инкорпорише правни захтев за повраћај робе против издаваоца. Први део рада анализира да ли су традиционе хартије од вредности (на пример, коносман, складишница, товарни лист) према природи инкорпорисаног права заиста стварноправне хартије, како их без изузетка квалификују домаћи аутори. У том погледу се закључује да су ове хартије од вредности у ствари облигационоправне, с тим што њихов пренос може да изазове стварноправна дејства приликом располагања робом. Други део рада се бави питањем основних карактеристика традиционих хартија од вредности и дефинисањем њиховог појма. Следећи део рада садржи детаљну анализу теорија које настоје да објасне основ традиционог дејства: 1. релативна теорија, 2. апсолутна теорија, 3. теорија репрезентације, и 4. модификована релативна теорија. Потом су изложени услови који морају да буду испуњени да би пренос традиционе хартије остварио дејства предаје робе. Коначно, у последњем делу рада су истражене правне последице примене традиционог својства у вези са располагањем робом. На основу постигнутих резултата истраживања аутор је пружио и критичку анализу српске правне теорије и праксе у домену традиционих хартија од вредности.

Кључне речи: *Традиционо својство/дејство. Хартије од вредности. Државина. Стицање стварних права. Предаја.*

* Аутор је асистент Правног факултета Универзитета у Београду, mirjanam@ius.bg.ac.rs.

1. УВОД

Располагање робом која се налази у превозу или у складишту је отежано ако трговац не поседује опипљив доказ да још увек има контролу над њом иако је изгубио непосредну државину у корист превозиоца, односно складиштара. Овај доказ треба да обезбеди поверење трећих лица као потенцијалних стичалаца стварних права на роби (на пример, права својине, залог) у привид да преносилац има фактичку власт и овлашћење за располагање робом. У супротном, евентуални купци и залогопримци робе би морали или да се поуздају у поштење трговца или да се посебно ангажују на проверавању његових тврдњи, што би било скопчано са високим ризицима и трошковима. Управо из тог разлога су се у пракси развиле хартије од вредности са традиционим својством, попут складишнице, робног записа, коносмана, товарног листа и исправа комбинованог превоза робе.¹ Ове хартије од вредности издаје превозилац, односно складиштар, лицу које је поверило робу на превоз или ускладиштење. Оне олакшавају трговину, јер представљају реалан симбол контроле законитог имаоца хартије над робом која се налази код издаваоца, те стварају привид у који трећа лица могу да се поуздају.

У трговачкој пракси, а потом и у делу правне науке се уврежило схватање да хартије од вредности са традиционим својством инкорпоришу право својине на роби поводом које су издате, тако да њихов пренос истовремено означава пренос одговарајућих својинских права на новог законитог имаоца. Отуда се у домаћој правној теорији ове хартије од вредности често класификују као стварноправне, будући да наводно садрже право својине на роби као стварно право. Међутим, ближа анализа традиционог својства хартија од вредности ће показати да је такво схватање не само погрешно, него и повезано са бројним неоправданим последицама у складу са максимумом *Uno absurdo dato, infinita sequuntur*.²

Назначено неразумевање суштине традиционог својства тзв. стварноправних хартија од вредности у домаћој правној науци подстиче на дубље истраживање ове теме. Анализа која следи служи разјашњењу појма, функција, претпоставки за постојање и последи-

¹ О традиционом својству мултимодалне транспортне исправе вид. Florian Gehrke, *Das elektronische Transportdokument – Frachtbrief und Konnossement in elektronischer Form im deutschen und internationalen Recht*, Deutsches und internationales Wirtschaftsrecht, Band 43, LIT Verlag, Münster 2005, 39.

² „Ако се почне с једним апсурдом, пратиће га безброј других.“ Основни разлог за забуну у погледу квалификације ових хартија од вредности као стварно правних се огледа у томе да пренос хартије, захваљујући традиционом својству, може да изазове стварноправна дејства у смислу располагања стварним правима на роби.

ца примене традиционог својства, како би се показао његов стварни значај за располагање робом. При том, истраживање ових питања није само теоријски интересантно и интелектуално изазовно. Оно је изразито релевантно и за праксу, имајући у виду да пружа одговоре на значајан проблем пуноважности стицања и престанка стварних права на роби, док се она налази у превозу или у складишту.

2. СТВАРНОПРАВНЕ ХАРТИЈЕ ОД ВРЕДНОСТИ ИЗ УГЛА ПОДЕЛЕ ХАРТИЈА ПРЕМА ВРСТИ ИНКОРПОРИСАНОГ ПРАВА

Хартије од вредности се према врсти инкорпорисаног права традиционално деле на:

- а) облигационоправне хартије – које садрже облигационоправне захтеве (потраживања) према њиховом издаваоцу;
- б) стварноправне хартије – које садрже стварно право (на пример, право својине, залоге, хипотеке) на одређеној ствари; и
- в) хартије са правом учешћа (корпорационе хартије) – које садрже скуп чланских права у њиховом издаваоцу.³

С обзиром на то да хартије од вредности као извор субјективних грађанских права законитог имаоца настају на основу одговарајуће изјаве воље њиховог издаваоца, поставља се питање под којим условима издавалац може да својом изјавом воље креира хартију која инкорпорише стварно право на одређеној ствари. Јасно је да стварноправна хартија од вредности може да настане само ако су испуњене претпоставке за постојање стварног права у корист законитог имаоца хартије. Са једне стране, то ће бити случај увек када издавалац хартије има овлашћење за располагање конкретним стварним правом, па одлучи да тим правом располаже путем његове инкорпорације у

³ Karl Heinz Gursky, *Wertpapierrecht*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2007³, 10 и 11; Richard Holzhammer, *Allgemeines Handelsrecht und Wertpapierrecht*, Springer Verlag, Wien 1998⁸, 288; Ernst Heymann, *Handelsrecht mit Wertpapierrecht und Seerecht*, Industrieverlag Spaeth & Linde, Berlin Wien 1936, 75; Ulrich Meyer Cording, *Wertpapierrecht*, Alfred Metzner Verlag, Neuwied Frankfurt 1990, 2; Ивица Јанковец, *Привредно право*, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд 1999⁴, 650 651; Мирко Васиљевић, *Трговинско право*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2009¹¹, 448 449; Славко Царић, *Банкарски послови и хартије од вредности*, Центар за привредни консалтинг, Нови Сад 1996⁵, 59; Александар Антић, *Приручник о хартијама од вредности*, Привредни преглед, Београд 1979, 22 23; Божидар Павићевић, Миодраг Мићовић, *Хартије од вредности*, Издавачка агенција „Драганић“, Београд 1994, 11; Славко Царић, „Хартије од вредности у југословенском позитивном праву“, *Право и привреда*, 1 2/1996, 28.

хартију, чиме се стварно право преноси на законитог имаоца хартије.⁴ Са друге стране, ова претпоставка ће бити испуњена ако издавалац има овлашћење да успостави ново стварно право и одлучи да то учини издавањем хартије од вредности, тако да стварно право изворно настане у корист првог законитог имаоца хартије.⁵ Према томе, под условом да одговарајућа изјава воље издаваоца може да доведе до пуноважног настанка или преноса стварног права на законитог имаоца хартије, хартија од вредности ће заиста садржати стварно право на одређеној ствари.

Примери хартија од вредности које уистину инкорпоришу стварна права са дејством *erga omnes* су релативно ретки. Овде спадају хипотекарно писмо (нем. *Hypothekenbrief*) и инвестиционе јединице отвореног инвестиционог фонда (у правним системима који им признају својство хартија од вредности).⁶ Насупрот томе, у српској правној теорији се као типичан пример стварноправних хартија од вредности наводе складишница, коносман и товарни лист.⁷ Међутим, ако се избегне просто преузимање такве квалификације ових хартија од стране домаћих аутора у области трговинског права, па се озбиљније преиспита које је то стварно право инкорпорисано у њима, долази се до сасвим супротног закључка. Наиме, критичка анализа хартија од вредности попут складишнице, коносмана, товарног лица показује да оне уопште не садрже никакво стварно право, па их у том смислу не треба ни третирати као стварноправне.

