

DOI: 10.7251/GFP1505022M

UDC: 340.134:347.28(497.6RS)

Originalni naučni rad*Datum prijema rada:*
18. maj 2015.*Datum prihvatanja rada:*
2. jun 2015.*Prof. dr***Duško Medić***Fakultet pravnih nauka,
Panevropski univerzitet
Apeiron Banjaluka, BiH*

Akcesornost založnog prava u Republici Srpskoj

Rezime: Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti. Založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo. No, potpuna akcesornost ovog prava je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. U radu se analizira akcesornost založnog prava i određena odstupanja od ovog načela koje predviđa Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske.

Ključne riječi: akcesornost založnog prava, buduće i uslovno potraživanje, maksimalna hipoteka, raspolaganje neizbrisnom hipotekom

UVOD

Pravo obezbjeđenja potraživanja u cijelom svijetu doživljava pravu ekspanziju.¹

Obezbjeđenje potraživanja predstavlja jedan od osnovnih uslova za stvaranje pravne sigurnosti i povjerenja, te podsticanje ulaganja u privredu jedne države.² Da bi instrumenti obezbjeđenja bili efikasni, oni treba da budu ne samo sigurni, već mora da bude brza i jednostavna i njihova naplata. U protivnom, gubi se funkcija garancije, a to je nespojivo sa tržišnim uslovima privređivanja, gdje postoji urgentna potreba za novcem i kreditima. Poznato je da su realna (stvarnopravna) sredstva obezbjeđenja potraživanja u praksi mnogo efikasnija u zaštiti ugovarača od ličnih (obligacionopravnih),³ jer se kod realnog obezbjeđenja garancija postiže predmetom koji svo-

¹ Medić, D., (2013), Pravo obezbjeđenja potraživanja, Banja Luka, str. 7.

² Zbog svog značaja obezbjeđenje potraživanja se u pojedinim zemljama posmatra kao posebna grana prava. O značaju obezbjeđenja potraživanja v. Tešić, N., (2007), Registrovana zaloga, Beograd, str. 41-58.

³ Još uvijek je aktuelno i važi staro rimsko pravilo: "Plus coutionis in re est, guam in persona" – veća je garancija u stvari nego u licu – Pomponius, u *Digesta*, 50.17.25.

jom vrijednošću odgovara za isplatu duga.⁴ Osim toga, realne garancije djeluju erga omnes, a kod ovog osiguranja postoji i pravo prvenstvenog namirenja i pravo sljedovanja, kao njihove relevantne karakteristike.⁵ Na taj način pojačava se pravni položaj povjerioca, a mogućnost prinudnog namirenja postaje mnogo izvjesnija,⁶ jer će povjerilac biti ovlašten da svoje osigurano potraživanje namiri iz predmeta obezbjeđenja, bez obzira na to u čijoj svojini se taj predmet nalazi.⁷

Najvažnija realna forma obezbjeđenja potraživanja je založno pravo na osnovu koga povjerilac ima ovlaštenje da tuđu stvar ili pravo unovči (ako dužnik ne isplati dug do dospelosti) i na taj način ostvari zadovoljenje svoje tražbine.⁸ Založno pravo je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Mada se radi o klasičnom institutu, razvoj tržišnih odnosa, potrebe robnog prometa i nove forme kredita stalno ovo pravo čine aktuelnim i interesantnim za proučavanje. Teorija založnog prava se odlikuje bogatstvom i širinom teza, kao i brojnošću postavki, jer je zaloga složen pravni odnos u čijoj sadržini žive mnogi elementi. Nesumnjivo je da založno pravo predstavlja složen fenomen koji sadrži različite odnose kod kojih se sa jedne strane nalazi založni povjerilac, a sa druge svi ostali subjekti u koje spadaju dužnik ili vlasnik stvari, drugi založni povjerioci, hirografni povjerioci itd. Postojanje ovog prava vrši psihološki pritisak na dužnika da ispuni svoju obavezu. Prevashodna uloga zaloga je da omogući stvarno osiguranje potraživanja i namirenje povjerioca iz vrijednosti zaloga ako osigurano potraživanje ne bude namireno do dospelosti. Suština zaloge svodi se u drugom supsidijarnom izvoru namirenja koji je stvoren za povjerioca.⁹ Međutim, sa aspekta dužnika, zalog ima i bitnu ulogu mobilizatora vrijednosti njegove imovine. Zahvaljujući mogućnosti zalaganja, lica koja imaju imovinu veće vrijednosti su kreditno sposobnija i to za njih stvara brojne pogodnosti.¹⁰ Logika tržišnog poslovanja nameće odgovarajuće standarde i onaj ko nije u mogućnosti da na pravi način pruži osiguranje ne može da računa na dobijanje kredita ili će ga pak dobiti pod vrlo nepovoljnim uslovima.¹¹

Založno pravo u socijalizmu je bilo gotovo marginalizovano, a danas ponovo postaje veoma interesantno i doživljava svoju punu afirmaciju kao najsigurniji instrument stvarnopravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Tokom svog razvoja založno pravo je izgradilo pravila koja bi trebalo da na pravi način osiguraju ravnotežu interesa

⁴ O prednostima realnog obezbjeđenja v. Lazić, M., (2009), *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, str. 65–70. O tendencijama u razvoju realnih sredstava obezbjeđenja v. Lazić, M., *Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/09, str. 719–737.

⁵ Opširnije: Salma, J., (1988), *Obligaciono pravo*, Beograd, str. 379.

⁶ Realizacija potraživanja uvijek krije izvjesnu dozu neizvjesnosti, jer u praksi ne postoji savršen način njegovog obezbjeđenja.

⁷ Stvarnopravno osiguranje potraživanja služi pojačanju obligacionopravnih odnosa i pošto na području tih odnosa djeluje načelo dispozitivnosti, u praksi se stalno razvijaju novi sadržaji, koje ovo obezbjeđenje teško može adekvatno pratiti. Detaljnije o tome: Gavella, N., et. al. (1998), *Stvarno pravo*, Zagreb, str. 719–720.

⁸ O založnom pravu opširno: Medić, D., (2002), *Založno pravo*, Banja Luka.

⁹ Rašović, Z., (2010), *Pravo obezbeđenja potraživanja*, Podgorica, str. 31.

¹⁰ Gavella, N., (1992), *Založno pravo*, Zagreb, str. 16–17.

¹¹ Npr. uz visoke kamate. Iako visina kamatne stope ne zavisi samo od rizika, ipak se sa njegovim povećanjem povećavaju i kamate.

povjerilaca, dužnika i trećih zainteresovanih lica. Otežavajući faktori koji mogu limitirati domete savremenih vrsta založnog prava na ovim prostorima su još uvijek u potpunosti nezavršena svojinska transformacija, zatim neriješeno pitanje restitucije, nesređenost javnih knjiga za evidenciju prava na nekretninama i njihova neusklađenost sa stvarnim stanjem,¹² te nedovoljno brz i efikasan postupak za njihovu realizaciju. Pravni okvir založnog prava je veoma značajan, jer je u direktnoj vezi sa razvojem kreditnog sistema što ima velikog uticaja na ukupni privredni razvoj određene zemlje. Pitanje kredita je postalo jedno od egzistencijalnih pitanja stvaranja novog tržišnog ambijenta u kome treba voditi računa i o interesima kreditnih institucija i o interesima korisnika kredita koji se pojavljuju na tržištu.¹³ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)¹⁴ založnom pravu posvećuje posebnu pažnju i shodno novim opredjeljenjima reguliše ga dosta opširno.¹⁵ Ovaj rad analizira akcesornost založnog prava kao njegovu esencijalnu karakteristiku i novine koje u pogledu toga navedeni zakon predviđa.

NAČELO AKCESORNOSTI ZALOŽNOG PRAVA

Akcesornost je neposredna i na samom zakonu zasnovana jednostrana zavisnost jednog prava, koje se naziva akcesornim ili zavisnim, od drugog prava, koje se naziva glavnim, pri čemu je cilj akcesornog prava realizacija cilja glavnog prava.¹⁶ Jedno od osnovnih, temeljnih načela založnog prava je načelo akcesornosti.¹⁷ Pravo zaloga je akcesorno, sporedno, zavisno pravo,¹⁸ pošto nastanak i postojanje stvarnog založnog prava nužno pretpostavlja prethodno postojanje onog obligacionog odnosa iz kojeg je nastalo povjeriočevo potraživanje čije se ispunjenje odnosno realizacija osigurava zalogom.¹⁹ Pri tome nije od značaja osnov iz koga potraživanje potiče. Egzistencija zaloga se vezuje za sudbinu garantovanog potraživanja. Otuđenje i nasljeđivanje založnog prava moguće je samo zajedno s potraživanjem koje osigurava.²⁰ Dakle, založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja prestaje i založno pravo kao sporedno pravo, akcesorij. Akcesornost kao jednostrana zavisnost založnog prava od osiguranog potraživanja se smatra fundamentalnim načelom

¹² Nedavno je u Republici Srpskoj donesen Zakon o premjeru i katastru Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 6/12) kojim je ovdje uspostavljena jedinstvena evidencija. O evidenciji nepokretnosti v. Cvetić, R., (2009), *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad.

