

## NOVO HIPOTEKARNO PRAVO U REPUBLICI SRBIJI

### I OPŠTE NAPOMENE

1. Hipotekarno pravo, kao deo stvarnog prava kojim je regulisano založno pravo na nepokretnostima, pre Drugog svetskog rata je, na teritoriji koju danas obuhvata Republika Srbija, bilo regulisano različitim pravnim izvorima – Građanskim zakonikom za Kneževinu Srbiju iz 1844. godine (dalje: SGZ), (nenoveliranim) Opštim građanskim zakonikom Austrije iz 1811. godine (dalje: ABGB), te mađarskim običajnim pravom, koje je u ovoj oblasti sasvim nalikovalo ABGB-u.<sup>1</sup> Posle Drugog svetskog rata primenjivala su se tzv. 'pravna pravila' predratnog prava, u skladu s Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. i za vreme neprijateljske okupacije iz 1946. godine.<sup>2</sup> Od 1980. godine hipotekarno pravo regulisao je Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (kasnije, od 1996. godine, "osnovama svojinsko-pravnih odnosa") SFRJ (dalje: ZOSPO),<sup>3</sup> delimična kodifikacija stvarnog prava na čiji je obim i sadržinu značajno uticala vladajuća socijalističko-komunistička ideologija. Ako se za predratne propise može reći da su bili u skladu s svojim vremenom, iako malo konzervativniji, za ZOSPO se, bar kad je o hipoteci reč, može reći da je sadržavao vrlo malo odredaba, te da su one bile krajnje nerazvijene i iza svog vremena.<sup>4</sup>

2. Hipoteka je, kao sredstvo obezbeđenja kredita, imala srazmerno mali značaj u socijalističkoj privredi, pošto su se investicione odluke u socijalizmu donosile na osnovu kriterijuma nevezanih za tržište (ni za sigurnost povrata investicije). Čini se da je to jedan od osnovnih razloga podnormiranosti hipotekarnog prava u ZOSPO, a sasvim je izvesno da je ustrojenje socijalističke privrede dovelo do toga da se nedostaci hipotekarnog prava u ZOSPO u praksi nisu značajnije osećali, bar dok socijalistička privreda, kao takva, nije počela da se raspada. Pred kraj osamdesetih godina XX veka postajalo je sve jasnije da je tzv. "planska ekonomija" doživela istorijski poraz, i započela je tranzicija ka tržišnoj

---

<sup>1</sup> Videti Bogdanfi-Nikolić, *Opšte privatno pravo koje važi u Vojvodini*, I tom, Napredak, Pančevo 1925, str. 329 i dalje.

<sup>2</sup> Sl. List FNRJ br. 86/1946, videti član 4. toga Zakona. Više o pravnim pravilima videti u M. Konstantinović, Stara "pravna pravila" i jedinstvo prava, *Anali PFB* broj 3-4/1982, str. 540-548.

<sup>3</sup> Sl. List SFRJ br. 6/1980-189, 36/1990-1197 i Sl. List SRJ br. 29/1996-41. U Sl. Glasniku Republike Srbije br. 115/2005-10 od 27. decembra 2005. godine objavljene su izmene kojima su brisane odredbe ZOSPO o hipoteci (članovi 63 do 69).

<sup>4</sup> Nešto detaljnije o hipoteci po pravilima ZOSPO pisao sam u kratkom članku "Hipoteka i zemljišni dug", objavljenom u monografiji *Promene stvarnog prava u Srbiji*, Institut za uporedno pravo, Beograd 2004, str. 159. i dalje. Svi noviji udžbenici stvarnog prava u Srbiji, osim najnovijeg udžbenika R. Kovačević-Kuštrimović i M. Lazića (*Stvarno pravo*, SVEN, Niš 2006), takođe sadrže prezentaciju pravila o hipoteci zasnovanu na ZOSPO: videti O. Stanković-M. Orlić, *Stvarno pravo*, VI izdanje, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1993, str. 269 i dalje (pored ZOSPO, ovaj udžbenik se najviše oslanja na austrijsko pravo) i D. Stojanović, *Stvarno pravo*, IX izdanje, Pravni fakultet u Kragujevcu, Kragujevac 1998, str. 203 i dalje, posebno 239 i dalje (ovaj udžbenik naslanja se u znatnoj meri na nemačko pravo).

ekonomiji koja je u Srbiji, zbog specifičnih okolnosti (raspada SFRJ i tragičnih ratova koji su sledili), trajala duže nego u bilo kojoj drugoj zemlji bivšeg "istočnog bloka". Tako je, tokom poslednjih godina postojanja SFRJ, izmenama Zakona o izvršnom postupku iz 1978. (dalje: ZIP 1978)<sup>5</sup> usvojenim 1990. godine u pravo SFRJ uneta tzv. sudska izvršna hipoteka.<sup>6</sup> Ova vrsta hipoteke zasniva se registracijom na osnovu sporazuma stranaka (dužnika i hipotekarnog poverioca, i vlasnika hipotekovane nepokretnosti ako nije dužnik) zaključenog pred sudom u postupku obezbeđenja. Njena suština leži u činjenici da sporazum stranaka, koji sačinjava sud u obliku zapisnika, ima snagu sudskog poravnjanja, pa se za realizaciju ove hipoteke ne traži prethodno vođenje parničnog postupka protiv dužnika, odnosno po hipotekarnoj tužbi. Drugim rečima, ovo je neposredno izvršiva hipoteka. Pošto su parnični postupci u Srbiji srazmerno dugotrajni, a sudska izvršna hipoteka omogućava "preskakanje" parnice u praksi, ne čudi da je od svog uvođenja u pravni sistem 1990. godine ova vrsta hipoteke postala ako ne isključiva, onda apsolutno preovlađujuća u poslovnoj praksi. Iako su u Srbiji u međuvremenu pravila izvršnog postupka u dva navrata menjana donošenjem dva posve nova zakona o izvršnom postupku, 2000. godine<sup>7</sup> i 2004. godine<sup>8</sup> (ovaj potonji je danas važeći, dalje: ZIP), odredbe o sudskoj izvršnoj hipoteci su opstale u tim propisima u suštinski neizmenjenom obliku.

3. Naravno, ni sudska izvršna hipoteka nije lišena značajnih mana, nekih inherentnih a nekih prouzrokovanih pravnim okruženjem u Srbiji (ovde se misli prevashodno na neurednost registara nepokretnosti). Zbog toga je posle 5. oktobra 2000. godine, kada se u Srbiji zaista dogodila ključna politička promena, brzo postalo jasno da postojeće uređenje hipoteke nije odgovarajuće, te da je potrebno temeljno preurediti oblast hipotekarnog prava. Međunarodne organizacije koje se bave pružanjem pomoći u razvoju poslovnog okruženja u tranzicijskim državama, koje su bile aktivne u Srbiji (pre svega Svetska banka), identifikovale su i promovisale potrebu za hipotekarnom reformom već tokom 2001. godine. Radna grupa predvođena prof. Miodragom Orličem započela je rad na nacrtu Zakona o hipoteci u okviru Ministarstva za ekonomske odnose s inostranstvom tokom 2002. godine (za mandata Vlade pok. premijera Đinđića ministarsku funkciju obavljao je Goran Pitić), ali atentat na premijera Đinđića i potonji događaji gurnuli su ovaj zakonski projekat u drugi plan. Donošenje zakona kojim bi se uredila hipoteka ponovo je aktuelizovano ubrzo po okončanju privatizacije bankarskog sektora (misli se na likvidaciju velikih državnih banaka obavljenju početkom 2002. godine, i potonji ulazak stranih banaka na srpsko tržište, te na prodaju onih državnih banaka koji nisu likvidirane), od početka 2004. godine, pošto su se banke, motivisane tržišnim razlozima, pridružile međunarodnim organizacijama u insistiranju na novom regulisanju ove materije. Značajan trenutak za donošenje novog propisa o hipoteci bio je i izbor novog Ministra za ekonomske odnose s inostranstvom 19. oktobra 2004. godine, kada je izabran dr Milan Parivodić, bivši asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu za Uvod u

<sup>5</sup> Sl. list SFRJ br. 20/1978-673, 6/1982-149, 74/1987-1742, 57/1989-1440, 20/1990-820, 27/1990-975, 35/1991-589; Sl. list SRJ br. 27/1992-579, 31/1993-685, 24/1994-271 (naglasak moj). Pomenuta izmena stupila je snagu maja 1990. godine.

<sup>6</sup> Glava 22a 1978 ZIP, članovi 251a. do 251d.

<sup>7</sup> Službeni list SRJ br. 28/2000-1, 73/2000-4 i 71/2001-20, članovi 232. do 237.

<sup>8</sup> Službeni glasnik RS br. 125/2004-33.

građansko pravo i stvarno pravo. On je kao jedan od svojih prioriteta najavio modernizaciju pravnog okvira za poslovanje u Srbiji, a rad na nacrtu zakona o hipoteci shvatio je kao lični zadatak, u koji je bio uključen i kao ministar i kao stručnjak.

4. Izvodi prvog nacrtu Zakona o hipoteci objavljeni su u posebnom dodatku dnevnog lista *Danas*, *Danas Pravo*, 3. juna 2004. godine, dok je drugi nacrt, koji nosi datum 4. oktobar 2004. godine, objavljen u časopisu *Pravni život* iste godine.<sup>9</sup> Oba nacrtu autorsko su delo profesora Miodraga Orlića, i po sadržini su uglavnom sačinjeni po uzoru na novelirani tekst ABGB-a (naravno, uz razlike prouzrokovane činjenicom da hipoteka nije regulisana u okviru kodifikacije, već zasebnim zakonom). Kritike koje se mogu uputiti ovim nacrtima nisu suštinske prirode, već se mogu odnositi na obim materije obuhvaćen tekstom (primeru radi, nacrti sadrže i posebne odredbe o potrebnoj poslovnoj sposobnosti za zasnivanje hipoteke, kao i niz odredaba koje već postoje drugde u pravnom sistemu Srbije) ili na namerno izostavljanje jedinstvene evidencije i naglašavanje zemljišne knjige kao registra nepokretnosti, što nije korektno činiti u propisu kojim se uređuje hipoteka (inače, i ja smatram zemljišoknjižni sistem superiornijim od jedinstvenog katastra, ali to treba regulisati na primerenom mestu). Vidan je bio i pokušaj da se u materijalno pravo unese neposredno izvršiva hipoteka (tzv. "svečana hipoteka", čl. 22 i dalje drugog nacrtu), te da se za ovu vrstu hipoteke omogući vansudsko namirenje po dozvoli suda, time što bi vlasnik opterećene nepokretnosti imao šest meseci da je proda sâm, a ako to ne uspe hipotekarni poverilac bi imao 3 meseca da je on proda (ove odredbe nisu do kraja dorađene, o čemu svedoči i pogrešno upućivanje u članu 51. drugog nacrtu). Ne ulazeći u dublju analizu nacrtu koje je pripremila grupa pod predsedništvom profesora Orlića, može se reći da je posredi koherentan tekst redigovan od strane odličnog poznavaoa kontinentalnog hipotekarnog prava i posebno istorije te pravne grane na teritoriji današnje Srbije, koji je srazmerno konzervativan (vidno izbegava novine ili originalnosti), striktno se drži rasporeda materije i nomotehnike koju za zalogu sadrži Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine (dalje: ZOO),<sup>10</sup> i koji nailazi na probleme u onim tačkama u kojima je nastojao da pruži rešenja na najaktuelnije praktične probleme u primeni hipoteke (dug postupak realizacije, nemogućnost zalaganja neuknjiženih nepokretnosti i objekata u izgradnji).

5. Ministar Milan Parivodić, izabran tek nekoliko dana pošto je dovršen drugi nacrt Zakona o hipoteci, nije nastavio saradnju s profesorom Orlićem na ovom tekstu, već je dalji rad preuzeo lično na sebe i užu krug svojih saradnika. Tako je, početkom 2005. godine u vezi s pojedinim pitanjima (zalaganje objekta u izgradnji i stana u izgradnji, mogućnost neakcesorne hipoteke i hipoteke u obliku vrednosnog papira), konsultovan i autor ovih redova. Naposljetku, poslednjih šest meseci pred donošenje, na tekstu Zakona o hipoteci radio je samo ministar Parivodić, ponekad se savetujući s članovima svog najužeg tima, tako da se sme reći da je važeći Zakon o hipoteci (dalje: ZH), objavljen 27.

---

<sup>9</sup> M. Orlić, Nacrt Zakona o hipoteci, *Pravni život*, 10/2004, str. 39 i dalje.

<sup>10</sup> Službeni list SFRJ br. 29/1978-1181, 39/1985-1129, 49/1989-1195, 57/1989-1438; Službeni list SRJ br. 31/1993-681 (ovim izmenama tekst je očišćen od uticaja socijalističkog samoupravljanja i vraćen klasičnom civilu, gde i pripada), 22/1999-2 i 44/1999-17 (ove dve potonje izmene odnose se na primenu ZOO tokom ratnog stanja u doba intervencije NATO).

decembra 2005. godine,<sup>11</sup> delo Milana Parivodića<sup>12</sup> nastalo na osnovi koju je pripremio profesor Orlić. Ono što je izvesno jeste da dr Parivodić ovaj zakon smatra svojim delom, te da u javnim nastupima brani neka od nekonvencionalnih i novih rešenja predviđenih u njemu uz strast koja je svojstvena samo autorima zakonskih tekstova.<sup>13</sup> Nešto manje lično, moglo bi se reći da je ZH kombinacija kontinentalnoevropskih i anglosaksonskih elemenata. U ovom uvodnom delu, pre nego što uđem u analizu odredaba ZH, želim još samo da istaknem Parivodićev stav da je hipoteka potraživanje, dakle obligaciono pravo, koje deluje *erga omnes* pa se otud "približava stvarnim pravima".<sup>14</sup> Iako bi dosledno sprovođenje ovakvog teorijskog stava u potpunosti odvojilo srpsko hipotekarno pravo od njegovih kontinentalnih uzora, u stvarnosti je učinjena znatno manja "šteta" i hipoteka je, kao što je i uobičajeno, regulisana kao pravo *in rem*, ili stvarno pravo (uz manje nepreciznosti koje, smatram, neće proizvesti praktične probleme).