Поменуте тзв. стварноправне хартије од вредности издаје складиштар, односно превозицац, лицу које је предало робу на чување или на превоз. При том, не само да издавалац ових хартија није власник робе нити овлашћен да располаже робом, већ ни оставодавац, односно наручилац превоза, такође, не мора да буде власник нити да има овлашћење за располагање робом. Отуда, рећи да складишница, коносман и товарни лист садрже право својине на роби поводом које су издати, значи признати складиштару, односно превозицу овлашћење да креира нова својинска права на роби са дејствима *erga omnes*, када та права или овлашћење за располагање није имао ни он, ни оставодавац, односно наручилац превоза као први законити

⁴ Овлашћење за располагање начелно припада имаоцу стварног права, али је могуће да то овлашћење буде дато од стране имаоца и неком другом лицу. Примера ради, код комисионе продаје право својине на предмету комисиона припада комитенту, а комисионару се даје овлашћење за располагање (комитентовом) својином.

⁵ На пример, орган надлежан за вођење земљишних књига издаје хипотекарно писмо имаоцу хипотеке као првом законитом имаоцу ове стварноправне хартије од вредности која инкорпорише права из хипотеке. Вид. Christina Klein, *Lexikon der Immobilien Zwangsversteigerung*, Interna, Bonn 2007, 37.

⁶ R. Holzhammer, 288; E. Neumann, 75; упор. М. Васиљевић, 448.

⁷ М. Васиљевић, 448; А. Антић, 22; Б. Павићевић, М. Мићовић, 11. Таквих примера има и у немачкој правној теорији, вид. E. Neumann, 75.

ималац хартије. Тиме би се отворила врата опасним злоупотребама, код којих би чак и лопов, простим поверавањем украдене робе на ускладиштење и добијањем складишнице, могао да постане њен власник.⁸ Наравно да су такве последице противне логици и смислу грађанског права. Оне би омогућавале да лице предајом робе складиштару или превозицу на основу издате хартије од вредности стекне бољи правни положај него што га је иначе имало у вези са том робом.⁹

Из свега наведеног се закључује да хартије од вредности попут складишнице, коносмана, товарног листа, не могу и не треба да садрже право својине на роби поводом које су издате.¹⁰ Путем ових хартија од вредности издавалац само потврђује да је примио одређену робу на чување, односно превоз, и обавезује се да ту робу преда законитом имаоцу хартије.¹¹ Описана обавеза складиштара, односно превозиоца према законитом имаоцу хартије је облигационоправног карактера, због чега у упоредноправној теорији поједини аутори ове хартије класификују као облигационоправне.¹² Стога се поставља питање, из ког разлога велики део правне теорије прави тако очигледну грешку сврставајући ове хартије у категорију стварноправних. Одговор се огледа у томе да су ове хартије стварноправне у толико што њихов пренос може да има стварноправна дејства у смислу располагања стварним правима на роби.¹³ Наведена карактеристика се заснива на тзв. традиционом својству или дејству, што значи да се пренос хартије изједначава са предајом робе која је на њој означена. Отуда ће у даљем тексту за такве хартије бити коришћен општи израз „традиционе хартије од вредности“, које су облигационоправне хартије према врсти инкорпорисаног права, али чији пренос може да има стварноправна дејства располагања робом, због чега се често класификују и као тзв. стварноправне хартије.¹⁴

⁸ Упор. Richard Schaffer, Filiberto Agusti, Beverly Earle, *International Business Law and its Environment*, South Western, Cengage Learning, Mason 2009⁷, 166.

⁹ Упор. Samuel Williston, *The Law Governing Sales of Goods at Common Law and Under the Uniform Sales Act*, Baker, Voorhis & CO., New York 1909, 722; William E. Britton, „Negotiable Documents of Title“, *The Banking Law Journal*, 71, 10/1954, 670.

¹⁰ Тако је и у праву Аустралије, вид. Martin Davies, „Australia“, *Transfer of Ownership in International Trade* (ed. A. von Ziegler), Kluwer Law International BV, The Netherlands 2011², 13.

¹¹ Светислав Аранђеловић, „Привредни значај и правна природа складишнице“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1993, 15.

¹² К. Н. Gursky, 10; U. Meyer Cording, 2; упор. R. Holzhammer, 288.

¹³ Kurt Michaelis, *Der Erwerb des Eigentums durch Vermittelung eines Traditions-papiers und der Schutz des gutgläubigen Erwerbers*, Druck von Otto Günther Nachf., Kyritz (Prignitz) 1913, 10.

¹⁴ К. Н. Gursky, 10; R. Holzhammer, 288; о традиционим хартијама од вредности као међукаатегорији која има особине и облигационоправних и стварноправних хартија вид. К. Michaelis, 9 и даље.

3. ПОЈАМ И ОСНОВНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ТРАДИЦИОНИХ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ

Традиционе хартије од вредности (нем. *Traditionspapiere/ Dispositionspapiere*, енгл. *documents of title*) се издају поводом конкретног односа оставе, код кога једно лице (оставодавац) предаје одређену робу у непосредну државину другом лицу (оставопримцу) без преноса права својине и овлашћења за располагање робом на њега, при чему оставопримац има обавезу да ту робу чува и да је врати овлашћеном лицу.¹⁵ На основу овог правног односа оставопримац издаје оставодавцу хартију од вредности, којом потврђује да је примио робу на чување и обавезује се да је преда законитом имаоцу хартије.¹⁶ Иако се каже да је основ издавања традиционе хартије од вредности остава, однос између издаваоца и првог законитог имаоца хартије не мора да има искључиву правну природу оставе, већ је довољно да издавалац уз евентуалне друге обавезе има и обавезе оставопримца, у смислу обавеза да чува и врати поверену робу. На тај начин се круг односа између издаваоца традиционе хартије од вредности и њеног првог законитог имаоца проширује, тако да обухвата не само ускладиштење, које по својој правној природи представља оставу, него и превоз, код кога превозилац, поред (споредних) обавеза чувања и предаје робе примаоцу, има и (главну) обавезу њеног превоза на одговарајућој релацији.

Основна претпоставка за настанак традиционе хартије од вредности се састоји у томе да њеним издавањем издавалац мора да преузме обавезу да означену робу преда искључиво законитом имаоцу уз презентацију и предају хартије.¹⁷ У супротном, не би постојала контрола законитог имаоца над робом на коју се хартија односи, те не би било могуће ни установљивање традиционог својства.¹⁸ Наиме,

¹⁵ R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 163; William F. Willier, „Article 7 The Dual Aspects of Documents of Title“, *Rutgers Law Review* 17/1962, 117; уоп. S. Williston, 692.

¹⁶ Lutz Sedatis, *Einführung in das Wertpapierrecht*, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1988, 180 и 181; Hans Josef Wieling, *Sachenrecht*, Band I, Sachen, Besitz und Rechte an beweglichen Sachen, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft: Abteilung Rechtswissenschaft, Springer Verlag, Berlin Heidelberg, 2006², 351 и 352; U. Meyer Cording, 81 82; S. Williston, 724; Heiko A. Giermann, *The Evidentiary Value of Bills of Lading and Estoppel*, Schriften zum Seehandelsrecht, Band 15, LIT Verlag, Münster 2004, 2; С. Царић, 181 и 185; Б. Павићевић, М. Мићовић, 99 и 105; С. Аранђеловић, 15.

¹⁷ Уоп. Jürgen Tunn, *Lagerrecht/Kontraktlogistik*, C. F. Müller, Heidelberg 2005, 90; S. Williston, 731; Phil Carter, „Acquisition and Loss of Rights of Buyers and Sellers to Goods under the Uniform Commercial Code“, *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 6/1964 1965, 169.

¹⁸ S. Williston, 694.

традиционо својство хартије од вредности се темељи на заштити поверења трећих лица у привид да је ималац хартије заиста и овлашћен за располагање означеном робом.¹⁹ Овај привид се заснива на чињеницама из којих трећа лица као потенцијални стицаоци хартије могу оправдано да закључе да ималац хартије врши контролу, односно фактичку власт над робом.²⁰ Управо поседовање традиционе хартије од вредности, чијим издавањем се издавалац обавезао да означену робу преда искључиво законитом имаоцу хартије, представља довољан основ за описано поверење трећих лица.

