

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Јелена С. Шогоров Вучковић

УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

докторска дисертација

Београд, 2012.

UNIVERSITY OF BELGRADE

Faculty of Law

Jelena S. Šogorov Vučković

MORTGAGE LOAN CONTRACT

Doctoral Dissertation

Belgrade, 2012

МЕНТОР:

Др Мирко Васиљевић, академик
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

ЧЛАНОВИ КОМИСИЈЕ:

Др Зоран Арсић
Редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду

Др Драгор Хибер
Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Београду

УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

-Резиме-

Рад је имао за циљ да кроз целовиту анализу правних односа који се јављају код уговора о хипотекарном кредиту утврди њихову правну природу, као и међусобну повезаност и условљеност. У том склопу у раду се не само идентификује сложена структура тих односа, већ се даје и одговор на питање да ли уговор о хипотекарном кредиту има јединствену правну природу или не.

Без кредита је тешко и замислити савремени привредни живот. Путем кредита се слободна новчана средства субјеката којима тренутно нису потребна усмеравају према субјектима којима су неопходна. Давање кредита је, међутим, скопчано са бројним ризицима, због чега је од изузетне важности уговарање посебних средстава обезбеђења. Међу стварним средствима обезбеђења, хипотека (као и земљишни дуг у правима у којима постоји) се сматра најсигурнијим средством, јер су осцилације у вредности непокретности током кредитног периода најмање, због чега и хипотека, као заложно право на њима, има најстабилнију вредност.

Када је банчино потраживање обезбеђено хипотеком, уговор о кредиту има карактер уговора о хипотекарном кредиту. Он има све карактеристике општег уговора о новчаном кредиту. Обезбеђивање банчиног потраживања хипотеком показује значајне предности у односу на његово обезбеђивање неким персоналним средством обезбеђења. Наиме, персоналним средством обезбеђења банка не може да себи обезбеди привилеговано намирeње на имовини или делу имовине даваоца средства обезбеђења, јер је изложена конкуренцији других, обичних поверилаца са доспелим потраживањима. Код хипотекарног кредита, међутим, суштина је управо у томе да је банка хипотеком стекла право на привилеговано намирeње из вредности хипотековане непокретности, а према рангу у намирeњу.

Уговор о хипотекарном кредиту се најједноставније може дефинисати као *уговор о кредиту у којем су потраживања банке као даваоца кредита обезбеђена хипотеком*. Уговор о хипотекарном кредиту нема јединствену правну природу, он

представља сложен правни посао. Анализа показује да у оквиру њега, теоријски посматрано, постоје три правна односа.

Први од њих је уговор о кредиту, прецизније, уговор о новчаном кредиту. То је основни правни однос и он је од кључног значаја за целину правних односа који се код хипотекарног кредита јављају. Наиме, хипотека је акцесорно средство обезбеђења, што значи да је оно правно везано за обезбеђено потраживање. Ипак, уговор о новчаном кредиту, као основни правни посао, не садржи у себи обавезу корисника на давање средства обезбеђења. За то је потребно закључити нови уговор, уговор о обезбеђењу. Тако настаје други правни однос, између банке као даваоца кредита и корисника кредита или трећег лица као даваоца средства обезбеђења. Он се може закључити као самосталан уговор, али може бити и само клаузула у уговору о кредиту. Овај уговор је неименовани облигациони уговор, а у раду се дефинише као *уговор којим се једна страна обавезује да банци, као даваоцу кредита, пружи хипотеку као средство обезбеђења уредног извршења обавеза корисника (примаоца) кредита*. Има карактер једностранообавезног, бестеретног уговора. Уговор о хипотеци се јавља као трећи правни однос, посао извршења, који свој правни основ (каузу) има у уговору о обезбеђењу.

Анализе показују да су односи ког уговора о хипотекарном кредиту не само сложени, већ и да се временом мењају. Од тог тренутка настанка уговора о хипотекарном кредиту па до доспелости банчиног кредитног потраживања постоји тзв. латентна фаза. Даље промене односа зависе од тога шта ће се десити у тренутку те доспелости. Ако је корисник кредита уредно испунио своју обавезу, циљ обезбеђења је испуњен, па настаје тзв. ликвидациона фаза у којој се хипотекована непокретност ослобађа терета. Уколико, међутим, корисник кредита као дужник из уговора о кредиту не измири своју доспелу обавезу о року, банка се може, након остављеног накнадног рока за измирење њеног кредитног потраживања, намирити из вредности хипотековане непокретности. Ако је хипотеку дао сам корисник кредита као дужник, банка може да започне са намирењем из вредности хипотековане непокретности, без икаквих даљих услова.

Ако треће лице (интерцесионар) као власник хипотековане непокретности измири потраживање, он стиче право да захтева брисање хипотеке као и право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику, за исплаћено. За случај да интерцесионар не исплати дуг банци, а банка се из вредности његове хипотековане непокретности намири, он ће такође имати право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику, за исплаћено.

Хипотека се у раду дефинише као *заложно право повериоца на непокретности, које га овлашћује да своје потраживање намири из њене вредности пре других поверилаца, укључујући и доцније хипотекарне повериоце, ако дужник не исплати дуг о доспелости*. По своме карактеру хипотека је стварно право, прецизније, заложно право на непокретности акцесорног типа. Она је субјективно право приватноправног карактера које повериоца овлашћује на привилеговано право намирења потраживања из хипотековане непокретности. Хипотека, као акцесорно право, може се пренети само заједно са преносом потраживања. Савесно стицање хипотеке, независно од преноса обезбеђеног потраживања, није у нашем праву могуће. Исто правило би требало да важи и у погледу самосталног преноса обезбеђеног потраживања.

Ако је корисник кредита измирио све своје обавезе према банци о доспелости, уговор о хипотекарном кредиту престаје, а тиме и обезбеђено потраживање. Када обавезу измири корисник кредита као дужник, то потраживање банке не прелази на њега, већ се дефинитивно гаси. Пошто је хипотека акцесорна, престанком обезбеђеног потраживања је нестала и нужна претпоставка за постојање хипотеке, али она ипак не престаје *ipso facto*, самим престанком потраживања, већ исписом. Од престанка потраживања до исписа постоји правно стање тзв. "неисписане хипотеке" у којем корисник кредита, као власник хипотековане непокретности, може у року од три године захтевати да се хипотека пренесе на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца. Ако је потраживање измирио корисник кредита као дужник, а власник хипотековане непокретности је треће лице, обезбеђено потраживање се такође гаси, а

„неисписана хипотека“ припада власнику непокретности. Ако је обезбеђено потраживање измирило треће лице – власник непокретности, оно прелази на њега по закону (*cessio legis*). Ако се, међутим, банчино потраживање не измири о доспелости, банка стиче право да се намири из вредности хипотековане непокретности, на начин прописан законом. Поједностављен поступак намирења из тзв. извршне вансудске хипотеке (хипотека на бази веродостојне или извршне исправе) која је у наш правни систем уведен тек важећим Законом о хипотеци из 2005. године, може се позитивно оценити. Исто важи и за вансудски поступак намирења.

Располагање неисписаном хипотеком и заснивање нове, као и забележба задржавања првенственог реда за упис нове хипотеке су нови институти нашег хипотекарног права који са становишта банкарског пословања имају пуно оправдање. Иста оцена важи и за предбележбу нове хипотеке. Задржавање ранга хипотеке омогућује правилно одмеравање услова за нове кредитне уговоре, што је не само предност за банке, већ и повољност за кориснике хипотеканих кредита. Општа је оцена да је хипотека са карактеристика које јој даје Закон о хипотеци из 2005. године несумњиво погодно средство за обезбеђење уговора о кредиту на бази залог на непокретности. Ипак, због своје неакцесорности, земљишни дуг пружа одређене додатне предности у обезбеђењу, због чега би, *de lege ferenda*, требало размотрити могућности његовог увођења и у наш правни систем.

При анализи правних односа код уговора о хипотекарноу кредиту у раду су коришћени уобичајени методи позитивноправних наука, пре свега нормативни метод. Поред тога коришћен је и компаративни метод при указивању на значајнија решења у упоредном праву која се односе на уговор о хипотекарном кредиту. Делимично је коришћен и историјскоправни метод код појединих питања, када је то било у функцији бољег разумевања одређене врсте кредита или другог правног института. Осим тога коришћени су, у одређеној мери, и резултати економских анализа који се односе на кредитну активност банака, посебно ону која је у вези са хипотекарним кредитима.

Кључне речи: Уговор о новчаном кредиту, хипотека, уговор о обезбеђењу, правна природа хипотекарног кредита, обезбеђено потраживање, намирење из вредности хипотековане непокретности

Научна област: Право

Ужа научна област: Привредно (Трговинско) право, Банкарско право, Стварно право

УДК: 347.7(043.3) и 347.2(043.3)

MORTGAGE LOAN CONTRACT

-Summary-

The aim of the dissertation was to establish legal nature of mortgage loan contracts, as well as interconnectedness and interdependence of legal issues that arise from it through a complete analysis of its legal relationships. In this context, the paper not only identifies the complex structure of these relationships, but it also gives the answer to the question whether the mortgage loan agreement has a unique legal nature or not.

It is difficult to imagine modern economic life without the loan. By means of a loan free funds of subjects not presently required get directed to subjects who require them. Giving loans, however, is associated with a number of risks, which makes contracting specific loan securities essential. Among the real securities, mortgage (as well as the existing land charge in property rights) is considered the safest means, because the fluctuations in the value of real estate during the loan period are the least, making the mortgage as a pledge right on them the one with the most stable value.

When the bank's claim is secured by mortgage, loan contract has the character of mortgage loan contract. It has all the characteristics of the general monetary loan contract. The use of mortgage as a security of bank claims shows significant advantages in relation to using some forms of personal security. Namely, by personal security the bank can not provide itself a privileged settlement in property or part of the property of a person giving a collateral security, being to competition with other, ordinary creditors with past due receivables. For mortgage loans, however, the essence lies in the fact that with the mortgage the bank has acquired the right to privileged settlement from the value of the mortgaged property, and according to rank in the settlement.

The easiest way to define mortgage loan contract is as *a loan contract where the bank's claims as a creditor are secured by mortgage*. Mortgage loan contract does not have a unique legal nature, it is a complex legal transaction. The analysis shows that within it, theoretically speaking, there are three legal relations.

The first is the loan contract, specifically, the cash loan contract. This is the basic legal relation and is crucial for the whole of legal relations that arise in the mortgage loan. Namely, mortgage is accessory collateral, which means that it is legally related to the secured claim. However, the cash credit contract, as the basic legal transaction, does not contain an obligation for beneficiaries to provide a security. To that purpose it is necessary to conclude a new contract, a security contract. This creates another legal relation, between the bank as a creditor and a loan beneficiary or third party as security provider. It can be formed as a separate contract, or it may be just a clause in the loan contract. This contract is an unnamed obligatory contract, and is defined in the dissertation as *a contract whereby one party undertakes to provide mortgage as a collateral for the smooth execution of the obligations of users (recipients) of the loan to the bank as a provider of the loan*. It has the character of a unilateral, unencumbered contract. Mortgage contract appears as the third legal relation, performance transaction, with its legal basis (the cause) in security contract.

Analyses show that the relations in any mortgage loan contract are not only complex but also change over time. From the formation of mortgage loan contract until the maturity of the bank's loan receivables we have the so-called latent stage. Further changes in the relations depend on what happens at the time of the maturity. If the beneficiary has properly fulfilled his obligations, the purpose of security is met, so the so-called liquidation stage takes place in which the mortgaged property is released of encumbrance. However, if the loan beneficiary as debtor in the loan contract does not settle his due amount on time, the bank may, after the set period specified for the settlement of its credit receivables, be settled from the value of the mortgaged property. If the mortgage was given by the loan beneficiary as a debtor, the bank may start with the settlement from the value of the mortgaged property without any further requirements. If a third party (intercessor) as the owner of the mortgaged property settles the claim, he is entitled to request the cancellation of the mortgage and the right to claim for recourse to the loan beneficiary, as debtor, for the amount paid. In case that the intercessor does not pay off the debt to the bank, and the bank collects from the value of his mortgaged

property, he will have the right to claim for recourse to the loan beneficiary, as debtor, for the amount collected.

A mortgage is defined in this paper as *a pledge right of the creditor on the real property, which entitles him to collect his claim from its value before other creditors, also including subsequent mortgage creditors if the borrower fails to pay off the debt when due*. By its nature mortgage is real property right, more precisely, a pledge right on the real property of accessory type. It is a subjective right of a private-legal character, which authorizes the creditor to preferential right to collect his claim from the mortgaged property. Mortgage as an accessory right can only be assigned together with a claim. Bona fide acquisition of the mortgage, regardless of the assignment of the secured claim is not possible in our law. The same rule should also apply in respect of individual transfer of the secured claim.

If the borrower has settled all his obligations towards the bank when due, the mortgage loan contract shall terminate, and with it the secured claim. When the obligation is settled by the borrower as a debtor, the bank's claim is not transferred to him, but is definitely erased. Since the mortgage is accessory, with the termination of the secured claim a necessary prerequisite for the existence of the mortgage is gone, but it does not cease *ipso facto*, by the very termination of claims, but by erasing. Since the end of claims up to the erasure there is a legal stage of the so-called "non-erased mortgage" when the borrower, as the owner of the mortgaged property, may within three years require that mortgage is transferred to the new creditor, or secure other claims to the old creditor. If the claim is settled by the borrower as a debtor, and the owner of the mortgaged property is a third party, secured claim is also erased, and the "non-erased mortgage" belongs to the owner of real estate. If the secured claim is settled by a third party - the owner of real estate, it is transferred to him by law (*cessio legis*). If, however, a bank's claim is not paid when due, the bank is entitled to collect from the value of the mortgaged property in the manner prescribed by law. A simplified procedure for settlement of the so-called out-of-court enforceable mortgage (mortgage based on valid and enforceable document) that was only

introduced in our legal system by the existing Law on Mortgage of 2005, can be positively evaluated. The same applies to the out-of-court settlement.

Disposal of non-erased mortgage and establishment of a new one, as well as a note of retaining the priority in registering new mortgages are new institutes of our mortgage rights and from the standpoint of the banking business are fully justified. The same assessment applies to prenotation of a new mortgage. Maintaining rank of mortgage allows proper weighing of conditions for new loan contracts, which is not only an advantage for the banks, but also the advantage for mortgage loans beneficiaries. The general assessment is that the mortgage with the characteristics given by the Mortgage Law of 2005 was undoubtedly a convenient means for securing the loan contract based on the real estate collateral. However, land charge, being not accessory, provides some additional advantages in security, and therefore, *de lege ferenda*, the possibility of its introduction into our legal system should be considered.

In analyzing the legal issues in mortgage loan contract conventional methods of positive legal science were used, primarily the normative method. In addition, the comparative method was used in pointing out the important solutions in comparative law pertaining to mortgage loan contract. On certain issues historical-legal method was partially used, with the goal of better understanding certain types of loans or other legal institutes. Also used were, to some extent, results of economic analyses related to the credit activity of banks, especially the one that related to mortgage loans.

Key words: monetary loan contract , mortgage, security contract, legal nature of mortgage loan contract, collection from the value of the mortgaged property

Scientific Field: Law

Special Topics: Commercial Law, Banking Law, Property Law

UDK: 347.7(043.3) and 347.2(043.3)

САДРЖАЈ

УВОД	1
------	---

ДЕО ПРВИ:

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва: ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О КРЕДИТУ УОПШТЕ

1. О појму кредита и уговора о кредиту	9
1.1. О појму кредита	9
1.2. О уговору о кредиту	12
2. Привредни значај	14
3. Кредитни мотиви банака и клијената	17
4. Финансијска основа кредитне активности банака	18
5. Поглед на историјски развој уговора о кредиту	20

Глава друга: ВРСТЕ УГОВОРА О КРЕДИТУ

1. Критеријуми разврставања	27
2. Специфични кредитни послови	29
2.1. Акцептни кредит	29
2.2. Рамбурсни кредит	33
2.3. Авални (кауциони) кредит	35
2.3.1. О авалном (кауционом) кредиту уопште	35
2.3.2. Авални кредит у ужем смислу	36
2.3.3. Банкарски јемствени кредит (авални кредит у ширем смислу)	37
2.3.4. Банкарска гаранција (авални кредит у најширем смислу)	40
2.4. Уговор о дисконтном (есконтном) кредиту	41
2.5. Уговор о винкулационом кредиту	45
2.6. Уговор о револвинг кредиту	46
2.7. Кредит кроз текући рачун (контокорентни кредит)	47
3. Новчани кредити и кредити одговорности	50

Глава трећа: УГОВОРИ О КРЕДИТУ СА И БЕЗ СРЕДСТАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

1. О значају средстава обезбеђења код уговора о кредиту	53
---	----

1.1. Кредитни ризик и његово покривање	53
1.2. Уговарање средства обезбеђења	56
2. Уговори о кредиту без средстава обезбеђења – бланко кредити	57
2.1. Појам	57
2.2. Процена ризика	59
2.3. Посебне уговорне клаузуле	62
2.4. Остале мере заштите	64
2.5. Кредитни лимит	65
2.6. Заштита банке од ризика превелике изложености	66
3. Уговори о кредиту са персоналним средствима обезбеђења	67
3.1. Уговор о кредиту обезбеђен јемством	67
3.2. Уговор о кредиту обезбеђен меничним авалом	71
3.3. Уговор о кредиту обезбеђен гаранцијом	72
3.4. Уговор о кредиту обезбеђен другим персоналним средствима обезбеђења	73
4. Уговори о кредиту са реалним средствима обезбеђења	75
4.1. О уговорима са реалним средствима обезбеђења уопште	75
4.2. Ломбардни кредит	76
4.2.1 Појам и настанак	76
4.2.2. Ломбардни кредит на основу залогe на хартијама од вредности	80
4.2.3. Ломбардни кредит на основу залогe на роби	83
4.2.4. Реломбардни кредит	84
4.3. Хипотекарни кредит	84
4.3.1. Опште напомене	84
4.3.2. Место хипотекарног кредита у систему кредитних уговора са средствима обезбеђења	87

Глава четврта: ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

1. Појмовно одређење	91
1.1. Појам	91
1.2. Елементи појма	81
2. Значај хипотеке као средства обезбеђења уговора о кредиту	93
2.1. Опште напомене	93
2.2. Типични разлози хипотекарног задуживања	95
2.3. Типични даваоци кредита	97
2.4. Одобравање кредитне суме и модалитети враћања кредита	98
2.5. „Вредност“ хипотеке	100
3. Значај уговора о хипотекарном кредиту за кредитно пословање банака	101
3.1. Опште напомене	101
3.2. Структура банака и других финансијских организација које закључују уговоре о хипотекарном кредиту	103
3.3. Предности обезбеђења уговора о кредиту хипотеком	104
3.4. Ризици хипотекарног пословања за пословне банке	106
3.5. Специјализовне банкарске организације за хипотекарно пословање	107

3.6. Процена вредности хипотеке као фактор ризика	108
3.6.1. Процена вредности некретнине	109
3.6.2. Процена обима оптерећења	111
3.6.3. Ранг хипотекарног права банке	111
Глава пета: ИЗВОРИ ПРАВА ЗА УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ	112

ДЕО ДРУГИ:

ПРАВНИ ОДНОСИ КОД УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва: ТРОЈНОСТ ПРАВНИХ ОДНОСА

1. Кредит, поверење и обезбеђено потраживање	114
1.1. Обезбеђење кредита и поверење	114
1.2. Кредит и обезбеђено потраживање	116
2. Однос уговора о обезбеђењу и уговора о кредиту	118
2.1. Кредитни уговор као основни посао, посао обезбеђења и давање средства обезбеђења	118
2.2. Акцесорност	120
2.3. Апстрактност и каузалност	122
2.4. Садужништво	123
2.5. Учесници у послу обезбеђења кредита	125
2.6. Везаност уговора о обезбеђењу кредита за кредитни посао	128
2.7. Тројност правних односа код уговора о кредиту са средством обезбеђења	130
2.8. Питање тзв. двоструке каузе	131
2.9. Уговор о обезбеђењу и учешће трећег лица	134
2.9.1. Треће лице код персоналних и стварноправних обезбеђења	134
2.9.2. Уговорна клаузула о средству обезбеђења	135
2.10. Обећање чинидбе као кауза средства персоналног обезбеђења	136
2.11. Модалитети уговора о обезбеђењу с обзиром на основни посао и посао извршења	136

Глава друга: УГОВОР О КРЕДИТУ КАО ОСНОВНИ ПРАВНИ ОДНОС

1. Значај уговора о кредиту за правне односе код хипотекарног кредита	139
2. Појам уговора о кредиту	140
3. Правна природа	143
4. Форма и садржина уговора	145
5. Обавезе банке	147
5.1. Обавеза исплате кредитне суме	147
5.2. Друге обавезе	149

6. Обавезе корисника кредита	150
6.1.Обавеза враћања кредитног износа	150
6.2.Обавеза плаћања камата и других накнада	152
6.3.Обавеза давања средства обезбеђења	155
6.4. Обавеза наменског коришћења кредита	156
7. Доцња и раскид уговора због неиспуњења	157
7.1. Доцња банке	157
7.2. Доцња корисника кредита	158
8. Престанак уговора	160
8.1. Престанак испуњењем	161
8.2. Отказ уговора	161
8.3. Одустанак од уговора и враћање кредита пре рока	162

Глава трећа: УГОВОР О ОБЕЗБЕЂЕЊУ КРЕДИТА

1. Уводне напомене о циљу уговора	165
2. Уговорне фазе	166
3. Правни односи до доспелости обезбеђеног потраживања	167
4. Правни односи по доспелости обезбеђеног потраживања	171
4.1. Правни односи у случају да је дужник испунио обавезу	171
4.2. Правни односи у случају да дужник није испунио своју обавезу	173
5. Правни односи након наступања случаја обезбеђења	175

Глава четврта: СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

1. Врсте средстава обезбеђења	177
2. Персонална и реална средства обезбеђења	178
3. Интерна и екстерна средства обезбеђења	180
4. Сингуларна и глобална средства обезбеђења	162
5. Средства обезбеђења и плуралитет обезбеђених потраживања	183

Глава пета: УГОВОР О ОБЕЗБЕЂЕЊУ ХИПОТЕКАРНОГ КРЕДИТА

1. Смисао постојања уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита	184
2. Појам уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита	185
3. Уговорне стране	186
4. Закључење и форма уговора	187
5. Садржина уговора	188
6. Правна природа	188
7. Дејство уговора (права и обавезе уговорних страна)	189

ДЕО ТРЕЋИ:

ХИПОТЕКА КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА

Глава прва: ХИПОТЕКА КАО ЗАЛОЖНО ПРАВО

1. О заложним правима уопште	190
1.1. Појам заложног права	190
1.2. Значај заложног права	191
1.3. Основ настанка	193
1.4. Начела заложног права	195
2. Природа заложног права	197
3. Врсте заложних права	198
3.1. Заложна права на покретним стварима	199
3.1.1. Ручна залога	199
3.1.1.1. Појам	199
3.1.1.2. Предмет	202
3.1.1.3. Акцесорни карактер	204
3.1.1.4. Државина	206
3.1.1.5. Уговор о залози	206
3.1.1.5.1. Појам	206
3.1.1.5.2. Права и обавезе уговорних страна	207
3.1.1.5.3. Престанак заложног права	211
3.1.2. Регистарска залога	212
3.1.2.1. Појам	212
3.1.2.2. Предмет регистарске залогe	213
3.1.2.3. Уговор о регистарској залози	214
3.1.2.4. Права и обавезе уговорних страна	215
3.1.2.5. Упис заложног права у регистар	217
3.1.2.6. Намирење поверилаца на основу заложног права	217
3.1.2.7. Престанак заложног права	221
3.1.3. Залога на правима	223
3.1.3.1. Појам, настанак и предмет	223
3.1.3.2. Правни односи до „зрелости“ заложног права	224
3.1.3.3. Правни односи након наступања „зрелости“ заложног права	226
3.1.4. Упоредноправни поглед	226
3.2. Залога на непокретностима	228

Глава друга: ХИПОТЕКА КАО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА НЕПОКРЕТНОСТИ

1. О заложним правима на непокретностима уопште	229
2. Врсте заложних права на непокретностима	232

2.1. Хипотека	232
2.2. Земљишни дуг	232
2.3. Рентни дуг	234
3. Сличности и разлике између заложних права на непокретностима	234
3.1. Сличности	234
3.1.1. Заложна права на непокретности као стварна права намирења	235
3.1.2. Начело специјалности	235
3.1.3. Начело јавности	236
3.1.4. Ранг права	236
3.1.5. Могућност претварања једног права у друго	236
3.2. Разлике	237
3.2.1. Хипотека и земљишни дуг	237
3.2.2. Хипотека и рентни дуг	239
3.2.3. Посебности реалног терета	239
4. Компарација заложних права на непокретностима по карактеристичним критеријумима	240
4.1. Компарација заложних права на непокретностима по основу акцесорности	240
4.2. Компарација по основу способности за циркулацију	243
4.3. Компарација према личности повериоца	244
4.4. Компарација према броју оптерећених непокретности	246

Глава трећа: ПОЈАМ, ПРЕДМЕТ И ПРАВНА ПРИРОДА ХИПОТЕКЕ

1. Појам	247
1.1. Законско регулисање	247
1.1.1. Упоредно право	247
1.1.1.1. Немачко право	247
1.1.1.2. Француско право	249
1.1.1.3. Италијанско право	250
1.1.1.4. Енглеско право	251
1.1.1.5. Право Европске уније	252
1.1.1.6. Права бивших југословенских република	254
1.1.2. Право Републике Србије	257
1.2. Теоријске дефиниције	258
1.3. Одређење појма хипотеке	259
1.4. Битни елементи појма	259
1.4.1. Преглед битних елемената	259
1.4.2. Хипотека је заложно право	260
1.4.3. Хипотека је стварно право	260
1.4.4. Хипотека је право повериоца	264
1.4.6. Хипотека је право на непокретности	264
1.4.6. Хипотека је право намирења	265
1.4.7. Хипотека је привилеговано право	266
1.4.8. Хипотека је условно право	266
1.5. Принципи хипотеке	267

1.5.1. Принцип јавности (публицитета)	267
1.5.2. Принцип акцесорности	268
1.5.3. Принцип специјалности	269
1.5.4. Принцип приоритета	269
2. Правна природа хипотеке	271
3. Предмет хипотеке	274
3.1. О предмету хипотеке уопште	274
3.2. Непокретна ствар	275
3.3. Део непокретне ствари	276
3.4. Сувојински удео у непокретној ствари	277
3.5. Посебан део зграде	277
3.6. Право на земљишту	277
3.7. Објекат у изградњи	278
3.8. Други предмети	278
4. Обезбеђено потраживање и хипотека	278
4.1. Основна правила	278
4.2. Постојање потраживања и хипотека	279

Глава четврта: ВРСТЕ ХИПОТЕКЕ

1. Основи разврставања	284
2. Поједначна хипотека	284
3. Заједнична хипотека	285
4. Уговорна хипотека	287
4.1. Појам и форма	287
4.2. Битни елементи	288
4.3. Недопуштене клаузуле	289
5. Једнострана хипотека	290
6. Законска хипотека	291
7. Судска хипотека	291
8. Натхипотека	292
9. Потхипотека	292
10. „Неисписана“ хипотека	293
11. Хипотека на највиши износ (максимална хипотека)	294
12. Амортизациона (ануитетска) хипотека	298
13. Кауциона хипотека	299

Глава пета: УПИС ХИПОТЕКЕ У РЕГИСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ

1. Основ уписа	300
2. Дејство уписа	301

ДЕО ЧЕТВРТИ:

ИЗВРШЕЊЕ И ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва: ПРАВНИ ОДНОСИ ДО ДОСПЕЛОСТИ ОБЕЗБЕЂЕНОГ ПОТРАЖИВАЊА (ЛАТЕНТНА ФАЗА)

1. Права и обавезе уговорних страна из уговора о кредиту до доспелости банчиног потраживања	303
2. Права и обавезе у вези са коришћењем и одржавањем непокретности	305
2.1. Права власника непокретности	305
2.2. Обавезе власника непокретности	308
2.3. Права банке као кредитног и хипотекарног повериоца	311
2.3.1. Права банке као кредитног повериоца	312
2.3.2. Права банке као хипотекарног повериоца	312
3. Пренос права и обавеза и друге промене	314
3.1. Уступање потраживања	314
3.1.1. Општа правила	314
3.1.2. Проблем савесног самосталног стицања хипотеке	316
3.1.3. Самосталан пренос потраживања?	319
3.1.4. Форма преноса и друга правила	321
3.1.5. Законски прелаз потраживања и хипотеке	322
3.2. Залагање хипотекованог потраживања (натхипотека)	323
3.3. Преузимање дуга	324
3.4. Спајање и деоба предмета хипотеке	264

Глава друга: ПРАВНИ ОДНОСИ ОД ДОСПЕЛОСТИ ДО НАМИРЕЊА ОБЕЗБЕЂЕНОГ ПОТРАЖИВАЊА

1. Враћање кредитне суме	325
2. Плаћање осталих кредитних потраживања (камате и друге накнаде)	325
3. Престанак уговора о хипотекарном кредиту	326
4. Правни односи након редовног намирења банке	266
4.1. Потраживање измирио корисник кредита	327
4.2. Потраживање измирило треће лице – власник непокретности	328

Глава трећа: НАМИРЕЊЕ БАНКЕ ИЗ ВРЕДНОСТИ ХИПОТЕКОВАНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

1. Општа и посебна правила	331
1.1. Општа правила	331

1.1.1. “Зрелост” хипотеке као претпоставка намирења	331
1.1.2. Право на намирење	333
1.1.3. Избор намирења	335
1.1.4. Обим намирења из вредности хипотековане непокретности	336
1.1.5. Застарело потраживање	340
1.1.6. Накнадни уговор	341
1.1.7. Лична суброгација	341
1.2. Посебна правила када је предмет хипотеке објекат у изградњи	342
2. Намирење у судском или вансудском поступку?	343
3. Уговорно-нотаријално намирење (извршна нотаријална хипотека)	344
4. Уговорно-судско намирење (извршна судска хипотека)	344
5. Намирење у вансудском поступку (извршна вансудска хипотека)	346
5.1. Започињање и вођење поступка до продаје непокретности	347
5.1.1. Прва опомена	347
5.1.2. Друга опомена: Опомена о продаји непокретности	348
5.1.3. Забележба хипотекарне продаје	349
5.1.4. Право на састанак	350
5.1.5. Правила о слању писмена	351
5.2. Поступак продаје непокретности	352
5.2.1. Право на продају и на избор начина продаје	352
5.2.2. Аукцијска продаја	352
5.2.3. Продаја непосредном погодбом	354
5.2.4. Намирење када је предмет хипотеке објекат у изградњи	356
5.3. Ометање вансудског поступка продаје	356
5.4. Рачунање намирености повериоца у вансудском поступку продаје	357
6. Намирење у судском поступку	358
7. Средства одбране власника непокретности	360
7.1. Средства одбране у редовном судском поступку	360
7.1.1. Приговори који се тичу хипотеке	361
7.1.2. Приговори који се тичу обезбеђеног потраживања	362
7.2. Средства одбране код извршне судске хипотеке	364
7.3. Средства одбране у вансудском поступку	365
8. Редослед намирења	366
8.1. Редослед намирења у случају више хипотекарних поверилаца	366
8.2. Расподела средстава	366
8.3. Разлучно право хипотекарног повериоца у стечају	367
9. Правни односи након намирења	367
9.1. Потраживање намирено из хипотеке на непокретности корисника кредита	367
9.2. Потраживање намирено из хипотеке на непокретности трећег лица	368

Глава четврта: ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ

1. О престанку хипотеке уопште	370
2. Испис хипотеке	372
2.1. Испис на захтев власника непокретности	372

2.2. Испис због пропасти непокретности	374
2.3. Испис по основу општег интереса	375
2.4. Испис по основу судске јавне продаје	375
2.5. Испис у случају вансудске продаје и накнадног уговора	376
2.6. Испис због конфузије и консолидације	376
2.7. Испис по основу одрицања од хипотеке	376
2.8. Испис у случају амортизације обезбеђеног потраживања	377
3. Правни статус неисписане хипотеке и власничка хипотека	378
4. Располагање неисписаном хипотеком и заснивање нове у праву Републике Србије	382
4.1. Располагање неисписаном хипотеком	382
4.2. Забележба задржавања првенственог реда	384
4.3. Предбележба нове хипотеке	385
ЗАКЉУЧАК	387
ЛИТЕРАТУРА	395

УВОД

1. Савремена привреда је кредитна привреда. Данас је немогуће замислити привредни живот без постојања најразличитијих облика кредита. Може се такође са сигурношћу тврдити да од степена рационалног коришћења кредита уногоне зависи успешност привреде једне земље. О томе сведоче искуства не само развијених друштава, већ и земаља које су у процесу убрзаног развоја. У економској науци такође постоји општа сагласност о корисности и значају кредита за функционисање и развој модерних привреда. Иста унисонност схватања о важности и значају кредита се среће и у пословној пракси, код привредника у свим сферама пословних активности.

2. На чему се овакав значај кредита темељи? При одговору на ово питање се свакако мора поћи од чињенице да се изузетан развој модерног друштва у највећој мери заснива на ефикасној концентрацији и рационалном коришћењу друштвеног богатства. Како укупне имовинске вредности у једном друштву имају свој еквивалент у новцу, то се оптимална концентрација и рационална дисперзија капитала остварује превасходно кроз банкарски систем, коришћењем уговора којима се, с једне стране, прикупљају слободна новчана средства (депозитини банкарски послови) од субјеката којима тренутно нису неопходна, да би се, с друге стране, тако прикупљена средства уступила привредним и другим субјектима, којима су у том тренутку потребна (кредитни банкарски послови). На тај начин, кроз депозитно-кредитни механизам, банке играју драгоцену друштвену улогу кредитног посредника. Преко банака се у највећој мери остварује сусрет понуде и тражње новца у одређеној привреди. У том смислу банке обављају функцију медијатора у изравнавању новчане понуде и тражње. Без оваквог депозитно-кредитног механизма слободна новчана средства би у великој мери била имобилисана, а обрт капитала и укупна привредна активност у истој тој мери успорена. Отуда није чудно да је другу страну процеса индустријализације и великог привредног развоја модерних земаља у деветнаестом и двадесетом веку

представљао процес концентрације и ефикасног коришћења слободног капитала, кроз депозитно-кредитни механизам банака.

3. По себи се разуме да је кредитно посредовање банака економског, а не правног карактера. Банке при овом посредовању не поступају као посредници који би само доводили у везу потенцијалне уговорне стране, депоненте и кориснике кредита, ради закључења уговора, већ напротив депозитним уговорима преузимају новац уз камату или без камате у своје име и за свој рачун, а затим га опет у своје име и за свој рачун кредитним уговорима уз вишу камату стављају на располагање корисницима кредита. Депозитари и корисници кредита се међусобно не налазе ни у каквом непосредном односу, по правилу и не знају једни за друге. Депоненти ни на који начин не утичу на употребу депонованог новца, понајмање на то коме ће кредит бити одобрен и под којим условима.

4. Како банка и у депозитним и у кредитним пословима наступа у своје име и за свој рачун, то она у потпуности сноси ризик и депозитног и кредитног пословања. При томе је ризик различит. У депозитним пословима он се углавном своди на добро одмерену политику пасивних банкарских стопа и на благовремено и адекватно пласирање депонованог новца у кредитне послове. Главни ризик код депозитних послова ипак носе депоненти, а то је ризик неликвидности и инсолвентности банке који би довео до немогућности враћања депонованог новца. У кредитним пословима, напротив, главни ризик сноси банка. Банка би врло кратко могла да игра своју улогу финансијског посредника ако корисници кредита не би, или не би на време, враћали кредитне суме које су по основу уговора о кредиту добили. У таквим ситуацијама банка не би могла да испуни своје обавезе према депонентима, брзо би потрошила свој сопствени капитал и неминовно би запала у неликвидност и инсолвентност. Због тога банка не сме да мисли само на рентабилност већ увек и на сигурност свог пословања. У кредитном пословању сигурност се постиже како правилном проценом ризика и адекватним одбором солидних клијената, корисника кредита, тако и уговарањем посебних средстава обезбеђења.

5. Кредит је, по својој суштини, пре свега однос поверења. Већ сама етимологија речи “кредит” (лат. *credo, credere* – веровати, имати поверења) јасно показује његову суштину. Кредитни однос је нужно однос поверења, будући да је у његовој природи да се новчана средства кориснику кредита дају на одређено време, а да ће његова обавеза враћања тих средстава доспети тек по протеклу току времена. Истовременост узајамних давања уговорних страна је, дакле, код уговора о кредиту *per definitionem* искључена. Због тога давалац кредита одобравањем одређених новчаних средстава истовремено кориснику кредита исказује и одговарајуће поверење, тј. веру да ће овај по истеку времена кредитирања вратити одобрена новчана средства, уз уговорену камату као цену коришћења новца.

6. Али, поверење у клијента, само по себи, није довољно за успешно кредитно пословање банака. Кредити, посебно они у привреди, су по правилу велике вредности, па би њихово неуредно враћање могло озбиљно да угрози не само пословање банака, већ и депозитно-кредитни систем неке земље у целини. Због тога је од круцијалне важности да се ризик невраћања или неуредног враћања кредита смањи на што мању меру.

7. Искуство показује да кредитном пословању банака прете бројни ризици. Пре свега, то су ризици који се односе на самог корисника кредита. Тако се може испоставити да је корисник кредита, и поред указног поверења банке при одобравању кредита, заправо несолидан и да не одговара својим обавезама из уговора о кредиту, пре свега обавези враћања кредитне суме и обавези плаћања камате. Поред тога може доћи до неликвидности или инсолвентности корисника кредита, што такође доводи до неизвршавања или неуредног извршавања његових обавеза по уговору о кредиту. Поред ових ризика, који су везани за личност корисника кредита, банку вребају и потенцијални ризици који су ширег, па и објективног карактера. Тако се банци може десити да, и поред пажљиве анализе солидности, ликвидности и солвентности корисника кредита, враћање кредитне суме и плаћање камате буде угрожено због околности које се не могу непосредно

ставити у одговорност кориснику кредита. Такве околности су напр. опште привредне кризе, природне катастрофе, ратови, грађански немири и други објективни догађаји који доводе до угрожавања враћања кредита.

8. Због наведених ризика императив је сваког успешног банкарског пословања да се они минимализују. Банка се може штитити од кредитног ризика на различите начине. Заштита, пре свега, почиње правилном проценом карактера и обима ризика. У том смислу први корак је свакако правилна процена солидности, ликвидности и солвентности самог корисника кредита. Оваква процена подразумева што потпуније анализирање свих релевантних околности његовог статуса и пословања. Поред тога банка мора проценити и друге ризике, дакле и оне који се не могу непосредно приписати у одговорност кориснику кредита.

9. Међутим, и поред озбиљно изведене процене ризика, може се десити да неки од ризика ипак наступи и да се враћање кредитне суме и плаћање камате угрози. Због тога мере заштите банке од ризика се, ипак, не могу свести само на правилну и потпуну процену ризика. Напротив, неопходно је користити и додатна средства, која ће осигурати да се банка намири и у случају да неки од ризика невраћања кредита наступи. Та средства су позната као средства обезбеђења. Она су многобројна и разноврсна и добро су позната у банкарској и другој пословној пракси. Због свог значаја, ова средства су детаљно регулисана правним нормама. Начелно, банци стоје на располагању две групе средстава обезбеђења. Прву групу чине персонална или лична, а другу стварна или реална средства обезбеђења.

10. Од персоналних, на првом месту су гаранција (посебно банкарска) и јемство, а затим и приступање дугу и друга персонална средства обезбеђења. Сва ова средства омогућавају банци као даваоцу кредита да постави захтев за плаћање одређене суме новца за случај да корисник кредита не врати кредитну суму и не плати камату. Са оваквим средством обезбеђења за намирење банке више не стоји на располагању само одговорност и имовина корисника кредита, већ и одговорност и имовина другог лица као давоца персоналног средством обезбеђења. Изгледи

банке да се наплати су на тај начин повећани, и то у мери солвентности тог даваоца средства обезбеђења. Додуше, средство персоналног обезбеђења постоји и ако додатну одговорност за враћање кредитног износа и камата преузме сам корисник кредита, какав је напр. случај ако корисник кредита изда сопствену меницу у корист банке или ако акцептира меницу по сопственој наредби коју изда банка и вуче је на корисника кредита и сл. Ипак, у оваквим случајевима се одговорност корисника кредита само пооштрава и поступак наплате поједностављује, али за наплату банчиног потраживања и даље одговара само корисник кредита, имовином којом располаже. Због тога у банкарској пракси апсолутни приоритет имају она средства персоналног карактера која дају трећа лица (тзв. интерцесионари).

11. Другу групу чине реална или стварна средства обезбеђења. Од тих средстава најважнија су она заложног карактера. То су, пре свега, залога на покретним стварима (ручна залога) на непокретностима (хипотека и земљишни дуг) и на правима. Од стварних средстава обезбеђења позната су и ретенциона права (права придржаја или задржавања) као и право задржавања права својине, али су она неподобна за обезбеђење потраживања из уговора о кредиту. Стварна средства обезбеђења стварају право банци да се у случају неизмирења њеног потраживања из уговора о кредиту наплати из вредности ствари или права на којима је конституисала право залог, пре свих других поверилаца даваоца средства обезбеђења. Давалац средства обезбеђења такође може бити не само корисник кредита већ и треће лице (интерцесионар). На тај начин стварно средство обезбеђења потискује личну одговорност корисника кредита у други план, док у први план избија посебно, одвојено намирење из вредности ствари или права на којима је конституисана залога.

12. Од свих средстава обезбеђења кредита посебан значај има заложно право на непокретностима. То право је хипотека, познато у свим правним системима, али се у неким правима јављају и нека друга заложна права на непокретностима као што је земљишни дуг. Значај залог на непокретности произлази како из карактера самог заложног права, тако и из карактера и вредности непокретности. Уговор о

хипотекарном кредиту, који представља предмет анализе у овом раду, се због тога начелно сматра једним од најпоузданијих, ако не и најпоузданијим модалитетом обезбеђеног новчаног кредита.

13. Упркос изузетно великом значају, уговору о хипотекарном кредиту није у нашој правној литератури до сада поклоњена пажња коју он заслужује. Правни односи код овог уговора у сваком случају нису монографски обрађени. То, међутим, мање чуди када се зна да ни правни односи код уговора о кредиту уопште, као најзначајнијег уговора банкарског права, такође нису у нашој правној литератури на одговарајући начин правно анализирани. Значај уговора о хипотекарном кредиту је у нашој земљи посебно порастао након крупних промена у привреди и друштвено-економском систему земље. Поновним увођењем класичних тржишних односа у све сфере привредног живота, важност реалног обезбеђења кредита је избила у први план. Ту важност додатно актуализује релативно ограничена платежна способност привредних субјеката и грађана у нашој земљи. Због тога уговор о кредиту обезбеђен хипотеком постаје један од најчешће коришћених модалитета кредитног задуживања, како привредних субјеката тако и грађана, када су у питању вредније инвестиције, посебно оне у грађевинарству. Због таквог привредног значаја, неопходно је да уговор о хипотекарном кредиту буде у пуној мери правно анализиран и истражен.

14. При анализи правних односа код уговора о хипотекарном кредиту у овом раду су коришћени уобичајени методи позитивноправних наука, пре свега нормативни метод. Поред тога коришћен је и компаративни метод (упоредноправни метод) при указивању на значајнија решења у упоредном праву која се односе на уговор о хипотекарном кредиту. Делимично је коришћен и историјскоправни метод код појединих питања, када је то било у функцији бољег разумевања одређене врсте кредита или другог правног института. Осим тога коришћени су, у одређеној мери, и резултати економских анализа који се односе на кредитну активност банака, посебно ону која је у вези са хипотеканим кредитима.

15. Овај рад је, иначе, структуисан тако што је укупна материја подељена у четири дела. Први део је посвећен појмовном одређењу уговора о хипотекарном кредиту као и утврђивању његовог значаја за кредитно пословање банака, али и за задовољавање потреба привредних субјеката и грађана. До појмовног одређења уговора о хипотекарном кредиту се дошло кроз разматрања о општем типу уговора о кредиту и кроз сагледавање посебних карактеристика појединих врста кредитних уговора. При томе је посебна пажња посвећена уговорима о кредиту са персоналним и реалним средствима обезбеђења, да би се боље сагледало место уговора о хипотекарном кредиту у систему кредитних уговора. Ова разматрања су допуњена и кратким историјским погледом на развој уговора о кредиту.

16. У другом делу рада анализирани су правни односи који постоје код уговора о хипотекарном кредиту. Најпре је идентификована тројност правних односа која код ове врсте кредита постоји, а затим се разматрају сваки од тих односа. Најпре је посматран уговор о кредиту као основни правни однос, а затим уговор (споразум) о обезбеђењу кредита. На општи начин је указано и на персонална и реална средства обезбеђења код кредитних уговора уопште, да би се на крају указало на основне карактеристике уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита.

17. Трећи део рада је у целини посвећен хипотеци као средству обезбеђења које опредељује карактер уговора о хипотекарном кредиту. Хипотека је посматрана најпре кроз анализу карактеристика заложних права уопште, а затим кроз сагледавање правних карактеристика заложних права на непокретностима. Компарацијом са другим заложним правима утврђене су специфичне карактеристике хипотеке као средства обезбеђења код уговора о кредиту. Након тога је хипотека појмовно дефинисана, уз указивање на карактер њених битних елемената као и принципа на којима се заснива. Овај део рада садржи и разматрања у погледу предмета и врста хипотеке. На крају је дата напомена о упису хипотеке у регистар непокретности.

18. У четвртом делу рада су анализирани односи који настају приликом извршења уговора о хипотекарном кредиту. При томе су најпре сагледани правни односи који постоје до доспелости банчиног потраживања, како између уговорних страна код уговора о кредиту тако и између банке као хипотекарног повериоца и власника хипотековане непокретности, укључујући и односе који настају приликом преноса права из обавеза из ових односа. Након тога су анализирани правни односи који настају наступањем доспелости кредитног потраживања банке и трају до његовог редовног измирења. Завршни део анализе је посвећен намирењу банчиног потраживања из вредности хипотековане непокретности за случај да корисник кредита о доспелости не измири своје уговорне обавезе у погледу враћања кредитне суме, плаћања камате и евентуално додатних накнада и трошкова. У том смислу су посебно сагледана правила намирења у вансудском и судском поступку, редослед намирења и средства одбане власника непокретности, као и правни односи након намирења. На крају овог дела се разматра престанак хипотеке исписом из регистра непокретности, као и третман неисписане хипотеке и могућности заснивања нове.

Део први:

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва:

ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О КРЕДИТУ УОПШТЕ

1. О појму кредита и уговора о кредиту

1.1. О појму кредита

Кредит је појам с којим се свакодневно сусрећемо у животу. Једнако је присутан у јавном и у приватном животу, како у пословној сфери тако и ван ње. У свакодневној комуникацији се чини да је његово значење познато, да се подразумева. Па ипак, при покушају прецизнијег дефинисања наилази се на велике тешкоће јер се »кредит« као појам, употребљава у најразличитијим значењима.

Ако пођемо од лексичке основе, лако ћемо утврдити да реч »кредит« долази од латинске речи »credere«, што значи веровати, имати поверења. У складу с овим семантичким значењем, сваки кредит заиста садржи у себи елемент поверења.¹ То поверење сваки давалац кредита указује сваком кориснику (примаоцу) кредита. Поверење би се, дакле, могло означити као општа карактеристика сваког кредита, сваког кредитног односа. Ипак, тиме посао дефинисања кредита није много олакшан.

¹ Колико је елемент поверења суштински део сваког кредита видљиво је и из чињенице да се у банкарској теорији и само поклањање поверења, без обзира на облик у којем се то чини, сматра својеврсним кредитом, тј. кредитом у тзв. најширем смислу. (Упор. Hahn, Oswald, Bankbetriebslehre, Düsseldorf, 1967. с. 17).

Колико је широк дијапазон значења речи »кредит« можда најилустративније говори пример са употребом овог појма у личним, неимовинским односима између људи. »Он ужива велики кредит у колективу«, »у својој средини«, »код свог претпостављеног« и сл. само су неке од синтагми с којима се свакодневно у комуникацијама с другим људима сусрећемо.

Али, и када искључимо чисто личне односе и пажњу усмеримо само на имовинске односе између људи, такође ћемо лако доћи до закључка да се кредит употребљава и схвата у много различитих значења.

Тако се под кредитом схватају сви облици новчаног зајма (новчани кредит) у готовини или у жиралном новцу, без обзира ко су даваоци а ко примаоци позајмљеног новца. Код новчаних зајмова и кредита је карактеристично да су и чинидба даваоца кредита (зајма) и противчинидба примаоца кредита (зајма) у новцу.

Под кредитом се даље разумеју и одложена плаћања за продату робу или примљену услугу (продаја на кредит, робни кредит, услуге на кредит). У оваквим случајевима се чинидба „даваоца кредита“ састоји у роби или услузи, а противчинидба примаоца (корисника) кредита је у новцу.²

Надаље, под кредитом се разумеју и трансакције код којих се ни чинидба даваоца кредита, ни противчинидба примаоца кредита не састоји у новцу, већ у роби или

² Одавно је, међутим, не само у правној већ и у економској теорији о банкарству уочено да продаја са одложеним плаћањем, односно пружање привредне услуге с одложеним плаћањем, немају елементе уговора о кредиту. И даље су то уговори о продаји одн. уговори о одређеним привредним услугама, који су специфични само по томе што чинидба и противчинидба нису истовремени. Уз то, не постоји никаква воља уговорних страна да закључе уговор о кредиту. (B. Schinnerer, Erich, Bankverträge, II. Teil, Wien, 1958. с. 13).

услугама. Битно је само да између чинидбе даваоца кредита и противчинидбе примаоца кредита протекне одређени временски период.³

Коначно, под кредитом се разумеју и различити облици преузимања имовинске одговорности банке у корист њеног клијента, без уступања новца на коришћење. То су ситуације у којима банка акцептира или авалира меницу или на други начин ставља на располагање свој кредибилитет клијенту (кредити одговорности).

Ипак, и поред вишезначне употребе појма кредит, из наведених примера можемо закључити да уз поверење, другу општу карактеристику сваког кредита представља чињеница да давалац кредита пружа чинидбу у садашњости, а корисник кредита се обавезује да ће пружити противчинидбу у будућности,⁴ односно да давалац кредита даје »садашње« вредности за »будуће« вредности.⁵

У ужем смислу под кредитом се разуме само кредит који одобравају банке (банкарски кредит). Како банке не учествују у робном и услужном промету, то се њихови кредити, по природи ствари, не могу јавити као робни и услужни кредити, већ само као новчани кредити и кредити одговорности (акцептни, авални и други кредити одговорности).

Како се у многим земљама, укључујући и нашу, давањем кредита могу бавити само банке (и евентуално друге финансијске организације) то је кредит могуће разграничити и према зајму, који могу давати и друга правна и физичка лица.⁶

³ Falter, Manuel, Die Praxis des Kreditgeschäfts, Stuttgart, 1971, с 31.

⁴ Ibidem.

⁵ Hahn, Osvald, op. cit. с. 17.

⁶ Тако у нашем праву важи правило према којем „нико осим банке не може се бавити давањем кредита и издавањем платних картица, осим ако је за то овлашћен законом“ (чл. 5 ст. 2 Закона о банкама из 2005. године – Службени гласник РС, бр. број 107/ 2005, у даљем тексту: ЗБ).

1.2. О уговору о кредиту

Однос између даваоца и примаоца (корисника) кредита се правно уређује уговором. Међутим, и у погледу уговора о кредиту постоје веома различита схватања о његовом карактеру.

Ако оставимо по страни робни и услужни кредит, који се правно уређују уговором о продаји односно уговором о пружању одговарајуће услуге (са одговарајућим кредитним клаузулама у погледу времена извршења противчинидбе), остаје и даље веома широки дијапазон схватања уговора о кредиту.

Тако и када уговор о кредиту сведемо на банкарски уговор о кредиту, остаје питање да ли под уговором о кредиту разумемо само уговоре о новчаном кредиту или и уговоре о кредитима одговорности. Због тога се, ради избегавања термилошке конфузије, морају разликовати уговори о кредиту у ширем и ужем смислу.

Под уговором о кредиту у *ширем смислу* треба разумети уговор којим се банка обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређену суму новца или своју одговорност, а корисник кредита се обавезује да добијени новац, заједно с уговореном каматом и другим накнадама врати банци, у уговорено време и на уговорени начин, односно да за преузету одговорност банци плати одређену накнаду, као и да јој надокнади други износ који је по основу преузете одговорности платила.⁷ Како се види, уговор о кредиту у ширем смислу обухвата како новчане кредите тако и кредите одговорности.

⁷ Дефинишући уговор о кредиту у ширем смислу Schinnerer сматра да он појмовно у себи садржи обећање новчане престације клијенту или трећем лицу од стране банке, на основу поверења банке у кредитну спремност и способност клијента, ради добијања накнаде која се изражава у камати односно провизији. (B. Schinnerer, Bankverträge, op.cit. с. 13).

Сходно томе, уговор о кредиту у *ужем смислу* се најједноставније може одредити као уговор којим се банка обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређену суму новца, а корисник кредита се обавезује да добијени новац, заједно с уговореном каматом и другим накнадама врати банци, у уговорено време и на уговорени начин.

У банкарскоправној теорији уговор о кредиту се редовно схвата у ширем смислу.⁸ Слична ситуација је и у банкарско-економској теорији и пракси,⁹ али и у законодавству.¹⁰

У нашем праву уговор о кредиту је типичан банкарски посао, који могу закључивати само банке. Овај уговор спада у ред именованих уговора у нашем праву, будући да је посебно законски уређен, независно од уговора о зајму. Уговор о кредиту је тако законски дефинисан као уговор којим се банка „обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором“.¹¹ Уговор о зајму је опет законски дефинисан као уговор којим се зајмодавац обавезује „да преда у својину зајмопримцу одређену количину новца или којих других заменљивих ствари, а зајмопримац се обавезује да му врати после извесног времена исту количину новца, односно исту количину ствари исте врсте и истог квалитета“.¹² Већ из појмовног одређења два уговора видљиве су значајне разлике међу њима.¹³

⁸ В. напр. у том смислу: Schönle, Herbert, Bank-und Börsenrecht, München, 1971, с. 116 и сл.

⁹ Упор. Stauffer, Peter-Emsch Urs: Das schweizerische Bankgeschäft, Thun, 1972., с. 124 и сл.

¹⁰ Тако у Кредитном закону Немачке (Gesetz über das Kreditwesen) се кредит јасно дефинише као „одобравање новчаних кредита (зајма) и акцептних кредита“ (пар. 1 ст. 1 бр.2 овог закона).

¹¹ Чл. 1065 Закона о облигационим односима (у даљем тексту: ЗОО).

¹² Чл. 557 ЗОО.

¹³ О овим разликама види више *infra*: део други, глава друга, под 3. овог рада.

Како се види, уговор о кредиту је у нашем позитивном праву дефинисан као уговор о новчаном кредиту.

Ипак, и када се уговор о кредиту схвати уже, као уговор о новчаном кредиту, различита су схватања о његовом карактеру. Због бројности модалитета кроз које се у пракси изражава, неки аутори сматрају да је немогуће одредити јединствену природу уговора о кредиту, већ да се то са смислом може учинити само по појединим модалитетима кредита.¹⁴ Поред тога у неким правима, као напр. у немачком, уговор о кредиту се третира као „уговор о отварању кредита“ чиме жели да се нагласи не само да он нема реалну природу, већ и да не мора уопште бити актуализован, тј. да може, као одобрен, остати „у приправности“ (кредити приправности, *stand by* кредити). Осим тога овако назван уговор се јавља и као оквирни уговор за све модалитете уговора о кредиту. Он није регулисан законом, најпре је настао као *terminus technicus* у банкарској пракси, али је временом прихваћен и у правној теорији. Почетно се односио преваходно на уговор о новчаном кредиту (зајму) али је касније обухватио и све кредите одговорности, посебно оне који се редовно јављају у банкарској пракси. Мада развијан *praeter legem*, он је данас потпуно признат институт у немачком праву. Може се дефинисати као уговор којим се банка обавезује да на захтев корисника под одређеним условима и до уговореног лимита одобри кредит, било у форми ефективног кредита, било у форми преузимања обавезе према трећем, а корисник кредита се обавезује да за то плати накнаду.¹⁵

2. Привредни значај

Модерна привреда је у својој суштини кредитна привреда. Без кредита је данас практично немогуће замислити функционисање привреде. Банке прикупљају

¹⁴ В. у том смислу Canaris, Bankvertragsrecht u: Staub, Hermann, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, dritter Band, 3. Teil, 2. Bearbeitung, Berlin, New York, 1981, с. 620.

¹⁵ Schönle, Herbert, Bank- und Börsenrecht, München, 1971, с. 147.

неангажована новчана средства од привреде и становништва и кроз одобравање кредита их усмеравају онима којима су потребна, пре свега привредним субјектима. На тај начин прикупљањем и преусмеравањем средстава сви на неки начин добијају. Депоненти и штедише камату на своја депонована средства, банке камату на одобрене кредите, а корисници кредита повећану куповну моћ.

У ранијим временима није било тако, углавном се располагало оним што се имало, на туђ новац се није рачунало.¹⁶ Данас је тако нешто тешко и замислити. Кредит је на неки начин постао трајни покретач укупног привредног живота. Због тога можда и није претерана крилатица која каже да ако су грандиозна дела Старог века заснована на тиранији и ропству, велика достигнућа данашњице су заснована на кредиту.¹⁷

Кредит је, економски посматрано, пренос куповне моћи на другог, ради стицања права на противчинидбу¹⁸ односно временски ограничен пренос куповне моћи.¹⁹ Поред машинске производње и цене као усмеравајућег средства производње, на кредит се гледа као на трећу покретачку снагу модерне привреде, јер предузећу прибавља потребну куповну снагу коју иначе нема. Зато је кредит „проналазак генија“.²⁰ Као облик „позајмљивања“ куповне моћи од другог, кредит не само да омогућује додатно, страна финансирање пословања и развоја привредних

¹⁶ Сликвито је у том смислу писмо које се помиње у стручној литератури, а тиче се извесног Јакоба Сулцера када је средином 19. века хтео да узме кредит. У том писму, које је добио од свог оца, каже се: „Частан човек предузима само онолико за колико сам има снаге. Новчани зајмови воде лумперају. Исто је са човеком. Ја не желим да будем зависан ни од кога, понајмање од људи који својом привидном подршком мисле само на своју корист. Да ли ћемо ми онда пропасти, њима је свеједно“ (превод - Ј.Ш.В.). Цитирано према: Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 125 и сл.

¹⁷ Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 126.

¹⁸ Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, dritte Auflage, Fritz Knapp Verlag, Frankfurt am Main, 1967/68, Band 2. с. 1060.

¹⁹ Canaris, op. cit. с. 619.

²⁰ Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, с. 1061.

субјеката, већ кроз тај развој антиципира и будуће сопствено финансирање (финансирање из сопствених извора).

На макро нивоу посматрано, кредити на основу прикупљених новчаних депозита и улога на штедњу омогућавају пуну концентрацију и ефективну мобилизацију и усмеравање мноштва малих штедних улога и депозита на велике финансијске пројекте. Посредујући на овај начин између оних који имају неискоришћени новац и оних којима је потребан, банке врше и својеврсну „трансформациону“ мисију, јер улоге на штедњу и улоге у банкарски новчани депозит трансформишу у кредите.²¹ Штедни капитал се усмерава на места где за њим постоје највеће потребе, чиме се остварује неопходна, тржишно заснована алокација финансијског капитала (дистрибуциона функција кредита, кроз редистрибуцију куповне снаге) од чега користи имају не само банке и корисници кредита појединачно, већ и привреда једне земље у целини. Каматне стопе, при томе, играју важни улогу усмеравајућег фактора. Треба, међутим, имати на уму да због деловања и других фактора (пре свега мера монетарне политике) између волумена кредитног капитала и волумена штедног капитала не постоји увек непосредна корелација.

Поред наведеног, кредити су данас једно од најмоћнијих, ако не и најмоћније средство политике коњунктуре у свакој земљи. Подстицајна кредитна политика несумњиво покреће привреду из стагнације, али ако је претерано подстицајна, лако доводи до инфлације и презадужености привредних субјеката. Бројне економске теорије кредита најбоље сведоче о томе какве све позитивне, али и негативне последице може имати кредитна политика (адекватна или неадекватна) на привредне субјекте, али и на привреду једне земље у целини. Тако присталице класичне квантитетске теорије тврде да инфлаторно кредитирање *ceteris paribus* нужно води порасту цена. Насупрот томе, присталице тзв. банкарске школе оспоравају утицај кредитне политике, и уопште монетарне политике, на цене,

²¹ Hahn, Oswald, op. cit. c. 21.

тврдећи да је проблем цена искључиво на робној а не на новчаној страни робно-новчаних односа.²²

На микро плану посматрано, банка, начелно, није непосредно заинтересована за успешност пословања свог клијента, јер не учествује у његовим трошковима нити учествује у његовој добити.²³ Па ипак, при одобравању кредита банка мора пазити да форсираним и претераним кредитирањем не постане финансијски заробљеник свог клијента, који је онеспособљен за извршавање преузетих кредитних обавеза, па му се стално морају одобравати нови кредити. Тај ризик је нарочито изражен код кредита без средстава обезбеђења. Код обезбеђених кредита је ризик много мањи, а ако још средство обезбеђења не зависи од корисника кредита (јемство, заложно право на туђој покретној или непокретној ствари), банка и практично није заинтересована за пословни резултат корисника.

3. Кредитни мотиви банака и клијената

За кредите су заинтересовани и банке и клијенти. Њихови мотиви су при томе различити.

Банке су заинтересоване да одобре што више кредита.²⁴ У савременим условима кредитни послови представљају економски најважнију активност комерцијалних банака.²⁵ Одобравањем кредита банке стављају у функцију не само свој сопствени капитал већ и капитал својих клијената, прикупљен по основу пасивних и делимично неутралних послова. Кроз разлику у каматним стопама за примљене

²² В. напр. Enzyklopädisches Leksikon für das Geld-, Bank-und Börsenwesen, с. 1062.

²³ V. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. 126.

²⁴ Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. 125.

²⁵ Не само у банкарској пракси већ и у банкарској литератури се редовно наглашава да је кредитно пословање најважнији део банкарског пословања банака. (Упор. Schinnerer, Bankverträge, op.cit. с. 1).

депозите и одобрене кредите банке покривају трошкове свог пословања и кредитни ризик, али остварују и одговарајућу пословну добит. На разлици између активних и пасивних камата тако напр. штедионице и кантоналне банке у Швајцарској остварују више од половине, а велике пословне банке више од трећине укупних прихода.²⁶ При томе, међутим, банке морају увек да пазе на поштовање тзв. принципа конгруенције, тј. принципа по којем обавезе банака по пасивним (делом и неутралним!) пословима морају по рачности бити усклађени са њеним потраживањима по основу активних (кредитних) послова. Наравно, овај принцип се не односи на појединачне активне и пасивне послове, већ на њихову укупну масу.²⁷

С друге стране и клијенти су мотивисани на коришћење кредита. Они им омогућују да додатни капитал користе не онда када га кроз дужи временски период пословање створе, већ у сваком тренутку у којем им је потребан. На тај начин клијенти повећавају свој пословни потенцијал, кроз инвестиције или на други начин увећавају обим и квалитет свог пословања, рачунајући да ће на тај начин не само вратити кредит с каматом, већ и да ће имати сопствене економске користи.

4. Финансијска основа кредитне активности банака

Шта чини основу кредитне активности банака? Анализе показују да се банке при кредитирању ослањају на четири основна извора финансијских средстава.

Најважнији извор средстава су пасивни банкарски послови.²⁸ Кроз банкарске новчане депозите и улоге на штедњу банке прикупљају велику масу слободних новчаних средстава. Та средства банке користе при одобравању кредита

²⁶ V. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 125

²⁷ V. Bächler, H.: Bankgeschäfte, Zürich, 1972. c. 12.

²⁸ Упор. Obst/Hintner, Otto, Geld-, Bank-, und Börsenwesen, 36. vollständig neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 1967, c. 399.

заинтересованим корисницима. Начелно, банка најбоље послује ако сва прикупљена средства по депозитним пословима пласира кроз кредитне послове. При томе камата коју остварује по кредитима (тзв. активна камата) мора бити већа од камате коју плаћа по примљеним депозитима (тзв. пасивна камата). Поред тога мора се непрекидно водити рачуна о рачности депозита и кредита, да банка не би доспела у неликвидност или инсолвентност.

Други извор средстава су одређени неутрални послови. Ради се о новчаним средствима која клијенти држе на својим рачунима. Ово, међутим, може служити само као помоћни извор средстава за кредитирање, будући да се ради о средствима по виђењу, којима клијенти дневно могу располагати. Због тога се ова средства могу користити само за краткорочно кредитирање и то у ограниченом обиму.

Трећи извор средстава за кредитне пласмане су новчана средства самих банака. Ради се о средствима која представљају сопствени капитал банке (основни капитал, резерве, нераспоређена добит). Ова средства су врло квалитетна за кредитне пласмане, али је њихова величина и код већих банака релативно ограничена.²⁹ У већини земаља овај извор средстава више представља гарантни него кредитни потенцијал банака. Ипак, постоје и земље, као напр. Холандија, у којима овај извор средстава представља веома важан основ за кредитну активност банака.³⁰

Коначно, четврти извор средстава је кредибилитет самих банака односно њихова способност да се задужују код других, посебно централних, банака. И код овог

²⁹ Неспорно је у теорији банкарства да сопствени капитал банке ни у ком случају не може бити једини финансијски основ њене кредитне активности. Чак се сматра да би банка која би се у кредитирању ослањала само на сопствени капитал, изгубила карактер банке, јер не би могла да одигра своју најважнију улогу, тј. улогу кредитног посредника између оних који располажу неангажованим новчаним капиталом и оних којима је он потребан. (Bächler, H.: Bankgeschäfte, Zürich, 1972. с. 12)

³⁰ В. Obst/Hintner, Otto: Geld -,Bank-, und Börsenwesen, 36. vollständig neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 1967, с. 399.

извора средстава је изузетно важан адекватан однос рочности и позитиван салдо у односу између активних и пасивних камата.

5. Поглед на историјски развој уговора о кредиту

Када се детаљније анализира историјски развој банкарства уопште, јасно се може уочити да је он у највећој мери био одређен развојем банкарских послова. Одређени банкарски послови су се у Старом веку јавили и развијали и пре него што је уопште започео да се развија сталеж банкара, поготову пре појаве банака. Због тога се може и рећи да је историја банкарства у суштини историја банкарских послова. Институционализација појединих банкарских послова је постепено водила настајању посебних типова банкарских организација.

У развоју банкарских послова централну улогу је играо новац. Као општи еквивалент вредности он је, опет, прошао кроз више различитих фаза. Најпре је то био тзв. „робни“ новац, тј. био је изражен у некој карактеристичној вредности за одређено подручје или заједницу, као напр. у соли, стоци, накиту итд. Након тога се појавио метални новац са стварном вредношћу у себи, тј. новац је вредео онолико колико је било тежинских елемената одређених метала у њему (злата, сребра и др.). У следећој фази је метални новац добио стандардизоване облике и није нужно морао у себи садржавати своју стварну вредност. Коначно, у завршној фази, новац је постао законско средство плаћања, држава је гарантовала његову вредност независно од тога да ли је био изражен у металном или папирном облику, или је био изражен само обрачунски (безготовински, жирално).

Из данашње перспективе посматрано, банке посредују у новчаним трансакцијама на три основна начина. Оне, пре свега одобравају кредите (тзв. кредитно посредовање) врше платни промет (платежно посредовање) и примају депозите на чување и руковање (депозитно посредовање). Тако посматрано, кредитно посредовање банака изгледа као њихов прворазредни посао. Ипак, историјски

посматрано, прво су се јавили различити облици депозитних послова и послова плаћања, док су кредитни послови најкасније настали. Поред тога ваља имати на уму да у најновије време услужни послови банака све више иступају у први план.

Настарији послови су, по свему судећи депозитни послови. Наравно, то су најпре били прави депозитни послови тј. послови код којих су се након чувања враћали исти предмети депозита (послови оставе). У том смислу нарочито су биле карактеристичне првобитне оставе у црквеним храмовима и краљевским утврђењима, што је одговарало условима натуралне привреде.³¹ Преласком на новчану привреду најпре се развило банкарско новчано посредовање кроз платни промет, а затим и кредитно посредовање.

У Старом веку зачеци будућих банкарских послова се јављају већ у старом Вавилону. Најпре су се јављали депозити оставинског типа у религиозним храмовима и краљевским утврђењима и палатама. Регулисање ових депозита у Хамурабијевом закону јасно сведочи о томе да овакви послови нису били никаква реткост. У прво време су овакви послови имали искључиво државни односно црквени карактер, да би се касније (негде у времену између 7. и 5. века п.н.е.) допустило и приватним лицима да се баве оваквим пословима. Захваљујући томе две породице (Игиби од Сипара и Мурашу од Нипура) су развиле значајне послове давања зајмова сељацима и закупцима земље, али су ти зајмови претежно били у стварима.

За Стари Египат је дуго била карактеристична натурална привреда, због чега су улогу новца имале житарице. Оне су се депоновале у државним складиштима, где су чуване. Ковани новац се споро пробијао, мада неки документи сведоче о томе да

³¹ В. напр. Шогоров, Стеван: Банкарско право, треће измењено и допуњено издање, Београд, 2009, с. 23 и сл.

је новчани промет између банкара постојао и да се новац преносио с једног конта на други.³²

У Старој Грчкој су банкарски послови били на знатно вишем нивоу. Томе је, пре свега, допринео проналазак кованог новца, чију је вредност контролисао и гарантовао полис. На основу тога су се у 4.веку п.н.е. почели јављати први банкарски, трапезити (трапезитари) који су обављали депозитне, али делом и кредитне послове.

У Римском царству су се банкарски послови углавном развијали као наставак процеса њиховог развоја у Старој Грчкој. Чак су доста дуго и сами банкарски били пореклом Грци. Посао трапезита су у Риму вршили аргентарији (аргентуси). У то време се значајно развило књиговодство које је пратило размену новца и зајмове. Књиговодствени искази су већ у то време постали значајна доказна средства у споровима. Ковани новац је био опште мерило вредности, а аргентарији су обављали послове платног промета, депозитне и кредитне послове као и књиговодствене послове.

Први облици кредита који су се јављали већ у Старом веку били су тзв. природни кредити. За ову врсту кредита је карактеристично да давалац кредита даје одређену количину добара кориснику кредита, а овај се обавезује да истоврсну количину добара врати касније даваоцу кредита, уз неку накнаду.³³ Касније су природни

³² Krasensky, Hans: Kurzgefaßte Bankgeschichte, Stuttgart, 1968, с. 13 с позивом на papyrus oхy II 288 и papyrus oхy 513.

³³ Како се види, природни кредит се суштински разликује од савременог новчаног кредита. Код данашњег новчаног кредита банка по правилу не даје сопствени новац, већ новац који је по основу новчаних депозитних послова прикупила од својих клијената. Код природног кредита, међутим, давалац кредита се не јавља као посредник, већ напротив директно даје одређена своја добра кориснику кредита, а овај се обавезује да истоврсна добра врати по протеклу одређеног времена. (В. Hahn, Oswald, op. cit. с. 78).

кредити потискивани од стране новчаних кредита, мада су се неки облици натуралних кредита задржали до данашњих дана.³⁴

Рани Средњи век није погодовао даљем развоју банкарских послова. Напротив, он је умногоме значио повратак натуралној привреди. Промет металним новцем је углавном био спорадичан и кретао се у локалним оквирима. Посебан проблем за развој банкарских послова, нарочито кредитних, је била тзв. зеленашка догма, под коју су црквене власти подводиле сваки облик камате на позајмљени новац. Због тога су банкарски морали пронаћи различите заобилазне методе обрачунавања камата. То је, међутим, значајно спутавао банкарско пословање, све док се није усталило схватање да је између трговаца сваки уговор ваљан, па и онај за који није назначен основ (*nudum pactum*) као и да је правни захтев из преузете обавезе (*nuda promissio*) правно ваљан и обавезујући. Тек од тог тренутка су се кредитни послови могли почети озбиљније развијати, јер су банкарски захтеви по основу камата могли исказивати као апстрактне обавезе, не везујући их за зајам или кредит. То је имало далекосежне последице које се осећају и данас. Апстрактни послови су знатно развијенији у северној Европи, посебно у германском правном кругу, док су у земљама Медитерана, у којима је утицај Католичке цркве био снажнији, они непознати или недовољно развијени.

Банкарске послове су обављали тзв. кампсори који су се превасходно бавили мењачким и депозитним пословима. Банке које су се већ у раном Средњем веку јављале, биле су и јавне и приватне.³⁵ Прве су се бавиле углавном депозитним, а друге мењачким пословима. Најстарија је била Банка Венеције која је настала већ у 12. веку, да би се у 14. веку јавиле сличне банке и у Ђенови и Фиренци. Уопште, банкарство се због погодних трговачких и политичких прилика у то време највише

³⁴ Hahn тако наводи да у неким азијским земљама, као напр, у Индонезији, банке поред новчаних кредита и данас дају кредите у природи, пре свега у пиринчу, при чему се ради о пиринчу у својини банака, а корисници оваквог кредита враћају кредит такође у пиринчу, након истека уговореног рока. (Hahn, Oswald, op. cit. c. 78).

³⁵ В. детаљније: Krasensky, op. cit. c. 16.

развијало у Италији, да би касније велики значај добила Енглеска, посебно након оснивања Банке Енглеске (Bank of England), прве централне банке у савременом смислу те речи.

За развој уговора о кредиту, посебно уговора о кредиту обезбеђених залогом, посебан значај има развој банкарства у Италији у којој је настао кредит на основу залогe покретних ствари, а по Ломбарђанима који су га практиковали, назван је ломбардни кредит.³⁶ Касније су се ови кредити почели јављати и у пракси банака у другим земљама.³⁷

Већ средином Средњег века најпре широм Италије, а касније и широм целе Европе развила се мрежа банака и банкара (Бриж, Антверпен, Лион, Аугсбург, Ханзеатски градови итд.). Функционисао је платни промет, а јавиле су се и менице, и то не само у функцији мењачког, већ и платежног и кредитног средства.

Кредитни послови, и даље под притиском зеленашке догме, постепено су се развијали, с тим да су почетне камате на кредите од око 15% морале бити снижене на око 5%. И тако снижене, морале су се правдати не као зарада банке већ као накнада за рад банке у вези с кредитирањем и накнада за кредитни ризик (*ratione laboris et periculi*). Поред тога, у неким земљама су је банкарски клијенти плаћали само добровољно³⁸

Даљи развој привреде у средњем веку захтевао је већу концентрацију новчаних средстава и њихово усмеравање у привредне подухвате веће вредности, што је довело до снажнијег развоја новчаних депозитних послова и, на њиховој основи, до великог развоја кредитних послова. Све је то довело до развоја и жиро-промета.

³⁶ В. Bitterich А.: *Das bankmäßige Lombardgeschäft*, Frankfurt am Main, 1932, с. 80 и сл.

³⁷ За развој ломбардних кредита у Немачкој, посебно од 15. века па надаље, в. напр. Koch, А.: *Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse*, Jena, 1931.

³⁸ В. Krasenky, *op. cit.* с. 18.

У Новом веку банкарски послови су се јасно дефинисали, а банке, као неспорно најважнији носиоци банкарских послова, су се дефинитивно институционализовале и пословно профилисале. Најпре су се институционализовале тзв. жиро-банке, тј. банке чија је основна делатност била платни промет, пре свега безготовински платни промет на основу контокорентних банкарских рачуна. Након њих дошло је до пуне афирмације кредитних банака, будући да је нагли привредни развој мануфактуре, а затим индустрије, саобраћајне и друге инфраструктуре и енергетских система могао да се оствари само на основу глобалне атракције слободног новца и уз масовно кредитирање. Додуше, кредитне банке су од свог настанка биле под снажним притиском државе, посебно апсолутистичких владара, које су такође морале стално да кредитирају, не ретко и по цену сопствене неликвидности, па и пропасти. Карактеристично је у том смислу кредитирање Хабзбурговаца од банкарских кућа Fugger, Welser, Tucher и Thurzos, као и Ватикана од стране породице Медичи, Енглеске од стране банкарских кућа Bardi и Peruzzi итд. Често се при томе нису нису поштовали ни елементарни принципи банкарског пословања па су краткорочни новчани депозити коришћени за дугорочно кредитирање власти. Поред тога владари често нису могли да отплате добијене кредите, већ су уместо отплате преносили на банке нека своја права убирања јавних дажбина (царине, порези, таксе и сл.) или чак монополске привилегије (на трговину тзв. акцизним производима и сл.) што је додатно угрожавало ликвидност банака. Све то је доводило до великих проблема у функционисању кредитних банака, због чега су многе и пропале. Када је тако Карл III 1672. године одбио враћање својих огромних кредитних дугова, и када је због тога Goldšmit банка, једна од највећих банака тога доба постала, инсолвентна, сазрело је уверење да се морају образовати јавноправне банке. То је довело 1692. године до оснивања Банке Енглеске (Bank of England) прве централне банке у модерном смислу те речи. У почетку је ова банка била трговачка банка, али је 1844. године подељена у два одељења, од којих се једно бавило монетарно-емисионим пословима, а друго класичним банкарским пословима. Касније су се по узору на Банку Енглеске оснивале многе централне банке у Европи. Посебно је у том смислу било значајно оснивање Банке Француске (Banque de France) 1800. године од стране Наполеона II.

Не улазећи у појединости даљег развоја кредитних и других банкарских послова у модерном времену, поглед на историјски развој банка и банкарских послова доводи до неколико закључака. У Старом веку су се углавном обављали депозитни послови у облику класичне оставе, ради чувања новца и других вредности. При крају Старог века и у раном Средњем веку обављају се добрим делом послови у вези с металним новцем, укључујући и плаћања. При крају Средњег века и почетком Новог века у први план излази кредитно пословање банака, а са њим и кредити држави и проблеми неликвидности и инсолвентности. Коначно, у Новом веку долази до оснивања централних банака и до савременог уређивња банкарског система. На основу депозитних послова банке прикупљају огромна слободна новчана средства од привреде и становништа и пласирају из кроз разноврсне кредитне послове привреди и становништу, остварујући при томе одговарајуће приходе на разлици између активних и пасивних камата. Коначно, у најновије време, разне врсте неутралних банкарских послова (услужни послови) такође доживљавају пуни процват.

ВРСТЕ УГОВОРА О КРЕДИТУ

1. Критеријуми разврставања

Уговоре о кредиту је могуће разврставати по различитим критеријумима. Поред поделе на *новчане кредите* и *кредите одговорности* о којима ће касније бити више речи, уговори о кредиту се могу разврставати на различите начине, зависно од критеријума поделе.

Тако се према временском критеријуму кредити могу разврставати на *краткорочне* (обично до једне године) *средњорочне* (од три до пет година) и *дугорочне* (преко пет година).³⁹ Ова подела није од посебног значаја за правну анализу, али је итекако значајна за економску употребљивост и тзв. »цену« кредита. Рочност кредита директно утиче на кредитни ризик (ризик отплате) што се одражава и на висину камате као цену кредита.⁴⁰ Какав ће кредит по рочности бити, зависи превасходно од два фактора. Први је рочност новца из којег се финансира кредит, а други је сврха за који корисник кредита намерава користити кредитну суму.⁴¹

По посебном временском критеријуму уговори о кредиту се могу поделити и на оне који се закључују *на одређено време* и на оне који се закључују *на неодређено*

³⁹ У банкарској литератури се срећу и другачије класификације кредита према временском критеријуму. У том смислу се среће класификација према којој су краткорочни кредити они с роком враћања до годину дана, средњорочни до четири године, а дугорочни преко четири године. (Тако Jähring, Alfred: Handbuch des Kreditgeschäfts, Wiesbaden, 1973, с. 153). Неки други аутори под краткорочним кредитима разумеју само оне код којих је рок враћања кредитне суме до 6 месеци, под средњорочним кредитима са роком враћања од 6 месеци до 4 године, а под дугорочним оне код којих је рок враћања преко 4 године. (В. Hahn, Oswald, op. cit. с. 93).

⁴⁰ В. Васиљевић, Мирко, Трговинско право, Београд, 1991, с. 561.

⁴¹ В. Falter, op. cit. с. 38.

време. Уговори о кредиту на одређено време се јављају редовно, док се уговори о кредиту на неодређено време јављају ређе. Такви уговори могу бити *револвинг кредити* код којих се уговором о кредиту одређује лимитирани износ кредитне трансхе за одређени временски период, с тим да се за сваки наредни временски период кориснику ставља на располагање нова трансха, све до престанка уговора. Пошто се ради о трајном правном односу овакав уговор редовно престаје отказом једне или друге уговорне стране.

Новчани кредити се могу разликовати и по начину на који се кредитна сума ставља на располагање кориснику. Код *готовинских* кредита се кредитна сума кориснику кредита исплаћује у готовом новцу, док се код *безготовинских* кредита она преноси на рачун корисника кредита. У пракси много већи значај имају безготовински кредити, посебно у односима банака са привредним субјектима.

Према намени, кредити се деле на *наменске* и *ненаменске* (тзв.кредити опште намене). За уговоре о наменском кредиту је карактеристично да корисник кредита преузима обавезу да ће добијену кредитну суму искључиво употребити за намену која је уговором одређена. Такви су напр. кредити за стамбену изградњу, инвестициони кредити итд. Насупрот томе, ненаменски кредит корисник кредита може користити за било које намене. Подела уговора о кредиту по овом критеријуму има и значајане правне импликације. Евентуално коришћење кредитне суме противно утврђеној намени представља основ за отказ (раскид) уговора о кредиту од стране банке, као и основ за превремено враћање кредитне суме у целини и накнаду штете коју је банка због тога претрпела. Економски посматрано, наменски кредити имају већи значај од ненаменских јер се преко њих остварују утицаји економске политике, посебно кредитно монетарне политике централне банке.

Уговори о кредиту се могу разврстати и на оне *са средством обезбеђења* и *без средства обезбеђења*. За прву категорију је карактеристично да се корисникова обавеза враћања кредитне суме (и камате одн. трошкова) појачава неким средством

обезбеђења, док код уговора о кредиту друге категорије то није случај. Средства обезбеђења могу бити различита, како персонална (јемство, банкарска гаранција, приступ дугу и др.) тако и стварна (ручна залога, хипотека, земљишни дуг и др.).

С обзиром на карактер корисника, кредити се деле на *јавноправне* и *приватноправне*. Први постоје када је корисник кредита неко лице јавног права, пре свега држава, региони и локалне заједнице, али и друга лица јавног права. Приватноправни карактер имају сви остали кредити, тј. кредити код којих су корисници кредита лица приватног права.⁴²

Према начину враћања новчани кредити се деле и на оне са *отплатом одједном* и на оне са *отплатом у ратама*. У банкарској пракси се много чешће срећу уговори о кредиту с отплатом у ратама.

У банкарској пракси постоје и бројни специфични уговори о кредиту, од којих ћемо указати на најзначајније.

2. Специфични кредитни послови

2.1. Акцептни кредит

Акцептни кредит је кредит који банка одобрава клијенту на тај начин што акцептира меницу коју је он вукао на њу, а клијент се обавезује да ће банци доставити покриће за меничну суму пре доспелости менице и да ће јој платити одређену накнаду (провизију). Акцептни кредит се може дефинисати и као кредит код којег банка акцептира меницу коју је на њу вукао клијент или његов овлашћеник под условом да клијент стави банци на располагање противредност

⁴² Ова подела може да има одговарајуће реперкусије на банкарске билансе, зависно од прописа одређене државе (за прилике у Швајцарској види напр.: Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 137).

менице пре њене доспелости.⁴³ Пошто се најчешће ради о трасираној меници по сопственој наредби, то клијент, као корисник кредита, може тако акцептираном меницом даље располагати на различите начине, већ према својим потребама. Могуће је, међутим, и да клијент изда редовну (обичну) трасирану меницу, да је вуче на банку, а да у њој као ремитента означи свог повериоца. Коначно, могуће је и да поверилац банчиног клијента изда и вуче меницу по сопственој наредби на банку која је акцептира и затим му је враћа, а посебним уговором обезбеђује себи право регреса од свог клијента. Банчина обавеза акцептирања је најчешће једнократна, али може бити и револвирајућа (акцептирање више меница у одређеним временским интервалима са меничним сумама до одређеног лимита).⁴⁴

Како се види, акцептни кредит није новчани кредит, већ кредит одговорности. Многи га сматрају и најважнијим кредитом одговорности. Код акцептног кредита банка не одобрава кориснику кредитну суму у новцу већ му ставља на располагање сопствену одговорност, па се не ради о новчаном кредиту већ о тзв. „обавезујућем“ кредиту.⁴⁵ Пошто се одобрава акцептирањем трасиране менице, акцептни кредит се понекад назива и трасираним кредитом.

Акцепти кредит се сврстава у краткорочне кредите и служи најчешће за финансирање текућег пословања. За дугорочније инвестиционо финансирање није погодан.

За одобравање акцептног кредита банка стиче право не само на покриће већ и на накнаду. Колика ће она бити, одређује се уговором. Начелно, она превасходно зависи од стања на финансијском тржишту.⁴⁶

⁴³ Hagenmüller, Karl, Der Bankbetrieb II, Wiesbaden, 1970, с. 144.

⁴⁴ Упор. Schinnerer, Bankverträge, II. Teil, op. cit. с. 26.

⁴⁵ В. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 161.

⁴⁶ Уопштено би се могло рећи да на тромесечном нивоу (овај период је у банкарској пракси најчешћи) накнада износи негде око ¼% код покривених и око ½% код непокривених кредита (В. Bächler, op. cit. с. 77).

Основни смисао акцепта, као што је познато, је да лице на које се меница вуче (трасат) прихвати меничну обавезу и да на тај начин постане главни менични дужник (акцептант). Тако, ако поверилац изда меницу по сопственој наредби и вуче је на свог дужника, овај акцептирањем постаје акцептант и од тог тренутка према повериоцу не одговара само по правилима уговорног права, већ и по строгим, апстрактним правилима меничног права, чиме се његова позиција битно ојачава. Међутим, вредност акцепта зависи од бонитета, ликвидности и солвентности самог акцептанта. У редовним пословним односима, у оквиру једне земље или региона, акцепт дужника може бити сасвим довољан, јер се поверилац може релативно лако информисати о бонитету акцептанта. Али ако се ради о међународном промету, то најчешће није случај. До тачних и потпуних информација се тешко и споро долази. Због тога су привредници почели да траже да меницу акцептира нека реномирана банка. Историјски посматрано, то су најпре чиниле лондонске и њујоршке банке⁴⁷ али се давањем акцепата и на тај начин одобравањем акцептних кредита данас баве банке широм света. При томе банка акцептант може бити како банка из земље дужника тако и из земље повериоца, али и нека реномирана банка из треће земље.

Да би банка била спремна да акцептира меницу коју клијент вуче на њу, потребно је да се пре акцепта закључи додатни уговор о акцептном кредиту (акцептирању) којим се банка обавезује да ће акцептирати меницу до одређеног меничног износа (лимит кредита) а клијент (корисник кредита) се обавезује да ће банци дати одговарајуће новчано покриће до дана доспелости менице, најчешће 1-2 дана пре доспелости. Ако би клијент морао да положи покриће већ у тренутку закључења овог уговора изгубио би се карактер кредитног односа, па се најчешће датум покрића одређује на неки термин непосредно пред доспелост менице. Овај уговор се редовно закључује у писаној форми, мада он, по својој природи, није формалан уговор.

⁴⁷ Hagenmüller, op. cit. c. 144.

Након акцептирања, банка одговара по меници као акцептант, дакле главни менични дужник, према правилима меничног права. Додуше, банка рачуна са тим да за исплату менице неће морати да ангажује сопствена средства, већ да ће то учинити на терет новчаног покрића које ће корисник кредита дати банци пре доспелости менице, а по основу уговора о акцептирању. Ипак, банка мора бити спремна и на то да корисник можда неће испунити своју обавезу и да неће благовремено пружити покриће, због чега не би смела да преузима неконтролисано велики број обавеза, тј. не би смела да неконтролисано „продаје“ своје акцепте клијентима.

Акцептираном меницом корисник кредита може располагати на различите начине. Он је, пре свега, може користити као платежно средство, што значи да је индосаментом може преносити на трећа лица и на тај начин измиривати своје обавезе према њима. Исто тако овакву меницу може користити и као средство обезбеђења. Тако може заложним индосаментом пренети меницу на неког свог повериоца или на другу банку која му одобрава новчани кредит.

Ипак, корисник кредита најчешће акцептирану меницу есконтује (дисконтује) код банке пре њене доспелости, и на тај начин, уз одбитак дисконта, долази до готовог новца. Есконт менице може остварити код друге банке, али и код саме акцептне банке. На тај начин се јављају два кредитна односа. Један по акцептном кредиту и други по есконтном (дисконтном) кредиту. Акцептна банка је често заинтересована да сама дисконтује менице које је акцептирала (да „дисконтује сопствене акцепте“), јер на тај начин задржава свог клијента код себе и не даје прилику другој банци да кроз дисконт (есконт) њеног клијента стекне као свог новог клијента.⁴⁸ Поред тога акцептна банка тада, поред акцептне провизије, стиче и дисконтну накнаду, коју

⁴⁸ Из чињенице да данас све више банака предвиђа у уговору о акцептном кредиту да ће сама дисконтовати сопствене акцепте, не треба извући закључак да постоји банкарски обичај у том смислу. Корисник акцептног кредита ће имати право да од акцептне банке захтева дисконтовање акцептиране менице само ако је то изричито предвиђено неком клаузулом уговора о акцептном кредиту. (Упор. Schinnerer, Bankverträge, II. Teil, с. 26 и сл.).

чине недоспеле камате, трошкови и награда. Често се у пракси дешава да акцептна банка условљава давање акцептног кредита обавезом корисника да акцептирану меницу дисконтује управо код ње.⁴⁹

Ако акцептна банка не дисконтује меницу, дужна је да је исплати по доспелости њеном имаоцу. То може бити друга банка која је меницу дисконтовала, али и свако друго лице на које је меница у међувремену пренета. Банка је за исплату менице обезбеђена покрићем које јој је корисник кредита пружио, а ако није, има регресни захтев према њему. Тај захтев, међутим, није меничноправни, јер када банка као акцептант исплати меницу, она престаје, будући да ју је исплатио главни менични дужник. Због тога банка заснива свој регресни захтев искључиво на уговору о акцептирању који је закључила са корисником кредита.

2.2. Рамбурсни кредит

Рамбурсни кредит⁵⁰ је такође менични кредит, тј. кредит који настаје уз употребу менице. Суштина овог облика кредита је у томе да банка увозника акцептира његову меницу вучену на њу, уз обавезу да је сама непосредно (што је ређе) или преко кореспондентне банке (што је чешћи случај) преда извознику, као кориснику (ремитенту) уз истовремено преузимање робних докумената, а увозник, као клијент, се обавезује да за то плати акцептну провизију.

Као што се види, рамбурсни кредит је посебна врста акцептног кредита, па тиме и типичан кредит одговорности. У пословној пракси рамбурсни кредит се означава и као „документа уз акцепт“ („documents against acceptance“, D/A). Но, с обзиром на

⁴⁹ В. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 163.

⁵⁰ Назив потиче од француске речи „rembourser“ што значи вући на себе, преузети на себе, прихватити плаћање.

улогу докумената при реализацији овог кредита он показује значајне сличности са документарним акредитивом.⁵¹

За рамбурсни кредит је карактеристично да је покриће у роби. Потпис купца као увозника на меници продавцу као извознику не значи много, јер би такву меницу тешко успео да есконтује у својој земљи. Међутим, када добије меницу коју је акцептирала увозникова банка, тада меницу може не само сигурно есконтовати, већ је може корисити и као платежно средство или средство обезбеђења. Извозник меницу може есконтовати или је користити као платежно средство и у некој трећој земљи.

Рамбурсни кредит се најчешће користи у поморској трговини, уз употребу коносмана као робног документа, који извозник подноси банци при преузимању акцептиране менице.

Пошто је рамбурсни кредит посебна, специфична врста акцептног кредита, између увозника (корисника кредитита) и рамбурсне банке се такође закључује уговор о рамбурсном кредиту, чију суштину чини обавеза банке да акцептира меницу коју увозник (као њен клијент) буде вукао на њу и да тако акцептирану меницу непосредно или преко кореспондентне банке преда извознику (који је у меници означен као ремитент) уз истовремено преузимање робних докумената (коносман, фактура и др.), а увозник се обавезује да обезбеди покриће и да банци плати рамбурсну провизију.

Због својих карактеристика рамбурсни кредит је погодан у извозно-увозним пословима у којима постоји узајамно поверење учесника. Ако тога нема, тада се рамбурсни кредит (код кога по правилу постоји кредит од три месеца до коначног плаћања) замењује документарним акредитивом.

⁵¹ Детаљније о сличности рамбурсног кредита са документарним акредитивом и о правним односима који код овог кредита постоје између учесника у њему види: Schönle, op. cit. с. 144 и сл.

2.3. Авални (кауциони) кредит

2.3.1. О авалном (кауционом) кредиту уопште

Под авалним (кауционим) кредитом разумеју се у банкарској пракси различити кредитни модалитети. Авални кредит у најужем смислу је само онај кредит у којем се банка јавља у улози авалисте на меници у корист свог клијента. У ширем смислу, међутим, под авалним кредитом се подразумева и кредит код којег банка преузима било који облик јемства за свог клијента. Коначно, у најширем смислу, под авалним кредитом се подразумевају не само кредити код којих се банка јавља као авалиста или јемац за свог клијента, већ и кредити код којих се она јавља у улози гаранта.⁵² Пошто се, међутим, ради о правно различитим ситуацијама, ови модалитети се морају и различито посматрати.

Авални кредит је такође кредит одговорности.⁵³ Он се јавља у ситуацијама када се не закључују послови уз истовремено извршење узајамних уговорних обавеза, већ се једна страна обавезује да своју чинидбу изврши прва, а друга се обавезује да своју противчинидбу изврши тек након одређеног временског периода. У том случају је за прву уговорну страну изузетно важно да уз уговорног партнера за извршење противчинидбе одговорност преузме и тако поуздан привредни субјект какав је банка.

Историјски посматрано, авални кредит је на почетку заиста имао искључиво авални карактер, због чега је и добио такво име. Банка је авалирала меницу (најчешће као

⁵² Упор. напр. Hagenmüller, Karl: Der Bankbetrieb, с. 153; Obst/Hintner: Geld -, Bank-, und Börsenwesen, с. 454 и сл.

⁵³ За разлику, међутим, од акцептног кредита, код којег се банка јавља као главни дужник по меници (будући да је акцептант) код авалног кредита је она тзв. евентуални дужник, тј. дужник који ће за исплату менице одговарати тек ако главни дужник не исплати меницу о доспелости. (упор. Hahn, Oswald, op. cit. с. 91).

авалиста за трасанта или акцептанта – када се банчин клијент јављао у некој од ових улога) и на тај начин преузимала авалну одговорност за акцептирање и исплату менице за свог клијента. Како је положај поверилаца због меничноправне строгости био изузетно повољан и сигуран, временом су се и други облици одговорности, пре свега, јемства, „облачили у форму меничног авала“⁵⁴

2.3.2. *Авални кредит у ужем смислу*

Код авалног кредита у ужем смислу банка преузима одговорност по правилима која у меничном праву важе за авал. То пре свега значи да банка преузима апстрактну, од основног посла независну обавезу. Пошто обавеза банке није акцесорна, то ни њен авал нема карактер јемства.⁵⁵ Без улажења у детаљнију анализу меничноправног авала, битно је за разумевање овог модалитета авалног кредита нагласити да банка по преузетом авалу одговара сваком будућем имаоцу менице и то онако како одговара лице за које је авалирала (хонорат). То значи да ће меницу са банчиним авалом клијент (корисник кредита) дати свом повериоцу (ако је овај већ означен као ремитент - простом предајом, а ако није, већ је банчин клијент издао меницу по сопственој наредби - индосамантом) у складу с основним уговором. Поверилац тада може овом меницом располагати као и код акцептног кредита. Може је користити као средство плаћања према својим повериоцима, може је користити као средство обезбеђења, укључујући и при закључењу сопствених уговора о кредиту с банкама, може је есконтовати код исте или друге банке, а може је и наплатити о њеној доспелости. При томе је дужан да се најпре обрати главним дужницима. Ако је банка авалирала за главног дужника (што је у

⁵⁴ Hagenmüller, Karl, op. cit. c. 153.

⁵⁵ У погледу меничног авала постоји, иначе, конфузија у погледу његове правне природе и то не само у нашој већ и у страниј литератури. Многи писци сматрају да је авал менично јемство, мада најчешће при анализи авала указују на његову апстрактну, неакцесорну природу. Како је, међутим, акцесорност несумњиво битна карактеристика јемства, то се одговорност по меничном авалу мора посматрати као посебан, облик неакцесорне и апстрактне персоналне одговорности лица који је такву обавезу преузео.

практици најчешће случај) тада се ималац менице може одмах обратити банци и без обраћања хонорату, пошто је одговорност авалисте солидарна, по принципу солидарности меничних дужника. Када искупи меницу банка може регресним захтевом да се обрати главном дужнику, у поступку и по правилима меничноправног регреса. Међутим, банка има још један правни основ за регресни захтев. Она може захтевати накнаду исплаћеног и по основу уговора о авалном кредиту, који је пре авалирања закључила са својим клијентом, корисником авалног кредита. Ако је банка дала авал за клијента који није главни менични дужник (што је у пракси ретко) тада би она могла да се по исплати менице регресира према хонорату (свом клијенту) и према његовим претходницима по меници, по општим правилима која важе за регресни менични поступак, а према свом клијенту.

2.3.3. Банкарски јемствени кредит (авални кредит у ширем смислу)

Код авалног кредита у ширем смислу банка преузима јемство за свог клијента (корисника кредита). У питању је редован уговор о јемству који банка по налогу свог клијента закључује са клијентовим повериоцем. Авални кредит у ширем смислу је заправо банкарско јемство. Због тога би овај облик кредита тачније могли назвати банкарским јемственим кредитом.

Као и код сваког јемства, тако и код банкарског јемства постоје два уговорна односа. Први однос је основни правни посао који постоји између банчиног клијента и његовог повериоца. Други однос је однос који се између банке и клијентовог повериоца успоставља закључењем уговора о јемству. Поред ова два односа који постоје код сваког јемства, код уговора о банкарском јемственом кредиту постоји још један додатни правни однос, а то је уговор о давању јемства којим се банка

обавезује свом клијенту да ће за њега дати јемство његовом повериоцу, уз накнаду.⁵⁶

Јемство, као лично обезбеђење, заснива се, дакле, уговором о јемству између повериоца и јемца, којим се, према Закону о облигационим односима, јемац обавезује да ће повериоцу испунити пуноважну и доспелу обавезу главног дужника, ако овај то не учини.⁵⁷ Овако одређен појам јемства није, међутим, сасвим тачан. Наиме, јемац према повериоцу испуњава своју обавезу из уговора о јемству, а не обавезу главног дужника. Код јемства се у суштини не ради о преузимању испуњења туђе обавезе, већ о »преузимању задовољења« повериоца за случај да његово потраживање остане нереализовано. Према томе, чинидба јемца је, по својој природи, чинидба накнаде, одштете. Јемац, дакле, не треба да испуни чинидбу главног дужника, већ треба да за њу да одређену накнаду. Због тога се може рећи да се јемац обавезује да *одговара* за испуњење главне обавезе, а не обавезује се да је сам испуни.⁵⁸ Из тога произилази да закључењем уговора о јемству јемац не ступа у главни дужничко-поверилачки однос, главни дуг остаје увек за њега страни дуг.⁵⁹ Испуњавање туђе обавезе постоји само код института преузимања дуга, односно код приступања дугу. При испуњавању своје обавезе из уговора о јемству, јемац не иступа ни као супститут, ни као интервенијент за главног дужника.⁶⁰ Због тога се и банка код банкарског јемственог кредита уговором о јемству обавезује да ће испунити своју, а не клијентову обавезу.

Наравно, уговор о банкарском јемственом кредиту ствара банци акцесорну обавезу, у складу с општом природом јемства. Управо акцесорност чини основну карактеристику јемства. Јемство је условљено постојањем главне обавезе и због

⁵⁶ Уговор о давању јемства може бити посебан уговор али и уговорна клаузула у неком уговору који су, иначе, банка и клијент закључили (напр. уговор о текућем рачуну).

⁵⁷ Чл. 997 ЗОО.

⁵⁸ Bär, T.: Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, (diss.) Zürich, 1963., с. 22.

⁵⁹ Boetius, J.: Garantievertrag, München, 1966, с. 37.

⁶⁰ Kleiner, B.: Bankgarantie. Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft und anderen Vertragstypen mit besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes, Zürich, 1972. с. 71.

тога је обавеза банке као јемца ништава, ако је обавеза њеног клијента, главног дужника, ништава. Исто тако обавеза јемца траје најдуже док траје обавеза главног дужника. Надаље, акцесорност значи и да је обавеза јемца по обиму једнака обавези главног дужника, при чему може бити уговорено да буде и мања. Коначно, банка као јемац може према повериоцу, осим својих личних приговора, да истиче и приговоре свог клијента, као главног дужника.

Банчина обавеза може, иначе, бити солидарна или супсидијерна. По општим правилима упоредног трговинског права јемствена обавеза трговца (привредника) је солидарна, ако се другачије не уговори. Како је банка професионални трговац (привредник) то ова претпоставка важи и за њу. У нашем праву важи исто правило. Када се ради о уговорима у привреди јемац одговара као солидарни јемац (јемац платац)⁶¹, ако другачије није уговорено. Ваља, међутим, имати на уму да банке у свету често уговарају своје јемство као супсидијарно јемство. Претпоставка солидарне одговорности важи и код свих других банкарских уговора, будући да се и они квалификују као уговори у привреди. У нашем праву уговор о јемству обавезује јемца ако је изјаву о јемчењу учинио писмено. То значи да писана форма код јемства има конститутивни карактер, па је и за банкарско јемство неопходно да је банка преузела обавезу у писаној форми.

Ако банка, ако солидарни јемац, плати за преузету обавезу, моћи ће да се регресира од свог клијента по основу уговора о давању јемства који је са њим раније закључила, али и по основу законске цесије која је предвиђена како у другим правима тако и код нас.⁶²

⁶¹ Према чл. 1004 ст. 3 ЗОО „ако се јемац обавезао као јемац платац, одговара повериоцу као главни дужник за целу обавезу и поверилац може захтевати њено испуњење било од главног дужника било од јемца или од обојице у исто време (солидарно јемство)“, а према ст. 4 истог члана „јемац за обавезу насталу из уговора у привреди одговара као јемац платац, ако није што друго уговорено.“

⁶² Према одговарајућим одребама ЗОО „јемац који је исплатио повериоцу његово потраживање може захтевати од дужника да му накнади све што је исплатио за његов рачун, као и камату од дана исплате“ (чл. 1013 ст. 1) с тим да има право и на накнаду трошкова „насталих у спору са

2.3.4. Банкарска гаранција (авални кредит у најширем смислу)

Коначно, у банкарству се и давање банкарске гаранције за свог клијента подводи под општи назив „авални кредит“. До давања банкарске гаранције као средства обезбеђења долази на основу уговора о давању банкарске гаранције који закључују банка и њен клијент (налогодавац). Овим уговором банка се обавезује да ће издати банкарску гаранцију по налогу свог клијента, а у корист његовог повериоца, уз одговарајућу накнаду. На основу овог уговора банка са корисником гаранције закључује уговор о гаранцији којим се обавезује да ће му исплатити суму означену у гаранцији ако наступи гарантни случај.⁶³

За разлику од јемства, банкарска гаранција је самостална, од основне обавезе независна обавеза. Она је и апстрактна обавеза, посебно ако се ради о банкарској гаранцији „на први позив и без приговора“. Ако банка због наступања гарантног случаја исплати гарантну суму кориснику гаранције (клијентовом повериоцу) може се од свог клијента регресирати по два основа. Први основ је уговорног карактера. Уговором о давању банкарске гаранције који банка закључује са својим клијентом као налогодавцем, редовно се предвиђа право регреса банке према клијенту, за случај да дође до исплате гарантне суме кориснику. Поред тога у нашем праву постоји и законски основ за регрес. Према одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима налогодавац је дужан платити банци сваки износ који је банка платила по основу гаранције издате са клаузулом без приговора", "на први позив" или садржи речи које имају исто значење.⁶⁴

повериоцем од часа кад је обавестио дужника о том спору, као и на накнаду штете ако би је било“ (ст. 2 истог члана).

⁶³ Више о карактеру банкарске гаранције и правним односима који код ње постоје види детаљније: Шогоров, Стеван: Банкарска гаранција, Београд, 1985.

⁶⁴ В. чл. 1087 ЗОО.

2.4. Уговор о дисконтном (есконтном) кредиту

Уз уговор о контокорентном кредиту (кредиту кроз текући рачун) уговор о дисконтном (есконтном) кредиту је један од најважнијих облика кредита у банкарској пракси развијенијих земаља.⁶⁵ Типичан је представник тзв. меничних кредита.

Уговор о дисконтном кредиту је такав уговор којим банка стиче недоспелу меницу свог клијента, уз плаћање меничне суме умањене за дисконт.⁶⁶ Дефинише се и као краткорочни кредит који се остварује куповином меница пре њихове доспелости од стране банкарских организација.⁶⁷ Дисконт, иначе, у себи садржи недоспеле камате, трошкове, ризик евентуалне ненаплате и банчину накнаду (провизију).

Кредитни однос између банке и клијента се код уговора о дисконтном кредиту изражава у томе што клијент преноси своју меницу на банку пре њене доспелости, а одмах од ње добија готов новац. На тај начин банка, заправо, кредитира свог клијента од дана стицања менице до дана њене доспелости. Због тога се и обрачун недоспелих камата при одређивању дисконта врши за временски период између ова два дана.

Уговор о дисконту је настао у средњем веку, али тек када је тзв. каматна догма (хришћанска догма о забрани уговарања камате) почела да слаби. Тада је меница почела да добија своју кредитну функцију, која јој је данас најзначајнија. До тада се меница искључиво користила као мењачко средство (средство замене новца) и као платежно средство. Данас се користи пре свега за краткорочна кредитирања, по правилу на период до 90 дана.

⁶⁵ В. Stauffer, Peter-Emsch Urs, *op. cit.* с. 151.

⁶⁶ За уговор о дисконтном кредиту је, иначе, небитно да ли је меница акцептирана или неакцептирана. Битно је само да је имаала менице банчин клијент и да је меница вучена на неко лице, које може бити и сама банка. (Упор. Schinnerer, *Bankverträge*, II. Teil, *op. cit.* с. 27).

⁶⁷ Hagenmüller, Karl, *op. cit.* с. 61.

Уговор о дисконтном (есконтном) кредиту је омиљена кредитна форма пословних банка. Код овог кредита банке стичу меницу као строго апстрактно и сигурно средство, а с друге стране се на основу ње могу брзо и лако рефинансирати преносом менице на централну или другу банку.⁶⁸ Стицање менице пре њене доспелости од стране банке се у теорији различито квалификује. У економској теорији се искључиво говори о куповини (продаји) недоспеле менице као суштини уговора о дисконтном кредиту.⁶⁹ Исто тако и у правној теорији су честа схватања која уговор о дисконту (есконтну) схватају као специфичну врсту купопродаје недоспелих меница.⁷⁰ Ипак, у правној теорији се срећу и схватања која правну природу уговора о дисконтном кредиту објашњавају искључиво меничноправним елементима, квалификујући овај уговор као уговор чију суштину чини индосамент клијентове недоспеле менице на банку, уз обавезу банке да за то плати меничну суму умањену за дисконт.⁷¹

Меница која се дисконтује је по правилу меница банчиног клијента, али није искључено да то буде и туђа меница коју клијент банци подноси као пуномоћник за инкасо или заложни поверилац. Редовно је то, међутим, клијентова меница која може бити или меница коју је издао клијент по сопственој наредби, или било која друга меница у којој је клијент означен као ремитент односно последњи индосатар.

За исплату дисконтоване менице о њеној доспелости банци одговарају сви менични дужници, по општим правилима меничног права. Банчин клијент ће јој одговорати као последњи индосант, будући да је он индосаментом пренео недоспелу меницу на банку. По меници, међутим, пре свега одговара главни менични дужник, а то је

⁶⁸ Büschgen, Hans, *Bankbetriebslehre*, Wiesbaden, 1972. с. 388.

⁶⁹ В. напр. Obst/Hintner, *op. cit.* с. 429. У овом раду уговор о дисконту се дефинише као куповина меница или потраживања од стране банке, уз одбитак камата од дана куповине до дана доспелости.

⁷⁰ Тако се у Немачкој на уговор о дисконту поред Закона о меници примењују и одредбе Грађанског законика /BGB) о купопродаји – пар. 443 и сл. (упор. Hagenmüller, Karl, *ibidem*).

⁷¹ Schönle, *op. cit.* с. 168.

акцептант акцептиране менице, односно трасант неакцептиране менице и издавалац сопствене менице, као и авалисти за ова лица. Поред тога за исплату менице ће банци одговарати и сва друга лица која су по правилима меничног права одговорна као тзв. регресни дужници. За актуализацију одговорности ових лица је, међутим, неопходно да банка подигне протест код суда због неисплате менице од стране главног меничног дужника.

С обзиром да по дисконтованој меници поред банчиног клијета (корисника кредита) најчешће одговарају и друга лица (трасант, акцептант, издавалац сопствене менице, индосанти, авалисти) то се од банчиног клијента најчешће при дисконтовању не траже додатна средства обезбеђења. Уговором о дисконту се, међутим, може и супротно уговорити.

Код уговора о дисконтном кредиту посебан значај има испитивање карактера менице и бонитета меничних дужника. Тако се, пре свега, утврђује да ли се ради о редовним меница или о тзв. „подрумским“ меницама (менице које се вуку на непостојеће привредне субјекте, с тим да се након дисконтовања оне од стране банчиног клијента плате пре доспелости, чиме се остварује кредитирање али и прикривање нерегуларног вучења менице) или тзв. „јахаћим“ меницама (менице код којих два лица без постојања узајамних дуговања издају две менице, и то тако да их узајамно вуку један на другог, а затим их акцептирају, све с циљем да тако акцептиране менице дисконтују код различитих банака, а затим, пре њихове доспелости, издају нове менице којима замењују првобитне и тако остварују додатно кредитирање).⁷² Поред тога испитује се и бонитет меничних дужника, пре свега самог банчиног клијента и главних меничних дужника. Од резултата испитивања карактера менице и бонитета меничних дужника зависи и висина дисконта, као и евентуални захтев банке за пружење додатних средстава обезбеђења. При томе је за банку од прворазредне важности испитивање бонитета самог клијента, чак више него самог акцептанта, који је, иначе, главни менични дужник. Ово због тога што се у пракси, а на основу уговора о дисконту, банка

⁷² В. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 153; Schönle, op. cit. с. 180 и сл.

одмах обраћа клијенту, као продавцу менице, у случају да дисконтвана меница не буде исплаћена о доспелости.

Уговор о дисконтном кредиту може бити појединачан, али и глобалан. Многе банке у свету глобалним уговором преузимају обавезу да дисконтују све менице које им њихови стални и поздани клијенти поднесу.⁷³

Код дисконтног кредита се најчешће користе тзв. робне менице, тј. менице које су настале при продаји робе.⁷⁴ Банке радије прихватају робне него финансијске менице у дисконт из два основна разлога. Први разлог је што су оне сигурније, јер акцептант у робној трансакцији (редовно купац) стицањем реалне вредности у роби може и да њеном продајом оствари потребна средства за исплату менице. Други разлог је банкарске природе. Наиме, централне банке такође најчешће редисконтују (реесконтују) робне менице, како због њихове сигурности, тако и због подстицања производње и робног промета.

Након дисконтовања дисконтна банка може са меницама поступити у основи на два начина. Она их може држати у свом портфељу (тзв. менични портфељ банке) и наплатити их о њиховој доспелости. Уколико настану проблеми при наплати банка може након протеста инсистирати на наплати кроз регресни поступак, а може и да се задовољи пролонгацијом менице, најчешће кроз издавање нове менице у корист банке.

Други начин је да банка дисконтване менице даље дисконтује код друге банке, најчешће централне банке, и на тај начин прибави себи потребна новчана средства. Да би се редисконтовање исплатило неопходно је дисконт, као накнада банке при дисконтовању, буде вредносно већи од редисконта (накнаде другој банци при редисконтовању). Уговор о редисконту је по својој природи исти као уговор о

⁷³ У том случају ради се о континуираном кредитирању клијената, по правилу до одређеног лимита (в. Bächler, *op. cit.* с. 40).

⁷⁴ Упор. Schönle, *op. cit.* с. 173 и сл.

дисконту. И уговор о редисконту се мора закључити пре меничне доспелости. Редисконт код централне банке се иначе јавља као важан посао кроз који централна банка утиче на кредитне односе у банкарству уопште. Фиксирањем редисконтне (реесконтне) стопе централне банке не само да директно утичу на дисконтне стопе комерцијалних банака, већ посредно утичу и на банкарске кредитне каматне стопе уопште. Овакав утицај редисконтних стопа централне банке је видљив и из чињенице да се дисконтне стопе комерцијалних банака не образују просто на основу понуде и тражње, већ напротив настају као израз усаглашене политике комерцијалних банака, која за основу увек има редисконтну стопу централне банке.⁷⁵

Уговор о дисконту може имати и карактер форфетирања,⁷⁶ ако се при дисконтовању банка одрекне права на регрес према клијенту, као пренесиоцу (продавцу) менице. У том случају банка може о доспелости да се наплати само од акцептанта и других меничних дужника. С обзиром да се на овај начин повећава ризик ненаплате, банке по правилу код форфетирања, поред дисконта, уговарају додатну форфетну премију (накнаду) или увећавају редовну дисконтну стопу. С друге стране банчин клијент се кроз форфетирање ослободио сваке даље одговорности по дисконтованој меници. Он одговара само за постојање меничног потраживања.⁷⁷

2.5. Уговор о винкулационом кредиту

Уговором о винкулационом кредиту банка преузима обавезу да продавцу стави на располагање одређену суму новца, а продавац се обавезује да банци преда уговором предвиђена документа. Та документа су пре свега дупликат товарног листа и фактура, а понекад и друга уговорена документа. Сума новца коју банка

⁷⁵ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 157.

⁷⁶ B. Schönle, op. cit. c. 183.

⁷⁷ Ibidem.

ставља на располагање продавцу је, по правилу, мања од продајне цене. Посао се даље одвија тако што винкулациона банка упућује товарни лист (и друга документа) кореспондентној банци или шпедитеру у земљи купца с налогом да документа предају купцу само уз истовремено плаћање куповне цене с његове стране ("плаћање уз документа", "documents against payment").

Купопродајну цену кореспондентна банка упућује винкулационој, а ова, по одбитку суме коју је раније ставила на располагање продавцу, уплаћује преостали износ на продавчев рачун. За ову кредитну услугу винкулациона банка има право на награду и накнаду трошкова, од чега један део припада кореспондентној банци по основу уговора о налогу који је закључила са винкулационом банком.

Како се види, кредитни однос се успоставља између продавца (извозника) као банчиног клијента и банке за период од стављања на располагање продавцу почетне суме па до наплате куповне цене и покривања те почетне исплаћене суме.

Винкулациони кредит се користи од стране извозника при извозу робе, и то уз превоз робе сувоземним путем (најчешће железницом) по чему се разликује од рамбурсног кредита, који се јавља при поморском транспорту а користи се од стране увозника.⁷⁸

2.6. Уговор о револвинг кредиту

Уговор о револвинг кредиту (лат. *revolvere* - обртати, окретати, обнављати) је посебна врста уговора о новчаном кредиту који се може користити вишекратно, током одређеног временског периода, а до висине уговореног лимита.

Револвинг кредит, често називан и ротативним (ротационим) кредитом се од обичног, једнократног кредита разликује по томе што се уговором о кредиту

⁷⁸ Упор. Вучковић, Милош, Банкарство, Београд, 1967, с. 178.

утврђује новчани лимит до којег банчин клијент може користити новчана средства у одређеном периоду (напр. месечно) али у наредном периоду (напр. за наредни месец) клијент може поново под истим условима користити новчана средства до утврђеног лимита и тако редом све до истека укупног времена на који је кредит уговорен (а ако време није одређено до отказа уговора од једне стране или до споразумног престанка), односно до искоришћења укупне одобрене кредитне суме. Ова врста новчаног кредита је погодна за покривање новчаних потреба купца робе са сукцесивним испорукама или примаоца услуга које се сукцесивно плаћају у одређеном временском периоду.

С обзиром на своју природу, револвинг кредит се може јавити као дугорочан кредит или као кредит са неодређеним трајањем. Неки, међутим, револвинг кредите посматрају као краткорочне кредите при чему се, заправо, свака транша сматра засебним кредитним односом, а општи уговор о револвинг кредитирању би тада имао карактер глобалног уговора.⁷⁹

Уговор о револвинг кредиту с најчешће користи за кредитирање клијента при континуираном снабдевању одређеном робом, али се јавља и при сукцесивном пријему одређених привредних услуга. Ако је корисник револвинг кредита физичко лице, у нашем праву важе нека посебна правила у вези отказа уговора, као и у погледу ускраћивања права на његово даље коришћење.⁸⁰

2.7. *Кредит кроз текући рачун (контокорентни кредит)*

Као што је познато, плаћања у привредном промету су редовно безготовинска, плаћање у готовом је изузетак. За безготовинска плаћања је опет, карактеристично да се она врше преносом са једног текућег рачуна на други, на основу налога власника рачуна. Због тога сви привредни субјекти имају један или више текућих

⁷⁹ В. Hahn, Oswald, op. cit. с. 100.

⁸⁰ В. чл. 33 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

рачуна у једној или више пословних банака. Не улазећи ово приликом у разматрање правних односа између банке и банчиног клијента при отварању и коришћењу текућег рачуна, будући да је у питању услужни а на кредитни банкарски посао, указаћемо само на правни однос који настаје када се кредитирање банчиног клијента остварује кроз текући рачун.

Кредитни карактер уговор о текућем рачуну поприма када се њиме предвиди право клијента (власника рачуна) да до одређеног износа (кредитни лимит) може користити новчана средства, иако их нема на рачуну. На тај начин текући рачун исказује пасивни салдо.

Пошто се уговор о текућем рачуну по правилу закључује на неодређено време, то се и кредитирање кроз овај рачун најшчешће уговара без временског ограничења. Овакво кредитирање се назива и кредитирање на основу отворене кредитне линије.

Код ове врсте кредита основна обавеза банке је да стави на располагање власнику рачуна одређена новчана средства (до одређеног лимита) преко вредности његових новчаних средстава на рачуну, на његов захтев. На тај начин банка кредитира власника рачуна за износ средстава који му је ставила на располагање, а за који не постоји покриће на његовом рачуну. Право да захтева стављање на располагање новчаних средстава до уговореног лимита власник рачуна има у сваком тренутку, његово право се сматра у сваком тренутку доспелим.⁸¹

С друге стране, основна обавеза власника рачуна, као корисника кредита, је да обезбеди покриће на рачуну за искоришћена новчана средства банке и да плати камату за њихово коришћење. Полагање покрића (враћање кредитне суме) је обавеза која се извршава у одређеним временским периодима одређеним уговором.

Кредитирање кроз текући рачун је најпогоднија форма кредитирања текућих пословних потреба привредних субјеката. Јавља се као типичан вид краткорочног

⁸¹ Schönle, op. cit. c. 127.

кредита.⁸² Привредни субјект у једном тренутку има средстава на рачуну, у другом нема, а има сталне потребе за редовним пословањем. Да не би узимао фиксни кредит у износу у којем му не треба тренутно, већ ће му можда требати током пословања, привредни субјект се опредељује за кредитирање кроз текући рачун, јер ће тада узимати само онда и онолико кредитних средстава када и колико му то стварно буде за пословање требало. На тај начин ће плаћати камату само за суму и за време стварног коришћења кредита, а не камату на укупну суму као код фиксног кредита, без обзира што не користи целу кредитну суму одједном.

Контокорентни кредит се јавио још у Средњем веку у пракси банкара у северној Италији. Природу коју је тада имао задржао је и до данашњих дана. Наиме, појединачна потраживања и дуговања губе своју правну самосталност и постају искључиво обрачунска категорија, а правни значај на крају одређеног обрачунског периода (месечно, квартално, полугодишње и сл.) има само утврђени салдо. Ако клијент код исте банке има више текућих рачуна активни и пасивни салдо ових рачуна се у нашем праву по законској претпоставци узајамно пребијају, уколико није друкчије уговорено.⁸³

Уговор о текућем рачуну, па тиме и уговор о текућем рачуну са кредитном клаузулом, је у нашем праву формалног карактера.⁸⁴

У нашем праву постоји претпоставка да се уговор о текућем рачуну закључује с кредитном клаузулом,⁸⁵ али се ова претпоставка може уговором отклонити.⁸⁶

⁸² В. Falter, *op. cit.* с. 333.

⁸³ Чл. 1055 ЗОО.

⁸⁴ „Уговор о отварању текућег рачуна мора бити закључен у писменој форми.“ (чл. 1053 ЗОО).

⁸⁵ „Банка је дужна да преко текућег рачуна врши плаћање за депонента и кад на рачуну нема покрића и то у обиму који је предвиђен уговором о отварању текућег рачуна или посебним споразумом.“ (чл. 1054 ст. 2 ЗОО).

⁸⁶ Чл. 1054 ст. 3 ЗОО.

3. Новчани кредити и кредити одговорности

Из претходних излагања је видљиво да се све врсте кредитних уговора могу поделити на две основне групе. Прву чине новчани кредити, а другу тзв. кредити одговорности.

За новчане кредите је карактеристично да уговором о кредиту банка преузима обавезу да другој уговорној страни, кориснику кредита, стави на располагање одређени новчани износ (кредитна сума) а ова се према банци обавезује да ће тај износ, увећан за камату и евентуалне друге накнаде, вратити банци о доспелости. При томе је без значаја да ли се кредитна сума ставља одједном и у целости на располагање кориснику, да ли се ставља на располагање у ануитетима (ратама) или се одобрава кроз текући рачун клијента према потреби, а до одређеног лимита. Такође је без значаја да ли се кредитна сума исплаћује кориснику у готовом или се приписује његовом рачуну, безготовинским инструментом преноса новца.

Новчани кредит је најстарији облик кредитног уговора. Он је директно произашао из грађанскоправног уговора о зајму, и то новчаном зајму, па се на њега, а у недостатку специјалних правила, могу применити правила која важе за зајам. Поред тога новчани кредит је и данас убедљиво најзначајнији вид кредита, због чега се понекад како у теорији и пословној пракси тако и у законодавству под уговором о кредиту подразумева само уговор о новчаном кредиту. У нашем праву уговор о кредиту се такође законски регулише само као уговор о новчаном кредиту.⁸⁷

⁸⁷ У члану 1065 ЗОО уговор о кредиту се дефинише на следећи начин: „Уговором о кредиту банка се обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором“.

За разлику од новчаних кредита, код кредита одговорности банка не преузима обавезу стављања кориснику на располагање одређене суме новца, већ на основу уговора преузима одговорност за корисника и на тај начин му омогућава да извршава неке своје обавезе или да закључењем додатних кредитних уговора дође до готовог новца. Банка на тај начин „позајмљује“ свој углед, кредибилитет, свом клијенту. Наравно, ако дође до реализације њене одговорности, банка ће у крајњем случају и код кредита одговорности морати да плати одређену суму новца (напр. меничну суму по меници коју је акцептирала или авалирала) па се кредит одговорности може схватити и као „обећање плаћања“.⁸⁸

Међутим, банка по правилу неће платити ту суму из сопствених средстава већ из средстава покрића који јој је корисник кредита по уговору дужан доставити пре или најкасније у тренутку доспелости њене обавезе. Због тога је саставни део кредита одговорности је преузимање обавезе од стране корисника кредита према банци да ће банци благовремено доставити покриће. Али, и када би се десило да корисник кредита не достави благовремено потребно покриће, банци остаје право да се за исплаћену суму у потпуности регресира од клијента. Кредити одговорности су, пре свега, акцепти кредити (општи тип акцептног кредита као и сви кредитни модалитети произашли из њега, пре свега рамбурсни кредит) и авални кредити, о којима је детаљније било речи раније.

Кредити одговорности су новијег датума, али су се и они спорадично јављали већ у Средњем веку, након настанка менице. Свој пуни развој и примену доживели су, међутим, у деветнаестом и двадесетом веку. Данас су они свакоднева пракса свих банака у свету.

Кредити одговорности пружају одређене погодности како банци тако и кориснику кредита. Банка за овакав кредит добија одређену накнаду без ангажовања новчаних средстава, а поред тога пружа свом клијенту додатну финансијску услугу и на тај начин га додатно везује за себе и држи подаље од других, конкурентских банака. За

⁸⁸ Büschgen, Hans, op. cit. c. 339.

корисника су кредити одговорности опет погодни јер му омогућавају да извршава своје обавезе и без новца, уз држање отворене могућности прибављања новца кроз дисконтни (есконтни) кредит.

УГОВОРИ О КРЕДИТУ СА И БЕЗ СРЕДСТАВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

1. О значају средстава обезбеђења код уговора о кредиту

1.1. *Кредитни ризик и његово покривање*

За уговор о кредиту је карактеристично да се заснива на односу поверења између банке и клијента, корисника кредита. То поверење је узајамно.

Поверење банке у клијента се огледа у поверењу банке у стварну намеру (вољу) клијента да одговори својим уговорним обавезама, а то значи да врати кредитну суму, плати камату и евентуално другу накнаду, у складу са уговором. Али поверење банке у клијента значи и поверење у његову способност за извршавање ових обавеза. Поверење банке у спремност (вољу) клијента да врати кредит и поверење у његову способност да то учини се заједно означавају као кредитна солидност клијента.⁸⁹

С друге стране клијент закључењем уговора о кредиту такође показује поверење у банку. То поверење показује већ избором банке као даваоца кредита. Још значајније је, међутим, поверење које клијент исказује тиме што очекује да ће банка извршити своју уговорну обавезу. Наиме, код обезбеђених кредита клијент

⁸⁹ Поверење као основа кредитног односа постоји и код кредитних уговора са средствима обезбеђења (тзв. обезбеђени или покривени кредити). Наиме, чак и код тако сигурних средстава обезбеђења каква су непокретности, покретне ствари стабилне тржишне вредности и првокласне хартије од вредности, не може се потпуно искључити сваки ризик. Може доћи до пропасти непокретности, уништења или већег оштећења покретних ствари, непредвидљивог пада вредности хартија од вредности и сл. Због свега тога и код одлично обезбеђених кредитних уговора не сме бити запостављен елемент поверења, а то значи кредитна солидност клијента (В. Schinnerer, Erich, Bankverträge, II Teil, с. 3).

мора пре одобравања кредита да пружи средство обезбеђења, што би му могло нанети трошкове и другу штету ако банка не одобри кредит. Исто тако код свих кредита код којих банка не ставља кориснику кредита на располагање целу кредитну суму одједном већ то чини у ратама или циклусима (кредит са пуштањем у течај по траншама, револвинг кредити, сезонски кредити, кредити кроз текући рачун у случају негативног салда и др.) постоји извешан ризик за клијента да банка неће извршити своју уговорну обавезу. Извешан ризик постоји и код кредита одговорности, а састоји се у томе што постоји одређена неизвесност да ли ће банка акцептирати или авалирати меницу, у складу са уговором.

Па ипак, мада је однос поверења узајаман, неспорно је да основни ризик уредног извршавања уговора о кредиту сноси банка. Она се уговором обавезује да другој страни, кориснику кредита, стави на располагање одређену суму новца (новчани кредити) или да за другу уговорну страну преузима одређену одговорност (кредити одговорности). У сваком случају након извршења своје уговорне престације, банка преузима пун ризик неизвршења или неуредног извршења обавезе корисника кредита. Корисник може код новчаних кредита да не врати кредитни износ или да га не врати на време, као што може и да не изврши своју обавезу обештећења банке код кредита одговорности. Због тога је сношење ризика код уговора о кредиту у основи једнострано, стварни ризик сноси само банка, док је ризик корисника кредита, бар у редовним економским временима, практично занемарљив. Због тога ће се имовинска равнотежа између уговорних страна дефинитивно успоставити тек када корисник кредита у потпуности изврши своју уговорну обавезу враћања кредитне суме и плаћања камате и евентуалних других накнада.

С обзиром на овакав кредитни ризик банка може да поступи на два начина. Она може да се поузда у сам уговор о кредиту и да, у случају његовог неизвршења од стране корисника, тужбом код суда у редовном поступку настоји да се обештети. За овакав избор банка се може одлучити ако има пуно поверење у корисника кредита, у његову солвентност и пословну солидност. У том случају се ради о

необезбеђеном или бланко кредиту тј. кредиту без средства обезбеђења. Овакви кредити се у банкарској пракси често означавају и као непокривени кредити.⁹⁰

Основни проблем са необезбеђеним кредитима је у томе што банка има само облигационо потраживање према кориснику кредита. Ако из било ког разлога овај не жели, или не може, да врати кредитну суму или изврши другу уговорну обавезу, за банку настаје опасан ризик дефинитивног сношења штете која због тога настане. Како се код уговора о кредиту најчешће ради о већим имовинским вредностима, то банке често захтевају неко додатно средство обезбеђења уредног извршења уговора од стране корисника. Ова средства могу бити персонална (лична) и стварна, о чему ће касније бити више речи. У том случају говори се о обезбеђеним кредитима или кредитима са средствима обезбеђења, односно о покривеним кредитима.⁹¹

Покривање кредитног ризика банке додатним средствима обезбеђења је не само у интересу банке већ и привреде у целини.⁹² Наиме, неуспешна наплата кредитне суме и камата не само да угрожава банку као финансијску организацију већ угрожава и улагаче у њу (акционаре и депозитаре). Евентуални стечај банке може да изазове крупне последице за њене клијенте и да доведе до озбиљних поремећаја у привреди. Због тога се сматра да захтевање средства обезбеђења није изражавање неповерења према клијенту већ напосто захтев сигурног банкарског пословања.⁹³

Ваља, међутим, имати на уму да ризик неизвршења уговорних обавеза по уговору о кредиту не мора увек бити субјективне нарави. Извршење уговорних обавеза могу угрозити или отежати и спољашње околности, пре свега мере државног регулисања. Такав утицај могу имати пре свега мере пореске политике, али и мере монетарне и

⁹⁰ Falter, Manuel, Die Praxis des Kreditgeschäfts, Stuttgart, 1971, с. 34.

⁹¹ Falter, ibidem.

⁹² B. Schinnerer, Erich, Bankverträge II. Teil, Wien 1958, с. 5.

⁹³ Ibidem.

кредитне политике централне банке и друге мере. Све оне могу утицати не само на кредитну способност клијената, већ и саме банке.⁹⁴

1.2. Уговарање средства обезбеђења

При закључењу уговора о кредиту давање средства обезбеђења се може предвидети на два начина.

Први начин је да се у самом уговору о кредиту унесе клаузула којом се предвиђа давање одређеног средства обезбеђења. Овај начин је једноставан и посебно је практичан ако је корисник кредита истовремено и давалац средства обезбеђења (напр. ручне залог, хипотеке).

Други начин је да се поред уговора о кредиту закључи и додатни уговор о давању средства обезбеђења којим се детаљно регулишу обавезе између банке и давоца средства обезбеђења. Овај начин је погодан не само када је давалац средства обезбеђења треће лице, већ и када је давалац тог средства сам корисник кредита. Код неакцесорних средстава обезбеђења какав је земљишни дуг, овакав уговор је и неопходан, јер се тек кроз њега успоставља правна веза између давања средства обезбеђења и уговора о кредиту као основног посла. У сваком случају, било посебном клаузулом уговора о кредиту, било посебним уговором о средству обезбеђења, ствара се само облигациона обавеза давања средства обезбеђења. Од тога треба разликовати само давање средства обезбеђења, односно стварноправна дејства тог давања (напр. код хипотеке уговор о хипотеци и упис у регистар непокретности) о чему ће се касније детаљније говорити.

⁹⁴ Одвојено од тога је питање да ли те околности, посебно мере монетарне и кредитне политике, представљају довољан основ да банка раскине уговор о кредиту. У банкарској теорији се сматра да у начелу то није довољан основ, јер би се тиме ризик промене услова кредитирања пребацио на кориснике кредита. Напротив, тај ризик, као ризик обављања сопствене делатности би банке морале саме да сносе (упор. Schinnerer, Bankverträge II. Teil, с. 5 и сл.).

2. Уговори о кредиту без средстава обезбеђења - бланко кредити

2.1. Појам

Уговор о кредиту без средстава обезбеђења је сваки кредитни уговор за чије извршење није предвиђено никакво посебно средство обезбеђења, ни реално ни персонално. Уобичајено је у банкарској пракси да се ови уговори називају бланко кредитним уговорима или једноставније, бланко кредитима.

Свака врста новчаног кредита као и кредита одговорности, може имати карактер бланко кредита. То може бити фиксни новчани кредит, али и акцептни кредит, авални кредит и друге форме кредитних уговора. Најчешће се, ипак, јавља код кредита кроз текући (контокорентни) рачун. Битно је само да за враћање кредита и извршење других обавеза корисника кредита није предвиђено никакво посебно средство обезбеђења. То значи да за ове обавезе одговара само корисник кредита својом општом имовином.

Како за кредитне обавезе одговара само корисник кредита својом имовином, то је кредитни ризик код бланко кредита повећан.⁹⁵ Код кредита са персоналним обезбеђењем кредитни ризик је умањен на тај начин што поред корисника за обавезе из уговора о кредиту одговара још најмање једно лице (тзв. интерцесионар) својом имовином. При томе одговорност тог другог лица може бити различита. Она може бити акцесорна (јемство) или самостална (гаранција) солидарна или супсидијарна, ограничена и неограничена. Но, без обзира на врсте и модалитете одговорности, за обавезе из уговора о кредиту ће увек уз корисника кредита

⁹⁵ Код бланко кредита банка је упућена искључиво на укупну имовину корисника кредита, без привилегованог права намирења на било којем њеном делу и без захтева према трећим лицима као што је то случај код кредита са реалним и персоналним средствима обезбеђења. Због тога банка мора код бланко кредита да спроводи пажљив и строг надзор над корисником кредита, нарочито над његовим пословањем (упор. Bächler, op. cit. c. 32).

одговарати у одређеној мери и неко друго лице, чиме се кредитни ризик банке смањује, а изгледи банке за намирење кредитних потраживања значајно повећавају.

Код кредита са реалним средствима обезбеђења кредитни ризик банке се на тај начин смањује што се успоставља привилеговано право намирења банке на одређеној ствари (непокретности, покретној ствари, хартијама од вредности, правима) корисника кредита или неког трећег лица (интерцесионара) чиме се изгледи банке на намирење кредитних потраживања такође значајно повећавају. Наиме, док се код персоналних средстава обезбеђења банка налази у конкурентној позицији са свим другим обичним повериоцима (а у подређеној позицији у односу на привилеговане повериоце) корисника кредита и интерцесионара, чак без обзира када је чије потраживање према овим лицима настало, дотле се код реалних средстава обезбеђења (залога, хипотека, земљишни дуг и сл.) кредитно потраживање банке јавља као привилеговано потраживање с правом приоритетног намирења из вредности ствари која служи као средство обезбеђења и то према временском приоритету настанка, односно уписа оваквог права. На тај начин се обезбеђује банци право да се из вредности ствари која служи као средство обезбеђења намири не само пре свих обичних поверилаца, већ и пре других привилегованих поверилаца чије је право на тој ствари настало касније од њеног. Наравно, поред овог привилегованог права банци стоји на располагању и право намирења из остале имовине корисника кредита, ако није успела да се у целини намири из вредности ствари која је служила као обезбеђења. Овог пута банка је, међутим, у конкурентској позицији са свим другим обичним повериоцима корисника кредита.

Ако би се бланко кредити поредили са кредитним уговорима са средствима обезбеђења, могло би се закључити да су они сличнији кредитним уговорима са персоналним средствима обезбеђења него кредитним уговорима код којих је средство обезбеђења реалног (стварноправног карактера). Тако напр. у односу према уговору о кредиту код којег се као средство обезбеђења јавља јемство неког трећег лица, уговор о бланко кредиту се разликује само по томе што се кредитна

потраживања могу намирити из вредности две имовине (имовине корисника и имовине јемца) док се код бланко кредита могу намирати само из вредности једне имовине, имовине корисника кредита. Карактер намерења, као и одговорност лица је, међутим, у оба случаја исти. Код кредита са реалним средствима обезбеђења јавља се привилеговано право намерења и то не на целокупној имовини корисника (и/или евентуално интерцесионара) већ само на тачно одређеној ствари, због чега се ови кредити значајније разликују од бланко кредита.

Уговори о бланко кредиту често има сезонски и револвинг карактер, будући да им је основна сврха да брзо и краткорочно задовоље потребу клијената за краткорочним кредитним финансирањем текућег пословања, са неравномерним или периодичним приливима. У сваком случају бланко кредит не би смео бити инструмент дугорочног инвестиционог кредитирања.⁹⁶ То се постиже на тај начин што се уговором о бланко кредиту предвиђају релативно кратки рокови за повраћај кредитне суме.

С обзиром на своје карактеристике, бланко кредит се означава и као кредит поверења, код којих је поверење банке у пословно поштење и солидност корисника кредита од посебног значаја.

2.2. Процена ризика

Банка је код свих кредита, како необезбеђених тако и обезбеђених, суочена са одређеним ризицима. Заправо, сваки банкарски посао носи са собом одређене ризике. Због тога циљ банке не би смео да буде елеминисање сваког ризика у

⁹⁶ Уместо за потребе дугорочног инвестиционог кредитирања, бланко кредит је подобан за краткорочно комерцијално финансирање, нарочито сезонских потреба банчаних клијената. Поред тога, пошто нема посебних средстава обезбеђења, потребно је да се пословна актива клијента добрим делом састоји од ствари које се могу лако и брзо продати (сировине, курентна роба и сл.) па се бланко кредит у том случају „ликвидира сам од себе“ (Bächler, op. cit. с. 75).

пословању, јер би то практично довело до имобилизације њеног пословања. Чувена је тако у банкарском свету енглеска банкарска мудрост која гласи: „bankers who are so anxious to avoid risks will soon have no risks to avoid“⁹⁷(„банкари који су толико плашљиви да избегавају ризике врло брзо ће имати ризик да немају шта да избегавају“–превод Ј.Ш.В.). Награда банци не само за рад већ и за преузете ризике је камата и провизија (и евентуална накнада посебних трошкова).

Нужна упућеност банака на преузимање одређеног ризика не значи да оне не би требало да одговарајућим мерама смањују ризике на разумну меру. То код бланко кредита има нарочиту вредност. Банка мора свом потребном пажњом да анализира ризике, пре свега мора да испита платежну (кредитну) способност корисника кредита, као и његову спремност (вољу) да то учини.⁹⁸ Она, дакле мора да процени да ли клијент хоће и може да врати кредит и да ли може бити присиљен да врати кредит. У нашем праву, уколико је корисник кредита физичко лице, банка има законску обавезу процене његове кредитне способности.⁹⁹

Воља и способност клијента да врати кредит се могу процењивати на основу његових општих моралних карактеристика (ако се ради о физичком лицу) на основу понашања у дотадашњој пракси у односима са истом и другим банкама (ако се ради о правним али и физичким лицима) и посебно на основу изгледа у његовог пословању и квалитета његових производа (услуга). Када анализа свих фактора ризика доведе до позитивног резултата, банка може преузети ризик закључења уговора о кредиту без средства обезбеђења. Због тога банкарска тврдња да је бланко кредит за банку најсигурнији кредит, колико год на први поглед звучала парадоксално, у суштини је тачна, јер означава ситуацију у којој је банка на основу пажљиве процене свих околности дошла до закључка да ризик није велики и да

⁹⁷ Цитирано према: Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 209.

⁹⁸ Ову процену банка редовно чини пре одобравања кредита, а најкасније током процеса одобравања, да би могла донети правилну одлуку (упор. Hahn, Oswald, op. cit. с. 104).

⁹⁹ В. чл. 18 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

није потребно посебно средство обезбеђења.¹⁰⁰ Поред тога, искуство је показало да краткорочни, контролисани бланко кредити по правилу нису извор банкарских губитака, а да у кризним временима солидност и одговорност привредника који се брзо прилагођава променама може бити боља гаранција да ће кредит бити враћен него неко средство обезбеђења које у таквим временима може нагло да изгуби своју вредност.¹⁰¹

Ипак, због начелно повишене изложености банке ризику код бланко кредита, у неким земљама постоје прописи који појединим категоријама финансијских организација не дозвољавају давање таквих кредита. Тако у Швајцарској штедионице, кантоналне и локалне банке не могу давату овакве кредите, они су разервисани само за комерцијалне банке.¹⁰²

Погрешно би, међутим, било мислити да код бланко кредита банке не предузимају никакве мере да смање ризике. Напротив, оне то редовно чине не само кроз процену ризика већ и кроз уговарање одређених клаузула у уговору о бланко кредиту. Главни смисао ових клаузула је да се што више сачува клијентова имовина као једини реални извор за враћање кредита и једини реални објект на којем се, за случај потребе, може спровести принудно извршење.

¹⁰⁰ Бланко кредит је често веома сигуран кредит јер банке код ове врсте кредита посебно пажљиво анализирају бонитет корисника кредита, док то код кредита са реалним или персоналним средствима обезбеђења често пута није случај (упор. Falter, *op. cit.* с. 35).

¹⁰¹ Теоријски гледано, бланко кредити су несумњиво ризичнији од кредита са средствима обезбеђења. Али, то важи само при свим осталим једнаким условима. Међутим, у пракси се много пута показало да је добар бланко кредит, као кредит код којег је банка пажљиво проценила солидност, ликвидност и солвентност свог клијента бољи него кредит обезбеђен средством које је подложно губитку своје вредности. (Bächler, *op. cit.* с. 75).

¹⁰² В. Stauffer, Peter-Emsch Urs, *op. cit.* с. 210.

2.3. Посебне уговорне клаузуле

Пошто код бланко кредита банка рачуна с намирењем из целе имовине корисника кредита, разумљива је њена заинтересованост да при намирењу не буде у другом реду поверилаца, тј. да не буде привилегованих поверилаца. Због тога банке често уговарају клаузуле којима се кориници кредита обавезују да до враћања кредита неће накнадним повериоцима признавати привилеговано право намирења, јер би се тако умањивали изгледи банке да намири своје кредитно потраживање. У том смислу су карактеристичне тзв. негативне хипотекарне и заложне клаузуле.

Ако је уговорена *негативна хипотекарна клаузула*, то значи да се корисник кредита обавезао да до враћања кредита неће допуштати конституисање хипотеке на некој његовој непокретности. У случају да је хипотека већ постојала у тренутку закључења бланко кредитног уговора, може се уговорити клаузула да се нове хипотеке неће успостављати нити ће се права по постојећој хипотеци повећавати. У неким правима је додуше одрицање власника од права да оптерети своју непокретност правно необавезујуће¹⁰³, али банке због тога уговарају клаузулу на основу које у оваквој ситуацији имају право на моментални раскид уговора о кредиту.

Слично томе, у уговору о бланко кредиту се може унети и *негативна заложна клаузула* којом се корисник кредита обавезује да након закључења овог уговора неће допустити конституисање неког заложног права на његовим покретним стварима, хартијама од вредности и правима у корист трећих лица, да се не би умањили изгледи банке на намирење.

Наведене негативне клаузуле могу имати и такав карактер да је конституисање хипотеке или заложног права у корист неког треће лица могуће, али само уз сагласност банке.

¹⁰³ В. напр. чл. 812 Швајцарског грађанског законика.

По себи се разуме да наведене негативне клаузуле не пружају апсолутну заштиту банци од настанка привилегованих потраживања трећих лица. Оне само штите од настанка таквих потраживања уговорним путем. Међутим, ако оваква привилегована потраживања настану по основу закона (законска заложна права заступника, комисионара, превозника, шпедитера и других лица, судска хипотека и др.) овакве уговорне клаузуле то не могу спречити.

Посебну категорију чине тзв. *клаузуле искључивости*.¹⁰⁴ Банка понекад у уговор о бланко кредиту уноси клаузуле којима обавезују корисника кредита да свој укупан платни промет обавља искључиво преко ње, а преко других банка само уз њену сагласност. Смисао клаузула искључивости је да оствари пуну контролу над плаћањима корисника кредита и да на тај начин у сваком тренутку може да процени да ли наспрам њених кредитних потраживања и даље стоји целокупна имовина корисника кредита или не. Многе банке су претрпеле губитке управо због тога што су њихови корисници кредита успостављали везе са другим банкама и од њих добијали друге бланко кредите. Због тога су банкарске организације (односно удружења банка) у једном броју земаља успоставиле јединствени информациони систем у којем се региструју кредитна задужења свих клијената, чиме се постижу слични или бољи ефекти од оних који се постижу уговорним клаузулама искључивости, али је за банке најбоље ако се ове клаузуле комбинују са приступом међубанкарском информационом систему. Ако банка установи да је клијент противно прихваћеној клаузули искључивости закључио уговор о бланко кредиту с неком другом банком, може да снизи лимит свог кредита (посебно ако се ради о кредиту кроз текући рачун) или да закључени уговор о бланко кредиту раскине (откаже).

Поред наведених, у пракси банака у свету јављају се понекад и уговори о бланко кредиту код којих рођаци или пријатељи корисника кредита, који су му раније дали новац на зајам, дају банци *једнострану изјаву воље* којом се обавезују да неће

¹⁰⁴ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 211.

тражити враћање тог зајма пре него што корисник бланко кредита врати банци тај кредит.

2.4. *Остале мере заштите*

Пошто код бланко кредита нема никаквог средства обезбеђења, банка је више него код кредита са средствима обезбеђења упућена на *прикупљање информација и документације* од значаја за процену бонитета клијента и процену кредитног ризика уопште.

За јасну идентификацију клијента и утврђивање његових карактеристика посебно важан извор представљају *јавни регистри*. То су, пре свега, регистар привредних друштава и других привредних субјеката, земљишне књиге и други регистри непокретности, регистри заложних права на покретним стварима, пореске евиденције, евиденције о стечајевима и ликвидацијама, евиденције трговачких (привредних) комора и др.

Надаље, важан извор информација су документи које подноси сам клијент. Ти документи могу бити најразличитијег карактера, као што су пословни планови, евиденције о запосленима и др.

Коначно, извор информација могу бити и *пословни партнери* и нарочито конкуренти банчиног клијента, који могу дати драгоцене податке о стању у бранши, коњунктури у одређеној привредној грани, пословним шансама клијента и др. Ипак, информације из овог извора морају увек бити додатно провераване и упоређиване са информацијама из других извора.

Посебно место у процени бонитета клијента и кредитног ризика имају *рачуноводствени биланси*. Код бланко кредита банка редовно тражи рачуноводствене билансе за неколико година уназад (обично од 3 до 5 година) и то

како билансе стања тако и билансе успеха.¹⁰⁵ Обично се каже да се из биланса све може видети, због чега они имају посебно место у поступку процене кредитног ризика. Ипак, то није увек тачно. Понекад се сачине лажни биланси, понекад се њима подаци не фалсификују, али се скривају или тако приказују да се не може утврдити њихова тачна вредност. Због тога се у многим земљама биланси подвргавају независној контроли од стране ревизорских организација. На основу независне анализе оне дају своје налазе („certified financial statements“) који за банке имају посебан значај.

Пажљиво анализирање клијентових биланса подразумева и детаљно анализирање свих позиција активе и пасиве. Код активе је посебно значајно утврдити реалну наплативост клијентових потраживања, а код пасиве евентуално постојање привилегованих потраживања неких поверилаца према клијенту. Тек на тај начин се може одредити сопствени капитал клијента који ће стварно стајати на располагању за измиривање његових кредитних обавеза према банци по основу бланко кредита.

Понекад банке прихватају да преко свог представника буду *заступљене* и у *органима* клијента, пре свега у надзорном органу (надзорном одбору и сл.) или чак и у управи, све с циљ да остаре што бољи увид у текуће пословање клијента и његов стварни бонитет.

2.5. Кредитни лимит

Када на основу свих расположивих података и докумената утврди бонитет клијента и оцени кредитни ризик, банка треба да одлучи о висини кредита који би могла да

¹⁰⁵ У стабилним привредама и добрим банкарским системима банке траже билансе клијента за последње 2-3 године. Тако у Швајцарској банке траже билансе за последње две године (в. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. с. 213).

одобри. Кроз одређивање кредитног лимита банка такође остварује заштиту свог, иначе необезбеђеног, кредитног потраживања.

Сматра се да је добро одређен кредитни лимит ако је банка одредила кредитну суму бланко кредита која не прелази $1/4$ а највише $1/3$ сопственог капитала клијента, тј. капитала који би стајао на располагању за кредитно потраживање после измирења свих других обавеза клијента.¹⁰⁶

При одређивању кредитног лимита неопходно је имати у виду укупну кредитну способност неког привредног субјекта. Код друштава капитала посебан значај имају основни капитал и средства резерви, али код друштава лица се сопственом капиталу друштва мора додати и приватна имовина неограничено одговорних чланова тих друштава.

2.6. *Заштита банке од ризика превелике изложености*

У савременом банкарству постоје законски прописи или прописи централне банке који имају за циљ да спрече превелику изложеност банке према једном клијенту, без обзира колико велик и солидан он био. Смисао оваквих прописа је да се спречи превелика упућеност, па тиме и зависност, банке од једног њеног клијента. Ти прописи важе за кредите уопште, али имају посебан значај код бланко кредита.

¹⁰⁶ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 214. Слично: Bächler, op. cit. c. 76.

У нашем праву правила о дозвољеној изложености банке према одређеним лицима су прописана Законом о банкама из 2005. године.¹⁰⁷

3. Уговори о кредиту са персоналним средствима обезбеђења

3.1. Уговор о кредиту обезбеђен јемством

За уговор о кредиту обезбеђен јемством је карактеристично да је за извршење обавезе корисника кредита одговорност преузело и треће лице, уговором о јемству који је закључило са банком.

Код свих уговора о кредиту са персоналним средствима обезбеђења ситуација у погледу могућности намирења банке је битно другачија него код кредитних уговора са реалним средствима обезбеђења. Наиме, док се код реалних средстава обезбеђења банка може намирити одвојено и привилеговано из објекта (предмета) обезбеђења (непокретност, роба, друга покретна ствар, хартије од вредности, потраживања и друга права), свеједно да ли је она у својини корисника кредита или неког трећег лица, дотле код персоналних средстава обезбеђења поред корисника кредита одговорност за враћање кредита према банци преузима и неко друго лице, и то целокупном својом имовином.

Сходно томе, и код кредитног уговора обезбеђеног јемством, јемац не ставља банци на располагање неку своју ствар или другу имовинску вредност ради

¹⁰⁷ Према прописима Закона о банкама из 2005. године, у даљем тексту: ЗБ (Сл. Гласник Републике Србије бр. 107 од 02.12.2005.), изложеност банке према једном лицу или групи повезаних лица не сме прећи 25% капитала банке (чл. 33 ст. 3 ЗБ). Међутим, ако је лице повезано с банком, изложеност банке према том лицу не сме прећи 5% капитала банке (чл. 33 ст. 4 ЗБ) а укупна изложеност банке према свим лицима повезаним с банком не сме прећи 20% капитала банке (чл. 33 ст. 5 ЗБ).

привилегованог намирења, већ преузима одговорност целокупном својом имовином према банци, ако корисник кредита не испуни своје обавезе из уговора о кредиту, пре свега обавезу враћања кредитне суме, на време.

Јемство се понекад јавља као средство обезбеђења кредита када јемац нема погодних објеката као реалних средстава обезбеђења. Чешће је, међутим, у пракси да се јемство даје као додатно средство обезбеђења уз неко реално. Јемство је за банку корисно не само због проширења одговорности на још једно лице, већ и из практичних разлога. Наиме, јемац ради заштите сопственог интереса често пажљиво прати понашање корисника кредита и на тај начин олакшава посао банци.

Уговор о кредиту обезбеђеног јемством треба строго разликовати од раније посматраног кредитног јемственог уговора. Код уговора о кредиту обезбеђеног јемством банка даје кредит кориснику кредита као другој уговорној страни, а са трећим лицем закључује уговор о јемству, тако да то треће лице преузима одговорност за извршење обавеза корисника кредита из уговора о кредиту. Банка, дакле, овде не преузима никакву обавезу, напротив, стиче додатно акцесорно потраживање према трећем лицу, за случај да корисник кредита не испуни своје обавезе о доспелости. Насупрот томе, код кредитног јемственог уговора банка преузима обавезу јемчења према повериоцу свога клијента одобравајући му на тај начин кредит одговорности, тј. пружајући му своју потенцијалну одговорност на располагање.

Већ код кредитног јемственог уговора је објашњена суштина јемства. Ради се, дакле, о средству обезбеђења које настаје на основу уговора који закључују поверилац основног потраживања (банка) и треће лице. То треће лице, јемац се повериоцу обавезује да ће му исплатити одређену суму новца ако главни дужник не испуни своју обавезу на време. Као што је раније објашњено¹⁰⁸, јемац испуњава своју обавезу, а не обавезу главног дужника, како се понекад у прописима и

¹⁰⁸ Види *supra*, глава друга, под 2.2.3. и 2.3.3.

литератури наводи.¹⁰⁹ Да не испуњава обавезу главног дужника већ своју, види се већ и по томе што његова обавеза може бити мања од дужникове. Осим тога, може се јемчити и за неновачну обавезу, док јемац увек своју обавезу испуњава у новцу.

Такође је раније наведено да је обавеза јемца акцесорног карактера, као и да може бити супсидијана и солидарна. У том погледу важи све што је напред речено код кредитног јемственог уговора. Управо акцесорност чини основну карактеристику јемства. Јемство је условљено постојањем главне обавезе и због тога је обавеза јемца ништава, ако је обавеза главног дужника ништава. Обавеза јемца траје најдуже док траје обавеза главног дужника. Обавеза јемца је по обиму једнака обавези главног дужника, при чему може бити уговорено да буде мања. Јемац може према повериоцу, осим својих личних приговора, да истакне и приговоре главног дужника.

Уговор о јемству је формалног карактера¹¹⁰ и може бити закључен пре настанка главне обавезе, као и после њеног настанка.¹¹¹ Јемство, дакле, може настати независно од воље главног дужника, чак и против његове воље. У пракси су овакве ситуације ретке и будући корисник кредита проналази јемца, с обзиром да банка неће да закључи уговор о кредиту без јемца. У таквим ситуацијама је могуће постојање уговора о давању јемства између дужника (будућег корисника кредита) и трећег лица којим се оно обавезује да ће закључити уговор о јемству са повериоцем.

¹⁰⁹ Тако се у нашем праву уговор о јемству дефинише као уговор којим се „јемац обавезује према повериоцу да ће испунити пуноважну и доспелу обавезу дужника, ако то овај не учини.“ (чл. 997 ЗОО).

¹¹⁰ Према чл. 998 нашег ЗОО „уговор о јемству обавезује јемца само ако је изјаву о јемчењу учинио писмено.“

¹¹¹ “Јемчити се може и за условну обавезу, као и за одређену будућу обавезу“ (в. чл. 1001 ст. 2 ЗОО).

Јемство, дакле, представља средство персоналног обезбеђења повериоца у облигационоправним пословима. Јемац обавезује себе наспрам повериоца да ће му отклонити или ублажити штету која би могла настати због неиспуњења или неадекватног испуњења обавезе неког трећег лица. Увек постоји неки основни дужничко-поверилачки однос, у конкретном случају то је уговор о кредиту између банке и корисника кредита, однос између дужника (корисника кредита) и јемца као даваоца обезбеђења (уговор о давању јемства), као и однос јемца као даваоца обезбеђења и банке као повериоца из основног посла (уговор о јемству). Може се десити да се јемац посебним уговором о обезбеђењу обавезе према банци да ће јемчити за одређену кредитну обавезу, али преузимање ове обавезе може настати и конклюдентно

Јемство служи заштити повериоца на тај начин што смањује ризик неостваривања неког његовог потраживања. За случај да ризик предвиђен јемством наступи, јемац испуњава своју обавезу из уговора о јемству и на тај начин се отклањају или ублажавају негативне последице неизвршења обавезе од стране главног дужника. Значајно је при томе констатовати да је карактер чинидбе јемца по својој суштини накнада повериоцу за штету која је за њега настала нереализацијом потраживања поводом којег је преузето јемство. Чинидба јемца је по својој природи, дакле, чинидба накнаде.

За разлику, међутим, од кредитног јемственог уговора где банке настоје да давањем супсидијерног јемства ублаже своју одговорност, код уговора о кредиту обезбеђеног јемством банке инсистирају на јемству солидарног карактера (јемац платац) да би на тај начин боље заштитиле своје интересе и лакше и брже се намириле од јемаца.

Банке понекад траже да уз корисника кредита за враћање кредитне суме одговорност преузму више јемаца. У том случају они одговарају солидарно, без обзира на то да ли су јемчили заједно, или се сваки од њих обавезао према

повериоцу одвојено, изузев када је уговором њихова одговорност уређена друкчије¹¹² Поред тога неко лице може дати јемство за обавезу јемца по кредиту.¹¹³

Јемац према банци одговара у складу са акцесорном природом своје обавезе, а према одредбама уговора о јемству. Пре свега, јемац одговара за испуњење целе обавезе корисника кредита, ако његова одговорност није ограничена на неки њен део или на други начин подвргнута лакшим условима. Обавеза јемца, међутим, не може бити већа од обавезе корисника кредита као главног дужника, а ако је уговорено да буде већа, она се своди на меру те обавезе.¹¹⁴ Ипак, јемац је дужан да накнади и потребне трошкове које је банка учинила у циљу наплате дуга од главног дужника.¹¹⁵ Такође је одговоран и за уговорену камату, али само за ону која је доспела после закључења уговора о јемству.¹¹⁶ У складу с принципом акцесорности, јемац одговара и за свако повећање обавезе које би настало дужниковом доцњом или дужниковом кривицом, уколико није друкчије уговорено.¹¹⁷

Ако јемац исплати банци њено потраживање, он може захтевати од корисника кредита као основног дужника да му накнади све што је исплатио за његов рачун, као и камату од дана исплате.¹¹⁸

3.2. Уговор о кредиту обезбеђен меничним авалом

Овај кредит постоји онда када се као средство обезбеђења кредита јавља авал неког лица по меници чији је корисник банка. То може бити сопствена меница корисника

¹¹² Чл. 1005 ЗОО.

¹¹³ Ради се о тзв. јемчевом јемцу (чл. 1001 ст. 4 ЗОО).

¹¹⁴ В. чл. 1002 ст. 1 ЗОО.

¹¹⁵ Чл. 1002 ст. 3 ЗОО.

¹¹⁶ Чл. 1002 ст. 5 ЗОО.

¹¹⁷ Чл. 1002 ст. 4 ЗОО.

¹¹⁸ Чл. 1013 ст. 1 ЗОО.

кредита, па се авал јавља као авал за издаваоца менице, трасирана меница по сопственој наредби коју је издала банка и вукла на корисника кредита који ју је акцептирао, па се авал јавља као авал за акцептанта, али и обична трасирана меница по којој је банка ремитент (односно последњи индосатар) па се авал јавља као авал за корисника кредита као трасанта по меници.

Авалиста одговара банци по општим правилима меничног права. Његова је одговорност апстрактна, солидарна и непосредна. Он одговара онако како одговара хонорат, тј. корисник кредита за којег је авалирао.

Ако корисник кредита не изврши своју обавезу на време, па се банка по правилима меничног права наплати од авалисте, овај, као нови ималац менице, може да се регресира од корисника кредита, као хонората, као и од његових евентуалних претходника по меници.

Уместо авала као средство обезбеђења уговора о кредиту може се јавити и акцепт трећег лица. У том случају најчешће корисник кредита издаје трасирану меницу по сопственој наредби, треће лице је акцептира, а корисник кредита тада меницу индосира на банку као средство обезбеђења уговора о кредиту. Ипак, обезбеђење акцептом се у пракси јавља много ређе од обезбеђења меничним авалом.

Када као средство обезбеђења кредита служи меница (са одговорношћу авалисте, акцептанта или евентуално неког регресног меничног дужника) сматра се у банкарској пракси да обезбеђено потраживање по уговору о кредиту може да износи између 80 и 90% меничне суме.¹¹⁹

3.3. Уговор о кредиту обезбеђен гаранцијом

Уместо јемством или авалом, кредит може бити обезбеђен и банкарском гаранцијом. Како је гаранција самостална неакцесорна и апстрактна (посебно ако се

¹¹⁹ Упор. Hahn, Oswald, op. cit. c. 105.

ради о гаранцији с клаузулама „на први позив“, „без приговора“ и сл) то се за случај неизвршења уговора од стране корисника кредита банка може лако и једноставно наплатити од банке гаранта.¹²⁰

Гаранција је за банку изузетно сигурно и добро средство обезбеђења. Међутим, она није погодна за корисника кредита јер битно увећава трошкове кредита. Поред тога за добијање банкарске гаранције друге банке корисник кредита такође мора пружити одговарајуће средство обезбеђења, по правилу исто тако добро као и оно које би могао дати самој кредитној банци. Због тога се банкарска гаранција релативно ретко јавља као средство обезбеђења уговора о кредиту.

3.4. Уговор о кредиту обезбеђен другим персоналним средствима обезбеђења

Уз поменута, могућа су и друга персонална средства обезбеђења уредног извршења уговора о кредиту. *Приступање дугу* је једно од њих.

Као што је познато, уговором између повериоца и трећег лица, којим се оно обавезује повериоцу да ће испунити његово потраживање од дужника, треће лице ступа у обавезу поред дужника.¹²¹ То значи да је приступањем дугу код уговора о кредиту треће лице, приступилац, преузело према банци обавезу да ће испунити обавезу корисника кредита према банци из тог уговора. Његова обавеза је акцесорна, по обиму једнака обавези корисника кредита, осим ако није уговорена као мања. По својој природи обавеза је солидарна и непосредна, банка се може

¹²⁰ О оваквим, апстранктним и независним гаранцијама види више: Шогоров, Стеван, Банкарска гаранција, Београд, 1985. У нашем праву ова врста гаранција је уређена у ЗОО. Према чл. 1087 ст. 1 овог закона „ако банкарска гаранција садржи клаузулу "без приговора", "на први позив" или садржи речи које имају исто значење, банка не може истицати према кориснику приговоре које налогодавац као дужник може истицати према кориснику по обезбеђеној обавези.“ На тај начин се и наше право сврстало у ред права које познају савремену, апстрактну и самосталну банкарску гаранцију.

¹²¹ В. чл. 451 ЗОО.

обратити захтевом за испуњење обавезе како кориснику кредита тако и приступиоцу, или обојници истовремено.

За разлику од приступања дугу које за банку јесте додатно персонално средство обезбеђења, јер ће од тренутка закључења уговора о приступању дугу уз корисника кредита за испуњење његове обавезе одговорати и приступилац својом имовином, *преузимање дуга* није средство обезбеђења јер се у случају преузимања дуга корисник кредита ослобађа од обавезе¹²², што значи да је у обавези према банци и даље само једно лице, овај пут преузималац дуга.

Преузимање дуга може посебно негативно да делује на нека споредна права банке. Као што је познато, по општим облигационим правилима, при преузимању дуга споредна права која су дотле постојала уз потраживање остају и даље, али јемства, као и залог, које су дала трећа лица престају, ако јемци и залогодавци не пристају да одговарају и за новог дужника.¹²³ Због тога свако преузимање дуга не само да не појачава банчино потраживање, већ га напротив угрожава ако је преузималац дуга слабијег бонитета, или ако већ постоји јемство или залога као средства обезбеђења кредитног потраживања. Поред тога, ако није супротно уговорено, преузималац не одговара за ненаплаћене камате које су доспеле до тренутка преузимања дуга.¹²⁴

Због свега наведеног, преузимање дуга се не може сматрати средством личног обезбеђења. Исто то важи и за *преузимање испуњења*. Преузимањем испуњења треће лице се обавезује према дужнику да испуни његову обавезу према његовом повериоцу.¹²⁵ Ако то благовремено не учини, па поверилац затражи испуњење од дужника, тада треће лице одговара дужнику због неизвршења

¹²² „Преузимањем дуга преузималац ступа на место пређашњег дужника, а овај се ослобађа обавезе“ (чл. 448 ст. 1 ЗОО).

¹²³ Чл. 449 ст. 1 ЗОО.

¹²⁴ Чл. 448 ст. 2 ЗОО.

¹²⁵ Чл. 453 ст. 1 ЗОО.

преузете обавезе.¹²⁶ Али треће лице нити преузима дуг, нити приступа дугу, па поверилац нема никакво право према њему.¹²⁷ Због тога ни преузимање испуњења се не може сматрати персоналним средством обезбеђења.

4. Уговори о кредиту са реалним средствима обезбеђења

4.1. О уговорима са реалним средствима обезбеђења уопште

За разлику од уговора о кредиту са персоналним средствима обезбеђења, код којих уз корисника кредита за враћање кредита личну одговорност преузима и неко треће лице (интерцесионар) код уговора о кредиту са реалним (стварноправним) средствима обезбеђења се конституише привилеговано право банке да намири своје потраживање из неке, тачно одређене, имовинске вредности (објект или предмет привилегованог права). Другим речима речено, код кредита са реалним средствима обезбеђења банка се више не ослања само на бонитет корисника кредита и бонитет неког другог лица које за њега преузима одговорност, већ се ослања и на неку „реалну вредност“ као што су заложна права на непокретности, покретним стварима или правима.¹²⁸

За уговор о кредиту са реалним средствима обезбеђења је без значаја да ли се привилеговано право банке на намирење успоставља на некој ствари трећег лица, или на ствари самог корисника кредита.

Објект (предмет) на којем се конституише привилеговано право банке може бити различит. То може бити покретна ствар, хартија од вредности, друго имовинско право или непокретност.

¹²⁶ Чл. 453 ст. 2 ЗОО.

¹²⁷ Чл. 453 ст. 3 ЗОО.

¹²⁸ Упор. Falter, op. cit. c. 35.

Ако се ради о кредиту са привилегованим правом банке на намирење из вредности неке покретне ствари, хартије од вредности или другог имовинског права, у питању је уговор о ломбардном кредиту.

Уколико је, међутим, потраживање банке из уговора о кредиту обезбеђено њеним привилегованим правом на намирење из неке непокретности, у питању је уговор хипотекарном кредиту, а у правима које институт земљишног дуга познају, то може бити и уговор о кредиту обезбеђеним земљишним дугом.

4.2. Ломбардни кредит

4.2.1. Појам и настанак

Уговор о ломбардном кредиту је такав уговор о кредиту код којег је кредитно потраживање банке обезбеђено заложним правом на покретним стварима самог клијента или трећег лица.

Ако корисник кредита не испуни своје обавезе о року (враћање кредитне суме, плаћање камате и евентуалне друге накнаде) банка је овлашћена да се као заложни поверилац намири из вредности предмета заложног права.¹²⁹

¹²⁹ С обзиром на привилеговано право намирења које банка има из предмета залогe, обично се сматра да при одобравању оваквих кредита кредитна солидност клијента није битна. Битна је вредност предмета залогe и његова лака продаја. Ипак, у модерном банкарству се сматра да кредитна солидност клијента (корисника кредита) и даље мора бити значајна при одобравању ломбардног кредита, јер банка не сме да се код несолидних клијената ослони искључиво на предмет залогe. Овај предмет може бити угрожен непредвиђеним догађајима, а осим тога наплата кредита преко предмета залогe је увек скопчана с трошковима и губитком времена. (Упор. Obst/Hintner, op. cit. с. 443).

Уговор о ломбардном кредиту је кредит код којег је кредитна сума фиксно одређена. Најчешће се ради о краткорочном кредиту, ређе се користи код средњорочног кредитирања.¹³⁰

Ова врста кредита са реалним средством обезбеђења је своје име добила по италијанској покрајини Ломбардији у којој су у Средњем веку банкарски и трговци закључивали уговоре о кредиту (али и друге уговоре) уз успостављање залоге на некој покретној ствари дужника или трећег лица, а ради што бољег обезбеђења повериоачевог потраживања.¹³¹ Првобитно су средњевековни италијански банкарски само мењали ковани новац различитих градова и примали такав новац у прави депозит (*depositum regulare*) што значи да су такав новац чували и да су исти тај новац по протеклу времена чувања враћали власнику. Тек када су банкарски почели да примају новац у тзв. неправи депозит (*depositum irregulare*) тј. када су преузимали новац уз обавезу враћања исте вредности истоверсног новца, настала је новчана основа за давање кредита трећим лицима коришћењем депонованог новца. При томе су банкарски, најпре, у Ломбардији, а касније и у целој Италији и широм Европе, редовно захтевали конституисање заложног права на некој покретној ствари (најчешће стварима веће вредности) корисника кредита као средство обезбеђења.¹³² Временом су се, међутим, и предмети заложног права мењали. Доста дуго предмет залоге код ломбардног кредита су биле ствари веће вредности, као што су племенити метали, накит, уметничке слике и друге драгоцености, али се временом то мењало у складу са променом привредних односа. Племенити метали, накит и сл. су били предмети су се релативно тешко продавали, због чега су банкарски често падали у неликвидност.¹³³

¹³⁰ Упор. Hahn, Oswald, op. cit. c. 107.

¹³¹ Видети о овоме више: Bitterich, A.: Das bankmäßige Lombardgeschäft, Diss., Frankfurt am Main, 1932, c. 80.

¹³² В. Hagenmüller, op. cit. c. 97.

¹³³ В. Koch, A.: Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse, Jena, 1931, c. 8 и сл.

Због тога су се временом као предмет заложног права све чешће почеле појављивати друге имовинске вредности као што су роба и хартије од вредности. Данас су најчешћи и најважнији предмети залог код ломбардног кредита управо хартије од вредности (ефекти) па затим роба, а донекле и машине у најширем смислу речи и други технички уређаји.¹³⁴

У савременом банкарском пословању постоје две врсте ломбардног кредита. Прву групу чине тзв. прави ломбардни кредити, тј. кредити код којих корисник кредита (или треће лице) даје банци одређену ствар у залог, али не преноси на њу својину на тој ствари. Након престанка уговора о кредиту корисник (односно други залогодавац) добија од банке исту ствар. Другу групу ломбардних кредита чине тзв. неправи ломбардни кредити, тј. кредити код којих корисник кредита или треће лице дају банци у залог одређену количину заменљивих ствари уз пренос својине на тим стварима на банку (*pignius irregulare*), а након престанка уговора о кредиту банка је дужна да давоцу залог преда само исту количину истоверних ствари (али не и исте ствари). Овакав облик ломбардног кредита се све чешће користио са порастом значаја истоверне робе, а касније и хартија од вредности издатих у серији, као кредитног покрића. Пошто се право својине на стварима преноси на банку заједно са преносом ствари, то кориснику кредита или другом давоцу залог остаје само облигационо потраживање на предају исте количине истоверних ствари. Слаба страна неправог ломбарда је, међутим, у томе што у случају стечаја банке у стечајну масу улазе и ствари добијене у залог.

Данас, међутим, заложно право на покретним стварима се може конституисати и без предаје државине на тој ствари заложном повериоцу, уписом заложног права у регистар заложних права на покретним стварима. Другим речима, код ломбардног кредита данас срећемо како класичну државинску, тако и недржавинску залог.

Уопште узев, постоји неколико карактеристичних ситуација у вези са предајом предмета залог у државину банке. Најједноставнији је случај када корисник

¹³⁴ Упор. Hahn, Oswald, op. cit. c. 107.

кредита пренесе неку своју ствар у државину банке. Такав је најчешће случај са покретним стварима релативно велике вредности које су погодне за чување у банчиним трезорским просторијама. Други случај је када је предмет заложног права већ у државини банке (напр. по основу уговора о депозиту) и тада је само потребно да се закључи уговор о залози.¹³⁵ Трећа је могућност да су покретне ствари у државини трећег лица, напр. да се роба налази у складишту.¹³⁶ У том случају се по правилу успоставља заједнички приступ предмету залогe, напр. уз два различита кључа од којих један има банка а други залогодавац, или да је приступ роби могућ само на основу заједничког захтева банке и залогодавца и сл. Ако је предмет залогe хартија од вредности, свеједно да ли је робна или облигациона, предаја у државину хартије (заложним индосаментом) је уједно и симболичка предаја права на роби или облигационог права (потраживања). Коначно, може постојати и ситуација у којој је залогодавац додуше у поседу предмета залогe, али је пренос државине на банку немогућ или непрактичан. Тада се захтев државине такође по правилу успоставља механизмом истовременог коришћења два различита кључа (као код сефа) од којих један има банка а други залогодавац.

О неопходности постојања кредитног потраживања, акцесорности заложног права и другим карактеристикама правног односа који код ломбардног кредита настаје успостављањем заложног права биће више речи касније, при разматрању заложног права на покретним стварима.¹³⁷

¹³⁵ У Општим условима приватних банака Немачке чак постоји клаузула према којој се у таквим ситуацијама сматра да се заложно право аутоматски конституише, без додатног споразума. (в. Бр. 19 Општих услова пословања приватних банака Немачке – *Allgemeine Geschäftsbedingungen des privaten Bankgewerbes*).

¹³⁶ Сопствена робна складишта банака су за разлику од ранијих времена, данас релативно ретка. Таква складишта постоје напр. у Швајцарској, деловима Немачке и неким другим крајевима, али су то више изузеци него правило. (Упор. *Obst/Hintner*, *op. cit.* с. 444).

¹³⁷ Види *infra*, део трећи, глава прва, под 3.3.1.

4.2.2. Ломбардни кредит на основу залогe на хартијама од вредности

Ломбардни кредит на основу залогe на хартијама од вредности је данас најчешћи,¹³⁸ али за банке и најзначајнији¹³⁹ вид обезбеђеног банкарског уговора о кредиту. То је сасвим разумљиво. Хартије од вредности се лако чувају и лако се реализују (уновчавају). Поред тога робне хартије од вредности и симболизују робу и омогућавају симболички пренос робе.

У нашем праву уговор о кредиту на основу залогe хартија од вредности је дефинисан као уговор којим банка одобрава кредит у одређеном износу уз обезбеђење залогом хартија од вредности које припадају кориснику кредита или трећем који на то пристане.¹⁴⁰ Банка, дакле, преузима обавезу стављања кориснику на располагање одређене суме новца, а корисник се обавезује да банци преда уговорене хартије од вредности у залогу, као и да јој о доспелости врати кредитну суму и плати камату и евентуалне друге уговорене накнаде.

Овај уговор је у нашем праву формалног карактера. Мора бити закључен у писаној форми, иначе не производи правна дејства.¹⁴¹

Поред форме законом је прописана и обавезна садржина уговора. Уговор тако мора садржати назначење хартија од вредности које се залажу, назив, односно фирму и седиште, односно пребивалиште имаоца хартија, износ и услове одобреног кредита, као и износ и вредност хартија која је узета у обзир за одобрење кредита.¹⁴²

¹³⁸ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 172.

¹³⁹ Büschgen, op. cit. c. 390.

¹⁴⁰ Чл. 1069 ЗОО.

¹⁴¹ Чл. 1070 ЗОО.

¹⁴² Ibidem.

Ако корисник не врати по доспелости добијени кредит (кредитну суму, камату и евентуалне додатне уговорене трошкове) банка има право да прода заложене хартије од вредности.¹⁴³ Ову продају банка може остварити без посебног одобрења суда, уз обавештавање власника хартије. Међутим, банка се може намирити и вршењем права из хартије (наплатом хартије).¹⁴⁴

Кредитни лимит код уговора о кредиту на бази залоге на хартијама од вредности зависи превасходно од карактера и вредности тих хартија.¹⁴⁵

У погледу конституисања заложног права на хартијама од вредности код уговора о кредиту важе општа правила о заложном праву као и општа правила која важе за хартије од вредности.

Хартије по наредби се преносе на банку заложним индосаментом. Хартије на име (ректа хартије) се преносе цесијом али цесија може бити садржана и у споразуму о јемству. Залога на дематеријализованим хартијама се конституише по посебним правилима, одговарајућим записом у регистру.

У погледу обима разликују се тзв. генерална и специјална залога хартија од вредности.

Код специјалне залоге уговором се специфицирају тачно одређене хартије од вредности на којима се конституишу заложна права. Те хартије се предају банци у државину односно заложно право на дематеријализованим хартијама се заснива уписом у одговарајући регистар.

¹⁴³ Чл. 173 ЗОО.

¹⁴⁴ Шогоров, Стеван: Банкарско право, Београд, 2009, с. 134.

¹⁴⁵ Код веома сигурних хартија од вредности, какве су напр. државне обвезнице, кредитни лимит се креће око 90% номиналне вредности свих заложених обвезница. Код других хартија од вредности кредитни лимит је нижи, тако је код приватноправних обвезница и акција обично око 50-70%. (Упор. Obst/Hintner, op. cit. с. 444).

Насупрот томе, код генералне залогe уговором о залози се успоставља заложно право банке на свим клијентовим хартијама од вредности које се налазе код банке, како садашњим тако и будућим. Генерална залогa ослобађа банку и клијента потребе да при депоновање сваке нове хартије од вредности закључују нови уговор о залози. Поред тога банка има право да мења депоноване хартије, али и право да нове хартије проверава.

Пошто се заложене хартије од вредности налазе код банке, то је банка дужна да њима рукује, као код уговора о отвореном депозиту хартија од вредности. То, пре свега, значи да је дужна да предузима радње у циљу очувања права из тих хартија (напр. презентација на акцепт, протест и нотификација код менице), али и радње којима се та права врше (напр. наплата дивиденде код акција) односно радње којима се цела хартија реализује (напр. наплата менице).

Уговори о залози које банке закључују са својим клијентима су често такви да садрже клаузулу по којој се успостављено заложно право на хартијама односи на сва садашња али и будућа банчина потраживања која настану по основу уговора о кредиту. Тако заложно право успостављено по једном кредитном уговору важи и за касније одобрене кредите.

Познато је да хартије од вредности подлежу промени њиховог курса. Због тога банке при конституисању заложног права на њима предвиђају одређену маржу, као разлику између висине потраживања и актуелне вредности заложених хартија од вредности. Та маржа, како је раније напоменуто, се креће између 10 и 50% и служи као додатно обезбеђење банке да вредност заложених хартија неће пасти испод вредности кредитног потраживања. Код најсигурнијих хартија, као што су државне обвезнице, та маржа износи десетак процената, а код осталих обвезница и акција од 10 до 30%.¹⁴⁶ При томе је маржа код акција у просеку виша него код обвезница.

¹⁴⁶ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 178.

Ако се као хартије од вредности јаве хипотекарно писмо или гилт (Gült) као што је то случај у Швајцарској, заложно право на њима се јавља као тзв. индиректна хипотека. Наиме, ако се заложно право конституише непосредно на непокретности у питању је директна хипотека и уговор о хипотекарном кредиту. Међутим, ако се то право конституише на хартији која симболизује непокретност, онда је у питању залога на хартији од вредности (индиректна хипотека), а уговор о кредиту је уговор о кредиту на основу залог на хартијама од вредности, дакле ломбардни кредитни уговор.

4.2.3. Ломбардни кредит на основу залог на роби

Поред ломбардног кредита на основу залог на хартијама од вредности, у савременим привредама већи значај имају још само ломбардни кредиту на основу залог на роби. Међутим, правила која важе за ломбардни кредит на основу залог на роби важе и за друге ломбардне уговоре о кредиту код којих се залога конституише на некој другој покретној ствари.

Као предмет залогног права може се појавити било која врста робе, али је то најчешће ипак роба која се може лако продати. Због тога банке, начелно, много радије прихватају залог на сировинама, животним намирницама и сл. него на полуфабрикатима и готовим производима, јер се ови последњи теже продају на тржишту. Од карактера и вредности робе зависи и кредитни лимит.¹⁴⁷

Када се залога конституише на робној хартији од вредности (складишница, робни запис, коносман, преносиви товарни лист) а не непосредно на самој роби, ради се о тзв. индиректном ломбардном кредиту на основу залог на роби. У ствари, у питању је у том случају ломбардни кредит на основу залог на робним хартијама од вредности.

¹⁴⁷ Код ломбардног кредита на бази залог на роби кредитни лимит се обично одређује на око 50-70% вредности заложене робе. (Упор. Hagenmüller, op. cit. с. 105).

У банкарској пракси се често заложно право банке не конституише на тачно одређеној роби већ на тзв. робном лагеру, тј. маси робе која се налази у неком складишту.

4.2.4. Реломбардни кредит

Ако банка предмете на којима по основу уговора о ломбардном кредиту заложити код друге банке ради добијања кредита, у питању је уговор о реломбарду. По своме карактеру уговор о реломбарду је такође ломбардни уговор, код којег су обе уговорне стране банке, уз елементе подзалоге (пазалоге). Уговор о реломбарду ломбардна банка закључује у циљу рефинансирања

4.3. Хипотекарни кредит

4.3.1. Опште напомене

Хипотекарни кредит је посебна врста обезбеђених кредита (кредита са средством обезбеђења) која се од других врста кредита разликује, пре свега, по томе што су потраживања банке према кориснику кредита обезбеђена хипотеком.¹⁴⁸

¹⁴⁸ У банкарској теорији се често прави разликовање између тзв. директног и индиректног хипотекарног кредита. Под првим се подразумева уговор о кредиту код којег је право банке на повраћај кредитне суме и камату обезбеђено хипотеком на некој непокретности, уписаној у регистар непокретности. Под индиректним хипотекарним кредитом се, опет, подразумева такав уговор о кредиту код којег су ова права банке обезбеђена заложним правом на хартији од вредности, у коју је инкорпорисано право на некој непокретности. Таква хартија је хипотекарно писмо, у земљама у којима постоји, али и швајцарски гилт (Gült). В. о овоме напр. код: Bächler, *op. cit.* с. 45 и сл.). Међутим, тзв. индиректни хипотекарни кредит није хипотекарни кредит у правном смислу. Он је кредит на основу залог хартија од вредности за који у нашем праву постоји посебна правна регулатива.

Хипотекарни кредит спада, дакле, у ред обезбеђених кредита. Права банке из овог уговора нису заштићена само одговарајућим одредбама кредитног уговора већ и посебним средством обезбеђења. То је уједно и његова прва карактеристика.

Друго, хипотекарни кредит, као и раније разматрани ломбардни кредит, је кредит са стварноправним средством обезбеђења. За разлику, међутим, од ломбардног кредита код којег је средство обезбеђења заложно право на покретним стварима, хартијама од вредности и другим правима, код хипотекарног кредита средство обезбеђења је хипотека, са свим својим специфичностима које има у односу на ручну залогу, односно залогу на покретним стварима. При томе је без значаја да ли је непокретност на којој се хипотека као средство обезбеђења конституише у својини корисника кредита или неког трећег лица.

Трећа карактеристика хипотекарног кредита је да он спада у ред новчаних кредита. Мада употреба хипотеке као средства обезбеђења није теоријски искључена ни код кредита одговорности, ипак уговор о хипотекарном кредиту се и у теорији и у пракси схвата и дефинише само као посебна врста новчаних кредита.

Четврта особина хипотекарног кредита је што он спада у тзв. чврсте или фиксне кредите, тј. кредите код којих је основна обавеза корисника кредита јасно вредносно дефинисана. Чињеница да укупан дуг корисника према банци не обухвата само враћање кредитне суме већ и плаћање камате (и евентуално других накнада и трошкова) која, зависно од времена враћања кредита може бити различита, не утиче на суштину ове особине хипотекарног кредита.

Пета особина хипотекарног кредита је да он спада у ред дугорочних кредитних уговора.¹⁴⁹ Мада је ово његова практична привредна карактеристика, понекад се и у

¹⁴⁹ В. Hahn, Oswald, op. cit. c. 107.

самим статутима и другим актима банке уговор о хипотекарном кредиту одређује као дугорочни кредитни уговор.¹⁵⁰

Хипотекарни кредити имају велики привредни значај. