

Марина Д. Јеремих, студент докторских студија
Универзитета у Новом Саду
Правни факултет у Новом Саду
marina.dzepina@gmail.com

ЗАСНИВАЊЕ НОВЕ ХИПОТЕКЕ СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА РАСПОЛАГАЊЕ НЕИСПИСАНОМ ХИПОТЕКОМ

Сажетак: У раду су анализирани правни институти којима се одступа од начела акцесорности у претанку хипотеке. У питању су законске норме прописане у чл. 53 – 56 Закона о хипотеци које регулишу располагање неисписаном хипотеком, забележбу првенственог реда и предбележбу нове хипотеке. У сва три случаја одступа се од општег начела *prior tempore potior iure*, од начела намирања израживања по редоследу уписа хипотека, чиме се искључује клзни ранг намирања. Власник непокретности, захваљујући овлашћењу које црпи из наведених законских норми, својим располагањем заправо врши заснивање нове хипотеке на месту постојеће. Аутор анализира сваки институти посебно, са становишта важеће законске регулативе, практичне примене и њихове правне природе. Уговарањем ових правних институти, који су налик својинској хипотеци, побољшава се кредитна способност и олакшава рефинансирање кредита, па имају изузетан значај у привреди. Посебна пажња у раду посвећена је праву располагања неисписаном хипотеком као специфичном институти којим се одступа од клзности ранга намирања. Међутим, скоро неизоставним уговарањем забране располагања неисписаном хипотеком, банкарска пракса укида фиксни ранг намирања и чини право располагања неисписаном хипотеком неприменљивим.

Кључне речи: одступање од начела акцесорности хипотеке, располагање неисписаном хипотеком, забележба првенственог реда, предбележба нове хипотеке.

1. УВОД

Строги принцип акцесорности хипотеке не одговара условима модерног тржишног привређивања и онемогућава или умањује прометљивост хипотеке. Сходно томе све већи број законодавства кредитно развијених земаља или оних које то претендују да буду, регулишу неакцесорна средства обезбеђења. Доношењем Закона о хипотеци¹ и Република Србија ушла је у ред земаља које познају правне институте којима се омогућавају извесна одступања од начела акцесорности хипотеке по престанку обезбеђеног потраживања. Законске норме садржане у одредбама чл. 53 – 56 ЗХ, врше функцију задржавања постојећег ранга и преноса хипотеке на новог повериоца. У сва три случаја одступа се од клизног ранга намирења потраживања по редоследу уписа хипотека односно начела први у времену, јачи у праву. Власник непокретности, захваљујући овлашћењу које црпи из наведених законских норми, својим располагањем заправо врши заснивање нове хипотеке на месту постојеће хипотеке.² Уговарањем ових правних института, који су налик својинској хипотеци, побољшава се кредитна способност и олакшава рефинансирање кредита власнику непокретности, па имају изузетан значај у привреди. Посебној анализи у раду подвргнут је институт располагања неисписаном хипотеком као специфичан институт који представља изузетак од начела акцесорности у престанку хипотеке, који се са становишта банкарског пословања, чини потпуно оправданим. Међутим, скоро безизузетним уговарањем забране располагања неисписаном хипотеком, банкарска пракса укида фиксни ранг намирења и чини право располагања неисписаном хипотеком непримењивим. Увођењем ових института наше право само је отворило врата неакцесорним средствима обезбеђења, а чије се нормирање може очекивати у блиској будућности.

2. ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА АКЦЕСОРНОСТИ ХИПОТЕКЕ У ПРЕСТАНКУ

Хипотека као акцесорно право,³ не може постојати самостално без потраживања као главног права, чијем обезбеђењу служи.⁴ Хипотека постоји

¹ Закон о хипотеци – ЗХ, *Службени гласник РС* бр.115/2015, 60/2015, 63/2015 и 83/2015.

² Стојан Јокић, *Коментар Закона о хипотеци*, Привредни саветник, Београд 2006, 210.

³ Вид. § 306 Српског грађанског законика за Књажевство Србију – СГЗ, Грађански законик за Књажевство Србију, Геце Кон, Београд 1927. „Свака залога претпоставља дуг. Но сваки дуг не води за собом право на залог. Ово право мора бити или већ законом опредељено или на уговору или последњој вољи господара основано, или тек судском пресудом добивено.“

⁴ „*Rei suae pignus non consistit*“ (Ulpianus – D. 50, 17, 45). Вид. Жика Бујуклић „*Forum Romanum*“, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, 576-578. „Уговор о залози (pignus) закључује се у функцији обезбеђења потраживања, и за разлику од фиду-

док постоји потраживање као главно, примарно право. *Accessorium sequitur principale*. По правилу она престаје са престанком потраживања које обезбеђује. Гашење потраживања, само је један од основа за престанак хипотеке, с тим да оно не повлачи непосредно престанак хипотеке, већ даје овлашћење власнику хипотековане непокретности да захтева упис брисања хипотеке из регистра непокретности. Хипотека не настаје закључењем уговора о хипотеци,⁵ тим уговором је само створен правни основ за њен настанак, она је настала уписом у регистар непокретности.⁶ На исти начин и престаје. Овај вид акцесорности хипотеке се у доктрини назива акцесорност хипотеке у престанку.⁷

Престанак потраживања хипотекарног повериоца са ранијим рангом, омогућава власнику непокретности да располаже местом на коме се угашена хипотека налазила, или стиче тзв. „својинску“ хипотеку са којом може располагати. Својинска или власничка хипотека је хипотека на сопственој ствари, па власник унапред може да обезбеди, „резервише“ у јавној књизи место за неког будућег повериоца. Настала је под утицајем германског права. Могућност стварања власничке хипотеке врши се без пристанка осталих, следећих по рангу поверилаца, с обзиром да се њихов положај који је успостављен приликом уписа хипотеке не мења, те њихова права ни на који начин нису повређена овом променом.

Наше право не познаје својинску хипотеку, нити она може настати изворно, већ само накнадно у случају консолидације.⁸ Власник непокретности који је консолидацијом постао хипотекарни поверилац може захтевати да се хипотека испише из јавних књига, или може задржати хипотеку на непокретности и пренети потраживање заједно са хипотеком на треће лице.⁹

цијарног споразума уговор о залози је увек акцесорног карактера, престаје чим се угаси примарна обавеза уз коју је закључен. Хипотека постоји само уз облигацију због чијег обезбеђења је установљена.“

⁵ Вид. Даница Попов, „Настанак хипотеке у Србији са посебним освртом на хипотеку према Грађанском законикау за Кнежевину Србију из 1844“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2012, 103-119.

⁶ Вид. Раденка Цветић, „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2015, 1021. М. Живковић, *Акцесорност заложних права на непокретностима*, Београд 2010, 167.

⁷ *Ibid.*, 167-191.

⁸ Вид. чл. 50 ст. 1 тач. 2 ЗХ. „Хипотека престаје исписом када хипотекарни поверилац стекне право својине на хипотекованој непокретности.“ Према раније важећој одредби чл. 68 тач. 3 Закона о основама својинскоправних односа – ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ* бр. 6/80 и 39/90, *Службени лист СРЈ* бр. 49/96 и *Службени лист РС* бр. 115/2005 – др. закон, „престанак хипотеке се могао тражити када је исто лице стекло право својине и хипотеке на истој непокретности.“

⁹ Вид. Миодраг Орлић у: Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Сиварно право*, Београд 1999, 241. „Ако власник хоће да узме нови кредит, може повериоцу да понуди ову неугашену хипотеку као обезбеђење и уступити му хипотеку са оним редом првенства који је имао.“

Постоје схватања да хипотека може постојати на сопственој ствари, као и да је потребно и оправдано законско регулисање својинске хипотеке, чиме би се створили повољнији услови код рефинансирања и добијање кредита.¹⁰

У нашем праву постоје одређени правни инструменти, институти, који врше функцију задржавања ранга, а налик су својинској хипотеци.¹¹ То чине у границама начела акцесорности и са тек извесним одступањима од акцесорности у престанку хипотеке. Преузети су из аустријског права, те представљају својеврсне правне транспланте.

3. РАСПОЛАГАЊЕ НЕИСПИСАНОМ ХИПОТЕКОМ

3.1. Позитивно право

Власнику непокретности дата је законска могућност да располаже уписаном хипотеком, иако је потраживање које хипотека обезбеђује престало. Решење је преузето из аустријског права.¹² Институт располагања неисписаном хипотеком био је регулисан и Предосновом Грађанског законика Краљевине Југославије.¹³ Предвиђен је Нацртом Законика о својини

¹⁰ Никола Огорелица, *Хипотека на сопственој ствари или њзв. власничка хипотека*, Београд 1893, 31-33. Аутор сматра да постоји хипотека на сопственој ствари тј. да исто лице може истовремено са правом својине да врши и неко уже право од права својине, поготово јер ће му понекад бити лакше да се користи тим ужим правом него својином. Нпр. уколико власник прода ствар у својству хипотекарног повериоца, продајом ће престати и сви терети на ствари, а ако је прода као власник терети ће остати. Огорелица разликује тзв. „обнову хипотеке“ или располагање рангом хипотеке, у том смислу да се на месту старе заснива нова хипотека и „својинску хипотеку у ужем смислу“ која се може уписати на име власника који је после може пренети на другога, ради обезбеђења потраживања другог дуга. Вид. Лазар Марковић, *Хипотекарно право*, Београд 1911, 151-157. Сматра да је увођење својинске хипотеке *de lege ferenda* оправдано, као и да је својинска хипотека најсавршенији облик самосталног заложног права.

¹¹ М. Живковић, (2010), 175.

¹² Уведено у аустријско право први пут путем Треће новеле на Аустријски грађански законик из 1916. године, као сурогат за власничку хипотеку. Царска Уредба о трећој делимичној новели Аустријског грађанског законика донета је 19. марта 1916. године. Општи грађански законик Аустрије из 1811. године са изменама, превод Гојко Никетић, Београд 1922.

¹³ Занимљиво је да су као замена за институт власничке хипотеке постојале одредбе о располагању неисписаном (власничком) хипотеком још у Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију. Вид. §§ 490 – 498 и § 491. „Власник (заложни дужник) је овлашћен, пре него што се брисање изврши да пренесе заложно право на нову тражбину, која не прелази износ уписане хипотекарне тражбине.“ Вид. Иван Мауровић, *Извештај о Предоснови Грађанског законика за Краљевину Југославију*, Загреб 1934, 32. Разлози увођења института располагања неисписаном хипотеком јесте да би се „искористио реални кредит, тако да буде могуће да заложна права становитога ранга држати отворена и конвертирати тешке терете у повољне зајмове.“ Вид. више у Весна Радовчић, Покушај кодификације грађанског права у старој Југославији (Предоснова грађанског законика за Краљевину Југославију),

и другим стварним правима Републике Србије¹⁴ као и Преднацрту Грађанског законика Републике Србије.¹⁵ Регулисан је и у новијим законима у земљама у окружењу.¹⁶

Сходно важећим одредбама ЗХ, у случају да је обезбеђено потраживање престало, а није извршен упис брисања хипотеке из регистра непокретности, у наредном периоду од три године од дана када је потраживање престало, искључиво на захтев власника хипотековане непокретности, хипотека може да се пренесе на новог повериоца или на старог повериоца ради обезбеђења другог потраживања, до висине износа потраживања које је обезбеђено хипотеком чији упис брисања није остварен. Уз захтев за располагање хипотеком чији упис брисања није извршен, власник непокретности је дужан да достави и валидан доказ на основу кога се може утврдити да је обезбеђено потраживање престало. У оба случаја пренос хипотеке се врши до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком.¹⁷ У теорији је заузет став да је могуће на месту неисписане хипотеке засновати и више хипотека само ако њихов укупан износ не прелази износ неисписане хипотеке.¹⁸