Из наведеног се закључује да су традиционе хартије од вредности исправе које инкорпоришу облигационоправни захтев за предају одређене робе која је издаваоцу поверена на чување, а евентуално и пружање других услуга, при чему издавалац има обавезу да ту робу не преда никоме другом сем законитом имаоцу хартије.²¹

Хартије од вредности са наведеним карактеристикама имају тзв. традиционо својство или дејство. Израз „традиционо“ својство потиче од латинске речи *traditio*, што значи „предаја“. Међутим, предаја у смислу традиционог својства се не односи на начин преноса самих хартија од вредности, односно права која су у њима инкорпорисана. Отуда се традиционе хартије од вредности преносе у складу са општим правилима која важе за конкретну врсту хартије према начину одређења законитог имаоца: хартије на име се преносе цесијом, хартије по наредби – цесијом или индосаментом, а хартије на доносиоца и бланко индосиране хартије по наредби – простом предајом. Насупрот томе, предаја у смислу традиционог својства се односи на робу поводом које је та хартија од вредности издата. Дакле, пуноважан пренос традиционе хартије од вредности (цесијом, индосаментом или предајом хартије) симболизује предају робе, на коју се односе правни захтеви инкорпорисани у хартији.²²

4. РАЗВОЈ И ЗНАЧАЈ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА

Настанак традиционих хартија од вредности се везује за Италију, где су се у XIII веку први пут појавили транспортни документи са

¹⁹ Упор. Hans Brox, *Handels und Wertpapierrecht*, Verlag C. H. Beck, München 2005¹⁸, 362.

²⁰ S. Williston, 726.

²¹ Упор. R. Holzhammer, 288; о дефиницији традиционих хартија од вредности у праву САД вид. W. F. Willier, 115 116; упор. Julius von Gierke, *Das Recht der Wert papiere*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln Berlin 1954, 112.

²² H. Brox, 362; упор. Johann Georg Helm, „§ 450“, *Handelsgesetzbuch: Groß kommentar* (Hrsg. Hermann Staub, Claus Wilhelm Canaris), Band 7/1, §§ 425 452, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags GmbH, Berlin 2004, 378.

особинама данашњег коносмана.²³ Међутим, у то време ова хартија од вредности није имала традиционо својство.²⁴ Основни услов за развој традиционог својства, које омогућава предају робе путем преноса хартије од вредности, је било прихватање идеје о симболичној предаји као одговарајућој замени за стварну, физичку предају робе (*traditio vera*).²⁵ Ова идеја је сазрела постепено, а када је коначно постала допуштен начин стицања стварних права на стварима, одатле је био мали корак до признавања традиционог својства хартијама од вредности. Схватање да пренос коносмана симболизује предају робе која се превози морем се развило у Холандији између XVII и XVIII века, па је касније проширено и на друге традиционе хартије од вредности, попут складишнице.²⁶

Захваљујући традиционом својству ималац хартије од вредности је добио могућност да приликом располагања изврши симболичну предају робе путем преноса хартије на стицаоца.²⁷ Према томе, хартија од вредности је постала опипљив симбол робе која се налази код превозиоца, односно складиштара, а располагање робом која се не налази у непосредној државини преносиоца је добило одговарајући публицитет.²⁸ На овај начин је олакшана трговина робом током њеног превоза или ускладиштења, што је њену препродају и коришћење као средства обезбеђења потраживања учинило сигурнијим, бржим и економичнијим.²⁹ Стога је традиционо својство и употреба традиционих хартија од вредности постала општеприхваћена пракса широм света, а праћена је и одговарајућим теоријским и законодавним утемељењем.³⁰

5. ТЕОРИЈСКО ОБЈАШЊЕЊЕ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА СА ПРАКТИЧНИМ ИМПЛИКАЦИЈАМА

У упоредноправној теорији постоји општа сагласност око тога да традиционо својство хартија од вредности омогућава изједначавање преноса хартије са предајом робе означене на њој. Међутим, још увек је спорно теоријско објашњење описаног традици-

²³ Н. Ј. Wieling, 352; уоп. W. E. Britton, 654 655; о развоју коносмана од XI века до данас више вид. Н. А. Giermann, 19 28.

²⁴ F. Gehrke, 65; Н. Ј. Wieling, 352.

²⁵ Н. Ј. Wieling, 352.

²⁶ F. Gehrke, 63; Н. Ј. Wieling, 352.

²⁷ R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 164; уоп. W. E. Britton, 665.

²⁸ Н. Ј. Wieling, 351; F. Gehrke, 63.

²⁹ J. Tunn, 88.

³⁰ F. Gehrke, 63.

оног дејства, при чему различита теоријска становишта у примени доводе до значајно различитих исхода. Основно питање које се у том погледу поставља је следеће: како се традиционо дејство хартија од вредности објашњава из угла општих правила о предаји као начину стицања стварних права на роби?

Према општим стварноправним правилима предаја робе постоји када се изврши пренос државине на роби са преносиоца на стицаоца, тако да државина преносиоца за сопствени рачун престаје у корист стицаоца чија се државина за сопствени рачун успоставља. Класичан начин предаје робе се састоји у преносу непосредне државине за сопствени рачун са једног на друго лице. Ипак, могуће је да преносилац нема непосредну државину на роби, већ да се та роба налази код трећег лица као непосредног држаоца. У том случају ће преносилац моћи да изврши предају робе стицаоцу, само под условом да на њој има посредну државину за сопствени рачун. Посредна државина постоји ако се посредни држалац налази у таквом односу са непосредним држаоцем из кога проистиче правни захтев за повраћај конкретне робе, при чему непосредни држалац нема вољу да ствар држи као своју (*opinio domini non possidet*), већ то чини за рачун посредног држаоца који има државинску вољу власника (*domini voluntate possidet*).³¹ У овој ситуацији посредни држалац може да изврши предају робе стицаоцу путем преноса посредне државине на њега. Посредна државина се преноси уступањем правног захтева за предају конкретне робе против непосредног држаоца (*cessio vindicationis*), тако да однос посредовања државине између непосредног држаоца и преносиоца престаје, а настаје између непосредног држаоца и стицаоца.

У светлу изложених стварноправних правила се поставља питање да ли и пренос традиционе хартије од вредности означава предају у смислу преноса државине на роби или је потпуно независан од таквог, класичног правно-догматског тумачења, па представља самосталан начин стицања стварних права. У упоредном праву су се развиле три основне теорије које настоје да пруже адекватан одговор на ово питање: релативна теорија, апсолутна теорија, теорија репрезентације и модификована релативна теорија.

5.1. Релативна теорија

Према релативној теорији предаја робе путем преноса традиционе хартије од вредности није самостална врста предаје, већ функ-

³¹ Н. Ј. Wieling, 154 и 233; о схватању посредне државине у српској правној теорији вид. Драгољуб Лазаревић, „Облици државине“, *Правни живот* 10/2006, 646 и даље.

ционише на основу општих правила о преносу посредне државине на роби.³² С обзиром на то да традициона хартија од вредности инкорпорише захтев за повраћај робе против превозиоца, односно складиштара, као непосредног држаоца за туђ рачун, преносом хартије се преноси овај захтев, а тиме и посредна државина на роби.³³ Према томе, да би пренос традиционе хартије од вредности имао дејства предаје робе, неопходно је да преносилац у моменту преноса заиста има посредну државину на роби, те да се преносом хартије успоставља посредна државина у корист стицаоца.³⁴ Закључује се да заступници релативне теорије захтевају постојање стварне контроле (фактичке власти) преносиоца на роби, а не прихватају ослањање на претпоставку да таква контрола постоји због саме чињенице поседовања традиционе хартије. На тај начин се у највећој мери штити стицалац робе, будући да пренос хартије неће имати дејства предаје робе ако не омогући успостављање његове фактичке власти над робом.

Аргументи за прихватање релативне теорије се од стране противника истичу као њени основни недостаци. Наиме, према овој теорији традиционо својство хартије од вредности у потпуности зависи од постојања посредне државине преносиоца и његове могућности да пренесе ту државину на стицаоца. Отуда, ако из било ког разлога у конкретном случају нису испуњене претпоставке за постојање посредне државине имаоца хартије од вредности, њен пренос неће имати традиционо дејство. Примера ради, ако издавалац хартије од вредности још увек држи робу, али је променио државинску вољу, па то сада чини за сопствени рачун, имаоца хартије губи посредну државину и могућност њеног преноса на стицаоца, због чега пренос хартије неће остварити дејства предаје робе; или ако је издавалац хартије од вредности изгубио непосредну државину на роби (због крађе или потпуне пропасти робе), самим тим и посредни држалац губи државину, те не може ни да је пренесе путем преноса хартије од вредности.