¹³ Pravo je u interesu pravde i pravne sigurnosti stalno imalo zadatak da pomiri dva suprotstavljena interesa: s jedne strane nastojao se što više osigurati pravni položaj povjerioca, a s druge strane što manje otežati položaj dužnika.

¹⁴ Službeni glasnik RS br. 124/08, 58/09 i 95/11.

¹⁵ Članovi 139–185 ZSP-a. Samo je bezdržavinska (registarska) zaloga na pokretnim stvarima i pravima regulisana posebnim zakonom (Okvirnim zakonom o zalozima BiH – Službeni glasnik BiH br. 28/04).

¹⁶ Živković, M., (2010), *Akcesornost založnih prava kod nepokretnosti*, Beograd, str. 47-48.

¹⁷ O pojmu akcesornosti šire: Živković, M., op. cit., str. 28–48.

¹⁸ Zbog toga se odnos založnog prava i potraživanja razlikuje od sličnih situacija gdje više povezanih prava služe ostvarenju iste svrhe, ali ne postoje kao glavna i sporedna prava (npr. slučaj pasivne solidarnosti).

¹⁹ Prema M. Vukoviću, akcesornost je samo netačan izraz za sadržaj založnog prava. Po njemu, potraživanje predstavlja sadržaj tog odnosa i čim nestane sadržaja prestaje postojati i založnog prava. Vid. Vuković, M., (1950), *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, str. 183.

²⁰ Član 140 st. 2 ZSP-a.

založnog prava i ima svoje korijene još u rimskom pravu.²¹

Dejstva akcesornosti mogu se posmatrati kroz vezu obezbjeđenja i potraživanja u nastanku,²² obimu,²³ pripadanju,²⁴ realizaciji²⁵ i prestanku.²⁶ Međutim, svaka od ovih vrsta akcesornosti trpi određene izuzetke. Založno pravo, u načelu, zavisi od potraživanja u svim navedenim aspektima. Postojanje potraživanja je *conditio sine qua non* za postojanje ovog prava.²⁷ Akcesorni (zavisni) karakter založnog prava ogleda se za čitavo vrijeme postojanja založnog odnosa. Ukoliko je potraživanje ništavo, neće važiti ni založno pravo i tada založni dužnik može tražiti povraćaj založene pokretne stvari odnosno brisanje hipoteke iz zemljišnih knjiga. Postojanje založnog prava ne utiče na valjanost potraživanja i ono ostaje ništavo i nakon njegovog osiguranja.²⁸ Ako je pak potraživanje rušljivo, založno pravo će važiti pod uslovom da se pravni posao ne proglašni ništavim. U slučaju da se pravo na poništaj rušljivog pravnog posla ostvari u predviđenom roku,²⁹ tada zaloga ne proizvodi pravna dejstva. Tamo gdje ne postoje neakcesorna sredstva obezbjeđenja ne postoji ni mogućnost da se razdvoji založno pravo i potraživanje tako da povjerilac založnog prava i osiguranog potraživanja mora biti jedno lice.

No, potpuna akcesornost je nesumnjivo velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi.³⁰ Posebno bankarska praksa zahtijeva odstupanje od stroge primjene ovog načela. Pitavanje akcesornosti je u direktnoj vezi sa prometnošću založnog prava. Akcesornost ne treba shvatiti kao dogmu od koje nema izuzetaka.³¹ Napuštanje načela akcesornosti³² otvara

²¹ Stojanović, D., & Pavićević, B., (1997), *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, str. 252.

²² Akcesornost nastanka znači da založno pravo ne nastaje prije osiguranog potraživanja, a ako potraživanje nije valjano da ovo pravo nije ni nastalo.

²³ Akcesornost u obimu znači da založeni iznos prati iznos osiguranog potraživanja odnosno da založno pravo nema sopstveni obim već da on zavisi od obezbijeđenog potraživanja. Iznos obezbjeđen založnim pravom ne može biti veći od potraživanja, dok načelno može biti manji, jer je moguće obezbjeđiti i samo dio potraživanja.

²⁴ Akcesornost u pripadanju znači da je povjerilac obezbijeđenog potraživanja istovremeno i titular založnog prava.

²⁵ Akcesornost u realizaciji znači da se založno pravo može prinudno ostvariti samo ako je moguće ostvariti obezbijeđeno potraživanje odnosno ako je zahtjev prema dužniku dospio i osnovan.

²⁶ Akcesornost u prestanku znači da prestankom osiguranog potraživanja prestaje i založno pravo, jer ono služi obezbjeđenju potraživanja.

²⁷ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 232.

²⁸ Vid. odluku Vrhovnog suda Republike Hrvatske, Rev-1432/02-2 od 3.9.2003, u: Rašović, Z., (2007), *Komentar Zakona o hipoteci sa sudskom praksom*, Podgorica, str. 69–70.

²⁹ Vid. član 117. Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO), koji se u Republici Srpskoj još primjenjuje na osnovu člana 12. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 21/92).

³⁰ O tome: Softić, D., *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja*, u: *Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse"*, Mostar, 2008, str. 618-632.

³¹ O razlozima za ublažavanje akcesornosti v. Softić Kadenić, D., *Između akcesornosti i neakcesornosti*, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIII 2010, Sarajevo, 2010, str. 382-385.

³² O odstupanju od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ v. Povlakić, M., *Zemljišni dug u usporednom pravu*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 26, br. 1/05, str. 214-223. Vid. i Povlakić, M., (2009), *Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH*, u: *Stvarnopravna*

mogućnost da se založno pravo samostalno kreće u prometu i da nasljeđivanjem pređe na lice koje je nasljednik založnog povjerioca, bez obzira na to prelazi li na nasljednika i potraživanje koje to pravo osigurava.³³ Na ovaj način to pravo postaje mnogo fleksibilnije i bolje prilagođeno zahtjevima moderne kreditne prakse.³⁴ Nesumnjivo je da je moguće naći valjane razloge za to na svakoj bitnoj tački odnosa potraživanja i založnog prava.³⁵ Suština razvoja sredstava obezbjeđenja ide u pravcu da se određeno sredstvo posmatra kao posebna imovinska vrijednost koja je podobna za pravni promet. Danas gotovo ne postoje pravni sistemi u kojima akcesornost važi apsolutno. Razlike su samo u tome da li su predviđena široka odstupanja od tog načela ili su uvedena neakcesorna sredstva obezbjeđenja (samostalna u odnosu na potraživanje) kod kojih se mehanizmima obligacionog prava nastoji oponašati akcesornost. Tzv. kvaziakcesornost kod ovih oblika se zasniva na ugovoru, ali se približava akcesornosti i sve više dobija apsolutno dejstvo. Slobodno se može konstatovati da je sve tanja linija između tih sredstava i akcesornih sredstava osiguranja u pogledu kojih su predviđena široka odstupanja. Centralno pitanje kod uvođenja neakcesornih oblika³⁶ je da li je njima obezbjeđen jednak nivo zaštite dužnika odnosno da li su za to predviđeni odgovarajući mehanizmi. Poznato je da je kod ovih sredstava obezbjeđenja posebna opasnost za dužnika neosnovana realizacija naplate, a njegova zaštita se ostvaruje ugovornim odnosom kojim se neakcesorno pravo dovodi u vezu sa potraživanjem i pravo na namirenje se uslovljava postojanjem potraživanja iz određenog kreditnog odnosa.

Odstupanje od načela akcesornosti odnosno njegovo ublažavanje u pravu Republike Srpske odnosi se na založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, garanciju za sporedna potraživanja i troškove, primjenu načela nedjeljivosti, mogućnost osnivanja maksimalne hipoteke, raspolaganje neizbrisanom hipotekom i zabilježbu zadržavanja prvenstvenog reda, a uzor za to su predstavljala rješenja austrijskog prava.³⁷

uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspective, Zagreb, str. 261-270.