Пренос хипотеке на новог повериоца истовремено подразумева и испис, односно брисање претходног хипотекарног повериоца. Пренос хипотеке врши се на захтев власника који у прилогу садржи доказ да је потраживање престало.¹⁹

Одрицање власника од права на располагање неисписаном хипотеком²⁰ не производи правно дејство, осим уколико се власник уговором обавезао

Радови Завода за хрватску јовијесу Филозофског факултета Универзитета у Загребу, Загреб 1975, 249 – 307.

¹⁴ Вид. чл. 555 Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије. Текст нацрта објављен и доступан на званичној интернет страници Министарства правде и државне управе Републике Србије, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>, 01. август 2017.

¹⁵ Вид. чл. 2173 Преднацрта Грађанског законика за Републику Србију. Текст преднацрта објављен и доступан на званичној интернет страници Министарства правде и државне управе РС <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, 01. август 2017.

¹⁶ Вид. чл. 347 Закон о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, *Народне новине* бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14. Вид. чл. 181 Закона о стварним правима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске* бр. 124/08 и 95/11). Вид. Илија Бабић *et al.*, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, Привредна штампа, Сарајево 2011, 521 и даље.

¹⁷ М. Живковић у: Драгор Хибер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2015, 270. Прекорачење тог износа неосновано би оштетило интересе доцнијих поверилаца.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Вид. С. Јокић, 203. „Законодавац је овде одступио од строге формалности *clause intabulandi*, јер је дозволио да се упис изврши само на основу поднетог захтева власника, уз поднети доказ о престанку потраживања.“

²⁰ Вид. чл. 54 ЗХ.

према трећем лицу, а нарочито према хипотекарном повериоцу са доцнијим редом првенства, да ће у његову корист захтевати испис хипотеке и уколико се забележба такве обавезе упише у регистар непокретности код те хипотеке. Треће лице може бити свако лице које има неки правни интерес за испис неисписане хипотеке. Ово право власника може бити веома корисно у економском смислу, јер уколико власник располаже неким високим местом у првенственом реду већа му је кредитна способност.²¹ Уколико се уговор закључује са хипотекарним повериоцем са доцнијим редом првенства, у питању је поверилац нижег реда коме је у интересу да се помери на боље место у рангу првенства односно рангу намирења. Његов материјално-правни положај ће бити побољшан на тај начин, а остали хипотекарни повериоци задржавају место ранга своје хипотеке.²² Принцип клизећег ранга је неправичнији,²³ с обзиром да на место хипотекарног повериоца са првенственим редом ступа поверилац са следећим редом првенства, на тај начин добијајући повољнији положај потпуно незаслужено, без давања икаквог (економског) еквивалента.²⁴ То значи да је у нашем праву прихваћен фиксни ранг првенства, осим уколико постоји одрицање.

У банкарској пракси је уобичајено да се наведено одрицање унапред уговара. Наиме, уговор о хипотеци или заложна изјава, поред обавезних елемената прописаних ЗХ, садрже и клаузулу којом се власник непокретности одриче од права на располагање неписаном хипотеком у корист повериоца у чијем интересу се уписује хипотека, без обзира да ли се успоставља хипотека првог или каснијег реда. У тексту заложне изјаве, након што власник дозволи да се на његовој непокретности успостави извршна вансудска хипотека у корист одређеног повериоца, власник истовремено и даје изјаву у смислу чл. 54 ЗХ којом се одриче од права на располагање неисписаном хипотеком у корист тог истог повериоца у чију корист се уписује хипотека. На изглед хипотекарни поверилац првог реда нема користи од наведене изјаве о одрицању, али он обично рачуна да ће и у будућности бити кредитор, па се из тог разлога ова изјава и захтева у склопу заложне изјаве. У захтеву за упис хипотеке најчешће се истовремено траже оба уписа, најпре упис хипотеке, а затим и упис забележбе забране располагања неисписаном хипотеком, иако нема сметњи да се забележба накнадно независно упише. Забележба забране

²¹ Nikola Gavella *et al.*, *Stvarno pravo*, Zagreb 2007, 329.

²² Уколико је неисписана хипотека била прва по реду намирења, а испод ње су по реду намирења повериоци са другим и трећим редом првенства/реда намирења, нови хипотекарни поверилац ступа на место хипотекарног повериоца чија хипотека није била исписана, тј на прво место, а хипотеке са каснијим, нижим местима/редоследом намирења остају на истом рангу, тј. другом и трећем по редоследу намирења.

²³ Мирослав Лазић, „Ранг стварних права“, *Правни живот* 10/2002, 77.

²⁴ Ј. Марковић, (1911), 153. Вид. М. Лазић, *Права реалог обезбеђења*, Ниш 2009, 129-130.

располагања неисписаном хипотеком обавезно се уписује код вишередних хипотека, другог и каснијих редова. Наведено је услов који хипотекарни поверилац обично захтева као један од претходних услова за реализацију кредита.

С обзиром на чињеницу да се у пракси институт одрицања власника непокретности од располагања неисписаном хипотеком користи пре као правило, а не као изузетак, како је то законодавац прописао, сведоци смо обесмишљавања једног правног института. Пракса укида принцип фиксног ранга, а право располагања неисписаном хипотеком остаје само „право у књигама“,²⁵ право у закону.

Хипотекарни повериоци са каснијим рангом уговарају ову клаузулу како би након отплате ранијег дуга са првенственом хипотеком обезбедили повољнији положај без накнаде и стицање повољнијег ранга, што није у складу са одредбама ЗХ.²⁶ У нашој доктрини је, по угледу на аустријску доктрину, такође уочено да ће се овим правом по правилу користити сви доцнији хипотекарни повериоци.²⁷

Према Мишљењу Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије,²⁸ заложни дужник се не може приликом заснивања прворангиране и једине хипотеке одрећи права на располагање неисписаном хипотеком у смислу чл. 53 и 54 ЗХ. Бележници свој став образлажу чињеницом да се обавезивање на брисање хипотеке мора вршити према трећем лицу, а не према повериоцу потраживања које се том хипотеком заснива, обично према каснијем хипотекарном повериоцу, јер он има непосредни правни интерес да се хипотека брише, како би се захваљујући принципу клизећег ранга, тим брисањем хипотека доцнијег повериоца боље рангирала. Изузетно та обавеза би се могла преузети и према истом лицу, али само у случају да исти

²⁵ „Нормативна решења (право у књигама) су заиста само један, можда чак најмањи део правне стварности. Праву пуноћу права откривамо тек сагледавањем процеса примене права (право у акцији). То је уједно и нека врста отварања Пандорине кутије.“ Вид. Саша Бован *Парадигматски корени социологије права – основи биолошке теорије права*, Досије, Београд 2004, 201.

²⁶ М. Лазић, „Заштита хипотекарног дужника од неправичних клаузула“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 70/ 2015, 568.

²⁷ М. Живковић наводи, да ће у пракси сви доцнији хипотекари институтити на одрицању од располагања неисписаном хипотеком, што ове законске одредбе више чини „школским“ него „практичним“ правом. Вид. М. Живковић у: Д. Хибер, М. Живковић (2015), 271.

²⁸ Вид. Мишљење Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 03. августа 2017. године, објављено и доступно на интернет страници www.beleznik.org, 21. август 2017. „Одрицање власника од права на располагање неисписаном хипотеком према повериоцу те хипотеке, која је прворангирана или једина, представљала би манифестацију неједнакости уговорних страна, пошто уписани хипотекарни поверилац нема интерес да се власник одриче овог свог права, јер је потраживање које његова хипотека обезбеђује већ престало. Правни интерес могу имати превасходно доцнији хипотекарни повериоци или имаоци других књижних права слабијег ранга.“

поверилац уписује доцнију хипотеку за обезбеђење неког другог потраживања. Овакво тумачење Јавнобележничке коморе може се оспоравати чињеницом да уписани хипотекарни поверилац прворангиране и једине хипотеке само наизглед нема правни интерес да се власник одрекне права на располагање неисписане хипотеке у његову корист. Његов правни интерес огледа се у чињеници да он „рачуна“ на ново будуће кредитирање. Остаје упитно да ли би оваква одредба подразумевала „поштено“ уговарање, односно да ли је ово у духу и у складу са одредбама ЗХ.

3.2. Правна природа права располагања неисписаном хипотеком

Доктрина на подручју бивших југословенских земаља, неисписану хипотеку види као једну могућност располагања – преображајно право,²⁹ док други сматрају да је у питању својинска хипотека.

Уколико је престало потраживање које се хипотеком обезбеђује, а овлашћена лица нису захтевала испис те хипотеке из јавних књига, хипотека и даље егзистира. Ово је омогућено тиме што престанком потраживања не престаје хипотека, већ исписом из регистра у који је била уписана. Право власника да располаже неисписаном хипотеком настаје у тренутку престанка потраживања хипотекарног повериоца. Трајало би све док хипотека не буде брисана из регистра,³⁰ да законодавац није власнику преклудирао ово право на рок од три године.³¹ Упркос престанку потраживања, хипотека наставља да води свој „књижни живот.“³²

Практично, власник непокретности има „хипотеку“ без потраживања које та хипотека обезбеђује. Као таква хипотека је непотпуна, „окрњена“, постоји само формално, недостаје јој садржај. У циљу „оживљавања“ овакве хипотеке, законском нормом дато је право власнику да располаже „празном“ хипотеком која није брисана. То није класично располагање хипотеком, већ местом или рангом на коме се она налази.³³ Потом се, вољом власника, то упражњено место може „испунити“ неким новим потраживањем. Власник тако својом изјавом воље може створити хипотеку, јер она до тада материјал-

²⁹ Вид. N. Gavella *et al.*, (2007), 327, фн. 73. Вид. Мелиха Повлакић у: И. Бабић *et al.*, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*, 522. Вид. Дарија Каденић-Софтић, *Одступања од начела акцесорности хипотеке у праву Босне и Херцеговине и ујоредном праву*, магистарски рад, Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2010, 29.

³⁰ N. Gavella *et al.*, (2007), 329, фн. 78. „Престанак хипотеке касни за престанком потраживања, па постоји раздобље у коме би хипотеку требало брисати.“

³¹ За разлику од нашег права, у аустријском праву не постоји одређен рок.

³² Michael Schwimann, *ABGB Praxiskommentar*, bD. 2, Wien 2005, коментар на чл. 469, 347.

³³ N. Gavella (2007), 328, фн. 75. Располагање неизбрисаном хипотеком је заправо располагање испражњеним местом у првенственом реду.

но ни не постоји. Власник креира хипотеку тј. „удахњује јој живот“ тако што јој обезбеђује потраживање, део који јој недостаје и то преносом на другог. Уколико секторско стварно право није брисано, оно је латентно, постоји „књишки“ и може „оживети“ преносом на треће лице.³⁴ Власник својом изјавом воље утиче на конституисање неког субјективног права. У питању је правна моћ, потестативно или преображајно право,³⁵ којом се конституишу или заснивају субјективна права.³⁶ До тада, право као такво не постоји. Постоји само одређено правно стање које вољом власника може постати субјективно право. Можда никад ни не настане. У правној теорији ово правно стање³⁷ зовео правном надом,³⁸ правним ишчекивањем. Да ли је у питању само пука нада да ће неко лице постати ималац одређеног права, односно да ће настати право, или је у питању право на очекивање стицања права, право обезбеђеног изгледа за стицање права? Власник непокретности је титулар права располагања неисписаном хипотеком и само од његове изјаве воље зависи да ли ће се служити тим својим правом, односно да ли ће својом изјавом пренети неизбрисану, а исплаћену хипотеку на треће лице и тако засновати нову хипотеку. У том смислу говоримо о праву на очекивање стицања права.³⁹ С обзиром да је по природи ово његово право преображајно, оно је апсолутно, а могућност вршења се унапред временски ограничава, неопозиво је и не може се условљавати.⁴⁰

³⁴ М. Лазић (2003), 86.

³⁵ Владимир В. Водинелић, *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион, Београд 2014, 219-223. Проф. Водинелић сматра да није адекватан термин правна моћ, јер свако право садржи неку правну моћ. Најадекватнији термин је преображајно или обликујуће право.

³⁶ О појму и подели правних моћи према природи правних дејстава правних моћи Вид. Д. Попов *Грађанско право Општи део*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2009, 130-131. О појму и подели преображајних права на заснивајућа, укидајућа и мењајућа Вид. В. Водинелић, 220.

³⁷ Д. Попов (2009) 129-130 са упућивањима. Правно стање је чињенични скуп којем недостаје одлучујућа правна чињеница да би настало субјективно право. Правно стање је неформалан правни однос и сам тај однос није субјективно право јер не показује одређену вољу управљену на одређено лице у погледу одређеног добра. Из тог добра могу да се развију субјективна права.

³⁸ М. Лазић (2003), 86. Правна нада је условно право које се претвара у перфектно стварно право када власник код стварног права на сопственој ствари пренесе то право на другог, када ће се активирати, оживети право.

³⁹ Вид. В. Водинелић, 222-223. У случају права обезбеђеног изгледа за стицање права или права да се очекује стицање права (право очекивања права – нем. *Anwartschaftsrechte*, франц. *droits éventuels*), није посредни обични изглед, пука шанса да ће настати право, већ квалификован изглед, изглед квалификован зависношћу стицања од титуларове воље, јер само од титулара зависи да ли ће се очекивање права остварити. Притом, други не могу ни својом фактичком ни својом правном радњом да спрече титулара на стицање права. Право очекивања права могуће је код стицања сваког права.

⁴⁰ *Ibid.*, 221.

Имајући у виду да код неисписане хипотеке стварног потраживања нема, већ постоји само упис у јавним књигама који то претпоставља, власник непокретности стиче „празну“ хипотеку коју може пренети на другог ради обезбеђења неког другог потраживања или је може брисати из регистра. У периоду од исплате потраживања до евентуалног исписа хипотеке не постоји правно средство којим би се забранило или онемогућило власнику да спречи савесно стицање хипотеке, а није му допуштено да стекне хипотеку на своје име. У том временском периоду постоји реална опасност да неко трећи савесно стекне хипотеку од хипотекара који је остао уписан у јавној књизи, али исто тако даје могућност власнику да располаже рангом неисписане хипотеке. Савесни прибавилац стварног права на непокретности може се поуздати да оно што није уписано у регистру непокретности, правно не постоји, не важи.⁴¹ Како би се отклонила та опасност, ЗХ је предвидео могућност уписа забележбе задржавања првенственог реда.

4. ЗАБЕЛЕЖБА ПРВЕНСТВЕНОГ РЕДА

Власник непокретности може истовремено са брисањем хипотеке захтевати и упис забележбе првенственог реда, за неку другу будућу хипотеку и то до износа потраживања обезбеђеног старом хипотеком, на месту старе хипотеке, а упис нове хипотеке може да се тражи у року од три године од када је забележба била дозвољена.⁴² Институт забележбе првенственог реда изворно је уређен општим правилима Закона о земљишним књигама.⁴³

Према правним правилима ЗЗК регулисан је и посебан рок у случају када се забележба првенственог реда односи на založno право, а која забележба има функцију задржавања ранга. Наведена забележба првенственог реда губи правни учинак протеком годину дана по њеној дозволи, ако се ради о zaloжном праву које се има дати, а у осталим случајевима важи шездесет дана по њеној дозволи.⁴⁴ Рок за упис хипотеке према правилима ЗЗК

⁴¹ У питању је негативни правац начела поуздања. Начело поуздања подразумева да је садржина земљишних књига и истинита (оно што је уписано важи), и да је та садржина потпуна (обухвата сва стварна права која постоје на непокретности). Вид. М. Орлић, 332. Вид. Т. Josipović и: N. Gavella *et al.*, 291-292.

⁴² Вид. чл. 55 ЗХ.

⁴³ Вид. §§ 60- 65 Закона о земљишним књигама – ЗЗК, *Сл. новине Краљевине Југославије* бр. 146/30 и 281/31. Наведеним параграфима регулисана је забележба првенственог реда. Вид. Фердо Чулиновић, *Коментар земљишно-књижних закона*, Београд 1931, 204 и даље. Забележба задржавања првенственог реда – под тим именом постоји у Нацрту Закона о хипотеци проф. М. Орлића који називи су касније преузети и погрешно интерпретирани у ЗХ, као и у Нацрту законика о својини и другим стварним правима

⁴⁴ Вид. § 62 ЗЗК.

краћи је у односу на рок из 3X, а време уписа забележбе није везано за престанак уписане хипотеке како је предвиђено 3X. Закон о државном премеру и катастру такође регулише институт забележбе првенственог реда,⁴⁵ али наведена забележба нема функцију задржавања ранга.⁴⁶

Правна природа одредби 3X које регулишу поступак располагања и задржавања неизбрисаном хипотеком сугеришу да се у суштини ради о забележби задржавања првенственог реда.⁴⁷ Потребно је номотехнички прецизирати термин, имајући у виду да се мисли на забележбу задржавања првенственог реда. Тај назив постојао је у Нацрту Закона о хипотеци који је послужио као основа текста 3X,⁴⁸ садржи га и Нацрт Законика о својини и другим стварним правима,⁴⁹ као и Преднацрт Грађанског законика за Републику Србију.⁵⁰ Истичемо да се и у хрватској доктрини као и законодавству користи термин „придржај“ првенственог реда за нову хипотеку,⁵¹ којим се потврђује да је у питању забележба која има функцију задржавања ранга.

Власник непокретности има право да на основу наведене забележбе обезбеди будућем упису бољи првенствени ред, уколико покрене поступак заснивања хипотеке или преноса права на предмету хипотеке.⁵² Могућност располагања хипотеком чији упис брисања није извршен, ограничена је временским периодом од три године. Власник хипотековане непокретности, уз захтев за упис брисања хипотеке, може истовремено затражити и упис забележбе првенственог реда за упис нове хипотеке, под условом да износ потраживања обезбеђен новом хипотеком не прелази износ обезбеђеног потраживања из старе хипотеке, да нова хипотека задржи место у реду

⁴⁵ Вид. чл. 82 ст. 1 тач. 10 Закона о државном премеру и катастру – ЗДПК, *Службени гласник РС* бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 и 47/2017.

⁴⁶ Вид. чл. 82б ЗДПК. Уписани ималац права на непокретности може да захтева забележбу првенственог реда за будућег стипендијског права, која ће том стипендијоци омогућити да, ако упише своје право у року од 60 дана, односно у року прописаном законом, од дана уписа забележбе првенственог реда, тај упис има првенствени ред од тренутка пријема захтева за упис такве забележбе, без обзира на евентуалне друге уписе проведене у међувремену. Ако у року од 60 дана, односно у року прописаном законом, од дана уписа забележбе првенственог реда не дође до уписа права у корист лица у чију корист је уписана та забележба, она се брише по службеној дужности.

⁴⁷ Вид. ст. 2 чл. 54 3X у коме се управо корист термин забележба задржавања првенственог реда. „У случају преноса права на предмету хипотеке, забележба задржавања права првенственог реда производи правно дејство у корист новог носиоца права.“ Вид. § 58 Општи Аустријски Закон о земљишним књигама 1871. Наведена забележба носи назив „*Rangvorbehalt*“ што у преводу значи задржавање првенственог реда.

⁴⁸ М. Орлић, Нацрт Закона о хипотеци, *Правни живот* 10/2004, 39.

⁴⁹ Вид. чл. 556 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима.

⁵⁰ Вид. чл. 2174 Преднацрта Грађанског законика за Републику Србију.

⁵¹ Вид. N. Gavella *et al.*, 330. Вид. чл. 72-76 Закона земљишним књигама Хрватске, *Народне новине* бр. 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10, 55/13 и 60/13.

⁵² Вид. чл. 55 ст. 2 3X.

првенства које је имала стара хипотека и да нову хипотеку упише у року од три године од дана када је забележба првенственог реда била дозвољена. То даље значи да власник хипотековане непокретности може ову забележбу да захтева само у року од три године рачунајући од дана када је потраживање престало, као дана када су створени услови да се захтева испис хипотеке.⁵³ Уколико дође до преноса права на хипотекованој непокретности, забележба задржавања права првенственог реда производи правно дејство у корист новог носиоца права.

У аустријском праву,⁵⁴ забележба првенственог реда треба да спречи могућност савесног стицања хипотеке од стране трећег лица на које је уписани хипотекарни поверилац пренео своје право, те да се власник хипотековане непокретности на тај начин стави у незгодан положај да мора да врши исплату потраживања које је престало. На тај начин у потпуности се штити начело поуздања у јавне књиге, јер се хипотека брише а остаје забележба, чиме се врши публицитет.

Забележбом задржавања првенственог реда власник оптерећене хипотековане непокретности у односу на будући упис задржава првенствени ред хипотеке коју уписом такве забележбе истовремено и брише, чиме ново право нема првенство од тренутка уписа забележбе, него од тренутка претходног уписа избрисане хипотеке. Самим тим, право првенства новог права рачуна се од тренутка уписа избрисане хипотеке, а не од подношења захтева за упис. Код института забележбе задржавања не морају бити у потпуности испуњени услови за упис нове хипотеке у моменту подношења захтева за упис забележбе, јер се испуњеност услова сагледава према тренутку подношења захтева за упис нове хипотеке.

Непрецизно конципиране норме ЗХ могу изазвати грешке приликом уписа права у катастру непокретности. У пракси забележба задржавања првенственог реда се скоро уопште не користи. Функцију задржавања ранга практично врши забележба забране располагања неисписаном хипотеком.

5. ПРЕДБЕЛЕЖБА НОВЕ ХИПОТЕКЕ

Нова хипотека може на захтев власника бити уписана на месту већ постојеће хипотеке са тим првенственим редом и до износа потраживања који је обезбеђен уписаном хипотеком.⁵⁵ Упис производи правно дејство у случају да се стара хипотека избрише у року од годину дана, од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке и уколико се брисање старе хипотеке

⁵³ С. Јокић, 207.

⁵⁴ Вид. § 469 АГЗ.

⁵⁵ Вид. чл. 56 ЗХ.

изврши на захтев власника или повериоца у чију корист се уписује нова хипотека. Активну легитимацију за подношење захтева за брисање старе хипотеке имају власник хипотековане непокретности и поверилац у чију корист је уписана нова хипотека. Уколико у законском року неко од њих не поднесе захтев за брисање старе хипотеке, сматра се да је нова хипотека исписана *ex lege*. Ово подразумева да испис нове хипотеке врши по службеној дужности надлежна служба за катастар непокретности.

Ако је на старој хипотеци већ заснована надхипотека, нова хипотека производи правно дејство ако се изврши упис брисања надхипотеке или уколико се надхипотекарни поверилац и поверилац у чију корист се уписује нова хипотека дају пристанак да се надхипотека пренесе на нову хипотеку. Нова хипотека не производи правно дејство уколико је на старој хипотеци заснована надхипотека, па је њен упис без правног значаја, као да не постоји.⁵⁶ У случају да се заједно са старом хипотеком брише и надхипотека, нова хипотека ће тада производити правно дејство. Уколико је стара хипотека заснована на више непокретности, тзв. симултана хипотека, нова хипотека ће производити правно дејство само уколико се оствари упис брисања у свим регистрима непокретности у којима је стара хипотека била уписана.

Престанак хипотеке условљен је уписом брисања старе хипотеке у року од једне године. Упис брисања нове хипотеке може се остварити искључиво по службеној дужности. Аустријско право такође предвиђа могућност условног уписа нове хипотеке, не предбележбе, у осталом одредбе су изједначене.

Предбележба, у смислу одредби ЗДПК, је упис којим се условно стичу, преносе, ограничавају или престају стварна права на непокретностима.⁵⁷ Укњижба је по правилу упис којим се коначно стичу, преносе, ограничавају или престају стварна права на непокретностима. Предбележба је условно, неперфектно право, које тек оправдањем постаје перфектно књижно право.⁵⁸ Да би произвела правно дејство предбележба мора да се накнадно оправда, производи дејство *ex tunc*, а оправдањем постаје упис стварних права.⁵⁹ Постоји и условна укњижба која подразумева укњижбу права без потребе да се врши њихово касније оправдање, за разлику од предбележбе. Дејство ових условних права везано је за испуњење одређеног услова или рока, а не и за потребу накнадног оправдања.⁶⁰

Основано се намеће питање да ли је смисао законских норми из чл. 56 ЗХ да се приликом уписа нове хипотеке врши условна укњижба или пред-

⁵⁶ С. Јокић, 209.

⁵⁷ Вид. чл. 78 ст. 1 ЗДПК.

⁵⁸ Вид. Ф. Чулиновић, 19.

⁵⁹ Вид. чл. 79 ст. 2 ЗДПК.

⁶⁰ Вид. Мирко Кошутећ, *Грунџовно право*, Загреб, 1910, 81. Нав. према Јасмина Вукотић, *Стицање земљишно-књижних права уписом у јавне регистре*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, 179.

бележба хипотеке? Да ли је могуће дозволити укњижбу стварног права, у овом случају хипотеке, која је везана за будући рок или за неизвесну околност која може али не мора да наступи? ⁶¹

Стварна права могу се уписати у јавне књиге безусловно као и под одређеним условима. Уколико се право условно стиче, потребно је направити разлику између одложних и раскидних услова.⁶² Стварна права која су везана раскидним условом могу се укњижити, док она која су везана одложним условом могу само да се упишу путем предбележбе.⁶³ Упис нове хипотеке производи правно дејство ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке.⁶⁴ Уколико је *clausula intabulandi* дата под условом или роком, увек се ради о предбележби.⁶⁵ „Не може се укњижити založno право, које ће настати тек испуњењем неког услова или неизвесне чињенице, јер такав правни посао још „виси“, а укњижбом се књижна права дефинитивно стичу, преносе, ограничавају и укидају.“⁶⁶ Založno право постоји, али је његово дејство условљено брисањем уписа старе хипотеке у року од годину дана од дана давања *clausule intabulandi* за упис нове хипотеке. Дакле, дејство уписа нове хипотеке, условљено је испуњењем одређеног услова у одређеном року. Нема потребе за накнадним оправдањем.

У нашој новијој доктрини постоје схватања да ЗХ користи погрешан назив за овај институт, те да је у питању посебна врста условног уписа хипотеке, а не предбележба нове хипотеке. „Нова хипотека се не предбележава, него се уписује ново право и то условно. Стога би адекватан назив овог института био условни упис нове хипотеке.“⁶⁷ У Нацрту Закона о хипотеци⁶⁸ коришћен је назив предбележба нове хипотеке, који је и задржан у

⁶¹ Упис зависи од наступања неизвесне будуће чињенице – брисања постојеће хипотеке у року од годину дана.

⁶² ЗЗК није регулисао ово питање, нити на једном месту диференцира ове услове. У чл. 78 ст. 2 тач. 1 ЗДПК наводи се одложни рок, док се услов не диференцира. Вид. Снежана Дабих, „О дејствима модификације уговора одложним условом“, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 2/2014, 210 и даље са упућивањима. Вид. Даница Попов, „Модификација правног посла уговарањем услова“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1-2/2007, 137-153.

⁶³ На ово је указано у нашој старијој правној теорији. Вид. Ф. Чулиновић, 18 и даље.

⁶⁴ Вид. чл. 56 ст. 2 тач. 1 ЗХ. Рок се рачуна од дана давања *clausule intabulandi* за упис нове хипотеке.

⁶⁵ Вид. чл. 78 ст. 1 тач. 2 ЗДПК. „Упис предбележбе врши се ако је у исправи за упис постављен услов или одложни рок за стицање права, а услов и рок нису испуњени.

⁶⁶ Ф. Чулиновић, 30. Мисли се конкретно на упис zaloжног права.

⁶⁷ Вид. Д. Попов, „Престанак хипотеке“, *Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније*, тематски зборник број IV, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад 2016, 148. Вид. М. Живковић у: Д. Хибер, М. Живковић (2015), 270. Аутор наводи: „Нова хипотека се не предбележава, већ се књижи.“

⁶⁸ Вид. чл. 68 Нацрта Закона о хипотеци, М. Орлић (2004), 58.

коначном тексту ЗХ. Међутим, Нацрт Законика о својини и другим стварним правима⁶⁹ као и Преднацрт Грађанског законика за Републику Србију за овај институт исправно користе назив условни упис нове хипотеке.⁷⁰

Предбележба нове хипотеке врши функцију задржавања првенственог реда, њоме се остварује публицитет, па је најпогоднија за рефинансирање кредитних обавеза, посебно корпоративних клијената, јер је поверилац већ унапред упознат са власником кога ће поново кредитирати.

6. ЗАКЉУЧАК

Модерни услови привређивања и кредитног пословања захтевају слабење строгог принципа акцесорности хипотеке. Кредитно развијене земље или оне које то претендују да буду, из тог разлога у своја законодавства уводе неакцесорна средства обезбеђења. Одступања од начела акцесорности у престанку хипотеке налазимо у институтима регулисаним законским нормама садржаним у чл. 53 – 56 ЗХ, који заједно врше функцију задржавања ранга уписане хипотеке за неко друго обезбеђено потраживање. Преузети су из аустријског права.⁷¹ Ови институти треба да омогуће што флексибилније право обезбеђења на непокретности, чиме се стварају услови за развијање секундарног тржишта реалног кредита, олакшава рефинансирање и омогућава проширење понуде банкарских услуга уз смањење трошкова. Институт располагања неисписаном хипотеком, према ЗХ омогућава власнику оптерећене непокретности да након престанка обезбеђеног потраживања, а у року од три године, може пренети ту хипотеку на новог повериоца, до износа уписане хипотеке. У законским текстовима са подручја бивше Југославије, нити у литератури, нема одговора на питање какво је право хипотека која као „празна опна земљишнокњижно егзистира“?⁷² Једни сматрају да је у питању својинска хипотека, док други то негирају.⁷³ Аустријска доктрина ову хипотеку назива својинском хипотеком без потраживања.⁷⁴ Немачка

⁶⁹ Вид. чл. 557 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима.

⁷⁰ Вид. чл. 2175 Преднацрта Грађанског законика за Републику Србију.

⁷¹ Вид. § 469 АГЗ.

⁷² Вид. М. Повлакић, 521.

⁷³ N. Gavella, 329-330, фн. 82. „То право, макар јој веома налик, није власничка хипотека. Власничка хипотека је она чији правни титулар је власник њоме оптерећене некретности. Управо из разлога што то није власничка хипотека, уколико буде непокретност продата за време док још није избрисана хипотека која је обезбеђивала потраживање које више не постоји, за намирење нечијег новчаног потраживања, у намиривању поверилаца из тако продате непокретности неће учествовати власник те непокретности. Једино му припада евентуални вишак новца.“ Вид. § 470 АГЗ.

⁷⁴ Код нас М. Живковић.

доктрина сматра да престанком потраживања престаје и хипотека, али не и оптерећење непокретности као такво, већ је у питању власнички земљишни дуг. Право власника на располагање неисписаном хипотеком је преображајно право. Власник има могућност избора да ли ће по престанку потраживања неисписану хипотеку брисати из регистра или ће је пренети на другог за обезбеђење другог потраживања. Право власника на располагање неисписаном хипотеком је право на очекивање стицања права. Располагање неисписаном хипотеком јесте заправо располагање рангом, испражњеним местом у првенственом реду намирења, а не хипотеком. Српско право не познаје институт својинске хипотеке, односно она не може настати изворно, већ само накнадно ако дође до консолидације.⁷⁵ У немачком праву својинска хипотека може постојати од самог почетка, и такво конситуисање заложног права на сопственој непокретности зове се земљишни дуг (*Grundschild*), док у швајцарском праву ту функцију има рентни дуг (*Rentenschuld*). У Нацрту Законика о својини и другим стварним правима регулисано је право реалног дуга, чијим би озакоњењем било омогућено заснивање својинске хипотеке, чиме је потврђено да је у нашем праву отворен пут неакцесорним средствима обезбеђења.

⁷⁵ М. Орлић, (1999), 241.

Marina D. Jeremić, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad
marina.dzepina@gmail.com

The Establishment of a New Mortgage with a Special Emphasis on Unwritten Mortgage

Abstract: *The paper analyzes legal institutes that deviate from the principle of accessibility to the termination of the mortgage. These are the legal norms prescribed in Art. 53 – 56 Mortgage Law. Regulations regarding disposal of unwritten mortgages, notation of the priority order and the prenotation of a new mortgage. In all three cases, it deviates from the general principle „prior tempore, potior iure“, than the settlement principle of claims in the order of mortgage registration, which excludes the sliding settlement rank. The owner of the real estate, thanks to the authority it derives from the above legal norms, actually disposes the creation of a new mortgage at the place of the existing mortgage. In particular, the author analyzes each institution separately, from the point of current legislation, practical applications and their legal nature. By negotiating these legal institutes, which are like a property hypothec, the credit ability improves and facilitates the refinancing of the loan to the owner, implicating they are extremely important in the economy. Institute of disposing of unwritten mortgages has been analysed in details in this review as a specific institute which excludes the sliding settlement rank. However, almost without exception, negotiating a ban on disposing of unsecured mortgages, banking practice abolishes a fixed rate of settlement and makes the right to dispose of an unwritten mortgage unenforceable.*

Keywords: *deviation from the principle of accessibility of the mortgage, disposal of unwritten mortgages, priority order notation, new mortgage prenotation.*

Датум пријема рада: 25.10.2017.