Из наведеног произлази да традиционо својство у потпуности зависи од реалних државинских односа у вези са робом, захваљујући чему има само релативан значај за извршење предаје робе. Тиме се традиционо својство своди на деклараторну карактеристику појединих врста хартија од вредности, која се заснива на оп-

³² Peter Bülow, *Handelsrecht*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2009⁶, 144; H. J. Wieling, 353; Ingo Koller, *Das Lagergeschäft*, Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 416 424 HGB aus: *Handelsgesetzbuch: Großkommentar*, 3. Auflage, Band 5, Walter de Gruyter & Co., Berlin 1980, C 84; U. Meyer Cording, 84; J. von Gierke, 115; K. Michaelis, 114 115.

³³ H. Brox, 362 и 363; H. J. Wieling, 353; упор. P. Bülow, 144; I. Koller, C 84; U. Meyer Cording, 84; упор. K. Michaelis, 16.

³⁴ H. Brox, 363; P. Bülow, 144.

штим правилима стварног права и не захтева посебно регулисање.³⁵ Штавише, прихватање релативне теорије би значило да све хартије од вредности које инкорпоришу правни захтев за повраћај одређене робе имају традиционо својство, јер се њиховим преносом уступа овај захтев, а тиме и посредна државина на роби.³⁶

5.2. Апсолутна теорија

Према апсолутној теорији предаја робе путем преноса традиционе хартије од вредности је самосталан, додатни начин стицања стварних права на роби, који постоји уз остале начине извршења предаје у општем стварном праву.³⁷ У складу са овим схватањем је неважно како у реалности изгледају државински односи у погледу робе.³⁸ Следствено томе, пренос традиционе хартије од вредности ће означавати предају робе независно од тога да ли се тиме истовремено преноси посредна државина на роби.³⁹ Другим речима, ове хартије од вредности ће у сваком случају имати традиционо дејство, чак и када ималац хартије више нема фактичку власт на роби (тзв. апсолутно традиционо дејство).⁴⁰

Примена апсолутне теорије на располагање робом преносом традиционе хартије од вредности у највећој мери штити преносиоца, јер му омогућава да пуноважно изврши предају робе, чак и када то према општим стварноправним правилима не би могао (на пример, због непостојања посредне државине).⁴¹ При том је према овој теорији ирелевантно не само да ли је преносилац (ималац традиционе хартије од вредности) посредни држалац робе, већ и да ли је издавалац држалац робе у моменту преноса хартије. Према томе, ако је издавалац у међувремену предао робу неком трећем лицу и тиме изгубио државину, накнадни пренос традиционе хартије од вредности ће се свеједно сматрати као извршена предаја робе стицаоцу.⁴² На тај начин, пренос традиционе хартије од вредности у потпуности замењује предају робе. Описано традиционо дејство би морало да буде изричито прописано законом, будући да не може да се објасни помоћу општих стварноправних правила.

³⁵ Claus Wilhelm Canaris, „§ 363“, *Handelsgesetzbuch: Großkommentar* (Hrsg. Hermann Staub, Claus Wilhelm Canaris), Band 4, §§ 343–382, De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags GmbH, Berlin 2004, 81; J. G. Helm, 379 и 380.

³⁶ J. G. Helm, 380.

³⁷ U. Meyer Cording, 84; H. J. Wieling, 353; C. W. Canaris, 82; P. Bülow, 144; J. G. Helm, 379; I. Koller, C 84; J. von Gierke, 116; K. Michaelis, 15.

³⁸ P. Bülow, 144; J. von Gierke, 116; K. Michaelis, 27.

³⁹ C. W. Canaris, 82.

⁴⁰ H. J. Wieling, 353; P. Bülow, 144.

⁴¹ P. Bülow, 144.

⁴² H. Brox, 363.

5.3. Теорија репрезентације

Теорија репрезентације је најшире прихваћена у упоредном праву. Према овој теорији се сматра да традициона хартија од вредности репрезентује (симболизује) робу поводом које је издата,⁴³ захваљујући чему пренос хартије има исте ефекте као да је сама роба директно предата стицаоцу у смислу преноса непосредне државине.⁴⁴ Међутим, услов за наступање овако схваћеног традиционог дејства се огледа у томе да издавалац хартије мора заиста да посредује државину за рачун законитог имаоца хартије, јер у супротном, у недостатку посредне државине преносиоца хартија неће представљати робу.⁴⁵

Теорија репрезентације је слична релативној теорији, утолико што традиционо својство хартије од вредности чини зависним од постојања посредне државине имаоца хартије на роби. Ипак, она се од релативне теорије разликује, јер у преносу хартије не види само уступање захтева за предају робе чиме се преноси посредна државина на роби, већ традиционој хартији признаје додатни квалитет симбола (представника) робе, због чега њен пренос изједначава са директном предајом робе. У том смислу традиционо својство хартија од вредности према репрезентационој теорији означава додатни начин стицања стварних права на роби, уз већ познате начине из општег стварног права.⁴⁶ Тиме се ова теорија приближава апсолутној, мада се од ње суштински разликује, јер захтева постојање посредне државине на роби у корист имаоца хартије као *conditio sine qua non* традиционог дејства.

Основно оправдање за признавање хартије од вредности као симбола робе се огледа у томе да законити ималац хартије, захваљујући посредној државини, има контролу над робом. Отуда, ако ова контрола у реалности престане да постоји, хартија од вредности више неће репрезентовати робу. Сходно томе, у случају да издавалац хартије од вредности изгуби државину на роби или промени државинску вољу, па почне да држи робу као своју, хартија од вредности сагласно теорији репрезентације губи традиционо својство.⁴⁷

⁴³ H. A. Giermann, 12 13; P. Carter, 169; W. F. Willier, 117; U. Meyer Cording, 85; J. von Gierke, 115.

⁴⁴ S. Williston, 694; F. Gehrke, 101; H. J. Wieling, 353; K. Michaelis, 16. Тако је и у швајцарском праву, вид. Alexander von Ziegler, „Switzerland“, *Transfer of Ownership in International Trade* (ed. A. von Ziegler), 445. Дејства преноса традиционе хартије од вредности су упоредива са предајом кључа у циљу предаје закључане ствари, вид. J. von Gierke, 116; упор. P. Bülow, 145; упор. C. W. Canaris, 82; H. Brox, 363; I. Koller, C 84; J. von Gierke, 116, према којима пренос хартије од вредности има дејства преноса посредне државине на роби.

⁴⁵ H. Brox, 363; F. Gehrke, 101; C. W. Canaris, 82; J. G. Helm, 379.

⁴⁶ C. W. Canaris, 82; U. Meyer Cording, 85.

⁴⁷ H. Brox, 363; C. W. Canaris, 85; P. Bülow, 145.

5.4. Модификована релативна теорија

У немачкој правној науци многи угледни аутори заступају тзв. модификовану релативну теорију. Према овом схватању, традиционо дејство хартија од вредности се темељи на правном захтеву за повраћај одређене робе, који законити ималац хартије може да остварује против њеног издаваоца.⁴⁸ Све док такав захтев постоји, неоториво се претпоставља да је преносом хартије од вредности пренета посредна државина на роби.⁴⁹ При том, правни захтев за повраћај одређене робе постоји ако издавалац хартије има државину на тој роби, и то било коју врсту државине (непосредну или посредну, за сопствени или за туђ рачун).⁵⁰ Од тренутка када издавалац хартије изгуби државину на роби (на пример, због крађе, пропасти робе, неовлашћеног отуђења уз предају робе трећем лицу), правни захтев за повраћај се гаси, јер издавалац више не може да испуни обавезу враћања те конкретне робе.⁵¹

Чини се да ово схватање на најбољи начин објашњава суштинску традиционог дејства. Приликом преноса традиционе хартије од вредности стицалац се узда у то да инкорпорисани правни захтев за повраћај означене робе може да се оствари против њеног издаваоца. Према томе, поверење трећих лица у погледу традиционог дејства хартија од вредности се темељи на постојању државине на роби од стране издаваоца хартије, а не на постојању посредне државине у корист преносиоца.⁵² Под условом да издавалац има било коју врсту државине на конкретној роби, пренос хартије од вредности ће производити дејства предаје робе стицаоцу, без обзира на то да ли он тиме заиста постаје посредни држалац робе.⁵³ У супротном, када издавалац уопште не стекне или изгуби државину на роби, престаје да постоји основ за заштиту поверења трећих лица, те пренос хартије од вредности неће имати традиционо дејство.⁵⁴ Описано објашњење

⁴⁸ C. W. Canaris, 86 и 110.