6. U ovom tekstu ukratko ću prikazati ona obeležja hipoteke prema ZH koja su uobičajena, a nešto detaljnije neka zakonska rešenja koja su netipična i nova, ne samo za srpsko pravo već za kontinentalna prava uopšte. Takođe, moj prikaz će biti usredsređen na odredbe koje, držim, zaslužuju kritiku, dok će ona rešenja koja smatram dobrim dobiti znatno manje pažnje. Otud posebno ističem da ukupan sud o kvalitetu novog hipotekarnog prava u Srbiji ne treba donositi samo na osnovu ovakvog, kritičkog (teorijskog) članka, već one koje takav zadatak zanima upućujem pre svega na istraživanje funkcionisanja hipoteke u srpskoj poslovnoj praksi.

## II HIPOTEKA PO ZAKONU O HIPOTECI IZ 2005. GODINE

### A. POJAM I PRAVNA PRIRODA HIPOTEKE

7. ZH definiše hipoteku na sledeći način: "Hipoteka je založno pravo na nepokretnosti, koje ovlašćuje poverioca da, ako dužnik ne isplati dug o dospelosti zahteva naplatu potraživanja obezbeđenog hipotekom (u daljem tekstu: potraživanje) iz vrednosti nepokretnosti, pre običnih poverilaca i pre docnijih hipotekarnih poverilaca (u daljem tekstu: poverilac), bez obzira u čijoj svojini se nepokretnost nalazi."<sup>15</sup> Iz ovakve definicije proizlazi da je hipoteka stvarno pravo<sup>16</sup> obezbeđenja koje imaoca ovlašćuje na prvenstveno namirenje obezbeđenog potraživanja iz vrednosti založene nepokretnosti, koje je snabdeveno pravom sledovanja (drugim rečima, "ukorenjeno je u stvari"). Hipoteka nije potraživanje, ona u sebi ne sadrži zahtev za isplatu sume novca (taj zahtev

<sup>11</sup> Sl. glasnik RS br. 115/2005-10.

<sup>12</sup> Tako, pojedini članovi Parivodićevog tima neretko tvrde da su delovi Zakona pisani u hotelskoj sobi u Vašingtonu, tokom službene posete ministra Sjedinjenim Državama, a delovi čak i u avionu na putu ka i od SAD.

<sup>13</sup> Videti M. Parivodić, Predgovor, u *Zakon o hipoteci*, Službeni glasnik, Beograd 2006.

<sup>14</sup> Parivodić, *op.cit.*, str. 8.

<sup>15</sup> Član 2. ZH.

<sup>16</sup> Suprotno, Parivodić, *loc. cit.* O razlozima za ovakav Parivodićev stav pisao sam na drugom mestu, na kojem sam dao i svoje viđenje pravne prirode hipoteke prema ZH - videti Miloš Živković, Country Report Serbia, u *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band II, vdp, Berlin 2007, str. 145 i 146 (dalje citirano "Živković, Country Report Serbia").

"pozajmljuje" iz obezbeđenog potraživanja), već sadrži ovlašćenje poverioca da proda opterećenu nepokretnost i deo dobijene cene iskoristi kako bi namirio obezbeđeno potraživanje. Ona je akcesorna u odnosu na potraživanje čijem obezbeđenju služi, jer upravo to potraživanje određuje iznos koji hipotekarni poverilac može naplatiti iz sume dobijene prodajom hipotekovane nepokretnosti, tako da bi bez njega hipoteka bila besmislena (naravno, od ovoga postoje značajni izuzeci, o čemu će više reći biti docnije). Naposljetku, ZH sadrži i odredbe o načelu nedeljivosti hipoteke - član 23. govori o tome da hipoteka opstaje na svim novonastalim delovima u slučaju deobe a član 44. stav 1. o tome da vlasnik opterećene nepokretnosti može da traži ispis (brisanje) tek kada je obezbeđeno potraživanje ispunjeno u potpunosti.

## B. PREDMET I OBIM HIPOTEKE I OBEZBEĐENO POTRAŽIVANJE

8. Način na koji ZH definiše predmet hipoteke uslovljen je nekolicinom činilaca koji leže van materije hipoteke u užem smislu. Prvi od tih činilaca vredan isticanja jeste neizmenjeni pravni režim nepokretnosti iz perioda socijalizma, usled kojeg, prvo, i dalje postoje tzv. socijalistički surogati za pravo svojine (razna prava raspolaganja, prava korišćenja, prava preče gradnje i sl.) i, drugo, izostanak reuspostavljenja pravnog jedinstva nepokretnosti (zemljište u gradovima je u državnoj, a zgrade najvećma u privatnoj svojini). Drugi činilac vredan isticanja je postojanje tzv. "divlje", odnosno nezakonite gradnje, odnosno postojanje velikog broja zgrada koje su ili izgrađene bez ikakve dozvole, ili još nemaju upotrebnu dozvolu (iako su građene uz građevinsku dozvolu), pa zbog toga ne mogu da budu upisane u registar (izdavanje upotrebne dozvole uslov je za registraciju ovih objekata i prava na njima). Pored pokušaja da se ove zgrade legalizuju, država je imala i snažan interes da aktivira njihovu vrednost u kreditnoj privredi, drugim rečima da omogući njihovo stavljanje pod hipoteku. Najposle, treći činilac vredan pomena je jak pritisak međunarodnih organizacija koje se bave razvijanjem pravnog okvira za poslovanje privrednih subjekata u Srbiji da se u novom propisu omogući hipotekovanje objekata u izgradnji i stanova u izgradnji.

9. Članom 3. ZH predviđeno je da se pod hipoteku mogu staviti:

- 1) nepokretna stvar (pravo svojine na zemljištu, građevinskom objektu i sl.);
- 2) deo nepokretne stvari, u skladu s odlukom o deobi (?);
- 3) susvojinski udeo u nepokretnoj stvari;
- 4) poseban deo zgrade na kome postoji pravo svojine, odnosno drugo pravo koje sadrži pravo raspolaganja (stan, poslovne prostorije, garaža, garažno mesto i dr.);
- 5) pravo na zemljištu koje sadrži ovlašćenje slobodnog pravnog raspolaganja, a naročito pravo građenja, pravo preče gradnje, ili raspolaganja u državnoj, odnosno društvenoj svojini;
- 6) objekat u izgradnji, kao i poseban deo objekta u izgradnji (stan, poslovne prostorije, garaža i dr.), bez obzira da li je već izgrađen, pod uslovom da je izdato pravnosnažno odobrenje za gradnju u skladu s zakonom kojim se uređuje izgradnja objekata.

10. Već iz stilizacije prve tačke člana 3. vidi se da zemljište i zgrada nisu jedinstven objekt prava, tako da je, bar teorijski, moguće odvojeno založiti zgradu i zemljište na

kojem se ona nalazi (a zalaganje zgrade bez zemljišta na kojem je podignuta ne smatra se zalaganjem prava građenja, ono se pominje kasnije u zasebnoj tački). Isto tako, vidi se insistiranje autora ZH na teorijskom stavu koji ide za tim da hipoteka ne opterećuje stvar već pravo svojine na stvari, koji je u krajnjoj konsekvenci neprihvatljiv ali ne stvara praktične probleme.<sup>17</sup> Ovo insistiranje na teorijskom detalju zaklonilo je mnogo veći problem - neprimenjivanje načela *superficies cedit solo* u srpskom pravu, tako da je pitanje jedinstva nepokretnosti (pojma nepokretnosti) ostavljeno za neke druge propise, dok je odredba ZH dovoljno široko postavljena da može da obuhvati sve ono što se danas u Srbiji smatra nepokretnošću. Kad je reč o drugoj tački, situacija je nešto drugačija, pošto je pravilo ZH direktno suprotno tradicionalnom pravilu koje su sadržavali i nacrti profesora Orlića, i koje je jedino primereno pravnim sistemima u kojima postoje registri prava na nepokretnostima zasnovani na državnom katastarskom premeru (a takvi su i zemljišne knjige i jedinstvena evidencija). Prema tradicionalnom pravilu, deo nepokretnosti može postati predmet hipoteke tek kad se deoba sprovede u registru, što je posledica načela nedeljivosti hipoteke i činjenice da se ona stiče upisom u registar (pre sprovođenja deobe nije moguće ograničiti hipoteku samo na deo nepokretne stvari). Čini se da su autori ZH ovde želeli samo da preformulišu odredbu iz nacarta, a ne da izmene pravilo, ali učinjeno je upravo suprotno - stvoreno je pravilo koje je nesprovodivo u praksi, jer nije moguće upisati hipoteku na delu nepokretnosti sve dok se deoba ne sprovede, odnosno dok taj deo ne postane samostalna nepokretna stvar. Ostaje samo nada da ova odredba neće stvarati veće praktične probleme. U pogledu zalaganja susvojinskog udela, reč je samo o eksplikaciji opšteg pravila da svaki suvlasnik može samostalno raspolagati svojim udelom u susvojini predviđenog članom 14. stav 2. ZOSPO, i odredba je sasvim u redu. Izuzetak je predviđen za hipoteku koja se zasniva na "idealnom delu objekta u izgradnji" (šta god to bilo), kad se traži saglasnost svih "suvlasnika"<sup>18</sup> (znake navoda koristim namerno, pošto objekat u izgradnji nije stvar, na njemu dakle ne može postojati pravo svojine, pa otud ni susvojina niti suvlasnički udeli). Ako na nepokretnosti postoji zajednička svojina, može se hipotekovati samo cela stvar. Kad je reč o hipotekovanju predmeta tzv. etažne svojine, valja napomenuti da u Srbiji postoji velika pravna praznina u vezi s etažnom svojinom od 1996. godine, kad je Savezni ustavni sud tadašnje Savezne Republike Jugoslavije stavio van snage ceo Zakon o svojinu na posebnim delovima zgrada iz 1966. godine,<sup>19</sup> rekavši da će se na etažnu svojinu primenjivati odredbe ZOSPO i Zakona o održavanju stambenih zgrada iz 1995. godine.<sup>20</sup> Kako ZOSPO predviđa da poseban deo zgrade na kojem može postojati pravo svojine čine stan, poslovne prostorije, garaže i garažna mesta, vidi se da je ZH usaglašen s ovom odredbom, a da ide i korak dalje, ostavljajući mogućnost da se budućim propisima omogući svojina i na drugim "posebnim" delovima zgrada. U svakom slučaju, zalaganje stanova i poslovnih prostorija vrlo je često u praksi i ova je odredba otud neophodna. Prethodni uslov da bi poseban deo zgrade mogao da se hipotekuje jeste da je taj deo zgrade u registru upisan kao zaseban predmet prava svojine. Kad je reč o petoj tački, čini se da je namera da se u njoj pobroje ostala prava na nepokretnostima (sem svojine) koja se mogu hipotekovati (drugi nacrt profesora Orlića u tom smislu je bio nedvosmislen,

<sup>17</sup> Videti detaljnije o ovome u Živković, *Country Report Serbia*, str. 147, fusnota 60.

<sup>18</sup> Član 6. stav 1. ZH.

<sup>19</sup> Vidi odluku Saveznog ustavnog suda br. I U 95 objavljenu u Sl. listu SRJ br. 38/1996-1057.

<sup>20</sup> Sl. glasnik RS br. 44/1995-1646; 46/1998-1119; 1/2001-3 i 101/2005-28.

vidi član 5.), pri čemu je nabrojanje *exempli causa*, tako da se samo slučajno dogodilo da su uglavnom pobrojani tzv. "socijalistički surogati" stvarnih prava, poput prava raspolaganja u državnoj ili društvenoj svojini (koje je ekvivalent prava svojine), ili prava preče gradnje (koje je imao bivši vlasnik nacionalizovanog građevinskog zemljišta dok ono ne bude "privedeno nameni"). Što se prava građenja tiče, ono je i dalje nepoznanica za srpske propise i većinu srpskih pravnika (za razliku od stvarnog tereta, koji je podjednako nepoznat, pravo građenja se u ZOSPO ni ne pominje), pa nije sasvim jasno na šta se misli kad se ovo pravo izričito pominje kao mogući predmet hipoteke. Pretpostavljam da se misli na pravo građenja u onom smislu u kojem ono postoji u kontinentalnim pravnim sistemima (*Baurecht, superficies*), uz napomenu da se to pravo, odnosno njegov ekvivalent u Srbiji naziva zakupom građevinskog zemljišta predviđenim propisima o izgradnji. U svakom slučaju, uslov da bi neko pravo moglo da bude hipotekovano je, prvo, da njegov imalac ima pravo da tim pravom slobodno pravno raspoláže (što se ističe u ZH), drugo, da to pravo ima izvesnu tržišnu vrednost iz koje bi se hipotekarni poverilac mogao namiriti te, treće, da je to pravo upisano u registre nepokretnosti na način koji omogućava registraciju hipoteke koja ga opterećuje.<sup>21</sup>

11. Prva značajna novost koju je ZH uneo u srpsko hipotekarno pravo jeste mogućnost zalaganja objekta u izgradnji, odnosno posebnog dela objekta u izgradnji, bez obzira na to da li je izgradnja objekta već dovršena, pod uslovom da je za izgradnju izdato pravnosnažno odobrenje za gradnju. Potreba za ovakvim predmetom hipoteke prouzrokovana je anomalijom srpskog zemljišnog prava, odnosno nepostojanjem načela *superficies cedit solo* na područjima sa građevinskim zemljištem (koja su inače centralna područja za primenu ovog načela). Naime, pošto je donedavno (do donošenja Ustava Republike Srbije iz 2006. godine<sup>22</sup>) silom Ustava (onog iz 1990. godine,<sup>23</sup> član 60) bilo predviđeno da gradsko građevinsko zemljište može biti samo u državnoj, odnosno društvenoj svojini, nije bilo moguće ponovo uspostaviti jedinstvo nepokretnosti, narušeno tokom socijalističkog perioda nacionalizacijom (na razne načine) građevinskog zemljišta. Kako su privatni vlasnici mogli graditi i imati u svojini zgrade ili njihove posebne delove (stanove), moralo im je biti priznato nekakvo pravo na zemljištu na kome je zgrada izgrađena i "koje služi njenoj redovnoj upotrebi". Ovo pravo se nazivalo (trajno) pravo korišćenja, a od donošenja Zakona o planiranju i izgradnji (dalje: ZPI)<sup>24</sup> 2003. godine neizgrađeno državno zemljište se izdaje i pod zakup radi izgradnje (ovaj zakup je u stvari ekvivalent prava građenja).<sup>25</sup> Kako investitor, koji zgradu stiče originerno građenjem, nije vlasnik zemljišta, on nije imao šta da založi sve dok zgrada nije bila dovršena i upisana u registar, jer tek tada je formalno nastajao objekat njegovog prava svojine, i sâmo to pravo. Pritisak međunarodnih organizacija, koje nisu sasvim razumele poreklo i razloge nemogućnosti zalaganja objekta u izgradnji, išao je za tim da se, s jedne strane, investitorima omogući da obezbeđuju kredite uzete radi izgradnje hipotekom na onome što se gradi, i da se, s druge strane, kupcima stanova u izgradnji omogući da kupovinu

<sup>21</sup> Videti Parivodić, *op. cit.*, str. 9.

<sup>22</sup> Službeni glasnik RS br. 98/2006-3.

<sup>23</sup> Službeni glasnik RS br. 1/1990-1.

<sup>24</sup> Službeni glasnik RS br. 47/2003-1 i 34/2006-3.

<sup>25</sup> I ZPI zadržava pravo korišćenja vlasnika objekta na zemljištu, za postojeće objekte, koje traje sve dok objekat postoji, vidi član 83.

finansiraju kreditima koje bi obezbedili stavljanjem hipoteke na stan koji kupuju. Ova zamisao ima ekonomsku logiku, pošto ide za tim da poveća kako ponudu tako i potražnju za novoizgrađenim objektima, ali pravne prepreke za tako nešto očigledno nisu do kraja uzimane u obzir. ZH je, smelo bi se reći i pomalo "na silu", pokušao da prevaziđe ove pravne probleme, što mu je kod hipotekovanja objekta u izgradnji uspelo (uz ozbiljnu cenu), a kod hipotekovanja posebnog dela objekta u izgradnji nije uspelo. Tako, predviđeno je da se ove hipoteke zasnivaju upisom odgovarajuće zabeležbe na zemljištu na kojem se objekat gradi, te da se po službenoj dužnosti upisuju kao hipoteka na zgradi ili njenom posebnom delu kad se izgradnja okonča i zgrada kao takva upiše u registar (drugim rečima, one konverziraju u hipoteku na nepokretnosti samom registracijom objekta).<sup>26</sup> Dok do konverzije ne dođe, dakle dok je objekat "u izgradnji", što obuhvata i slučaj dovršenog objekta koji se koristi ali nije upisan u registar, hipoteka na objektu u izgradnji realizuje se ustupanjem uz naknadu (pravnosnažnog) odobrenja za gradnju i prodajom ugrađenih stvari (dakle, namirenje se vrši iz iznosa dobijenog ustupanjem i prodajom), a izdavalac odobrenja za gradnju ima obavezu da poništi staro i izda novo odobrenje, na ime kupca/pribavioca kojem je posle aukcije odobrenje ustupljeno.<sup>27</sup> Pomenuta "cena" unošenja ovakvog rešenja u ZH, koje je doista omogućilo zalaganje objekata u izgradnji i koje se primenjuje u praksi,<sup>28</sup> jeste ozbiljno narušavanje pravnog sistema Srbije. Ovo je učinjeno time što je jedno javnopravno subjektivno pravo, ono iz odobrenja za gradnju, koje se izdaje u upravnom postupku uz uslove koji nisu vezani samo za privatnopravni osnov za izgradnju, učinjeno prenosivim, dok je prenosivost subjektivnih prava, po unisonom stavu teorije (i ne samo u Srbiji), obeležje subjektivnih građanskih prava i samo tih prava (razlozi za ovo razumljivi su po sebi).<sup>29</sup> Iako smatram da je u Srbiji potrebno omogućiti hipotekovanje objekta u izgradnji, mislim da bi što pre trebalo uspostaviti pravne predušlove da se to učini na način koji ne bi dovođio do ovako krupne distorzije pravog sistema (recimo, privatizacijom građevinskog zemljišta uz reuspostavljanje jedinstva nepokretnosti). Drugim rečima, rešenje ZH, u čijoj sam formulaciji i sâm učestvovao, treba smatrati privremenim, i čim se stvore uslovi za reuspostavljanje jedinstva nepokretnosti treba ga napustiti. Naposletku, ZH ne kaže ništa o tome kako se realizuje hipoteka na posebnom delu objekta u izgradnji dok izgradnja traje. Ovde nije moguće analogno primeniti pravila koja važe za zalaganje objekta u izgradnji, pa ne preostaje ništa drugo do da se ovaj oblik "hipoteke" smatra zalaganjem potraživanja kupca posebnog dela objekta u izgradnji prema investitoru (to je potraživanje da dovrši izgradnju i prenese mu svojinu na određenom posebnom delu), koje zakonski konverzira u hipoteku upisom zgrade i posebnog dela u registar nepokretnosti. Zbog toga "hipoteka" na posebnom delu objekta u izgradnji može postojati samo pod znacima navoda, iako ZH sadrži odredbu iz koje bi se mogao izvući suprotan zaključak.

---

<sup>26</sup> Videti član 11. stav 2. ZH.

<sup>27</sup> Videti član 39. ZH.

<sup>28</sup> Praktična primena, doduše, vezana je i za izigravanje zakona, jer se ovaj mehanizam koristi za trgovinu tj. prenos odobrenja za gradnju, koja su inače neprenosiva.

<sup>29</sup> Videti namesto mnogih Stanković u O.Stanković-V.V.Vodinelčić, *Uvod u građansko pravo*, Nomos, Beograd 1996, str. 3.



12. U pogledu obima, hipoteka obuhvata sve sastavne delove nepokretnosti, neodvojene plodove (ako nije suprotno ugovoreno), pripatke ali samo ako je tako određeno ugovorom o hipoteci, te sva naknadna poboljšanja i povećanje vrednosti opterećene nepokretnosti (elastičnost, protegljivost hipoteke). Ove odredbe su uobičajene, jedina zamerka bi bila da je stilizacija odgovarajućeg člana ZH takva da bi se moglo pomisliti da je ugovorom moguće predvideti da hipoteka ne obuhvata sve sastavne delove nepokretnosti, što bi bilo suprotno načelu nedeljivosti pa stoga valja uzeti da nije pravo značenje ove norme.<sup>30</sup>

13. Naposljetku, obezbediti se može svako potraživanje, novčano ili nenovčano, u domaćoj ili stranoj valuti (naravno, ono mora imati određenu novčanu vrednost).<sup>31</sup> ZH predviđa i mogućnost da obezbeđeno potraživanje bude buduće ili uslovno (kreditna i kauciona hipoteka), što je jedno od odstupanja od načela akcesornosti, ali za razliku od nacrtu koje je pripremio profesor Orlić ne sadrži izričitu odredbu da se u tom slučaju upisuje tzv. hipoteka na najviši iznos. Ovo može da bude ozbiljna manjkavost ZH u praksi, imajući u vidu da se hipoteka na najviši iznos, usled svojih pogodnosti i nešto smanjenog stepena akcesornosti, često koristi radi obezbeđivanja kreditnih linija i kontokorentnih kredita. Ipak, odredbu o registraciji najvišeg iznosa sadrže kako propisi o zemljišnim knjigama, tako i propisi o jedinstvenoj evidenciji,<sup>32</sup> pa postoji mogućnost da se ovaj nedostatak prevaziđe širim tumačenjem odredaba o registraciji u praksi. Obezbeđeno potraživanje obuhvata kako glavnice tako i kamate i troškove naplate, a deo potraživanja koji nije obezbeđen hipotekom naplaćuje se, razume se, iz (ostale) imovine dužnika.

### C. VRSTE I STICANJE HIPOTEKE

14. Prema osnovu nastanka, ZH hipoteku deli na ugovornu, koja nastaje na osnovu ugovora ili sudskog poravnanja, jednostranu, koja nastaje na osnovu založne izjave, zakonsku, koja nastaje na osnovu zakona i sudsku, koja nastaje na osnovu sudske odluke. Pritom ZH sadrži pravila za ugovornu hipoteku koja se, *mutatis mutandis*, primenjuju na ostale vrste, osim kad je zakonom drukčije propisano. Zanimljivo je da hipoteka uvek nastaje upisom u "nadležni registar nepokretnosti", što znači da je pravilo o nastanku hipoteke upisom postalo bezizuzetno, tj. primenjivo i na zakonsku hipoteku (uobičajeno je bilo da zakonska hipoteka, za razliku od ostalih, nastaje "kad se ispune za to predviđeni uslovi", dok je za sve ostale upis u registar *modus acquirendi*). Imajući u vidu da je najznačajnija zakonska zaloga, ona za obezbeđenje poreza i drugih javnih dažbina, ovim ako ništa drugo učinjena transparentnijom za potencijalne hipotekarne poverioce (dobila je publicitet), učinjena promena može se pozdraviti jer povećava sigurnost pravnog prometa.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> Član 5. ZH.

<sup>31</sup> Član 7. ZH.

<sup>32</sup> Videti § 14 Zakona o zemljišnim knjigama Kraljevine Jugoslavije iz 1930. godine (dalje: JZZK) i član 58ž. Zakona o državnom premeru i katastru i upisu prava na nepokretnostima (dalje: ZKN). Potonji član doduše govori samo o "određenom iznosu", ne i o "najvišem iznosu", ali se širim tumačenjem ova odredba može koristiti za upis hipoteke na najviši iznos.

<sup>33</sup> Član 8. ZH.

15. Ugovorna hipoteka postavljena je na uobičajen način, uz nekoliko osobenosti koje su, po svemu sudeći, posledica nemara ili nepotpunog poznavanja detalja u vezi s ovim pitanjem onih koji su zakon sačinjavali. Tako, ugovor o hipoteci definisan je članom 9. ZH na, najblaže rečeno, neispravan način: "Ugovor o hipoteci je ugovor između vlasnika nepokretnosti i poverioca kojim se vlasnik nepokretnosti obavezuje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, da poverilac naplati svoje obezbeđeno potraživanje iz vrednosti te nepokretnosti, na način propisan zakonom." Iz ove definicije izlazi da je ugovor o hipoteci ugovor kojim se jedno lice (vlasnik nepokretnosti) obavezuje na radnju drugog lica (poverioca), koja radnja (naplata obezbeđenog potraživanja) je u interesu tog drugog lica. Dakle, ako poverilac odluči da ne naplati svoje obezbeđeno potraživanje, koje dužnik nije platio o dospelosti, iz vrednosti opterećene nepokretnosti, vlasnik nepokretnosti je u nebranom grožđu, pošto je prekršio ugovor o hipoteci! Čini se da je uzrok ovih nepogoda pisaca ZH u shvatanju o hipoteci kao potraživanju, koje je prouzrokovalo zbrku u zakonskoj definiciji ugovora o hipoteci. To nije razumljivo, posebno imajući u vidu da drugi nacrt profesora Orlića sadrži ispravnije određenje ugovora o hipoteci, doduše još uvek snažno (i nepotrebno) impregnirano logikom obligacionog prava: ugovorom o hipoteci vlasnik nepokretnosti obavezuje se da trpi da se poverilac namiri iz njene vrednosti ako mu obezbeđeno potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti (član 16). Iz ove bi odredbe proizlazilo da je obaveza koja na osnovu ugovora o hipoteci proizlazi za vlasnika trpljenje namirenja, a ni to nije sasvim ispravno - ugovorom o hipoteci, zapravo, vlasnik nepokretnosti se obavezuje da u korist poverioca na nepokretnosti zasnjuje hipoteku. Kao posledica tog zasnivanja, on odista mora da trpi namirenje ako obezbeđeno potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti, ali to nije pravna posledica ugovora o hipoteci već na osnovu tog ugovora zasnovane hipoteke, kao stvarnog prava. U svakom slučaju, ugovor o hipoteci može biti kako samostalan, tako i deo nekog drugog ugovora koji uređuje obezbeđeno potraživanje. Forma ovog ugovora je pisana uz overu potpisa, a može ga zaključiti vlasnik ili drugo za to ovlašćeno lice.<sup>34</sup> Specifična pravila regulišu upis hipoteke na objektu u izgradnji,<sup>35</sup> odnosno njegovom posebnom delu, o čemu je već delimično bilo reči. Ne ulazeći na ovom mestu u detalje, može se reći da su neke od ovih odredaba neusklađene s zakonskim režimom prava svojine i prava izgradnje, pogotovo oni koji govore o "svojini" na objektu u izgradnji i prometu te "svojine" (pošto na objektu u izgradnji svojine nema), dok neke nisu sasvim razumljive (recimo ona o tome da rizik rušenja bespravnog objekta na kome je upisana hipoteka snose "vlasnik nepokretnosti, dužnik i poverilac, u skladu s njihovim unutrašnjim odnosima", pošto ova odredba zapravo ne propisuje ništa). Naposletku, odredbe o bitnim sastojcima ugovora o hipoteci i zabranjenim (ništavim) odredbama<sup>36</sup> nisu neuobičajene, izuzev odredbe koja zahteva da svaki ugovor o hipoteci **mora** da sadrži *clausula intabulandi*, pošto se time zahtev za postojanjem ove izjave čini besmislenim. Smisao *clausula intabulandi*, u teorijskom smislu, jeste da je ona posao raspolaganja, izjava kojom se dozvoljava upis u registar na teret izjavioca, i u tom smislu ona je deo ispunjenja ugovora o hipoteci, kao posla obvezivanja. Ona, doduše, može biti deo ugovora o hipoteci (kao što se kod ugovora o prodaji može konstatovati da je cena već isplaćena ili stvar već predata kupcu), ali svakako **ne mora** biti deo tog ugovora.