³³ Gavella, N., Založno pravo ... str. 166.

³⁴ U njemačkom pravu neakcesorni zemljišni dug je u praksi gotovo potpuno potisnuo hipoteku i pored rizika koje krije za vlasnika nekretnine, ovdje postoji i svojinska hipoteka – hipoteka na sopstvenoj stvari, te više vrsta hipoteka sa različitim stepenom akcesornosti (npr. osiguravajuća hipoteka, prometna hipoteka itd.), a u austrijskom pravu veliki značaj ima maksimalna hipoteka, kao odstupanje od načela akcesornosti. I tzv. eurohipoteka, kao posebni evropski model hipotekarnog osiguranja, koja se zagovara na nivou Evropske unije bazira se na neakcesornosti. Vid. Josipović, T., U potrazi za eurohipotekom, u: Građansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 243-315.

³⁵ Vid. Powlakić, M., (2009), Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, str. 281-288.

³⁶ Ova sredstva obezbjeđenja su ne samo neakcesorna već i apstraktna.

³⁷ Zakonodavac u Republici Srpskoj se opredjelio za akcesorna sredstva obezbjeđenja uz predviđanje određenih odstupanja radi postizanja bolje prometnosti, dok nije uveo neakcesorno sredstvo obezbjeđenja (zemljišni dug) koji je bio predviđen u Nacrtu Zakona o stvarnim pravima RS.

ODSTUPANJA OD NAČELA AKCESORNOSTI ZALOŽNOG PRAVA U REPUBLICI SRPSKOJ

Založno pravo za buduće, uslovno i zastarjelo potraživanje, te garancija za sporedna potraživanja i troškove

Vidjeli smo da bez postojanja potraživanja ne može nastati ni zaloga. Založnim pravom se osigurava postojeće ili buduće potraživanje, kao i potraživanje koje bi nastalo nakon ispunjenja nekog uslova, ako je novčano ili odredivo u novcu.³⁸ U slučaju uslovnog potraživanja, založno pravo zavisi od toga da li će se ostvariti buduća neizvjesna činjenica koja je predviđena kao uslov u pravnom poslu. Odredba da se založnim pravom može osigurati i potraživanje koje će tek nastati (buduće), te uslovno potraživanje, predstavlja jasan izuzetak od načela akcesornosti (a i specijalnosti). U ovom slučaju založno pravo obezbjeđuje potraživanje koje još nije ni nastalo ili možda neće ni nastati.³⁹ Sticanjem založnog prava prije nastalog potraživanja povjerilac se osigurava od eventualnih dužnikovih štetnih raspolaganja. Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima bivše SFRJ (ZOSPO)⁴⁰ u pogledu hipoteke nije sadržavao ovakvu odredbu, nego se ta mogućnost za hipoteku izvodila iz toga što je postojala kod ručne zaloge.⁴¹ Na ovaj način se pojačava položaj povjerioca, a on stiče i prednost u odnosu na ostale povjerioce, potencijalne konkurente kod eventualnog namirenja sa dejstvom erga omnes. Založno pravo se može konstituisati i radi obezbjeđenja djelimično budućeg, a djelimično postojećeg potraživanja do određenog iznosa i prema ugovorenim uslovima dospelosti potraživanja.⁴²

I zastarjelo potraživanje može se obezbijediti založnim pravom i to takođe, na izvješan način, predstavlja odstupanje od načela akcesornosti. Ovo je moguće, jer iako pravno oslabljena, ta tražbina ipak postoji, nije ugašena, a to je bitno za konstituisanje garancije. Nastupanjem zastare ne prestaje obaveza dužnika, nego se ona samo pretvara u neutuživu i dalje postoji kao prirodna (naturalna) obligacija. Potraživanje nije prestalo, ali se prinudnim putem ne može ostvariti ako dužnik istakne prigovor zastarjelosti. Postojanje zaloge ne sprečava nastupanje zastarjelosti. Zastarjelost obligacionog prava nema uticaja na namirenje iz opterećenog dobra. Stvarno pravo kojim je povjerilac obezbjedio potraživanje ne podliježe zastarjelosti. Akcesornost založnog prava ne treba shvatiti tako da to pravo zavisi samo od potraživanja koja se mogu prinudno ostvariti. Kad protekne vrijeme zastarjelosti, povjerilac čije je potraživanje obezbjeđeno zalogom ili hipotekom⁴³ može se namiriti iz opterećene stvari, ako je drži u rukama ili ako je njegovo pravo upisano u javnoj

³⁸ Član 141. tač. 1. i 3. ZSP.

³⁹ U ovim slučajevima postavlja se pitanje karaktera založnog prava prije nastanka potraživanja odnosno pitanje da li je to pravo zaista i nastalo. Princip akcesornosti u nastanku, inače, zahtijeva da u slučaju budućeg potraživanja zaloga nastaje tek kad nastane potraživanje.

⁴⁰ Službeni list SFRJ br. 6/80 i 36/90.

⁴¹ Član 971. ZOO.

⁴² Vid. Rašović, Z., (2009), Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, II knjiga, Podgorica, str. 1555.

⁴³ Ovdje je bilo poželjno navesti da se to odnosi na sve vrste založnog prava, bez obzira na predmet i pravni osnov njihovog osnivanja.

knjizi.⁴⁴ Naravno, držati određenu stvar u rukama znači da postoji mogućnost da povjerilac faktički raspolagaže sa založenom stvari, a ne da je doslovno drži u rukama. Za realizaciju zastarjelog potraživanja obezbjeđenog ručnom zalogom i hipotekom upisanom u javne knjige povjerilac ne mora da se obraća dužniku, pa mu on ne može ni isticati prigovor zastare, već namirenje svog potraživanja može izvršiti direktno putem suda.⁴⁵ Međutim, založno pravo nakon zastarjelosti potraživanja obezbjeđuje samo glavnica, a ne i kamate i druge troškove,⁴⁶ i to bi trebalo posmatrati kao odstupanje od akcesornosti u pogledu obima potraživanja. Ovo je sankcija za to što je založni povjerilac propustio da potraživanje namiri prije nastupa zastare.⁴⁷ Davanje zaloge ili nekog drugog sredstva obezbjeđenja za zastarjelo potraživanje smatra se, inače, kao odricanje od zastare.⁴⁸ Obezbjedenje za zastarjelu tražbinu je manifestacija volje dužnika da se odriče od već nastale zastarjelosti i da je spreman da svoj dug plati. U ovom slučaju nema ograničenja u pogledu obima namirenja založnog povjerioca i on je ovlašćen da svoje potraživanje namiri u cjelosti.

Dok traje obligacioni odnos između stranaka može doći do izmjene visine potraživanja u smislu njegovog povećanja ili smanjenja. Ekspanzija garancije se vezuje za proširenje, a ne i za smanjenje potraživanja zbog primjene načela nedjeljivosti. Založno pravo pored glavnog potraživanja, osigurava i namirenje sporednih potraživanja, kamata, troškova za očuvanje stvari i troškova naplate potraživanja.⁴⁹ Visina kamata, sporednih potraživanja i troškova nije poznata u momentu nastanka zaloga. To je uzrokovano obezbjeđujućom svrhom zaloge koja nastoji da povjerioca dovede u situaciju kao da mu je osigurani dug dobrovoljno namiren o dospelosti. Poželjno bi bilo ograničiti kamate na zakonske (i zatezne), jer se na njih uvijek može računati, dok bi ugovorene, koje su veće od zakonskih (i zatezних) kamata, trebalo posebno upisati. Naime, potrebno je da se na pravi način zaštite mogući kasniji založni povjerioci, jer njihova sigurnost povećava kreditnu sposobnost založnog dužnika. Kada bi se radilo samo o odnosu založnog povjerioca i dužnika ne bi bilo sporno omogućiti obezbjeđenje za sve kamate i troškove nastale u vezi sa obezbjeđenom glavnicom, jer se tako na potpun i adekvatan način ostvaruje obezbjeđujuća svrha založnog prava.⁵⁰ Ako akcesornost posmatramo u strogom smislu riječi, proširenje garancije bi se moglo smatrati kao odstupanje od tog načela u pogledu obima.

Primjena načela nedjeljivosti kao odstupanje od načela akcesornosti

Jedno od osnovnih načela založnog prava kod nas je i načelo nedjeljivosti.⁵¹ Založno

⁴⁴ Član 368. st. 1. ZOO. Ovo je izuzetak od pravila prema kojem nije moguće prisilnim putem namiriti zastarjelo potraživanje.