⁴⁹ Harry Westermann, *Sachenrecht: ein Lehrbuch*, fortgef. von Harm Peter Westermann, Karl Heinz Gursky, Dieter Eickmann, C. F. Müller Verlag, Hüthig GmbH, Heidelberg 1998⁷, 387 и 388; упор. C. W. Canaris, 113; вид. H. J. Wieling, 355, према коме се преносом хартије од вредности симболично преноси непосредна државина на роби.

⁵⁰ C. W. Canaris, 89 и 86; U. Meyer Cording, 85.

⁵¹ H. J. Wieling, 354; C. W. Canaris, 86 и 113; U. Meyer Cording, 85. Тиме престаје и традиционо својство хартије од вредности. Вид. S. Williston, 711.

⁵² H. Brox, 364; Werner Ruß у: Peter Glanegger *et al.*, *Heidelberger Kommentar zum Handelsgesetzbuch: Handelsrecht Bilanzrecht Steuerrecht*, C. F. Müller, Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm GmbH, Heidelberg München 2007⁷, 1015.

⁵³ H. Westermann, 388; H. J. Wieling, 354; H. Brox, 364; C. W. Canaris, 86; J. G. Helm, 379; I. Koller, C 85.

⁵⁴ C. W. Canaris, 113; упор. J. G. Helm, 379; S. Williston, 727.

традиционог дејства третира предају робе путем преноса ове врсте хартије од вредности као специфичан, додатни начин стицања стварних права на роби, који постоји уз остале начине извршења предаје из општег стварног права.⁵⁵

6. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА НАСТУПАЊЕ ТРАДИЦИОНОГ ДЕЈСТВА

Да би помоћу традиционе хартије од вредности могла да се изврши предаја робе, треба да буде испуњено неколико основних претпоставки. Први услов за наступање традиционог дејства се састоји у постојању пуноважно издате традиционе хартије од вредности, у смислу изложене дефиниције овог појма.⁵⁶ Ова хартија од вредности мора да садржи правни захтев у погледу конкретне, индивидуално одређене робе.⁵⁷ У супротном, када се хартија односи на одређену количину заменљиве робе, њен пренос не може да оствари традиционо дејство, будући да предаја робе као начин стицања стварних права нужно претпоставља индивидуалну одређеност предмета стицања.

Следећи услов за наступање традиционог дејства се тиче државине на роби од стране издаваоца хартије. У том смислу треба разликовати питање државине издаваоца: а) у моменту издавања хартије, и б) у моменту преноса хартије.

а) Државина издаваоца у моменту издавања хартије. У немачкој правној теорији је неспорно да издавалац мора да има државину на роби у тренутку издавања хартије.⁵⁸ То значи да он треба прво да преузме конкретну робу, па да изда хартију којом потврђује њен пријем и преузима обавезу њене предаје законитом имаоцу хартије.⁵⁹ У случају да издавалац изда хартију иако у том тренутку нема државину на роби која је у њој наведена, сматра се да хартија не може да оствари традиционо дејство.⁶⁰ Она ће и даље постојати као хартија од вредности, али њен пренос неће имати значај за предају робе, па ће стицалац хартије као нови законити ималац једино моћи да реализује захтев за накнаду штете против издаваоца.⁶¹ Насупрот томе, у англосаксонској правној теорији ће хартија од вредности имати традиционо дејство и ако издавалац у моменту издавања није имао

⁵⁵ C. W. Canaris, 114.

⁵⁶ I. Koller, C 85.

⁵⁷ S. Williston, 711 и 758.

⁵⁸ H. Brox, 363; уоп. H. J. Wieling, 353.

⁵⁹ I. Koller, C 85.

⁶⁰ H. Brox, 363.

⁶¹ W. F. Willier, 116; S. Williston, 715.

државину на роби, под условом да је државину стекао накнадно.⁶² При том се традиционо дејство у овој ситуацији прихвата само ако издавалац приликом накнадног преузимања робе има вољу да ту конкретну робу држи на основу односа у вези са којим је издата хартија од вредности.⁶³ Чини се да је ово схватање примереније у поређењу са строгим захтевима немачке правне догматике.

б) Државина издаваоца у моменту преноса хартије. Да ли је постојање државине издаваоца на роби у тренутку преноса хартије од вредности неопходан услов да би такав пренос имао правна дејства предаје робе зависи од прихваћеног теоријског објашњења традиционог дејства.⁶⁴ Отуда, заступници апсолутне теорије сматрају да државина издаваоца у моменту преноса хартије није потребна да би наступило традиционо дејство,⁶⁵ заступници релативне теорије и теорије репрезентације сматрају да је неопходна државина издаваоца за туђ рачун (у корист законитог имаоца хартије),⁶⁶ док је према модификованој релативној теорији, такође, нужна државина издаваоца на роби, али је довољна било која врста државине (непосредна или посредна, за сопствени или за туђ рачун).⁶⁷ Имајући у виду горе-наведене аргументе *pro et contra* приказаних теоријских објашњења, треба прихватити становиште према коме је за традиционо дејство нужно постојање било које врсте државине издаваоца у моменту преноса хартије, будући да губитком ове државине инкорпорисани захтев престаје, чиме хартија губи своју основну вредност.⁶⁸

Поставља се питање да ли је постојање државине законитог имаоца (преносиоца) на роби у тренутку преноса хартије нужан услов за наступање традиционог дејства. Одговор на ово питање, такође, зависи од прихваћеног теоријског објашњења проблематике традиционих хартија од вредности. Са једне стране, присталице апсолутне теорије сматрају да ће пренос хартије од вредности остварити дејства предаје робе без обзира на то да ли је преносилац имао посредну државину на роби. Са друге стране, заступници релативне теорије и теорије репрезентације не допуштају могућност наступања традиционог дејства ако преносилац нема посредну државину на роби којом располаже. Коначно, заговорници модификоване релативне теорије истичу да је постојање посредне државине преносиоца на роби ирелевантно за традиционо дејство преноса хартије, будући да

⁶² W. F. Willier, 132 133; S. Williston, 712.

⁶³ S. Williston, 712.

⁶⁴ H. Brox, 363.

⁶⁵ H. Brox, 363.

⁶⁶ P. Bülow, 145.

⁶⁷ C. W. Canaris, 89 и 86; I. Koller, C 85.

⁶⁸ S. Williston, 711.

се оно темељи на државини издаваоца и постојању правног захтева за предају одређене робе против њега. Чини се да последње схватање најбоље одговара потреби заштите правног промета и савесних трећих лица, као потенцијалних стицалаца стварних права на роби.

Најзад, да би пренос традиционе хартије од вредности симболизовао предају означене робе, неопходно је да се изврши пуноважан пренос ове хартије са преносиоца, као претходног законитог имаоца, на стицаоца, као новог законитог имаоца.⁶⁹ При том, пуноважан пренос хартије треба обавити сагласно правилима која важе за ту врсту хартије према начину одређења законитог имаоца.⁷⁰ У том смислу, пренос традиционе хартије од вредности може да буде извршен цесијом (код хартија на име и по наредби), индосаментом (код хартија по наредби) или предајом (код хартија на доносиоца и бланко индосираних хартија по наредби).

У случају да било која од наведених претпоставки није испуњена, пренос хартије од вредности не може да оствари традиционо дејство. Међутим, то не значи да исправа издата поводом односа чувања одређене робе тиме губи својство хартије од вредности. Напротив, она и поред тога инкорпорише одговарајуће правне захтеве према издаваоцу, али њен пренос неће остварити ефекат предаје означене робе.⁷¹

7. ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ТРАДИЦИОНОГ СВОЈСТВА У ПОГЛЕДУ РАСПОЛАГАЊА СТВАРНИМ ПРАВИМА НА РОБИ

Традиционо својство хартија од вредности је правно релевантно једино за располагање стварним правима на роби, а не и за евентуална друга правна питања код којих се захтева предаја робе као услов за наступање одговарајућих правних дејстава.⁷² Основна последица традиционог својства се огледа у томе да пренос хартије од вредности остварује исто дејство као да је извршена предаја саме робе (тзв. позитиван аспект традиционог својства).⁷³ Из тога произлази да правне последице располагања робом које не би могле да се постигну предајом саме робе, не могу да се остваре ни преносом традиционе хартије од вредности (тзв. негативни аспект традиционог својства).⁷⁴ Традиционо дејство не може да обезбеди стицаоцу хартије

⁶⁹ C. W. Canaris, 114; I. Koller, C 85; S. Williston, 741.

⁷⁰ H. J. Wieling, 354; K. Michaelis, 11.

⁷¹ W. E. Britton, 672.

⁷² H. J. Wieling, 353.

⁷³ C. W. Canaris, 115; S. Williston, 731; о преносу традиционе хартије од вредности као симболичној предаји робе вид. R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 164.

⁷⁴ C. W. Canaris, 115 и 87; H. A. Giermann, 13.

од вредности бољи правни положај од оног који би омогућила директна предаја робе.⁷⁵ Примера ради, ако преносилац предајом робе не би могао да пренесе право својине на стицаоца, онда то неће моћи да учини ни преносом традиционе хартије од вредности. Захваљујући томе, не постоји строги паралелизам између стицања стварних права на роби и стицања традиционе хартије од вредности, јер стварна права на роби не следе увек својину на хартији.⁷⁶

За пренос (деривативно стицање) стварних права на роби је начелно неопходно да буду испуњени следећи услови: 1. овлашћење преносиоца за располагање; 2. правни основ (*iustus titulus*); и 3. предаја стицаоцу као начин стицања (*modus acquirendi*).⁷⁷ Преносом традиционе хартије од вредности се испуњава само трећи од наведених услова, будући да пуноважан пренос хартије једино симболизује предају робе.⁷⁸ Отуда је за стицање стварних права на роби, поред тога, потребно да преносилац има одговарајуће овлашћење за располагање, као и да то чини са одговарајућим правним основом.⁷⁹

У одређеним случајевима, правни систем допушта оригинерно стицање стварних права на роби и када преносилац није овлашћен за располагање. Реч је о правилима о стицању од невласника, која се примењују и на располагање робом путем преноса традиционих хартија од вредности. С обзиром на то да је предаја робе, такође, један од услова за примену института стицања од невласника, она у случају традиционе хартије од вредности може да буде замењена преносом те хартије са претходног на новог законитог имаоца. Под претпоставком да су уз то испуњени и остали услови за оригинерно стицање стварних права на роби, традициона хартија ће омогућити располагање робом и невласнику, на исти начин како би му то омогућавала и директна предаја робе.⁸⁰

У погледу располагања робом преносом традиционе хартије од вредности могу да се појаве различити проблеми који проистичу из раздвојености непосредне државине на роби и овлашћења за располагање, са једне стране, и из двоструке могућности извршења предаје робе путем преноса државине на роби и путем преноса традиционе хартије, са друге.⁸¹ На овом месту ће бити издвојена

⁷⁵ Н. Brox, 364.

⁷⁶ Н. J. Wieling, 355; С. W. Canaris, 87.

⁷⁷ Упор. U. Meyer Cording, 83.

⁷⁸ Н. Brox, 363; W. Ruß у: P. Glanegger, *et al.*, 1015; U. Meyer Cording, 83.

⁷⁹ Упор. Н. J. Wieling, 354; P. Bülow, 144; S. Williston, 703.

⁸⁰ „Онај ко преда робу на чување и добије традициону хартију од вредности тиме не може да стекне јаче право да угаси туђе власништво, од оног које би имао да је поступио непосредно са робом“, W. E. Britton, 670.

⁸¹ Због могућности одвојеног располагања робом и традиционом хартијом од вредности овде постоји проблем сукоба власничких права на роби. Вид. W. F. Willier, 117.

два основна проблема, чији начин решавања треба да послужи као пример анализе правних последица коришћења традиционих хартија од вредности за располагање робом.

7.1. Двоструко располагање робом од стране имаоца традиционе хартије

С обзиром на то да ималац традиционе хартије од вредности често има и стварну, фактичку власт над робом, у смислу посредне државине за сопствени рачун, могуће је да он двоструко располаже робом: путем преноса традиционе хартије и путем преноса државине на роби. При том, пренос државине на роби може да се оствари тако да стицалац стекне: а) непосредну државину на роби за сопствени рачун, или б) посредну државину на роби за сопствени рачун.

а) У првом случају, преносилац ће као посредни држалац наложити непосредном држаоцу за туђ рачун да преда робу, односно пренесе непосредну државину стицаоцу. Ако преносилац уз то располаже робом и путем преноса традиционе хартије од вредности, проблем стицања стварних права на роби ће се решавати различито у зависности од тога који је од ових преноса извршен раније (у складу са максимумом *prior tempore potior iure*).

Када пренос непосредне државине на роби у корист трећег лица претходи преносу традиционе хартије од вредности, треће лице као нови непосредни држалац робе за сопствени рачун ће стећи стварно право на роби под условом да је постојао правни основ и да је преносилац био овлашћен за располагање, односно под условом да су испуњене претпоставке за стицање од невласника. Насупрот томе, стицалац традиционе хартије од вредности неће моћи да стекне никаква стварна права на роби, јер је у тренутку преноса ове хартије издавалац већ изгубио државину на роби, због чега је и сама хартија изгубила традиционо својство.⁸² Другим речима, пренос традиционе хартије под таквим околностима неће производити дејства предаје робе у смислу располагања стварним правима на роби.

За разлику од претходно описане ситуације, када пренос традиционе хартије од вредности претходи преносу непосредне државине на роби, стицалац традиционе хартије ће испрва стећи стварно право на роби под условом да су у тренутку преноса биле испуњене претпоставке за наступање традиционог дејства, као и претпоставке за деривативно, односно оригинерно стицање стварног права. Међутим, накнадним располагањем робе и њеном предајом у непосредну државину трећем лицу, стицалац традиционе хартије

⁸² S. Williston, 728.

може да изгуби стечено стварно право, само ако савесно треће лице оригинерно стекне то стварно право на основу правила о стицању од невластника. Наравно да у том случају нови законити ималац хартије од вредности може да оствари накнаду штете од издаваоца хартије, јер је он противно својим обавезама из хартије предао робу трећем лицу које није било легитимисано да је прими.⁸³

б) У случају да ималац традиционе хартије од вредности жели да располаже робом мимо преноса хартије путем преноса посредне државине на роби у корист трећег лица, поставља се питање какве су стварноправне последице таквог поступања. Према општим правилима, пренос посредне државине се остварује помоћу уступања правног захтева за предају робе, који преносилац има против непосредног држаоца робе. Међутим, у условима постојања традиционе хартије од вредности такав правни захтев је инкорпорисан у хартију, те може да се остварује против издаваоца као непосредног држаоца робе само на основу презентације хартије, којом се доказује легитимисаност за пријем робе. Према томе, посредна државина на роби поводом које је издата традициона хартија од вредности не може да се пренесе независно од преноса хартије,⁸⁴ јер је правни захтев на коме се темељи посредна државина инкорпорисан у хартију и без ње не постоји нити може да се остварује.⁸⁵ У том смислу се каже да традициона хартија од вредности има блокирајуће дејство у односу на располагање робом путем преноса посредне државине без истовременог преноса хартије.⁸⁶

7.2. Неовлашћено располагање робом од стране издаваоца традиционе хартије

Имајући у виду да издавалац традиционе хартије од вредности има државину на роби, могуће је да он располаже робом и изврши њену предају у корист трећег лица, иако на то није овлашћен. Овде, такође, треба разликовати ситуације у којима треће лице стиче: а) непосредну државину на роби за сопствени рачун, и б) посредну државину на роби за сопствени рачун.