---

<sup>34</sup> Član 10. ZH.

<sup>35</sup> Član 11. st. 2. do 5. ZH.

<sup>36</sup> Članovi 12. i 13. ZH.

Praktično, *clausula intabulandi* omogućava da se razdvoji trenutak zaključenja ugovora od trenutka njegovog ispunjenja od strane lica koje se obavezuje da će dozvoliti da se protiv njega izvrši neki upis u registru, pa je i zbog toga besmisleno tražiti da ona mora da bude deo ugovora o hipoteci. Pomalo neuobičajeno je i traženje da bitan sastojak ugovora o hipoteci bude "dokaz o vlasništvu, odnosno drugom pravu" nad opterećenom nepokretnosti, pošto taj dokaz ne može biti deo ugovora (pretpostavljam da se misli na navođenje osnova kojim vlasnik dokazuje svoju svojinu; nacrti profesora Orlića ovakvu odredbu nisu imali). Od ništavih odredaba, sem zabrane *lex commissoria* (odredbe da će predmet hipoteke preći u svojinu poverioca ili trećeg "po neodređenoj ili unapred određenoj ceni" ako obezbeđeno potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti) valja pomenuti zabranu vansudske prodaje suprotno odredbama ZH (što te odredbe čini kogentnim pravom), te zabranu ugovaranja antihreze (prava poverioca da upotrebljava ili pribira plodove s opterećene nepokretnosti) i zabrane otuđenja ili kasnijeg opterećenja novom hipotekom.

16. Posebnu pažnju zaslužuje tzv. jednostrana hipoteka, odnosno hipoteka na osnovu založne izjave vlasnika opterećene nepokretnosti, imajući u vidu da ovaj oblik hipoteke nije postojao u nacrtima profesora Orlića. Čini se da su autori ZH ovaj oblik zamislili kao hipoteku na osnovu jednostrane izjave volje vlasnika nepokretnosti koja se hipotekuje, ali neobično je da je ova hipoteka postavljena tako da izvorno postoji u korist poverioca (trećeg lica), tako da ju je moguće zamisliti i bez ikakve saradnje hipotekarnog poverioca, što je, u najmanju ruku i koristeći najblažu kvalifikaciju, krajnje neuobičajeno - dakle, moguće je da neki dužnik zasnjuje i upiše hipoteku u korist nekog svog poverioca a da ovaj uopšte ne sazna za to. Založno pravo na nepokretnosti koje nastaje na osnovu izjave njenog vlasnika obično je svojinsko založno pravo (svojinska hipoteka ili svojinski zemljišni dug), a ako je posredi hipoteka u korist poverioca traži se da poverilac bar zahteva upis na osnovu jednostrane izjave volje vlasnika nepokretnosti. Prema ZH je moguće da vlasnik nepokretnosti da formalnu izjavu o hipoteci (založnu izjavu)<sup>37</sup> i da potom samostalno, bez znanja poverioca, zahteva da se hipoteka upiše na osnovu te izjave, što predstavlja ozbiljnu anomaliju u pravnom sistemu, pošto nije moguće da neko lice može steći subjektivno građansko pravo isključivo na osnovu izjava volje nekog drugog lica datih *inter vivos*, bez učešća sticaoca (i poklon i oprost duga se moraju prihvatiti, kao i korist kod ugovora u korist trećeg, a ovde nema ekvivalenta takvom prihvatanju; i nasledstvo se mora prihvatiti pozitivnom nasledničkom izjavom). U svakom slučaju, založna izjava mora ispunjavati formalne i materijalne uslove predviđene za ugovor o hipoteci, a ovaj osnov nastanka hipoteke najčešći je u praksi jer su takse za overu jednostrane izjave značajno povoljnije (manje) od taksi za overu ugovora o hipoteci. Zanimljivo je napomenuti da nacrti profesora Orlića založnom izjavom nazivaju *clausula intabulandi*, što je u teorijskom smislu znatno ispravnije.<sup>38</sup>

17. U pogledu mogućnosti realizacije, hipoteke se mogu podeliti na one koje su neposredno izvršive i one koje to nisu, te na hipoteke koje su izvršive vansudski i na one koje se mogu samo sudski realizovati. Kako ZH ne sadrži izričito ovu podelu, već samo

---

<sup>37</sup> Inače, definisanje te izjave pati od istih nedostataka kao definisanje ugovora o hipoteci po ZH.

<sup>38</sup> Član 21. drugog nacrta Zakona o hipoteci.

posebno reguliše izvršnu vansudsku hipoteku, izlaganja o ovoj vrsti biće data u posebnom pododeljku koji sledi.

#### D. IZVRŠNA VANSUDSKA HIPOTEKA

18. Izvršna vansudska hipoteka predstavlja drugu značajnu novost (podsetiću, prvom sam nazvao omogućavanje zalaganja objekta u izgradnji) koja je uneta u srpsko hipotekarno pravo novim ZH.<sup>39</sup> Reč je o hipoteci koja se zasniva na ugovoru o hipoteci koji sadrži sastojke određene zakonom, koja je neposredno izvršiva i to vansudski, privatnom prodajom bez obraćanja sudu. Ako neposredna izvršivost hipoteke nije novina u srpskom pravu (i sudsko-ugovorna hipoteka uneta izmenama ZIP 1978 od 1990. godine je neposredno izvršiva), mogućnost vansudske realizacije svakako jeste, jer je izvršenje na nepokretnostima uvek bilo povereno državnim organima (do 2002. isključivo sudu, a od donošenja Zakona o poreskom postupku i poreskoj administraciji<sup>40</sup> [dalje: ZPPPA] omogućeno je i administrativno izvršenje na nepokretnostima za naplatu poreskih i parafiskalnih davanja). ZH predviđa da se činjenica da je neka hipoteka "izvršna vansudska" posebno naznačava u registru prilikom registracije hipoteke, tako da ova vrsta hipoteke ima i poseban publicitet. Naposljetku, specifičnost ove hipoteke je i posebno uređen redosled namirenja, odnosno nepostojanje potraživanja koja se namiruju pre hipoteke prvog ranga (izuzev potraživanja troškova postupka i potraživanja izdataka učinjenih radi sprečavanja propasti stvari).<sup>41</sup>

19. Nesumnjivo, svrha uvođenja izvršne vansudske hipoteke u ZH je ubrzavanje postupka realizacije hipoteke, koji je u periodu pre donošenja ZH trajao predugo. Tokom rada na donošenju novog propisa o hipoteci neophodnost omogućavanja bržeg i efikasnijeg postupka realizacije bila je opšte mesto, nešto na čemu su insistirale kako međunarodne organizacije koje su pružale tehničku pomoć pri izradi propisa tako i poslovne banke. Poseban problem predstavljala je i činjenica da u Srbiji ne postoji notarijat, tako da nije bilo moguće predvideti "poluprivatni" način realizacije, koji bi kontrolisao notar kao nosilac javnih ovlašćenja. Nacrti profesora Orlića bili su, u ovom pogledu, nešto oprezniji od ZH, pa su predviđali tzv. "svečanu hipoteku", koja bi bila neposredno izvršiva, zaključivana u formi ugovora pred sudijom, i koja bi se mogla namiriti privatnom (vansudskom) prodajom, ali takvu prodaju bi ipak morao da, na zahtev, dozvoli sud, i to prvo dužniku tj. vlasniku opterećene nepokretnosti, pa tek ako on ne uspe da proda u određenom roku onda poveriocu.<sup>42</sup> ZH je otišao korak dalje, predvidevši mogućnost namirenja privatnom prodajom koju vrši poverilac, bez obraćanja sudu za dozvolu, o čemu će više reći biti docnije.

---

<sup>39</sup> Član 15. ZH.

<sup>40</sup> Službeni glasnik RS br. 80/2002-1, 84/2002-2, 23/2003-16, 70/2003-1, 55/2004-32, 61/2005-51, 85/2005-30, 62/2006-12 i 61/2007-8.

<sup>41</sup> Član 41. ZH. Videti M. Lazić, Pravni položaj poverioca po Zakonu o hipoteci, u *Pravni život*, br. 10/2006, str. 530.

<sup>42</sup> Videti čl. 22. do 24. i čl. 49. do 53. drugog nacrta.

20. Da bi hipoteka bila izvršna vansudska, potrebno je da ugovor o hipoteci (odnosno založna izjava, ako se radi o jednostranoj hipoteci) sadrži, pored obaveznih elemenata predviđenih za svaki ugovor o hipoteci, i sledeće elemente:

"1) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu, kojom vlasnik nepokretnosti neopozivo ovlašćuje poverioca da, ako dug ne bude plaćen o dospelosti, poverilac može da naplati potraživanje iz cene dobijene prodajom u skladu sa vansudskim postupkom prodaje utvrđenim ovim zakonom, bez podnošenja tužbe sudu, kao i da će nepokretnost prinudnim putem da bude ispražnjena i predata kupcu u posed u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, osim ako se hipoteka upisuje na suvlasničkom udelu;

2) izričitu odredbu, odnosno izjavu vlasnika da je upozoren o posledicama neizmirenja duga o dospelosti te da, svestan tih posledica, pristaje na mogućnost izvršenja ugovora o hipoteci prodajom njegove nepokretnosti u skladu sa odredbama ovog zakona o vansudskom postupku namirenja, bez prava na vođenje parnice, kao i da će njegova nepokretnost prinudnim putem biti ispražnjena i predata kupcu u posed u roku od 15 dana od dana zaključenja ugovora o prodaji, ako je vlasnik ne preda dobrovoljno, osim ako se hipoteka upisuje na suvlasničkom udelu;

3) jasno naznačenu odredbu, odnosno izjavu vlasnika da je saglasan da poverilac ima pravo pristupa nepokretnosti, uključujući i ulazak u nepokretnost bez obzira ko se u njoj nalazi (vlasnik, zakupac i dr.), radi kontrole održavanja ili iz drugih opravdanih razloga, kao i da je dužan da saraduje sa poveriocem u postupku prodaje, a naročito da omogući pristup hipotkovanoj nepokretnosti (ulazak u stan i sl.);

4) izričitu izjavu trećeg lica, ako takvo lice postoji, koje ima neposrednu državinu, a nije vlasnik hipotekovane nepokretnosti (zakupac i dr.), da je svesno posledica do kojih ugovor o hipoteci može dovesti, uključujući i iseljenje iz nepokretnosti i gubljenje državnine na njoj, kao i da je saglasno sa pravima i obavezama iz tačke 3. ovog stava."

21. Naposletku, ako ugovor o hipoteci odnosno založna izjava ne sadrže ove elemente, ZH predviđa da se namirenje vrši sudskom prodajom nepokretnosti u skladu s ZIP.

#### E. PRAVA I OBAVEZE

22. Regulisanje prava i obaveza u propisu koji reguliše deo stvarnog prava, načelno govoreći, nije tipično - takva nomotehnika svojstvenija je regulisanju obligacionih odnosa, u kojima postoji korelacija prava i obaveza strana u odnosu. Međutim, imajući u vidu značajan uticaj koji ZOO i dalje ima na građanskopravnu nomotehniku u Srbiji, te činjenicu da je u svojim nacrtima profesor Orlić polazio od uređenja koje za ručnu zalogu sadrži ZOO,<sup>43</sup> ne iznenađuje da je i u ZH zadržan poseban deo o pravima i obavezama vlasnika nepokretnosti i hipotekarnog poverioca, kojem je pridodat i odeljak o prenosu pojedinih prava i obaveza.<sup>44</sup>

23. Tako, vlasnik opterećene nepokretnosti ima pravo da je drži, upotrebljava prema uobičajenoj nameni i pribira plodove koje ona daje, a ima i pravo da je otuđi, s tim što to

<sup>43</sup> A logično je da obligacionopravna kodifikacija polazi od ugovora na osnovu kojeg nastaje zaloga kao stvarno pravo, pa stvarnopravna ovlašćenja postavlja kao ugovorna prava, a njihova ograničenja kao obaveze.

<sup>44</sup> Deo treći ZH, članovi od 16. do 23.

otuđenje, po izričitom slovu zakona, "ne menja ništa u dužnikovoj obavezi i u obezbeđenom potraživanju" (zapravo, želi se reći da otuđenje ne menja ništa u pogledu opterećenja hipotekom, tj. da ne menja hipoteku).<sup>45</sup> U pogledu ograničenja ("obaveza"), vlasnik opterećene nepokretnosti je ne sme fizički menjati bez saglasnosti hipotekarnog poverioca, koju ovaj "neće odbiti da izda bez opravdanog razloga", mora da je čuva kao dobar domaćin, odnosno privrednik kako joj ne bi umanjivao vrednost, i **mora** da je osigura "od svih uobičajenih rizika", i to pre zaključenja ugovora o hipoteci.<sup>46</sup> Ova poslednja obaveza vlasnika hipotekovane nepokretnosti mogla bi se kritikovati s najmanje dve tačke gledišta - prvo, da li je potrebno propisivati svojevrsno "obavezno osiguranje" predmeta hipoteke, pošto se time mimo volje strana podižu transakcioni troškovi, ili je bilo sasvim dovoljno predvideti da u slučaju isplate osigurane sume nastupa realna subrogacija (kao što je bilo predviđeno u drugom nacrtu prof. Orlića, čl. 57), i drugo, koji su to rizici "uobičajeni", pošto je ovakav vid obaveznog osiguranja imovine nov u domaćoj praksi (pretpostavka je da će praksa sama definisati "uobičajene" rizike, a da će sud tek u slučaju spora ući u analizu tog pitanja). Pored ovih, postoji i obaveza saradnje s poveriocem u slučaju namirenja.<sup>47</sup>

24. Ako je tako ugovoreno ili ako je posredi izvršna vanskudska hipoteka, hipotekarni poverilac ima pravo pristupa nepokretnosti radi kontrole održavanja ili iz drugih opravdanih razloga, kojem odgovara obaveza njenog neposrednog držaoca (vlasnika ali i trećeg lica, primera radi zakupca) da omogući pristup. Posebna pažnja posvećena je situaciji kad je treće lice neposredni držalac opterećene nepokretnosti - tad obaveza omogućavanja pristupa postoji ako se neposredni držalac saglasio s izvršnom vanskudskom hipotekom (ako je saglasnost sadržana u ugovoru ili ispravi), a u protivnom pristup nije moguć bez saglasnosti zakonitog neposrednog držaoca.<sup>48</sup>

25. Hipotekarni poverilac ima i pravo na dodatno obezbeđenje "sličnog stepena sigurnosti" ako se vrednost predmeta hipoteke smanji usled ponašanja vlasnika ili neposrednog držaoca, ili ako preči opasnost od takvog smanjenja vrednosti. Ako dužnik ne pruži dodatno obezbeđenje, smanjenje vrednosti utvrđuje sudski veštak na zahtev poverioca, koji tad može da se naplati iz vrednosti opterećene nepokretnosti u potpunosti i pre dospelosti.<sup>49</sup> Poverilac može da zahteva i sudsku zabranu određenog ponašanja vlasnika ili drugog neposrednog držaoca, ako se tim ponašanjem vrednost nepokretnosti smanjuje ili može smanjiti. Tada sud može da dozvoli poveriocu da sam preduzme potrebne mere i da mu, po zahtevu, dosudi troškove, koji uživaju zakonsku privilegiju jer su obezbeđeni hipotekom najvišeg ranga na opterećenoj nepokretnosti i bez upisa. Izuzetno, ako je tako ugovoreno ili je posredi izvršna vanskudska hipoteka, poverilac može preduzeti mere i bez sudskog odobrenja, ako su okolnosti takve da ne trpe odlaganje.<sup>50</sup> Ove odredbe imaju svoj koren u odredbama ZOO o dodatnom obezbeđenju kod založnog

---

<sup>45</sup> Član 16. ZH.

<sup>46</sup> Član 17. st. 1. do 3. ZH.

<sup>47</sup> Član 17. st. 5. ZH.

<sup>48</sup> Član 17. st. 4. i 6. ZH.

<sup>49</sup> Član 18. ZH.

<sup>50</sup> Član 19. ZH.

prava, koje su modifikovane pravom pristupa poverioca i pravom da određene mere može preduzeti samostalno, ne čekajući sud.

26. Deo o pravima i obavezama, kao što je rečeno, sadrži i odredbe o "prenosu pojedinih prava i obaveza", zapravo o cesiji, preuzimanju duga, zalaganju potraživanja obezbeđenog hipotekom i deobi, odnosno spajanju predmeta hipoteke. Ove odredbe u svoje nacрте je uneo profesor Orlić, iako istovetne odredbe (osim u pogledu nadhipoteke i deobe opterećene nepokretnosti) već postoje u ZOO, dok su u konačnom tekstu te odredbe ponešto izmenjene, pa sada postoji njihova neusklađenost s odgovarajućim odredbama ZOO (koje nisu izričito stavljene van snage). U svakom slučaju, ustupanjem potraživanja obezbeđenog hipotekom ustupa se i hipoteka (bezizuzetna akcesornost u imaocu), ugovor mora biti zaključen u pisanoj formi sa sudski overenim potpisima, a upisom ustupanja postiže se dejstvo prema trećim licima, što znači da je upis deklarativan i da ima publicitetnu funkciju.<sup>51</sup> Kod preuzimanja duga ZH je odstupio od posebnog pravila iz člana 447. ZOO, pa se ne smatra da se hipotekarni poverilac saglasio s preuzimanjem ako ne odgovori u roku od 3 meseca od prijema poziva da se izjasni, već se traži izričit pristanak.<sup>52</sup> Nathipoteka je postavljena kao zalaganje potraživanja obezbeđenog hipotekom (a ne kao "hipotekovanje hipoteke"), s tim što je ugovor takođe formalan (pisan uz overu potpisa) i mora da sadrži *clausula intabulandi*,<sup>53</sup> deluje prema dužniku založenog potraživanja od dana kad mu stigne pisano obaveštenje o zalaganju, a prema trećima od dana upisa nadhipoteke u registar nepokretnosti.<sup>54</sup> Naposljetku, odredba o otuđenju dela nepokretnosti (deobi odnosno spajanju) pomalo je nejasna - nacrt profesora Orlića predviđao je samo deobu, u kom se slučaju hipoteka ("obezbeđenje") srazmerno deli na novonastale delove nepokretnosti, "osim ako je šta drugo ugovoreno", uz mogućnost hipotekarnog poverioca da u određenom roku traži prinudnu naplatu ako takvu raspodelu ne prihvata.<sup>55</sup> ZH govori i o deobi predmeta hipoteke i o njegovom spajanju s drugom nepokretnošću, sve to "uz saglasnost poverioca" (ovde se verovatno hoće reći da je potrebna saglasnost poverioca za deobu i spajanje, a ne da pravilo važi samo ako je saglasnost data, što inače proizlazi iz jezičkog značenja odredbe), predviđajući upis hipoteke na tim novonastalim nepokretnostima po službenoj dužnosti, uz dispozitivno pravilo da svaka novonastala hipoteka obezbeđuje celo potraživanje.<sup>56</sup> Čini se da je, s jedne strane, nedoradenost nacрта dovela do nedoradenosti odredbe konačnog teksta ZH te da je, s druge strane, ubacivanje spajanja (pripajanja) predmeta hipoteke u istu odredbu dodatno doprinelo neadekvatnosti ponuđenog rešenja (kod spajanja/pripajanja potrebno je, naime, urediti rang više hipoteka koje mogu postojati na

---

<sup>51</sup> Član 20. ZH.

<sup>52</sup> Član 22. ZH.

<sup>53</sup> I ovde važi primedba izneta kod ugovora o hipoteci - klauzula intabulandi nema smisla ako **mora** da bude deo ugovora po samom zakonu, njen praktičan smisao je upravo u tome da može da razdvoji zaključenje ugovora, koji je posao obvezivanja, od dozvole upisa kao posla raspolaganja.

<sup>54</sup> Član 21. ZH.

<sup>55</sup> Član 42. drugog nacрта. Valja pomenuti da je ova odredba, onako kako glasi, dosta nerazumljiva, jer niti govori o tome **čemu** srazmerno se deli obezbeđenje u stavu 1. (pretpostavljam, vrednosti novonastalih delova, ali to se mora reći), niti jasno propisuje rokove za nezadovoljnog poverioca u stavu 2 (javljaju se rok od 30 dana od dana okončanja raspodele i rok od godinu dana, koji nije baš najjasniji, a čini se da se odnosi na period koji počinje istekom roka od 30 dana i u okviru koga se može tražiti namirenje i pre dospelosti).

<sup>56</sup> Član 23. ZH.

nepokretnostima koje se spajaju; rubrum iznad člana 23. sad je sasvim neodgovarajući njegovoj sadržini). Odredba ZH je, ipak, praktično primenjivija jer ne zahteva prethodno utvrđivanje vrednosti prema kojoj bi se računao srazmeran deo hipoteke koji treba da tereti novonastale delove u slučaju deobe, i u tom smislu bi joj se mogla dati prednost.

## F. NAMIRENJE

27. Kao što je rečeno kod izlaganja o izvršnoj vansudskoj hipoteci, ZH je, pored sudskog i administrativnog namirenja hipoteke, po prvi put omogućio i vansudsko namirenje. Sudsko namirenje vrši se primenom ZIP (odnosno Zakona o stečajnom postupku,<sup>57</sup> ako se namirenje vrši u okviru tog postupka), a administrativno namirenje, dozvoljeno u slučaju naplate poreza, primenom ZPPPA, dok se vansudsko namirenje vrši u posebnom postupku koji detaljno propisuje ZH. Poverilac, bez obzira na način namirenja, nije obavezan da se prvo namiri iz predmeta hipoteke, već je zadržano pravilo prema kojem je hipoteka dodatna pogodnost za poverioca kojom se on može, ali ne mora služiti, tako da se može naplaćivati iz dužnikove (ostale) imovine i ako nije pokušao da se naplati iz hipoteke.<sup>58</sup> Takođe je zadržano i pravilo prema kojem hipotekarni poverilac može naplatiti glavnicu obezbeđenog potraživanja (ne i kamate i troškove) iz opterećene nepokretnosti i posle zastarelosti tog potraživanja.<sup>59</sup> Stav sudske prakse da je ugovaranje *lex commissoria* dozvoljeno posle dospelosti obezbeđenog potraživanja<sup>60</sup> takođe je ugrađen u ZH, koji ga naziva "naknadni ugovor",<sup>61</sup> i za koji se traži pisana forma uz overu potpisa. Naposljetku, ZH (čini se slučajno), proširuje zakonsku (ličnu) subrogaciju iz člana 300. ZOO na sve slučajeve isplate obezbeđenog potraživanja od strane trećeg lica.<sup>62</sup> Dakle, subrogacija nastupa *ex lege* i ako treće lice nema pravni interes da isplati obezbeđeno potraživanje, što je modifikacija pravila ZOO za koju, iskreno, ne mogu da vidim dovoljno ubedljivo opravdanje, mada ne verujem da će odredba stvoriti probleme u praksi (izuzev naravno studentima prava, koji će morati da uče "izuzetak od izuzetka"). Nacrta profesora Orlića govorili su o zakonskoj subrogaciji samo u slučaju da obezbeđeno potraživanje isplati vlasnik nepokretnosti koji nije dužnik, što je u skladu s odredbama ZOO.<sup>63</sup>

28. Vansudski postupak namirenja detaljno je regulisan posebnom glavom ZH (članovi 29. do 38). Reč je o odredbama koje nemaju svoj izvor u nacrtima koje je pripremio

---

<sup>57</sup> Službeni glasnik RS br. 84/2004-1 i 85/2005-30.

<sup>58</sup> Član 25. ZH. Naravno, poverilac će se po pravilu naplaćivati upravo iz vrednosti hipotekovane nepokretnosti, jer tu uživa prvenstvo u namirenju, ali to mu nije obaveza (uz napomenu da zloupotreba prava ostaje granica dozvoljenosti i za izbor predmeta namirenja).

<sup>59</sup> Član 26. ZH; potpuno isto pravilo postoji u članu 368. ZOO, pa se može postaviti pitanje svrhe unošenja ove odredbe u ZH (pravilo je u svoje nacрте uneo još profesor Orlić - član 45. prvog i član 55. drugog nacrta).

<sup>60</sup> Videti Orlić u Stanković-Orlić, *op. cit.*, str. 242 i 243.

<sup>61</sup> Član 27. ZH.

<sup>62</sup> Član 28. ZH.

<sup>63</sup> Član 44. st. 4 i 5 prvog i član 54. st. 4 i 5 drugog nacrta. Inače, mislim da su ove odredbe nacrta profesora Orlića suviše, jer istovetno i ovako proističe iz pravila obligacionog prava o ispunjenju sa subrogacijom - članovi 296. stav 2. i 300. ZOO.



profesor Orlić, već je inspiracija za njih nađena u ukrajinskom pravu,<sup>64</sup> u koje su te odredbe ušle iz anglosaksonskog prava. Čini se da je uticaj službenika Svetske banke bio presudan na unošenje ovakvih odredaba o vansudskom namirenju u ZH, pošto mi je poznato da većina tih službenika poznaje, pa zato i protežira, rešenja anglosaksonskih pravnih sistema (dok odgovarajuća rešenja kontinentalnih sistema ne poznaje, pa ih otud i ne preporučuje). Obrazloženje koje je ponudio Parivodić svodi se na potrebu ubrzanja realizacije,<sup>65</sup> koja je nesumnjivo postojala, ali koja se, čini se, mogla postići i na manje drastičan, izbalansirani način. Koliko će ta rešenja zaista biti delotvorna u srpskoj praksi pokazaće vreme. U narednim izlaganjima nešto detaljnije ću predstaviti pravila ZH o vansudskoj realizaciji hipoteke, pošto nisu tipična za kontinentalnoevropska prava.

29. Vansudski se može realizovati samo izvršna vansudska hipoteka, koja nastaje na osnovu ugovora koji sadrži elemente predviđene članom 15. ZH. Članovi 24. stav 3. i 29. ZH govore, doduše, i o "verodostojnoj ispravi" tj. "hipotekarnom poveriocu iz verodostojne isprave", kao o nekome ko se može namiriti po pravilima ZH o vansudskom namirenju. Međutim, nigde se ne definiše šta bi ta verodostojna isprava mogla biti - član 15. ZH je jasan utoliko što propisuje da, ako ugovor o hipoteci ili založna izjava (kod "jednostrane hipoteke") ne sadrže sve elemente pobrojane u tom članu, namirenje se sprovodi po odredbama ZIP, dakle sprovodi se sudsko namirenje - pa nije jasno koja bi to verodostojna isprava sadržavala sve ove elemente a da nije posredi pravni posao na kojem se zasniva hipoteka. Ova nejasnoća ostaje i ako se u obzir uzmu postojeće definicije verodostojne isprave iz Zakona o parničnom postupku iz 2004. godine<sup>66</sup> ili iz ZIP.<sup>67</sup>

30. Postupak vansudskog namirenja pokreće se slanjem tzv. prve opomene dužniku i vlasniku hipotekovane nepokretnosti (ako su različita lica), ako obezbeđeno potraživanje nije isplaćeno o dospelosti. Opomena, po samom ZH, mora da sadrži sledeće: (1) podatke o ugovoru o hipoteci i opterećenoj nepokretnosti; (2) opis povrede ugovora o hipoteci na kojoj se zasniva realizacija; (3) radnje koje dužnik mora preduzeti da bi isplatio dug t.j. izbegao prodaju; (4) rok za plaćanje duga; (5) opomenu da ako se dug ne plati u roku dolazi do prodaje; (6) ime i podatke o predstavniku poverioca kojem se dužnik može obratiti za više informacija i (7) ostale informacije koje poverilac smatra bitnim.<sup>68</sup> Ako plaćanje ne usledi u roku od 30 dana od dana prijema prve opomene, istim licima se upućuje opomena o prodaji, koja pored podataka koje sadrži prva opomena sadrži i obaveštenje da je ceo dug dospeo, naznaku iznosa dospelog duga, te obaveštenje o izboru

---

<sup>64</sup> Videti o tome detaljnije K. Kucherenko-T.Lassen, Länderbericht Ukraine, u *Flexibilität der Grundpfandrechte in Europa*, Band II, vdp, Berlin 2007, str. 232 i dalje. Reč je o članu 36 ukrajinskog Zakona o hipoteci iz 2003. godine, koji omogućava ugovaranje klauzule kojom se poverilac ovlašćuje da iz slobodne ruke proda opterećenu nepokretnost ako mu obezbeđeno potraživanje ne bude plaćeno o dospelosti, ili d zadrži predmet hipoteke u svojini namesto namirenja (*lex commissoria*).

<sup>65</sup> Parivodić, *op. cit.*, str. 21 i dalje.

<sup>66</sup> Službeni glasnik RS br. 125/2004-1 i 106/2006-58.

<sup>67</sup> Detaljnije o ovoj nejasnoći ZH, koja je, inače, u tekst uneta neposredno pre usvajanja, videti u Živković, *Country Report Serbia*, str. 176 do 178.

<sup>68</sup> Član 29. stav 2. ZH. Inače, neke od tačaka u ovom stavu (koji sam gore parafrazirao, a ne naveo od reči do reči), nisu najpreciznije formulisane, primera radi tačka 5), prema kojoj izlazi da će poverilac "prodajom hipotekovane nepokretnosti izgubiti državinu", a jasno je da se hoće reći da će državinu izgubiti vlasnik nepokretnosti.

načina prodaje.<sup>69</sup> Istovremeno s opomenom o prodaji poverilac zahteva od registra nepokretnosti upis zabeležbe hipotekarne prodaje, uz koji prilaže kopiju opomene o prodaji, kopiju ugovora o hipoteci, svoju izjavu da dug nije isplaćen i dokaze da su prva opomena i opomena o prodaji poslate dužniku i vlasniku opterećene nepokretnosti. Registar nepokretnosti u roku od 7 dana vrši zabeležbu i dostavlja rešenje poveriocu, dužniku i vlasniku. To rešenje sadrži izričito ovlašćenje poveriocu da, u svoje ime, proda opterećenu nepokretnost po pravosnažnosti rešenja (ali ne pre nego što istekne 30 dana od dana donošenja rešenja), kao i zabranu otuđenja za vlasnika. Rok za žalbu protiv ovog rešenja je 15 dana, a toliki rok je ostavljen drugostepenom organu da reši po žalbi. Žalba će biti uspešna **samo ako** se dostave **nesporni** pisani dokazi da potraživanje ili hipoteka ne postoji, da potraživanje nije dospelo ili da je dug isplaćen. Drugostepeno rešenje **"konačno je i izvršno i protiv njega nije dozvoljena tužba ili pravni lek (!)".**<sup>70</sup> Ako se analizira ovaj član ZH o zabeležbi hipotekarne prodaje, ponešto maliciozno ali ne činjenično netačno moglo bi se reći da se hipotekarni poverilac, zapravo, naplaćuje "na časnu reč", pošto se zabeležba vrši na osnovu njegove izjave da mu dužnik nije platio dug a podatak o visini neplaćenog duga takođe je sadržan u njegovoj izjavi, tj. opomeni o prodaji. Žalba se podnosi Republičkom geodetskom zavodu - katastru nepokretnosti, dakle upravnom organu u okviru kojeg upravna rešenja donose rukovodioci koji, po struci, nisu pravnici (predmete, naravno, obrađuju pravnici, ali oni ne potpisuju rešenja), pošto je on najčešći "registar nepokretnosti", sa tendencijom da uskoro postane jedini. Dakle, u postupku po žalbi u upravnom postupku donosi se konačna odluka u pogledu prava na namirenje, koja nekog može koštati svojine na nepokretnosti. Još ako dužnik tj. vlasnik ne uspe da za 15 dana dostavi "pismene nesporne" dokaze da ne postoje potraživanje, ili hipoteka, ili da potraživanje nije dospelo ili da je plaćeno (ovaj poslednji slučaj obuhvaćen je prvim ako se radi o potpunoj isplati, jer njome potraživanje prestaje da postoji, pa se valjda odnosi samo na slučajeve delimične isplate ili je jednostavno višak), opterećena nepokretnost ide na prodaju, bez mogućnosti podnošenja bilo kakve "tužbe ili pravnog leka" koji bi to sprečio!<sup>71</sup> Ako se uslov da dokaz bude "nesporan" shvati doslovno, hipotekarni poverilac može otkloniti svaku žalbu time što će osporiti dokaze koji se uz nju dostavljaju (recimo, reći će da je potpis na priznanici kojom se potvrđuje da je obezbeđeno potraživanje isplaćeno u potpunosti krivotvoren), što čak i ovako ograničeno pravno sredstvo na raspolaganju dužniku tj. vlasniku čini praktično neupotrebljivim. Povrh toga, hipotekarni poverilac je zabeležbom ovlašćen da nepokretnost proda u svoje ime, samo što nije jasno kako će kupac s takvim ugovorom da uknjiži svoje pravo pošto nema pravni posao s knjižnim prethodnikom.<sup>72</sup> Otud nije teško zaključiti da ove odredbe do krajnje granice štite interes hipotekarnog poverioca, stavljajući vlasnika hipotekovane nepokretnosti u krajnje podređen položaj. Dužnik, odnosno vlasnik, imaju doduše i "pravo na sastanak",<sup>73</sup> ali i ovo "pravo" je zapravo

---

<sup>69</sup> Član 30. ZH.

<sup>70</sup> Član 31. ZH.

<sup>71</sup> Na ovom mestu ne ulazim u pitanje ustavnosti ovakve odredbe, već samo stavljam pod sumnju njenu celishodnost.

<sup>72</sup> Rešenje po kojem poverilac prodaje tuđu nepokretnost u svoje ime postoji i u ukrajinskom pravu, samo što tamo ne postoji registar zasnovan na zemljišnoknjižnom sistemu, baš kao ni u zemljama *common law* u kojima je ovo ovlašćenje hipotekarnog poverioca izvorno nastalo, pa se problem s knjižnim prethodnikom u tim sistemima ne postavlja. Autori ZH morali su da vode računa o ovom problemu, a očito to nisu učinili.

<sup>73</sup> Član 32. ZH.

besmisleno, makar u pravnom sistemu Srbije i u okviru ovdašnjeg mentaliteta i postojeće pravne svesti (u SAD ili Velikoj Britaniji ova odredba možda ima smisla), pošto poverilac ima samo obavezu da dužnika primi u svojim prostorijama u toku radnog vremena i ništa više - nepostizanje nekog sporazuma na sastanku ne sprečava poverioca da nastavi s postupkom prodaje, poverilac čak nema ni dužnost da pregovara s vlasnikom u dobroj veri. Naposljetku, ZH sadrži i posebno pravilo o dostavljanju – prihvaćena je teorija otposljanja (ekspedicije) jer se svako pismeno smatra uručenim ako je poslato preporučenim pismom na odgovarajuću adresu.<sup>74</sup> Ovo zapravo znači da može da se dogodi da vlasnik nepokretnosti ni ne sazna da je pokrenut postupak vanskudske realizacije hipoteke sve dok poverilac ne proda nepokretnost (istini za volju, to nije verovatno, ali je moguće), pošto on snosi rizik gubljenja pismena u transportu. Dakle, ponovo je ZH prevalio rizik na vlasnika opterećene nepokretnosti, gurajući klatno u pravcu potpune zaštite interesa hipotekarnog poverioca da se brzo naplati.

31. Vanskudskoj prodaji može se pristupiti kad istekne 30 dana od pravnosnažnosti rešenja o zabeležbi hipotekarne prodaje. Ona se vrši bilo aukcijom bilo neposrednom pogodbom, izbor jednog od ova dva načina može se kasnije izmeniti (nije neopoziv), a poverilac pre pristupanja prodaji mora da utvrdi orijentacionu tržišnu vrednost angažovanjem ovlašćenog sudskog veštaka.<sup>75</sup> Aukcijsku prodaju poverilac organizuje samostalno ili angažovanjem profesionalca, na njoj može i sâm da učestvuje. Aukcija se najavljuje oglasom u novinama najmanje 45 dana pre datuma prodaje (oglas sadrži opis nepokretnosti, podatke o poveriocu i njegove kontakte, vreme i mesto aukcije, početnu cenu i druge informacije). Istovremeno s oglasom šalje se i obaveštenje o oglasu dužniku i vlasniku, kao i trećim licima koja imaju prava na hipotekovanoj nepokretnosti. Ovo obaveštenje sadrži elemente oglasa i rok za plaćanje celokupnog duga radi sprečavanja prodaje. Početna cena na prvoj aukciji ne sme biti ispod 75% procenjene vrednosti nepokretnosti, na drugoj 60% (osim ako se drukčije pisano sporazume s vlasnikom).<sup>76</sup> Prodaja neposrednom pogodbom vrši se "po ceni koja je približna tržišnoj", pri čemu se tržišnom cenom smatra uobičajena cena koja se može postići prodajom te nepokretnosti u dobroj veri, u vreme hipotekarne prodaje. Ako je prodaja poverena advokatu ili agenciji njihov honorar, odnosno provizija mogu biti uključeni u cenu. Najkasnije 15 dana pre planiranog zaključenja prodajnog ugovora poverilac šalje dužniku, vlasniku i licu koje ima drugo pravo na nepokretnosti obaveštenje koje sadrži: iznos celokupnog potraživanja, procenjenu vrednost nepokretnosti, bitne elemente ugovora o prodaji, planirani datum zaključenja prodaje, način raspodele cene, datum do kog nepokretnost mora da se isprazni i izjavu o roku u kojem će ispunjenje obaveze sprečiti prodaju.<sup>77</sup> Ako prodajna cena nije dovoljna da se obezbeđeno potraživanje potpuno namiri, osnovno pravilo je da dužnik ostaje u obavezi za nenamireni deo. Međutim, ZH predviđa da se taj preostali dug umanjuje ako je na vanskudskoj prodaji, bez obzira je li reč o aukciji ili neposrednoj pogodbi, ostvarena cena manja od 75% procenjene cene, i to za razliku između 75% procenjene vrednosti i ostvarene cene. Ovo je jedina koncesija interesima drugih lica, konkretno dužnika, u glavi ZH o vanskudskom namirenju, mada bi korist

---

<sup>74</sup> Član 33. ZH.

<sup>75</sup> Član 34. ZH.

<sup>76</sup> Član 35. ZH.

<sup>77</sup> Član 36. ZH.

trebalo da uživa vlasnik opterećene nepokretnosti i ako nije dužnik. Ako se namirenje vrši tako što hipotekarni poverilac stekne svojinu na nepokretnosti ("naknadni sporazum"), obezbeđeno potraživanje smatra se namirenim trenutkom sticanja svojine. Naposljetku, ZH predviđa da hiperoha, tj. višak prodajne cene koji preostane posle potpunog namirenja poverioca, pripada "hipotekarnom dužniku",<sup>78</sup> što je izvesno greška jer taj novac treba da pripadne vlasniku hipotekovane nepokretnosti (možda ZH vlasnika smatra "hipotekarnim dužnikom", u skladu sa shvatanjem autora da je hipoteka obligacija; ipak, biće da je reč o grešci jer je ona ponovljena i nešto kasnije, kod odredbe o raspodeli sredstava dobijenih vansudskom prodajom, gde se uz reč "dužnik" ne javlja pridev "hipotekarni"). Zbog opredeljenja da na svaki način štiti interese poverioca, ZH sadrži i posebnu odredbu o asistenciji policije hipotekarnom poveriocu (član 37.), s tim što je zaista malo verovatno da će ovako formulisana odredba moći da se primeni u praksi. Prema ovoj odredbi, policajac treba da, na osnovu uvida u rešenje o zabeležbi hipotekovane prodaje, odnosno ugovora o prodaji nepokretnosti, pruži svu pomoć neophodnu za sprovođenje postupka namirenja, posebno ako se sprečava pristup nepokretnosti ili odbija iseljenje. Čini se da policajci jednostavno nemaju dovoljno pravnog znanja da bi pravilno primenili ovu odredbu, jer je policija naviknuta da radi prema instrukcijama drugih državnih organa (tužilaštva, suda, Vlade...) a ne i po instrukcijama hipotekarnih poverilaca, pogotovo što se od njih očekuje da prosude je li ponašanje lica protiv kojeg treba da intervenišu zakonito ili nije.

32. O namirenju u slučaju da je predmet hipoteke objekat u izgradnji već je bilo reči u delu o predmetu hipoteke, pa to ovde neću ponavljati. U pogledu redosleda isplate hipoteke, opšte je pravilo da se on određuje prema trenutku sticanja hipoteke, pri čemu se u obzir uzima astronomsko računanje vremena (datum, čas i minut).<sup>79</sup> Zanimljivo je pravilo člana 41. ZH o raspodeli sredstava dobijenih vansudskom prodajom nepokretnosti. Prvo, ono ustanovljava poseban red isplate za ovaj slučaj, koji odlikuje znatno manji broj tzv. privilegovanih potraživanja nego što je slučaj kod sudske prodaje po ZIP - samo troškovi prodaje, uključujući i honorare trećih lica, i troškovi učinjeni radi sprečavanja smanjenja vrednosti nepokretnosti (član 19. stav 3. ZH) uživaju prednost u odnosu na potraživanje hipotekarnog poverioca. Drugo, iz njega proizlazi da se i kod vansudskog namirenja namiruju i drugi poverioci, hipotekarni "nižeg reda" i ostali "s jednakim redom obezbeđenja" (ma šta to značilo), a ne samo poverilac koji sprovodi taj postupak, što je u neposrednoj suprotnosti s odredbom o prestanku hipoteke u slučaju vansudskog namirenja, koja kaže da prava docnijih hipotekarnih poverilaca "ostaju rezervisana" (član 49). Treće, i u ovom članu postoji ozbiljna greška, jer se kaže da višak koji preostane posle raspodele cene poveriocima (hiperoha) pripada dužniku, a treba da piše da pripada (bivšem) vlasniku prodate nepokretnosti, bez obzira na to je li on dužnik iz obezbeđenog potraživanja ili nije. Za pretpostaviti je da će ova greška u formulaciji biti ignorisana u praksi, jer je rešenje koje predviđa posve nelogično. U svakom slučaju, raspodela se vrši u roku od 7 dana od dana naplate cene, a poverilac dostavlja konačni obračun svim zainteresovanim u roku od 7 dana od dana raspodele sredstava. ZH sadrži i odredbu o tome da hipotekarni poverilac u stečaju ima razlučno pravo zasebnog

---

<sup>78</sup> Član 38. ZH.

<sup>79</sup> Član 40. ZH.

namirenja,<sup>80</sup> što predviđa i Zakon o stečajnom postupku pa je ta odredba ZH zapravo višak.

#### G. PRESTANAK HIPOTEKE

33. Opšta odredba ZH propisuje da hipoteka nastaje ispisom (brisanjem) iz registra nepokretnosti u koji je bila upisana. Ispis mogu da zahtevaju kako dužnik ili vlasnik nepokretnosti, tako i hipotekarni poverilac, "ako obezbeđeno potraživanje prestane na način dozvoljen zakonom".<sup>81</sup> Kada ispis zahteva vlasnik nepokretnosti, potrebna mu je *clausula extabulandi* izdata od hipotekarnog poverioca (ili pravnosnažna sudska odluka kojom se utvrđuje prestanak potraživanja, kako kaže ZH), koji je dužan da je izda kada potraživanje bude namireno u celosti.<sup>82</sup> Slično ali preciznije je bilo predviđeno i u nacrtima profesora Orlića.<sup>83</sup>

34. U domaćoj teoriji uobičajeno je da se slučajevi prestanka hipoteke dele na prestanak hipoteke usled prestanka obezbeđenog potraživanja i prestanak hipoteke nezavisno od prestanka potraživanja.<sup>84</sup> Prva grupa slučajeva posledica je akcesornosti hipoteke (akcesornost u prestanku), a druga grupa pokazuje njenu relativnu samostalnost, odnosno činjenicu da je ona stvarno pravo koje je različito od potraživanja koje obezbeđuje.

35. ZH ne prati ovakvu sistematizaciju slučajeva prestanka, i kao da sve slučajeve ispisa vidi kao posledicu prestanka obezbeđenog potraživanja, što naravno nije tačno. Od svih načina prestanka potraživanja poimence se pominje samo jedan - sjedinjenje (konfuzija),<sup>85</sup> dok je uobičajeno posebno pomenuti redovan način prestanka obaveza, tj. ispunjenje, što je bilo učinjeno u nacrtima profesora Orlića (korišćen je termin "isplata", član 44. prvog i 54. drugog nacrta). U svakom slučaju, hipoteka prestaje ispisom na osnovu prestanka obezbeđenog potraživanja na bilo koji način predviđen za prestanak potraživanja (ispunjenje, kompenzacija, otpust duga, novacija, konfuzija, nemogućnost ispunjenja, protek vremena i otkaz, te naposljetku smrt kod obaveza iz strogo ličnih ugovora). Naravno, ako se dogodi slučaj personalne subrogacije hipoteka ne prestaje, već nastavlja da obezbeđuje potraživanje lica koje je stupilo na mesto hipotekarnog

---

<sup>80</sup> Član 42. ZH.

<sup>81</sup> Član 43. ZH. Ova poslednja pogodbena rečenica preuzeta iz drugog stava ovog člana još je jedna ilustracija (benigne) nepreciznosti ZH (onakve koja najverovatnije neće proizvesti loše posledice u praksi) - niti je moguće zaključiti da li sva tri lica, ili pak samo poverilac, mogu da zahtevaju ispis "ako je potraživanje prestalo", niti potraživanje prestaje na načine "dozvoljene zakonom", niti potraživanje može prestati mimo zakonskih odredbi (koje se nalaze u ZOO), dakle na "nedozvoljen način", niti je tačno da ova lica mogu zahtevati ispis hipoteke samo ako prestane obezbeđeno potraživanje - kao što će se videti, i ZH predviđa slučajeve kad ova lica mogu da zahtevaju ispis a da obezbeđeno potraživanje nije prestalo (recimo, u slučaju konsolidacije, dok recimo u slučaju odricanja poverioca od hipoteke ZH predviđa da samo vlasnik nepokretnosti može da traži brisanje - članovi 50. i 51. ZH).

<sup>82</sup> Član 44. ZH.

<sup>83</sup> Član 44. prvog i član 54. drugog nacrta. Za razliku od ovih odredbi, ZH na ovom mestu ne sadrži odredbu o tome da vlasnik opterećene nepokretnosti može isplatiti obezbeđeno potraživanje i ako nije dužnik, u kom slučaju se subrogira u prava hipotekarnog poverioca prema dužniku, već je ličnoj subrogaciji namenio poseban član 28, o čemu je više reči bilo kod izlaganja o namirenju.

<sup>84</sup> Tako Orlić u Stanković-Orlić, *op. cit.*, str. 280 i dalje.

<sup>85</sup> Član 50. ZH.

poverioca. Da bi hipoteka mogla da se izbriše potrebno je registru dostaviti dokaze da je potraživanje namireno u potpunosti (priznanicu hipotekarnog poverioca u tom smislu), a ako upis ne traži hipotekarni poverilac potrebna je i *clausula intabulandi*, jer se ona uvek traži za upise na teret lica koje nije podnosilac zahteva za upis.

36. Kad je reč o slučajevima prestanka hipoteke nezavisno od prestanka obezbeđenog potraživanja, radi se o uobičajenim slučajevima:

- 1) Potpuna **propast nepokretnosti**, pri čemu ZH i za taj slučaj traži ispis koji može da zahteva samo vlasnik propale nepokretnosti, a hipoteka se automatski reuspostavlja obnovom nepokretnosti (tada se ponovni upis vrši "po samom zakonu", valjda se misli "po službenoj dužnosti", mada je nejasno koji će to organ *ex offio* pratiti koje se nepokretnosti obnavljaju, ili se hoće reći da se smatra da je hipoteka upisana i kad nije, što opet nije primereno načelu tačnosti i potpunosti registra). U slučaju delimične propasti hipoteka ostaje na preostalom delu nepokretnosti, a "ispravka upisa" vrši se "po samom zakonu", šta god to trebalo da znači (ja mislim da kod delimične propasti nema potrebe menjati bilo šta u upisu hipoteke).<sup>86</sup> U svakom slučaju, ako na mesto nepokretnosti stupi potraživanje naknade iz osiguranja ili se isplati ta naknada, hipotekarni poverilac po samom zakonu stiće zalogu na tom potraživanju, odnosno naknadi (realna subrogacija).<sup>87</sup> Ovde jedino nije jasno zašto je pravilo ograničeno samo na slučaj naknade koju plaća osiguranje, iako je osiguranje propisano kao obavezno, pošto pravilo treba da važi i kad naknadu duguje ili isplati lice koje je prouzrokovalo štetu, a ne osiguranje;
- 2) **Eksproprijacija** i slični slučajevi (rečnikom ZH, slučajevi "kad, u cilju zadovoljenja opšteg interesa, a u skladu sa zakonom i na osnovu odluke nadležnog organa, pravo vlasnika na predmetu hipoteke pređe na treće lice"). ZH predviđa da zahtev za ispis podnosi novi vlasnik, a hipotekarni poverilac, po mehanizmu realne subrogacije, stiće zalogu na potraživanju naknade, odnosno isplaćenoj naknadi za oduzetu nepokretnost, ili "upisuje hipoteku" (valjda "zahteva upis", ili "stiće hipoteku upisom") na nepokretnosti koja je data u zamenu za nepokretnost koja je oduzeta u opštem interesu;<sup>88</sup>
- 3) **Sudska javna prodaja**, pri čemu nije bitno da li je potraživanje namireno u celosti ili ne, a po odredbama ZIP moguće je ugovoriti i da hipoteka ostane;<sup>89</sup>
- 4) **Vansudska javna prodaja**, s tim što je ova odredba<sup>90</sup> sasvim nejasna - izgleda da hipoteka prestaje vansudskom prodajom samo ako je poverilac namiren, bilo iz prodajne cene bilo na osnovu naknadnog ugovora kojim je stekao svojinu na opterećenoj nepokretnosti, a ako poverilac nije namiren hipoteka ostaje, što bi, dosledno sprovedeno, trebalo da znači da nastavlja da opterećuje nepokretnost i pošto ona pređe u svojinu kupca na vansudskoj prodaji. Imajući u vidu odredbu da, povrh ovoga, "prava docnijih hipotekarnih poverilaca ostaju rezervisana", što će reći da i ona ostaju upisane i protiv kupca na vansudskoj prodaji, nije teško

---

<sup>86</sup> Član 45. ZH.

<sup>87</sup> Član 46. ZH.

<sup>88</sup> Član 47. ZH.

<sup>89</sup> Član 48. ZH i članovi 106. i 151. ZIP

<sup>90</sup> Član 49. ZH.

pretpostaviti da bi samo apsolutno ekonomski nepismen kupac odlučio da plati bilo koji iznos za kupovinu nepokretnosti koju će dobiti opterećenu kako hipotekom koja obezbeđuje potraživanje radi čije naplate se ta prodaja sprovodi (ako novca ne bude dovoljno), tako i svim docnijim hipotekama (uzgred, ništa se ne kaže o sudbini ranijih hipoteka, a pošto je ova odredba i neposredno suprotna odredbi o raspodeli sredstava dobijenih vansudskom prodajom, čini se očiglednim da je kod regulisanja ovog pitanja pažnja autora ZH sasvim popustila). Odredbe o raspodeli sredstava dobijenih vansudskom prodajom i odredbe o prestanku hipoteke kod vansudske prodaje, kolokvijalno rečeno, predstavljaju "brljotinu" srpskog zakonodavca. Na praksi je stoga da, zapravo, uspostavi pravila o tome, prvo, da li se kod vansudske prodaje, kao kod sudske, namiruju svi hipotekarni poverioci koji imaju hipoteku na nepokretnosti koja se prodaje bez obzira na to da li su zahtevali prodaju ili samo poverilac koji je tražio/koji realizuje vansudsku prodaju te, drugo, da li se hipoteke kod vansudske prodaje gase bez obzira na to da li su potraživanja namirena iz dobijene cene ili ne. Najjednostavnijim se čini rešenje koje je prihvaćeno u ZIP za sudsku prodaju, ali postoje i druge mogućnosti;

- 5) **Konsolidacija**, kad (isključivi) vlasnik opterećene nepokretnosti postane jednovremeno hipotekarni poverilac, i tada se traži brisanje iz registra koje mogu da zahtevaju i vlasnik i dužnik i poverilac;<sup>91</sup>
- 6) **Odricanje od hipoteke**, koja se mora učiniti u formi pisane izjave hipotekarnog poverioca s overom potpisa, pri čemu ZH propisuje da ispis može da zahteva samo vlasnik koji zahtevu prilaže izjavu o odricanju, čime je onemogućen prestanak hipoteke bez pristanka vlasnika opterećene nepokretnosti (tako je trebalo predvideti i za jednostranu hipoteku, da zahtev može da uputi samo hipotekarni poverilac);<sup>92</sup>
- 7) **Amortizacija obezbeđenog potraživanja**, koja je institut predviđen za brisanje tzv. starih hipoteka, a u drugi nacrt profesora Orlića (članovi 64. i 65.) je ušla iz predratnog zemljišnoknjižnog prava.<sup>93</sup> Uslovi za amortizaciju su: da je prošlo 20 godina od dospelosti obezbeđenog potraživanja, da upisani poverilac više ne postoji ili se ne može naći, kao ni njegovi univerzalni ili singularni sukcesori, i da u proteklom roku upisani poverilac niti je tražio niti primio isplatu ni glavnog potraživanja ni kamata, niti su to tražila druga ovlašćena lica upisana u registar. Zanimljivo je da ovde ZH izričito, pored vlasnika, navodi i suvlasnika i zajedničara kao ovlašćene podnosiocce zahteva za brisanje hipoteke, kao da se ostale odredbe u kojima se pominje vlasnik ne primenjuju, *mutatis mutandis*, i na suvlasnika i zajedničara.<sup>94</sup>

## H. ZASNIVANJE NOVE HIPOTEKE

---

<sup>91</sup> Član 50. ZH.

<sup>92</sup> Član 51. ZH.

<sup>93</sup> Odsek šesti Zakona o zemljišnim knjigama iz 1930. godine, naslovljen "O amortizaciji starih hipotekarnih tražbina", §§ 128 do 131.

<sup>94</sup> Član 52. ZH.

37. Odredbe o "zasnivanju nove hipoteke" u ZH su stigle iz treće novele ABGB od 1916. godine, preko nacrtu profesora Orlića. Čini se da autori konačnog teksta ZH ovo nisu znali, pošto su svojim intervencijama pokvarili poznata rešenja ABGB (i Orlićevih nacrtu), najčešće nesvesno. U svakom slučaju, radi se o tri instituta kojima je zajedničko, zapravo, da omogućuju da se upisana hipoteka, preciznije njen prvenstveni red, sačuva i u slučaju prestanka obezbeđenog potraživanja, te da se za taj slučaj omogući vezivanje hipoteke za neko drugo, novo obezbeđeno potraživanje. Ovo je odstupanje od načela akcesornosti u prestanku hipoteke, jer bi prema ovom načelu hipoteka morala prestati zajedno s obezbeđenim potraživanjem, koje ne može da "nadživi".

38. Prvi od pomenuta tri instituta je raspolaganje neispisanom hipotekom,<sup>95</sup> koje se u Austriji naziva *forderungsentkleidete Eignetümerhypothek* iliti svojinska hipoteka bez obezbeđenog potraživanja.<sup>96</sup> Reč je o situaciji u kojoj vlasnik nepokretnosti opterećene hipotekom može, u roku od 3 godine od dana kad je obezbeđeno potraživanje prestalo,<sup>97</sup> "preneti" tu hipoteku novom poveriocu (ili starom ali za novi dug), odnosno tom hipotekom obezbediti novo potraživanje, do iznosa koji je za tu hipoteku upisan. Formalno, zahtev podnosi vlasnik, i uz zahtev prilaže dokaze da je "staro" obezbeđeno potraživanje prestalo (zapravo to su dokumenti koji bi inače bili potrebni za brisanje hipoteke). Vlasnik nepokretnosti ne može se odreći ovog prava osim ako preuzme ugovornu obavezu prema "trećem licu, a naročito" prema hipotekarnom poveriocu s docnijim redom prvenstva da će raniju hipoteku brisati kad prestane obezbeđeno potraživanje, i ako je to zabeleženo u registru.<sup>98</sup> Docniji hipotekarni poverioci se, mimo ovog izuzetka, ne mogu protiviti raspolaganju neispisanom hipotekom, i zadržavaju svoj prvenstveni red, čime se zapravo omogućava efekat fiksnog ranga hipoteke.<sup>99</sup>

39. Sledeći institut u okviru glave ZH o "zasnivanju nove hipoteke" je zabeležba prvenstvenog reda. Zapravo, reč je o zabeležbi **zadržavanja** prvenstvenog reda, kako je pravilno zapisano u nacrtima profesora Orlića, ali ovde su kreatori konačnog teksta ZH odstupili od tih nacrtu (kad je reč o upotrebljenom nazivu), verovatno usled nepažnje ili neznanja.<sup>100</sup> U svakom slučaju, vlasnik opterećene nepokretnosti može da, zajedno sa zahtevom za brisanje hipoteke, zahteva zabeležbu (zadržavanja) prvenstvenog reda izbrisane hipoteke za upis nove hipoteke. Nova hipoteka imaće isti rang kao izbrisana, do iznosa koji je bio obezbeđen izbrisanim hipotekom, i mora se upisati u roku od 3 godine

---

<sup>95</sup> Član 53. ZH.

<sup>96</sup> Videti § 469 noveliranog ABGB.

<sup>97</sup> Ovaj rok ne nalazi se u noveliranom ABGB niti u nacrtima profesora Orlića - član 54. prvog i član 66. drugog nacrtu - ali mi je poznato da je ovde do odstupanja došlo namerno, kako bi se onemogućile "večne" svojinske hipoteke. Rok od 3 godine analogan je roku koji postoji kod zabeležbe zadržavanja prvenstvenog reda (§ 37 treće novele ABGB, čl. 55 prvog i 67. drugog nacrtu profesora Orlića).

<sup>98</sup> Član 54. ZH. Isto rešenje predviđa i § 469a ABGB.

<sup>99</sup> Fiskni rang hipoteke, u čistom obliku, znači da docnije hipoteke ne napreduju u redosledu prvenstva kada se prioriternija hipoteka ugasi, već ugašena hipoteka postaje svojinska uz zadržavanje svog reda prvenstva, što ovde nije sasvim slučaj (jer, ako se hipoteka izbriše, ranije hipoteke stupaju napred), pa je rečeno da se izaziva sličan efekat.

<sup>100</sup> Naime, zabeležba prvenstvenog reda i zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda su dva srodna, ali različita upisa u zemljišnu knjigu, što je autorima ZH po svemu sudeći promaklo, i izostavljanje reči "zadržavanja" moglo bi imati ozbiljne posledice. Nešto više vidi u Živković, *Country Report Serbia*, str. 161 i 162, posebno fusnota 111.



od dana upisa zabeležbe. Prenos svojine na opterećenoj nepokretnosti znači i prenos lica u čiju korist deluje zabeležba zadržavanja prvenstvenog reda, a ovu zabeležbu moguće je upisati i namesto dve ili više starih hipoteka koje se ispisuju, ako stoje jedna iza druge u prvenstvenom redu.<sup>101</sup>

40. Poslednji, treći institut obrađen u poglavlju o "zasnivanju nove hipoteke" je predbeležba nove hipoteke.<sup>102</sup> Ona je u ZH ušla u neizmenjenom obliku u odnosu na §§ 38 do 41 treće novele ABGB tj. član 56. prvog / član 68. drugog nacrtu profesora Orlića, odnosno sem promena u formulaciji ne sadrži suštinske izmene, bilo namerne bilo nenamerne. Suština ovog oblika raspolaganja prvenstvenim redom hipoteke sastoji se u tome što vlasnik opterećene nepokretnosti predbeležuje novu hipoteku na mestu neke postojeće, s rangom i do visine potraživanja obezbeđenog tom postojećom hipotekom. Predbeležba se pretvara u uknjižbu ako se postojeća hipoteka izbriše u roku od godinu dana od dana upisa predbeležbe, a zahtev za njeno brisanje pored vlasnika nepokretnosti može da podnese i hipotekarni poverilac iz predbeležene hipoteke. Ako postojeća hipoteka ne bude brisana (u slučaju zajedničke hipoteke sa svih opterećenih nepokretnosti) u roku od godinu dana od upisa predbeležbe, predbeležba se briše "po samom zakonu" (zapravo se hoće reći "po službenoj dužnosti", u protivnom odredba je suprotna logici registara nepokretnosti i potrebi da oni budu što potpuniji i tačniji). U slučaju da je potraživanje obezbeđeno postojećom hipotekom založeno, dakle ako postoji nadhipoteka, za opravdanje predbeležbe neophodno je ili da se izbriše i nadhipoteka, ili da se "nadhipoteka prenese na novu hipoteku" - dakle, da se namesto izvornog hipotekarnog potraživanja nadhipotekarnom poveriocu založi predbeleženo hipotekarno potraživanje.<sup>103</sup>

## I. CENTRALNA EVIDENCIJA HIPOTEKA

41. Naposljetku, odredbe ZH o centralnoj evidenciji hipoteka potpuno su nove i nisu postojale ni u nacrtima profesora Orlića. Može se pretpostaviti da je osnovna ideja bila objedinjavanje evidencije hipoteka iz svih registarskih sistema koji postoje u Srbiji - jedinstvene evidencije, zemljišne knjige i intabulacionih knjiga (intabulacione knjige služe u tapijskom sistemu za registraciju hipoteka) - kod Republičkog geodetskog zavoda-katastra nepokretnosti. Uzor je možda tražen i u nekim stranim pravima, iz kojih su preuzete neke druge odredbe netipične za kontinentalnoevropska prava.<sup>104</sup> Na žalost, već u prvoj odredbi ZH o ovoj evidenciji jasno je naznačeno da Republički geodetski zavod ne odgovara za tačnost i potpunost podataka upisanih u nju,<sup>105</sup> čime je ova evidencija, uistinu, obesmišljena i učinjena suvišnom. Čini se da je ustanovljavanje centralne evidencije hipoteka zapravo proizvelo samo negativne efekte - prvo, povećalo je troškove registracije hipoteke (time ukupne transakcione troškove kod kredita), jer se

---

<sup>101</sup> Član 55. ZH.

<sup>102</sup> Član 56. ZH.

<sup>103</sup> Terminologija u ovom članu preuzeta je iz nacrtu profesora Orlića, ali nije sasvim usklađena sa u ZH prihvaćenim stanovištem da je nadhipoteka zapravo zalaganje potraživanja obezbeđenog hipotekom, a ne "hipoteka na hipoteci".

<sup>104</sup> Mislim na Državni registar hipoteka koji postoji u Ukrajini na osnovu odgovarajuće uredbe, i koji vodi tamošnje ministarstvo pravde. Vidi o tome više u Kucherenko-Lassen, *op. cit.*, str. 215.

<sup>105</sup> Član 57. stav 2. ZH.

ona mora registrovati na dva mesta a podnosilac zahteva za upis plaća troškove i te dodatne registracije,<sup>106</sup> i drugo, može dovesti do zabune u pogledu trenutka nastanka hipoteke - da li ona nastaje upisom u postojeće registre ili upisom u centralnu evidenciju hipoteka?<sup>107</sup> Ideja da ova evidencija bude dostupna preko interneta svima, 24 sata dnevno, i to besplatno,<sup>108</sup> zavređuje pohvale, ali pitanje je da li će iko imati interesa da vrši uvid u evidenciju u koju se ne može pouzdati jer mu niko ne garantuje da je tačna i potpuna, a za koju se mora platiti naknada kadgod se registruje hipoteka bilo gde u Srbiji. Poznato mi je da se, u praksi, potencijalni kupci nepokretnosti i hipotekarni poverioci ne pouzdaju u centralnu evidenciju hipoteka, već radije vrše uvid u osnovni registar u koji je hipoteka izvorno upisana. Otud smatram da ovako postavljena centralna evidencija hipoteka nema ama baš nikakav *raison d'être*, pa bi od nje trebalo što pre odustati.

### III ZAKLJUČAK

42. Zakon o hipoteci iz 2005. svakako predstavlja značajan korak napred u razvoju hipotekarnog prava u Srbiji, pošto je njime detaljnije uređena jedna oblast koja je, *de facto*, predstavljala pravnu prazninu usled neadekvatnosti odredaba ZOSPO o hipoteci. Podaci pokazuju da je ZH pospešio primenu hipoteke u praksi, a učinjena analiza svedoči da je ovim zakonom klatno pomerenom sasvim na stranu hipotekarnog poverioca, kojem su zakonski omogućene brojne pogodnosti (pre svega, mogućnost vansudske realizacije "na časnu reč"). Valja pretpostaviti da će šira primena hipoteke u praksi poboljšati i nivo pravnih tekstova o hipoteci, koji su zasad, čast izuzecima, na skromnom nivou.<sup>109</sup>

43. Naravno, ovo ne znači ni da je tekst ZH takav da mu se ne mogu uputiti ozbiljne zamerke, što je u prethodnoj analizi neštedimice činjeno. To takođe ne znači ni da su sva opredeljenja u ZH opravdana s pravopolitičke tačke gledišta, tj. da su adekvatna kao trajna, a ne kao prelazna i privremena rešenja. Tako, iako "pomeranje klatna" ka zaštiti interesa hipotekarnog poverioca može biti opravdano stanjem koje je postojalo pre i u vreme donošenja ZH, a čije je osnovno obeležje bila preterana zaštita dužnika, veliko je

---

<sup>106</sup> Član 61. ZH.

<sup>107</sup> Meni je poznato da je ideja da upis u centralnu evidenciju bude konstitutivan postojala ali da se od toga odustalo u poslednjoj fazi usvajanja ZH, pa zbog toga nikad nisam imao sumnje u to da je upis u centralnu evidenciju tek deklarativan/publicitetan, ali one kolege koje nisu imale ta saznanja u vezi s istorijatom donošenja neretko su, oslanjajući se samo na tekst ZH, izražavali sumnju u pogledu prirode ovog upisa.

<sup>108</sup> Član 60. ZH.

<sup>109</sup> Mislim pre svega na postojeće komentare ZH - D.Živković, *Komentar Zakona o hipoteci*, Poslovni biro, Beograd 2006. i A. Gloginić, *Komentar Zakona o hipoteci*, Službeni glasnik, Beograd 2007. - koji, najkraće rečeno, uglavnom predstavljaju puku parafrazu zakonskog teksta bez ijednog iole dubljeg objašnjenja svrhe pojedinih odredaba, ili ponegde uz pogrešno navođenje te svrhe. U Srbiji je pisanje ovog tipa komentara postalo gotovo tradicija, ali u njima se zapravo ne mogu naći odgovori na najčešće praktične probleme pa su, osim retkih izuzetaka, obično kratkog veka. Tu takođe ubrajam i članak N. Planojević, Pravo stranog pravnog lica na hipoteku, u *Pravni život* br. 10/2006, str. 537 i dalje, u kojem je, po mom sudu, potpuno promašena tema, jer polazi od pogrešne premise da je u pravu Srbije mogućnost stranaca da budu titulari hipoteke pravna praznina, što nije tačno. Strana lica, baš kao i domaća, mogu biti hipotekarni poverioci (uz jedan izuzetak predviđen propisima o deviznom poslovanju) i tu nikakve pravne praznine nema - videti Živković, *Country Report Serbia*, str. 154. Ovo je takođe nesporno i u pravnoj praksi, jer registri nepokretnosti nikada nisu osporavali upise hipoteke u korist poverilaca koji su strana pravna lica.

pitanje koliko je ovako postavljen odnos hipotekarnog poverioca i vlasnika opterećene nepokretnosti odgovarajući za stanje koje nije prelazno, tj. za relativno stabilno stanje. Takođe, omogućavanje zalaganja objekta u izgradnji na način učinjen u ZH može biti opravdano u okolnostima ustavne nemogućnosti reuspostavljanja jedinstva nepokretnosti na neki od poznatih načina, ali već od trenutka donošenja Ustava Republike Srbije iz 2006. godine ovakav oblik hipoteke zapravo je neodgovarajući, i treba što pre raditi na stvaranju uslova da prestane potreba za njim, odnosno da se "objekti u izgradnji" zalažu kao svugde drugde na evropskom kontinentu.

44. Na kraju, držim da ZH treba shvatiti kao zakon prelaznog tipa, donet radi rešavanja konkretnih životnih problema u jednom konkretnom periodu razvoja srpske ekonomije. Tako shvaćen, ovaj zakon je u velikoj meri ostvario svoju svrhu i može se oceniti uspešnim. Međutim, valja istaći i da će u Srbiji uskoro nastati potreba za ponovnim uređenjem hipotekarnog prava, bilo u sklopu građanske kodifikacije ili uže, stvarnopravne kodifikacije, bilo nezavisno od širih kodifikacija. Buduće uređenje hipoteke trebalo bi da bude detaljnije i preciznije, učinjeno bez žurbe i s mnogo pažnje kako bi se, s jedne strane, postavila pravila koja bi bila odgovarajuća za jedan duži vremenski period (dovoljno fleksibilna i uravnotežena u pogledu zaštite interesa i hipotekarnog poverioca i vlasnika hipotekovane nepokretnosti), i s druge strane, omogućilo razvijanje sekundarnog hipotekarnog tržišta (refinansiranje kroz sekjuritizaciju, MBS, pokrivena obveznice i slično). Na nacrtima takvih novih propisa u Srbiji se već uveliko radi.