⁴⁵ Vid. Komentar Zakona o obligacionim odnosima (1995), I knjiga, Glavni redaktor S. Perović, Beograd, str. 774.

⁴⁶ Član 368. st.2. ZOO.

⁴⁷ Vid. Mihelčić, G., & Tuhtan Grgić, I., Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1/12, str. 191.

⁴⁸ Član 366 st. 2 ZOO.

⁴⁹ Član 141. st. 4. ZSP.

⁵⁰ Tako i Živković, M., op. cit., str. 80.

⁵¹ O načelima založnog prava v. Medić, D., Načela založnog prava, *Advokatura*, br. 9–10/03, str. 15–25.

pravo je po svojoj prirodi nedjeljivo.⁵² Ovo načelo podrazumijeva da zalog (predmet) osigurava cijelo obezbjeđeno potraživanje, a da čitava založena stvar sa svim njenim sastavnim dijelovima i pripacima osigurava tražbinu povjerioca.⁵³ To se primjenjuje i na ručnu zalogu i na hipoteku. Načelo nedjeljivosti treba da utiče na dužnika da u potpunosti izvrši svoju obavezu. Po ovom načelu pravo zaloga ne prestaje sve dok njime osigurano potraživanje ne bude u cjelosti namireno.⁵⁴ Opterećenje zaloga ne smanjuje se sa smanjenjem potraživanja,⁵⁵ dakle cijela založena stvar garantuje do potpune isplate duga povjeriocu. Tek prestankom potraživanja u cjelini (glavnice, kamata, sporednih prava i troškova) prestaje i založno pravo. Ukoliko dođe do diobe založene stvari, to pravo postoji i dalje opterećujući sve njene dijelove.⁵⁶ Prema tome, dosljedna primjena načela nedjeljivosti predstavlja odstupanje od načela akcesornosti u obimu, jer obim založnog prava ne prati obim potraživanja.

Međutim, iako je nedjeljivost ustanovljena prevashodno radi očuvanja interesa povjerioca, to nikako ne znači da ne treba voditi računa i o interesima druge strane (dužnika ili zalagodavca).⁵⁷ ZSP je upravo ovo imao u vidu i predvidio je moguće izuzetke od dosljedne primjene načela nedjeljivosti. Tako, u slučaju smanjenja potraživanja, sud može, na prijedlog založnog dužnika, dopustiti da se založno pravo ograniči na jedan ili više predmeta zaloga koji su dovoljni za osiguranje preostalog potraživanja.⁵⁸ Isto tako, ako se otuđi dio nekretnine čija je vrijednost manje od jedne petine tražbine, povjerilac se ne može protiviti otuđenju i oslobađanju tog dijela nekretnine od založnog prava, ukoliko dužnik daje odgovarajuće osiguranje za taj dio ili ostatak nekretnina pruža dovoljno obezbjeđenje.⁵⁹ Sigurno je da ekonomski interesi povjerioca nisu ugroženi ako je preostalo dovoljno pokrića za obezbjeđenje njegovog potraživanja. Podržavamo ove novine, jer pravna teorija i praksa

⁵² Neki autori smatraju da nedjeljivost zaloge ne izvire iz same suštine založnog prava, kao što nedjeljivost privatne svojine izvire iz same suštine te svojine – v. Gams, A., (1980), *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, str. 139.

⁵³ Založno pravo može da se uspostavi i za dio potraživanja i tada ono prestaje kad prestane taj dio tražbine.

⁵⁴ Tako Pavlović, Đ., u djelu *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji (1868)*, Beograd, na str. 11 ističe: “Kad je jedna čest duga isplaćena, hipoteka celokupna ostaje da garantuje ostatak duga, kao da ništa nije plaćeno”.

⁵⁵ Član 141. st. 5. ZSP.

⁵⁶ Još u rimskom pravu spominje se nedjeljivost založnog prava. Na osnovu fragmenata iz Digesta uzetih iz Papijanove liber VIII quaestionum, u kojim pravnik primjećuje da je *causs pignoris indivisa*, razvija stara germanska doktrina dogmu o nedjeljivosti založnog prava – v. Rašović, Z., (2002), *Stvarno pravo*, Podgorica, str. 360. Načelo nedjeljivosti usvajaju mnogi građanski zakonici. Primjera radi, Italijanski građanski zakonik - član 2799, Francuski građanski zakonik - član 2083. (ručna zaloga) i član 2114. (hipoteka); Švajcarski građanski zakonik - član 889. str. 2; Austrijski građanski zakonik, § 457. itd.

⁵⁷ Vid. Bartoš, M., *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3/37, str. 245.

⁵⁸ Član 141. tačka 9. ZSP.

⁵⁹ Član 141. tačka 6. ZSP. Ovo je uvedeno po uzoru na član 811. Švajcarskog građanskog zakonika, prema kome hipotekarni dužnik može prodati parcelu hipotekom opterećenog zemljišta slobodnu od te hipoteke ako ona vrijedi manje od 1/5 duga, a isplati odgovarajući dio duga ili ako ostatak pruža dovoljno garancije za isplatu duga.

imaju obavezu da pronalaze rješenja za takve situacije, jasno uz očuvanje svih opravdanih interesa založnih povjerilaca.

Maksimalna hipoteka

ZSP propisuje da potraživanje mora biti određeno,⁶⁰ a smatra se da je dovoljno određeno ako su određeni povjerilac i dužnik, pravni osnov i visina ili najviši iznos do koga se osigurava zalogom, koji se ne smije prekoračiti.⁶¹ Propisivanje da za potraživanje mora biti određen najviši iznos do koga se osigurava zalogom ponovo u Republici Srpskoj uvodi mogućnost zasnivanja maksimalne hipoteke,⁶² jer se to prevashodno odnosi na potraživanje koje se osigurava sa nekretninama. To omogućava obezbjeđenje kredita u okviru nekog osnovnog odnosno okvirnog pravnog odnosa u kojem visina potraživanja u raznim momentima može da bude različita. Bitno je da je određen najviši iznos za koji se garantuje zalogom. Ovi pravni odnosi najčešće traju duži vremenski period i podložni su čestim promjenama. Maksimalna hipoteka je podvrsta osiguravajuće hipoteke i ona osigurava potraživanja do najvišeg iznosa u onom obimu u kome su ta potraživanja zaista i nastala. Konstitutivni elemenat ove hipoteke nije neizvjesnost samog potraživanja, već neizvjesnost sadržine potraživanja zbog kojeg će se tražiti namirenje.⁶³ Podatak o najvišem iznosu obezbjeđenog potraživanja ukazuje trećim licima na moguću opterećenost dužnika.⁶⁴ Ovo je od značaja za potencijalnog kupca založenog predmeta, a i za eventualne nove povjerioce koji imaju namjeru da obezbjede svoje potraživanje zalogom na tom predmetu, jer je višestruko zalaganje kod nekretnina uobičajeno. Prema tome, za razliku od uobičajene hipoteke gdje se u javnu knjigu upisuje iznos obezbjeđenog potraživanja, formalna razlika je da se kod maksimalne hipoteke u registar upisuje najviši iznos opterećenja nekretnine hipotekom. Inače, osnovna načela hipotekarnog prava, u principu, vrijede i za maksimalnu hipoteku.

Najčešći oblik ove hipoteke je tzv. kreditna hipoteka, koja se koristi za osiguranje budućeg potraživanja iz jednog kreditnog odnosa. Posebno je pogodna za kreditiranje kroz tekući račun (kontokorentni kredit).⁶⁵ Ta vrsta hipoteke je nastala zbog potreba moderne kreditne privrede. Kauciona hipoteka postoji u slučajevima upisa založnog prava u zemljišnu knjigu za potraživanje koje može, ali ne mora nastati.⁶⁶ Ovi oblici predstavljaju maksimalnu hipoteku kod nas, a nije od značaja njihovo terminološko razlikovanje, mada se ovi termini nekada upotrebljavaju i kao sinonimi.⁶⁷

ZSP ne navodi slučajeve u kojima je dozvoljeno zasnovati maksimalnu hipoteku, pa se može zaključiti da se ona može zasnovati za obezbjeđenje novčanih potraživanja po bilo

⁶⁰ Zahtjev za tačnom određenošću odnosi se na glavno potraživanje. Sporedna potraživanja trebaju biti bar određiva.

⁶¹ Član 141. st. 2. ZSP.

⁶² O maksimalnoj hipoteci opširno: Živković, M., op. cit., str. 82-116.

⁶³ Glantić, M., (2011), Maksimalna hipoteka i njen odnos sa obezbeđujućim zemljišnim dugom u nemačkom pravu, u: Uvod u pravo Nemačke, Beograd, str. 417.

⁶⁴ Istina, oni ne znaju koliko je stvarno zaduženje dužnika, već samo koliko ono može biti.

⁶⁵ Šogorov Vučković, J., (2014), Pravo zaloge kod ugovora o kreditu, Novi Sad, str. 87.

⁶⁶ Stanković, O., & Orlić, M., Stvarno pravo, Beograd, deveto izdanje, str. 245.

⁶⁷ Vid. Povelakić, M., Zemljišni dug u usporednom pravu str. 214.

kom osnovu, kao i klasična hipoteka.⁶⁸ Postojanje ove hipoteke kao fleksibilnog sredstva osiguranja predviđeno je u velikom broju pravnih sistema kontinentalno-evropskog pravnog kruga.⁶⁹ Maksimalna hipoteka ima mnogo veći značaj u onim pravnim sistemima koji ne poznaju neakcesorna založna prava na nekretninama.⁷⁰ Institut maksimalne hipoteke u bivšoj Jugoslaviji bio je predviđen Zakonom o zemljišnim knjigama iz 1930. godine,⁷¹ koji je sa ostalim zemljišnoknjižnim zakonima iz tog perioda⁷² predstavljao recepciju austrijskog zemljišnoknjižnog prava iz 1871. godine⁷³ i koji je primjenjivan kao pravno pravilo. Međutim, u praksi je ovaj institut korišćen veoma rijetko. Donošenjem Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske ovdje više nije bilo osnova za zasnivanje maksimalne hipoteke na osnovu pravila zemljišnoknjižnog prava.⁷⁴ ZSP sada ponovo predviđa tu mogućnost i to je svakako pozitivno. Ovaj oblik hipoteke bi trebao riješiti pojedine probleme u praksi banaka kod svih oblika dugoročnog finansiranja⁷⁵ ali zbog skučenosti odredbe koja ga reguliše postoji dosta dilema u pogledu kojih bi trebalo dati adekvatan odgovor, ⁷⁶ jer maksimalna hipoteka kao vrlo sofisticiran institut pokazuje izvjesna bitna odstupanja u odnosu na uobičajenu hipoteku i povlači za sobom dalekosežne posljedice. Ova hipoteka otvara mnoga sporna pitanja koja bi svakako trebalo zakonski urediti.⁷⁷

Prije svega, postavlja se pitanje neposredne izvršnosti maksimalne hipoteke, jer stvarna visina potraživanja nije unaprijed određena. Neposredna izvršnost zbog svoje efikasnosti ima prednosti i za povjerioca i za dužnika. U ovom slučaju izvršnom sudu se

⁶⁸ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta BiH (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH br. 11/01, 8/03, 40/04, 21/05) navodi primjere pojedinačnih slučajeva koje je moguće osigurati maksimalnom hipotekom - član 36. st. 4.

⁶⁹ Npr. maksimalna hipoteka je predviđena § 1190 BGB-a (samo kod tzv. obezbjeđujuće hipoteke) i članom 794. st.2. švajcarskog ZGB-a. Od tranzicijskih zemalja ova hipoteka postoji u Sloveniji, Hrvatskoj, Crnoj Gori, Rusiji, Češkoj, Slovačkoj, Poljskoj, Gruziji i Mađarskoj, a od zemalja izvan kontinentalnog prava poznaju je Norveška i N R Kina.

⁷⁰ Tako je, primjera radi, u Njemačkoj ovaj oblik hipoteke potisnut obezbjeđujućim zemljišnim dugom kao neakcesornim oblikom obezbjeđenja.

⁷¹ Odredbom paragrafa 14. st. 2. tog zakona nabrojani su osnovi iz kojih može nastati maksimalna hipoteka (dozvoljeni kredit, preuzeto posloводство, jemstvo ili naknada štete). Tom hipotekom su se mogla obezbjeđivati potraživanja iz jednog pravnog osnova, a ona nije garantovala za kasnija istovrsna potraživanja.

⁷² Zakon o osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga iz 1930. godine i Zakon o zemljišnoknjižnim diobama, otpisima i pripisima iz 1931.godine.

⁷³ Maksimalna hipoteka je u Austriji regulisana u članu 14. st. 2. Općeg zakona o zemljišnim knjigama (GBG) i dugogodišnja primjena je dovela da je ovaj institut u praksi detaljno razrađen i da ima mnogo veći praktični značaj nego klasična hipoteka. Austrijsko pravo ne poznaje neakcesorna sredstva obezbjeđenja potraživanja na nekretninama, pa ova hipoteka obavlja one funkcije koje u Njemačkoj vrši obezbjeđujući zemljišni dug.

⁷⁴ Vid. član 87. Zakona o zemljišnim knjigama Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 67/03, 46/04, 109/05 i 119/08).

⁷⁵ Maksimalna hipoteka omogućava određene operacije koje nisu moguće sa klasičnom hipotekom.

⁷⁶ Vjerovatno je jedan od mogućih razloga ovako skromnog regulisanja maksimalne hipoteke činjenica da je prvobitni Nacrt Zakona o stvarnim pravima R S predviđao uvođenje instituta zemljišnog duga kao neakcesornog sredstva obezbjeđenja koji je trebao preuzeti funkcije maksimalne hipoteke.

⁷⁷ Povlakić, M., Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini str. 298.

podnosi prijedlog za izvršenje i izvršni otpravak notarski obrađene isprave. Sud dozvoljava izvršenje na osnovi izvršnog otpravka, dakle ne mora se voditi poseban parnični postupak radi dobijanja izvršnog naslova. Povjerilac koji pokreće izvršni postupak može tražiti samo ono što mu dužnik duguje, a to ne mora da bude u skladu sa upisanim iznosom hipoteke. Pošto zbog prirode ove hipoteke u momentu zasnivanja još nije poznata visina potraživanja, proizilazilo bi da nije moguće tu hipoteku zasnovati kao neposredno izvršnu. Naime, dužnik se prilikom zasnivanja hipoteke u formi notarski obrađene isprave može podvrgnuti neposrednom izvršenju, ali samo za tačno određeni iznos.⁷⁸ No, imajući u vidu da to bitno utiče na upotrebljivost ovog instituta u praksi, moguće rješenje bi možda moglo biti da se maksimalnoj hipoteci prizna izvršnost u pogledu maksimalnog iznosa (ili onog iznosa koji traži povjerilac), a u slučaju da on traži više nego što mu dužnik stvarno duguje, dužnik bi mogao da u tom dijelu uloži prigovor.⁷⁹

Isto tako, dilema kod maksimalne hipoteke može da bude i oko toga da li se kamate i druga sporedna potraživanja računaju u određeni maksimalni iznos, pošto to nije izričito određeno. Ovo pitanje, koje i u uporednom pravu izaziva dvojbe, moglo bi u primjeni da dovede do neizvjesnosti, pogotovo u pogledu prava trećih lica, pa bi ga zato u budućem periodu bilo poželjno nedvosmisleno regulisati.⁸⁰

Kod maksimalne hipoteke interesantno je i pitanje njenog prestanka (posebno u kontekstu položaja kasnijih povjerilaca), jer ova hipoteka ne prestaje izmirenjem pojedinačnog potraživanja već osigurava osnovni pravni odnos i može da bude sporno kada je ovaj odnos između stranaka zaista i prestao. Maksimalna hipoteka ne mora prestati čak i kada bude namireno potraživanje u maksimalno određenom iznosu, a ne mora prestati ni kada ne postoje otvorena potraživanja. Ona obezbjeđuje čitavu lepezu potraživanja i cjelokupan pravni odnos, pa nije vezana za pojedino potraživanje već za sva potraživanja iz određenog pravnog odnosa.

Za upis maksimalne hipoteke u javnu knjigu koja vodi evidenciju o pravima na nekretninama nedostaje precizna norma (trebalo bi regulisati koji se sve bitni podaci moraju upisati), pa i to može da predstavlja problem, pošto se u tim knjigama jasno mora naznačiti da se radi o ovoj vrsti hipoteke,⁸¹ s obzirom na posebnosti koje ona posjeduje.⁸² Pravila za to bi trebalo izričito predvidjeti, jer ako se maksimalna hipoteka npr. nalazi na prvom mjestu, nema sumnje da bi povjerioci nižeg ranga bili u lošijem položaju.

⁷⁸ Član 85. st. 2. Zakona o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11).

⁷⁹ Član 47. Zakona o izvršnom postupku Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 59/03, 85/03, 64/05, 118/07, 29/10, 57/12, 67/13 i 98/14).

⁸⁰ Primjera radi, u Sloveniji je izričito predviđeno da kamate ulaze u najviši iznos – član 146. stav 3. Stvarnopravnog zakonika (Uradni list Republike Slovenije br. 87/02 i 18/07). Isti slučaj je i u Njemačkoj (§ 1190 BGB).

⁸¹ U slovenačkom i hrvatskom zemljišnoknjižnom pravu postoji obaveza navođenja da se radi o maksimalnoj hipoteci.

⁸² U javnu knjigu se upisuje najviši iznos do kojeg hipoteka daje osiguranje, a iz nje se ne vidi da li su i u kojoj visini već nastala potraživanja.

ZSP ne sadrži ni posebne odredbe o prenosu maksimalne hipoteke, te njenom pretvaranju u klasičnu hipoteku. Kada se imaju u vidu njene specifičnosti i razlike u odnosu na klasičnu hipoteku, ova pitanja bi poželjno bilo posebno regulisati.⁸³ Prenos potraživanja kod maksimalne hipoteke ne mora da znači i prelazak hipoteke na novog povjerioca mada nije isključen ni zajednički prenos.

Ipak, i pored dosta nedorečenosti u pogledu ovog kompleksnog instituta i vrlo suptilnih pitanja koje će biti potrebno riješiti u narednom periodu, nesumnjivo je da maksimalna hipoteka kao odstupanje od strogog načela akcesornosti⁸⁴ (a i specijalnosti⁸⁵) odgovara zahtjevima savremene kreditne privrede. Ova hipoteka u odnosu na uobičajenu pokazuje velike prednosti na modernom finansijskom tržištu, posebno kod osiguranja svih vrsta finansiranja u dužem vremenskom periodu kada permanentno postoji potreba za novim sredstvima.⁸⁶

Raspolaganje neizbrisanom hipotekom

Tipičan slučaj odstupanja od načela akcesornosti je tzv. svojinska hipoteka.⁸⁷ Ona predstavlja pravnu konstrukciju, čiju ekonomsku snagu može aktivirati po svojoj volji samo njen titular. Svojinska hipoteka je hipoteka na sopstvenoj stvari.⁸⁸ Ta hipoteka može postojati bez potraživanja, prenosi se samostalno, ali se ne može realizovati bez postojanja

⁸³ O tome: Softić, D., (2009), Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda, Godišnjak, Pravnog fakulteta u Sarajevu, LII, Sarajevo, str. 391.

⁸⁴ Maksimalna hipoteka predstavlja odstupanje od akcesornosti u obimu, jer je umanjena zavisnost obezbjeđenja hipotekom od iznosa jednog ili više obezbjeđenih potraživanja i ona je rješenje za situacije kada u momentu zasnivanja hipoteke nije moguće tačno odrediti visinu potraživanja koje se obezbjeđuje. Ona predstavlja odstupanje i od načela akcesornosti u nastanku, jer dijelom najčešće služi za obezbjeđenje uslovnih i budućih potraživanja, a i od akcesornosti u prestanku, jer se prestankom pojedinog potraživanja istovremeno ne gasi (u toj mjeri) i hipoteka.

⁸⁵ U ovom slučaju potraživanje nije u potpunosti određeno. Ipak načelo specijalnosti je sačuvano, ali u nešto modifikovanom obliku.

⁸⁶ U nekim zemljama se u posljednje vrijeme javljaju i oblici hipoteke koji u odnosu na maksimalnu hipoteku još više odstupaju od načela akcesornosti. Npr. pravo Crne Gore poznaje kontinuiranu hipoteku, koja je propisana članom 317. Zakona o svojinsko-pravnim odnosima, kojom se garancija proteže i na druge ugovorne obaveze dužnika koje bi nastale između povjerioca i dužnika nakon nastanka hipoteke, a koje dospjevaju za naplatu prije namirenja potraživanja za čije je obezbjeđenje hipoteka konstituisana. Takva hipoteka može da obezbjeđuje potraživanje iz novog ugovornog odnosa do iznosa utvrđenog ugovorom o hipoteci. Uzor za kontinuiranu hipoteku je bila odredba člana 972. ZOO. Reformom Code Civile (C C) koja je stupila na snagu u martu 2006. godine u Francuskoj je uvedena dopunjiva hipoteka. To je ugovorna hipoteka koja kasnije može obezbjeđivati potraživanja koja se razlikuju od onih pomenutih u aktu kojom je osnovana, ako je u njemu tako izričito predviđeno – v. član 2422. st. 1. CC. O kontinuiranoj i dopunjivoj hipoteci šire: D. Softić Kadenić, Između akcesornosti i neakcesornosti str. 387-392.

⁸⁷ Ovom hipotekom se obezbjeđuje položaj ranga u javnoj knjizi za budućeg povjerioca.

⁸⁸ O tome: Ogorelica, N., (1893), Hipoteka na sopstvenoj stvari ili t zv. vlasnička hipoteka, poseban otisak iz Pravnika za 1893, Beograd; Lazić, M., Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede, Pravni život, br. 10/96, str. 151-154; Spaić, V., (1971), Građansko pravo – Opšti dio i Stvarno pravo, Sarajevo, str.689; Vedriš, M., & Klarić, P., (2004), Građansko pravo, Zagreb, str. 328; Medić, D., Svojinska hipoteka, ZIPS, br. 1027/05, str. 29.

tražbine za čije obezbjeđenje služi.⁸⁹ Kod nas svojinska hipoteka ne može nastati izvorno, nego samo ako dođe do konsolidacije (hipotekarni povjerilac postane vlasnik opterećene nepokretnosti), a to je razlog za prestanak založnog prava.⁹⁰

ZSP, dakle, ne predviđa postojanje svojinske hipoteke, ali reguliše raspolaganje neizbrisanom hipotekom kao samostalnom vrijednošću, što ima izvjesne sličnosti.⁹¹ Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz javnih knjiga.⁹² U tom slučaju radi se o ovlaštenju da se već isplaćena hipoteka (klasična ili maksimalna) prenese na novog povjerioca. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana.⁹³ Povjerioci nižeg ranga se tada ne pomjeraju naprijed. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom moguće je u svim slučajevima prestanka potraživanja osim kada je potraživanje prestalo, jer je namireno iz vrijednosti založene nekretnine.⁹⁴ Hipoteka sada pripada vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.⁹⁵ Ovo je za njega očigledno korisno, jer ako raspolaže visokim mjestom u redu prvenstva, veća mu je i kreditna sposobnost, a to mu otvara mogućnost dobivanja zajmova pod povoljnim uslovima.⁹⁶ Na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke moguće je osnovati i više hipoteka radi osiguranja više potraživanja i to u korist različitih povjerilaca, ali njihov ukupan zbir ne smije prelaziti visinu tražbine koja je prestala. Na taj način vlasnik nekretnine ima mogućnost da bolje ekonomski iskoristi vrijednost svoje nekretnine raspolažući u korist novog hipotekarnog povjerioca boljim, vrijednijim mjestom u prvenstvenom redu. Prvenstvo u namirenju čini ekonomsku suštinu hipoteke zbog toga što je prvenstveni red (rang) hipoteke važan za procjenu stepena sigurnosti koju ona kao sredstvo obezbjeđenja nudi. U ovom slučaju se radi o osnivanju nove

⁸⁹ Lazić, M., Stvarna prava na sopstvenoj stvari, *Pravni život*, br. 10/03, str. 87-92.

⁹⁰ Član 179. st. 1. ZSP.

⁹¹ Član 181. ZSP.

⁹² U ovoj situaciji njemačka doktrina ima u vidu vlasnički zemljišni dug. Prema III noveli na Austrijski građanski zakonik iz 1916. godine postoji mogućnost raspolaganja sa neizbrisanom hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Vid. Čulinović, F., (1931), *Komentar zemljišnoknjižnih zakona*, Beograd, str. 206.

⁹³ Raspolaganjem mjestom u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke nosioci knjižnih prava koji su upisani s kasnijim prvenstvenim redom ne smiju biti oštećeni u ostvarivanju svojih prava pri namirenju osiguranih tražbina. Ukoliko bi nova tražbina bila veća od stare oni bi bili oštećeni, jer bi u slučaju namirenja iz vrijednosti nekretnine za namirenje njihovih potraživanja preostao manji iznos od onog koji bi ostao da se namirenje provodilo prije nego što je prestala stara tražbina.

⁹⁴ Pravo vlasnika da raspolaže neizbrisanom hipotekom nastaje u momentu prestanka potraživanja koje je hipoteka obezbjeđivala, a traje sve dok ne dođe do brisanja hipoteke.

⁹⁵ Dok vlasnik ne ostvari svoje pravo raspolaganja neizbrisanom hipotekom u odnosu na treća savjesna lica djeluje neoboriva pretpostavka da postoji ona tražbina osigurana hipotekom upisanom u javnoj knjizi.

⁹⁶ Slično rješenje postoji i u pravu Hrvatske i Srbije. Vid. Gavella, N., et. al., op. cit., str. 821; R. Kovačević Kuštrimović, R., & Lazić, M., (2006), *Stvarno pravo*, Niš, str. 391. Uporediti: Povolakić, M., (2001), *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, str. 147-148. Interesantno je da su pravila o raspolaganju neizbrisanom hipotekom bila predviđena i Predosnovom Građanskog zakonika Kraljevine Jugoslavije iz 1934. godine.

hipoteke na već postojećem mjestu u prvenstvenom redu, pa se za upis te hipoteke moraju ispuniti sve materijalne i procesne pretpostavke koje propisuje zemljišnoknjižno pravo.⁹⁷ U tabularnoj ispravi na osnovu koje se sprovodi upis na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke bi se trebalo navesti da se prenosi odnosno osniva hipoteka na mjestu u prvenstvenom redu već upisane hipoteke. Hipoteka na prijašnjem mjestu u prvenstvenom redu se ne briše već se samo prenosi na novu tražbinu.⁹⁸ Vlasnik se ne može odreći ovog svog prava unaprijed, ali ako se on nekome obavezao ishoditi brisanje određene hipoteke, i to je u zemljišnoj knjizi zabilježeno, on ipak ne može njome raspolagati.⁹⁹ Prema tome, to pravo nije svojinska hipoteka, mada joj je veoma slično.¹⁰⁰

Naravno, raspolaganje neizbrisanom hipotekom može u praksi da dovede do određenih problema i štete za povjerioci sa kasnijim redom prvenstva. Naime, vlasnik može pred sam istek stare hipoteke, a prije pokretanja izvršnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka¹⁰¹ upisati novu hipoteku, a to može dovesti do toga da će povjerioci nerado davati kredite koji bi bili obezbjeđeni hipotekom drugog ili kasnijeg ranga. Sve ovo može dovesti do gotovo trajnog nepomicanja unaprijed prvenstvenog reda ovih povjerilaca. Time se znatno relativizuje problem kliznog ranga¹⁰² (što je u biti korisno), jer fiksni rang¹⁰³ u ovom slučaju sigurno donosi pozitivne efekte. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom svakako povećava prometnu sposobnost hipoteke i dovodi do boljeg aktiviranja dužnikove imovine. Fleksibilnija upotreba jednom upisane hipoteke je u skladu sa potrebama moderne kreditne privrede. Nedostatak je da se hipoteka može ponovo upotrebiti tek po prestanku prvobitnog potraživanja.

Zabilježba zadržavanja prvenstvenog reda

Vlasnik može u slučaju brisanja hipoteke istodobno ishoditi u zemljišnoj knjizi zabilježbu¹⁰⁴ s kojom je za upis nove hipoteke do visine izbrisane zadržan prvenstveni red za vrijeme od tri godine od odobrenja te zabilježbe.¹⁰⁵ U momentu podnošenja prijedloga za upis zabilježbe ne mora se čak ni znati budući nosilac založnog prava za koga je osnovan prvenstveni red. Ako bi došlo do promjene vlasništva, to bi djelovalo i u korist novog vla-

⁹⁷ O tome: Josipović, T., (2001), *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, str. 262-263.

⁹⁸ Mihelčić, G., (2005), *Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige*, u: *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb, str. 33.

⁹⁹ Ovo znači da je izričito prihvatio klizni rang.

¹⁰⁰ Slično i Gavella, N., et. al., op.cit., str. 822. Vlasnik nekretnine nije sam sebi povjerilac, pa ne može biti ni svoj hipotekarni povjerilac.

¹⁰¹ Prava hipotekarnog povjerioca posebno dolaze do izražaja u ovim postupcima.

¹⁰² Klizni rang je nepravedniji od fiksnog, jer se po isplati hipotekarnog povjerioca koji je prvi po rangu, kasniji hipotekarni povjerioci automatski pomjeraju u rangu i stižu povoljniji položaj za koji nisu dali adekvatnu naknadu. Vid. Živković, M., (2004), *Hipoteka i zemljišni dug*, u: *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Beograd, str. 162.

¹⁰³ Fiksni rang se zasniva na tome da nema pomjeranja hipoteke unaprijed. Za njegovo ostvarenje mora se odstupiti od akcesornosti hipoteke.

¹⁰⁴ Zabilježba je takva vrsta knjižnog upisa kojom se evidentiraju i čine javnim izvjesne pravne činjenice koje su od uticaja na predmet knjižnih prava.

¹⁰⁵ O rangu hipoteka v. Stojanović, D., & i Pop-Georgiev, D., (1980), *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd, str. 147-148; Lazić, M., *Rang stvarnih prava*, *Pravni život*, br. 10/02, str. 77-79.

snika, ali se u slučaju prisilne javne dražbe te nekretnine¹⁰⁶ ovo zadržavanje ne bi uzelo u obzir, ukoliko ne bi bilo iskorišteno prije zabilježbe rješenja kojim je dopuštena pljenidba na toj nekretnini radi naplate nečije novčane tražbine. Vlasnik nekretnine ima mogućnost zahtijevati upis hipoteke za novu tražbinu u prvenstvenom redu i do visine hipoteke kojom je nekretnina opterećena, ali s ograničenjem da će nova hipoteka imati pravni učinak jedino ako se brisanje stare hipoteke uknjiži u roku od godine dana od odobrenja upisa nove hipoteke.¹⁰⁷ Ukoliko ne bude zatraženo brisanje stare hipoteke ili ono ne bude dopušteno u navedenom roku, nova hipoteka prestaje čim ovaj rok protekne, te će se zajedno sa svim upisima koji se na nju odnose brisati po službenoj dužnosti. Hipoteka koja je upisana na mjestu starije opterećene hipoteke u prvenstvenom redu imaće pravni učinak samo ako se taj teret izbríše ili se s pristankom sudionika prenese na novu hipoteku. U slučaju da starija hipoteka tereti više nekretnina zajednički, nova će proizvoditi pravne učinke samo ako se starija hipoteka izbríše na svim nekretninama koje tereti. Ove odredbe će se primjenjivati i u slučaju da nova tražbina stupa na mjesto dvije ili više hipotekarnih tražbina koje u prvenstvenom redu dolaze neposredno jedna iza druge.¹⁰⁸ Na ovaj način, kao i kod raspolaganja neizbrisanom hipotekom, vlasnik ostvaruje uslove za bolje ekonomsko iskorišćavanje vrijednosti svoje nekretnine, jer može ostvariti povoljnije uslove kreditiranja ponudom novom povjericu za osiguranje osnivanjem hipoteke na zadržanom mjestu u prvenstvenom redu. Zabilježba djeluje prema svakom licu, pa ukoliko kasnije budu izvršeni neki upisi, sud će po prijedlogu sve te upise izbrisati.

Prema tome, ovom zabilježbom se osniva prvenstveni red za hipoteke koje će se upisati na osnovu određenih raspolaganja koja u času podnošenja prijedloga za zabilježbu još nisu ostvarena ili za koja u tom momentu ne postoje sve pretpostavke da bi se na osnovu njih mogla izvršiti uknjižba ili predbilježba. Upis založnog prava će se provesti na onom mjestu u prvenstvenom redu koje je osnovano zabilježbom zadržavanja prvenstvenog reda bez obzira na to kada je sačinjen ugovor o hipoteci.

ZAKLJUČAK

Akcesornost založnog prava se tradicionalno smatra načelom zaštitom dužnika. Potpuna akcesornost je velika smetnja savremenoj kreditnoj privredi. Danas ne postoji nijedan pravni sistem u kome je akcesornost apsolutno provedena. Odstupanja od tog načela u pravu Republike Srpske su učinila da založno prvo postane elastičnije i prikladnije za nove uslove privređivanja. To će nužno dovesti do bolje prometnosti ovog instituta, jer je očito da praksa treba ovakva fleksibilna sredstva osiguranja. Pogotovo ovdje imamo u vidu da u Republici Srpskoj nije uveden zemljišni dug, kao neakcesorno i apstraktno sredstvo obezbjeđenja (apstraktnost je posljedica neakcesornosti), koji posebno u njemačkom pravu ima široku primjenu. Na taj način su omogućene i određene finansijske transakcije koje inače ne bi bilo moguće izvesti, a data je veća sloboda i davaocu i primaocu obezbjeđenja. Novi pristup hipoteci je doveo do toga da ona može postojati kao samostalna vrijednost.

¹⁰⁶ Taj termin nije najbolje rješenje, jer bi se moglo zaključiti da se ova odredba neće primjeniti u slučaju prodaje nekretnine u izvršnom postupku neposrednom pogodbom.

¹⁰⁷ U ovom slučaju se raspolože mjestom u prvenstvenom redu stare hipoteke iako se još nisu stekli uslovi za njeno brisanje. Zbog toga je ovo raspolaganje uslovno. Brisanje stare hipoteke ovlašćeni su da traže hipotekarni dužnik i povjerilac u čiju korist je upisana nova hipoteka.

¹⁰⁸ Član 182. ZSP.

Mogućnost raspolaganja neizbrisanom hipotekom će dovesti do boljeg ekonomskog iskorišćavanja nekretnina. Ponovna upotreba hipoteke je u skladu i sa rješenjima u uporednom pravu. Pozitivna novost je i reafirmacija maksimalne hipoteke, ali ovaj institut tek treba detaljnije regulisati kako bi se mogao više koristiti u praksi. Naravno, sve prednosti nove regulative kod hipoteke će doći do izražaja samo u slučaju postojanja ažurne evidencije u javnim registrima za evidenciju nekretnina. Najvažnije je da izuzeci od načela akcesornosti obezbjeđuju jednak nivo zaštite dužnika odnosno da postoje adekvatni mehanizmi koji to omogućavaju. Modernoj kreditnoj praksi čini se da najviše odgovara veza između potraživanja i zaloge na putu između akcesornosti i neakcesornosti (kvaziakcesornost). No, reforma sredstava obezbjeđenja mora stvoriti uslove i za veću zaštitu povjerioca i sigurnost pravnog prometa. Vrijeme koje je pred nama će dati najbolji odgovor na pitanje koliko se u tome uspjelo.

I na kraju, može se postaviti pitanje da li su Republici Srpskoj potrebna neakcesorna sredstva obezbjeđenja, prevashodno zemljišni dug, kojim se paralelno može osigurati više potraživanja. Nema sumnje da takvi oblici imaju nesumnjive prednosti, ali isto tako je sigurno da oni mogu otežati položaj dužnika u zaštiti njihovih interesa. Smatramo da kod nas za to još ne postoje sve potrebne pretpostavke. Međutim, protekom vremena, a posebno potpunom konsolidacijom bankarskog sektora i ažuriranjem stanja u javnim registrima nekretnina, mogli bi se stvoriti uslovi za adekvatno funkcionisanje i uvođenje u naš pravni sistem i ovako suptilnih oblika obezbjeđenja koji su u potpunosti u skladu sa zahtjevima tržišne privrede.

LITERATURA

1. Bartoš, M. (1937). *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3.
2. Cvetić, R. (2009). *Savremena evidencija nepokretnosti*, Novi Sad.
3. Čulinović, F. (1931). *Komentar zemljišno-knjižnih zakona*, Beograd.
4. Gams, A. (1980). *Osnovi stvarnog prava*, Beograd.
5. Gavella, N. (1992). *Založno pravo*, Zagreb.
6. Gavella, N., et. al. (1998). *Stvarno pravo*, Zagreb.
7. Glintić, M. (2011). *Maksimalna hipoteka i njen odnos sa obezbjeđujućim zemljišnim dugom u nemačkom pravu*, u: Uvod u pravo Nemačke, Beograd.
8. Josipović, T. (2001). *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb.
9. Josipović, T. *U potrazi za eurohipotekom*, u: Građansko pravo u razvoju, Zbornik radova u čast 70. rođendana profesora emeritusa Nikole Gavella, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, str. 243-315.
10. Kovačević Kuštrimović, R. & Lazić, M. (2006). *Stvarno pravo*, Niš.
11. Lazić, M. (1996). *Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede*, Pravni život, br. 10.
12. Lazić, M. (2002). *Rang stvarnih prava*, Pravni život, br. 10.
13. Lazić, M. (2003). *Stvarna prava na sopstvenoj stvari*, Pravni život, br. 10.
14. Lazić, M. (2009). *Prava realnog obezbeđenja*, Niš.
15. Lazić, M. (2009). *Tendencije u razvoju realnih prava obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11.
16. Medić, D. (2002). *Založno pravo*, Banja Luka.
17. Medić, D. (2003). *Načela založnog prava*, *Advokatura*, br. 9-10.
18. Medić, D. (2005). *Svojińska hipoteka*, ZIPS, br. 1027.

19. Medić, D. (2013). *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Banja Luka.
20. Mihelčić, G. (2005). *Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige*, u: *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb.
21. Mihelčić, G. & Tuhtan Grgić, I. (2012). *Ovlast na prisilno namirenje zastarjele založnopravne tražbine*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 33, br. 1.
22. Ogorelica, N. (1893). *Hipoteka na sopstvenoj stvari ili t zv. vlasnička hipoteka*, poseban otisak iz *Pravnika za 1893*, Beograd.
23. Pavlović, Đ. (1868). *U djelu Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd.
24. Perović, S. (1995). (Glavni redaktor) *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, Beograd.
25. Powlakić, M. (2001). *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo.
26. Powlakić, M. (2005). *Zemljišni dug u usporednom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1.
27. Powlakić, M. (2009). *Stvarnopravno osiguranje kredita u BiH*, u: *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Zagreb.
28. Powlakić, M. (2009). *Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo.
29. Rašović, Z. (2002). *Stvarno pravo*, Podgorica.
30. Rašović, Z. (2007). *Komentar Zakona o hipoteci sa sudskom praksom*, Podgorica.
31. Rašović, Z. (2009). *Komentar Zakona o svojinsko-pravnim odnosima*, II knjiga, Podgorica.
32. Rašović, Z. (2010). *Pravo obezbjeđenja potraživanja*, Podgorica.
33. Salma, J. (1988). *Obligaciono pravo*, Beograd.
34. Softić, D. (2008). *Akcesornost hipoteke kao prepreka pri primjeni modernih tehnika finansiranja*, u: *Zbornik radova "Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse"*, Mostar.
35. Softić, D. (2009). *Maksimalna hipoteka u pravu Bosne i Hercegovine de lege lata i de lege ferenda*, Godišnjak, Pravnog fakulteta u Sarajevu, LII, Sarajevo.
36. Softić Kadenić, D. (2010). *Između akcesornosti i neakcesornosti*, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, LIII 2010, Sarajevo.
37. Spaić, V. (1971). *Građansko pravo – Opšti dio i Stvarno pravo*, Sarajevo.
38. Stanković, O. & Orlić, M. *Stvarno pravo*, Beograd, deveto izdanje, str. 245.
39. Stojanović, D. & Pop-Georgiev, D. (1980). *Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima*, Beograd.
40. Stojanović, D. (1991). *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
41. Stojanović, D., & Pavićević, B. (1997). *Pravo obezbjeđenja kredita*, Beograd.
42. Šogorov Vučković, J. (2014). *Pravo zaloge kod ugovora o kreditu*, Novi Sad.
43. Tešić, N. (2007). *Registrovana zaloga*, Beograd.
44. Vedriš, M. i Klarić, P. (2004). *Građansko pravo*, Zagreb.
45. Vuković, M. (1950). *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb.
46. Živković, M. (2004). *Hipoteka i zemljišni dug*, u: *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Beograd.
47. Živković, M. (2010). *Akcesornost založnih prava kod nepokretnosti*, Beograd.

Prof. dr Duško Medić

Law College, PanEuropean University Apeiron, Banja Luka

Subordinate Position of a Pledge Law in Republika Srpska

Summary: One of the basic and most important principles of pledge law is a principle of subordination. Pledge law is a dependent law and its existence is dependant on existence of legal validity of the active claims and cessation of claims indicates the cessation of pledge law. However, total subordination is apparently a big obstacle toward market economy. Subordination should not be understood as a dogma from which there is no exception. Nowadays there are practically no legal systems in which the subordinate position of a pledge law can be entirely applicable. In the article author deals with the concept of subordination of a pledge law and certain exceptions from that principle which is provided by the Proprietary law.

Key words: subordination of a pledge law, future and conditional claims, utmost mortgage, management of open mortgage