а) Када издавалац хартије неовлашћено располаже и преда робу трећем лицу путем преноса непосредне државине за сопствени рачун, треће лице може да стекне стварна права на роби једино на основу

⁸³ W. E. Britton, 666; S. Williston, 729 и 731; R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 167.

⁸⁴ H. Westermann, 399; H. J. Wieling, 354; C. W. Canaris, 103; J. G. Helm, 380; F. Gehrke, 103.

⁸⁵ H. Brox, 364.

⁸⁶ C. W. Canaris, 103.

правила о стицању од невласника. Примена тих правила је независна од постојања и евентуалног момента преноса традиционе хартије од вредности, која је издата поводом те конкретне робе. При том, ако је предаја робе у непосредну државину трећем лицу извршена пре преноса традиционе хартије од вредности, ова хартија више неће имати традиционо својство, јер је издавалац хартије изгубио државину на роби.⁸⁷ Стога, накнадни пренос хартије од вредности неће остварити дејство предаје робе. Са друге стране, ако је традициона хартија од вредности пренета на стицаоца пре неовлашћеног располагања и предаје робе трећем лицу од стране издаваоца, сматраће се да је стицаоцу хартије предата роба, а он ће на основу тога можда и стећи стварно право на роби. Ипак, тако стечено стварно право ће престати да постоји, ако савесно треће лице, које је од издаваоца преузело непосредну државину на роби, испуњава услове за заштиту путем правила о стицању од невласника.

б) Посебан проблем се појављује у ситуацији када издавалац традиционе хартије неовлашћено располаже робом и преда је трећем лицу путем успостављања посредне државине у његову корист. Реч је о институту *constitutum possessorium* као врсти фиктивне предаје.⁸⁸ Овде издавалац традиционе хартије остаје непосредни држалац робе за туђ рачун, али се његова државинска воља мења утолико што убудуће не држи робу за рачун законитог имаоца хартије, већ за рачун трећег лица према коме је извршио неовлашћено располагање. На основу тога, треће лице стиче, а имацац традиционе хартије губи посредну државину на роби. У таквој ситуацији, ако се прихвати модификована релативна теорија, традициона хартија од вредности задржава традиционо својство, јер издавалац не губи државину на роби.⁸⁹ Отуда ће нови законити имацац хартије моћи да стекне стварно право на роби, под претпоставком да су (осим предаје) испуњени и сви остали услови за деривативно, односно оригинерно стицање стварних права.⁹⁰ На овај начин, модификована релативна теорија адекватно штити савесне стицаоце традиционе хартије од вредности који се поуздају у привид да стицање хартије омогућава успостављање њихове контроле на тој роби, ако издавалац има државину на роби.

⁸⁷ Супротно вид. R. Schaffer, F. Agusti, B. Earle, 167.

⁸⁸ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Номос, Београд 1996⁹, 68.

⁸⁹ Упор. S. Williston, 728.

⁹⁰ Упор. C. W. Canaris, 92 и 93.

8. ТРАДИЦИОНО СВОЈСТВО У СРПСКОЈ ПРАВНОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

У праву Србије традиционом својству тзв. стварноправних хартија од вредности није посвећена нарочита пажња како у теорији, тако ни у пракси. Штавише, домаћи аутори ни не препознају проблематику традиционих хартија од вредности, због чега влада опште неразумевање њиховог појма, карактеристика, услова и последица примене. Степен незнања у овој области довољно илуструје чињеница да поједини аутори ову врсту хартија од вредности називају „традиционалне“,⁹¹ што очигледно показује несхватање њихове основне функције да омогуће предају (*traditio*) робе која је на њима означена. Осим тога, један део српске правне теорије третира традиционо својство као општу карактеристику свих хартија од вредности, према којој пренос хартије истовремено означава симболичан пренос права из хартије.⁹² Међутим, наведена последица преноса хартија од вредности проистиче из начела инкорпорације правног захтева против издаваоца у хартију, а не из традиционог својства у смислу упоредноправне терминологије.

Са друге стране, многи домаћи аутори сматрају да традиционе хартије од вредности инкорпоришу право својине, односно залог, те да се њиховим преносом врши симболичан пренос тако схваћеног права из хартије.⁹³ Насупрот томе, већ је показано да према природи односа на којима се заснива издавање традиционе хартије, она не може да садржи стварно право, због чега је и не треба квалификовати као стварноправну, већ као облигационоправну хартију чији пренос може да произведе стварноправна дејства. Коначно, у српској правној теорији има и заступника схватања да традиционо својство хартије од вредности омогућава пренос тих хартија простом предајом,⁹⁴ што је већ критиковано као погрешно тумачење, будући да се предаја у смислу традиционог својства односи на предају робе, а не на предају хартије.

За разлику од описаних тумачења, постоје аутори који исправно схватају да традиционе хартије од вредности омогућавају извршење симболичне предаје робе, али погрешно верују да је за такво дејство довољна проста предаја хартије, уместо њен пуноважан пренос

⁹¹ Б. Павићевић, М. Мићовић, 99; „традиционално“ дејство превозних исправа које имају својство хартија од вредности се помиње и код: Славко Царић, Миодраг Трајковић, „О преображају товарног листа и коносмана комбинованог транспорта у хартије од вредности“, *Анали Правног факултета у Београду* 1 2/1977, 34.

⁹² М. Васиљевић, 444.

⁹³ И. Јанковец, 736 и 740; М. Васиљевић, 444 и 449; Б. Павићевић, М. Мићовић, 11, 99 и 102; С. Аранђеловић, 16.

⁹⁴ Б. Павићевић, М. Мићовић, 11.

на новог законитог имаоца.⁹⁵ Поред тога, у релевантној домаћој литератури се може пронаћи и став да традиционе хартије од вредности симболизују (представљају) робу која је на њима означена,⁹⁶ што у великој мери подсећа на заступање, у упоредном праву владајуће, теорије репрезентације. Ипак, теорија репрезентације није свесно прихваћена као теоријско објашњење традиционог дејства, као што ни било који други правни проблем у вези са традиционим хартијама од вредности није ни препознат, а камоли детаљније анализиран. Из свега наведено се закључује да српска правна теорија до сада није посвећивала одговарајућу пажњу проблематици традиционог својства, због чега се изложени ставови домаћих аутора заснивају на узгредним коментарима, без озбиљнијег правно-догматског упоришта.

Неразвијеност правне теорије је праћена неадекватном правном регулативом у овој области. Традиционо дејство је изричито уређено Законом о основама својинскоправних односа, према коме предаја покретне ствари као начин располагања стварним правима може да се изврши и „*предајом* исправе на основу које стицалац може располагати том ствари“.⁹⁷ Исправе на основу којих стицалац може располагати одређеном ствари би пре свега требало да обухватају традиционе хартије од вредности (на пример, коносман, товарни лист, робни запис, складишницу). Нажалост, законодавац није дефинисао када ће се сматрати да нека исправа омогућава располагање робом, тако да је питање појма и претпоставки за постојање традиционих хартија од вредности остало отворено. Уз то, законодавац није сасвим прецизан када традиционо дејство заснива на предаји хартије, будући да је овде у ствари неопходан њен пуноважан пренос (цесијом, индосаментом или предајом), како би стицалац постао нови законити ималац.

Од конкретних врста хартија од вредности традиционо својство је изричито прописано само код складишнице. Према Закону о облигационим односима ималац складишнице „*може располагати робом означеном у складишници преношењем складишнице*“.⁹⁸ Када се ова одредба доведе у везу са одредбом из Закона о основама својинскоправних односа, долази се до закључка да пренос складишнице има традиционо дејство у смислу симболичне предаје

⁹⁵ С. Царић, 182; О. Станковић, М. Орлић, 68.

⁹⁶ С. Царић, 181; Б. Павићевић, М. Мићовић, 106.

⁹⁷ Закон о основама својинскоправних односа ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 6/80 и 36/90, *Службени лист СРЈ*, бр. 29/96 и *Службени гласник РС*, бр. 115/2005, чл. 34, ст. 2.

⁹⁸ Закон о облигационим односима ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, *Службени лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Службени лист СЦГ*, бр. 1/2003, чл. 743, ст. 2.

робе. Међутим, традиционо својство складишнице није детаљније разрађено, тако да је неизвесно да ли оно претпоставља државину складиштара на роби или посредну државину преносиоца хартије на роби. У том погледу је релевантно опредељење за неко од теоријских објашњења традиционог својства.

Вега између хартије од вредности и својине на роби, као наговештај традиционог својства, је прописана и код робног записа. Робни запис је хартија од вредности коју јавно складиште издаје оставодавцу по основу ускладиштења пољопривредног производа, а којом се обавезује да чува ускладиштен пољопривредни производ и да га преда законитом имаоцу хартије.⁹⁹ Према Закону о јавним складиштима за пољопривредне производе робни запис „доказује власништво над назначеном количином и квалитетом ускладишеног пољопривредног производа“. Осим ове одредбе, закон не прописује да робни запис омогућава располагање означеном робом, нити на други начин изричито успоставља његово традиционо својство. Чак и када би се својство „доказа власништва“ схватило тако да робни запис обезбеђује публицитет (јавност), у смислу спољне манифестације власништва, што је функција аналогна државини као фактичкој власти на ствари, поменуто правило ипак остаје недоречено. Наиме, није јасно да ли је робни запис доказ власништва независно од стварних државинских односа у вези са пољопривредним производом, дакле, без обзира на постојање државине јавног складишта и/или имаоца робног записа на предмету ускладиштења. Отуда, тумачење законске одредбе тако да робни запис ствара оборив доказ власништва, попут државине на роби, оставља отвореним питање под којим условима овој хартији од вредности треба признати традиционо својство. При том, наведени проблем не би могао да се реши ни аналогном применом правила која уређују складишницу као сродну хартију од вредности, с обзиром на то да ни та правила не пружају потребно разјашњење.

Насупрот складишници и робном запису, код превозних исправа попут коносмана и товарног листа традиционо својство није прописано ни изричито, ни прећутно. С обзиром на то да су ове хартије од вредности сродне складишници и робном запису, утолико што инкорпоришу правни захтев за предају робе против издаваоца хартије, те спадају у групу тзв. традиционих хартија од вредности, постоје снажни аргументи у прилог аналогној примени правила о традиционо својству складишнице и на ове хартије. У случају да се прихвати аналогнија, пренос коносмана и товарног листа би, такође, симболизовао предају означене робе, иако би и овде остало нејасно под којим претпоставкама такво дејство треба да наступи (на пример, под условом да је преносилац посредни држалац робе или под условом да је издавалац хартије држалац робе).

⁹⁹ Закон о јавним складиштима за пољопривредне производе, *Службени гласник РС*, бр. 41/2009, чл. 3, ст. 1, тач. 4.

Већ је речено да све наведене хартије од вредности инкорпоришу правни захтев за предају (повраћај) одређене робе, који законити ималац може да остварује против издаваоца.¹⁰⁰ Имајући у виду да је у српском праву начелно допуштена фиктивна предаја робе путем уступања захтева за повраћај одређене ствари (*cessio vindicationis*),¹⁰¹ пренос ових хартија од вредности ће према општим стварноправним правилима имати дејства предаје робе увек када уступање инкорпорисаног правног захтева омогућава пренос посредне државине на роби. На тај начин би, применом релативне теорије, традиционо својство могло да се тумачи и као деклараторна карактеристика свих хартија од вредности, које на основу инкорпорисаног захтева за повраћај робе свом законитом имаоцу обезбеђују посредну државину на означеној роби. Тиме би се, без обзира на прихватање аналогије са правилима о складишници, омогућило традиционо дејство и оним хартијама од вредности, код којих то није изричито прописано.

Међутим, чини се да у српском праву проблематику традиционих хартија од вредности не треба решавати ослањањем на релативну теорију. Разлог се огледа у чињеници да су у Закону о основама својинскоправних односа традиционо дејство хартија од вредности и *cessio vindicationis* свесно и намерно уређени као два посебна, различита начина стицања стварних права. Према томе, док се уступање правног захтева за повраћај робе третира као врста фиктивне предаје, пренос исправе којом се може располагати робом спада у посебну врсту тзв. симболичне предаје.¹⁰² Из свега наведеног произлази да традиционо дејство хартија од вредности треба тумачити као самосталан начин извршења предаје робе. Овај начин предаје треба по аналогији са складишницом прихватити за све хартије од вредности које инкорпоришу захтев за предају (повраћај) одређене ствари која је издаваоцу поверена на чување, под условом да издавалац има обавезу да ту ствар преда искључиво законитом имаоцу хартије.

9. ЗАКЉУЧАК

Традиционо својство је значајна карактеристика појединих хартија од вредности, која омогућава извршење симболичне предаје робе док се она налази код превозиоца или складиштара и тиме олакшава трговину и обезбеђење трговачких послова. Иако блиско институту *cessio vindicationis*, код кога се предаја извршава путем уступања захтева за повраћај робе, чиме се преноси посредна

¹⁰⁰ ЗОО, чл. 743, ст. 1.

¹⁰¹ ЗОСПО, чл. 34, ст. 5; О. Станковић, М. Орлић, 69.

¹⁰² О. Станковић, М. Орлић, 68 69.

државина на стицаоца, традиционо својство је ипак самосталан, додатни начин стицања стварних права на покретним стварима. Оно је карактеристично за све хартије од вредности које садрже правни захтев за предају (повраћај) одређене ствари коју је издавалац хартије преузео на чување уз обавезу да је преда (врати) законитом имаоцу хартије. Отуда, традиционо својство треба признати свим таквим, истоврсним хартијама од вредности. С обзиром на то да у праву Србије код многих традиционих хартија од вредности ово својство није изричито прописано, судска пракса би требало да прошири његову примену користећи аналогију са одговарајућим правилима о складишници.

У погледу претпоставки за наступање традиционог дејства данас је у упоредном праву најшире прихваћена теорија репрезентације, према којој традиционе хартије од вредности симболизују робу. Отуда се према овој теорији пренос традиционе хартије од вредности у правним дејствима изједначава са физичком предајом робе (у смислу преноса непосредне државине), а у правној теорији се означава као симболична предаја. Основни услов за наступање описаног дејства симболичне предаје робе се састоји у томе да у моменту преноса хартије у стварности мора да постоји посредна државина законитог имаоца хартије на роби. Ипак, имајући у виду потребу заштите правног привида који издавалац ствара издавањем традиционе хартије од вредности, постоје снажни аргументи у прилог прихватања тзв. модификоване релативне теорије, према којој се традиционо дејство заснива на државини робе од стране издаваоца, а не на посредној државини од стране законитог имаоца хартије. На тај начин би традиционе хартије од вредности постале још значајније за располагање робом, будући да би из угла нових законитих ималаца створиле додатну сигурност стицања стварних права на роби.

Mirjana Radović, MA, LL.M (Humboldt)

Assistant Lecturer

University of Belgrade Faculty of Law

DELIVERY OF GOODS THROUGH DOCUMENTS OF TITLE

Summary

This paper studies the possibility to deliver goods by transferring documents of title that refer to those goods. The first part of the article analyses whether documents of title (such as bill of lading, warehouse re-

ceipt) can be categorized as negotiable instruments that embody personal property rights, since this is how they are being treated in the Serbian legal science. In this respect the author concludes that documents of title actually embody personal rights against the issuer, although their transfer can lead to disposition of personal property rights regarding goods thereby represented. The second part of the article deals with the notion and main characteristics of documents of title. The following part of the article contains detailed analysis of the theories regarding the basis for delivery-of-goods effect of transferring documents of title: 1. relative theory, 2. absolute theory, 3. theory of representation, and 4. modified relative theory. In addition to that, the author explains the basic conditions that have to be met in order for the transfer of document of title to have the effect of delivery of goods. Finally, the last part of the article researches legal consequences that delivery of goods through documents of title has on disposition of personal property rights with regard to goods. On the basis of research results the author gives a critical analysis of the Serbian legal theory and practice in the field of documents of title.

Key words: *Delivery-of-Goods Effect. – Documents of Title. – Possession. – Acquisition of Property Rights. – Disposition of Goods.*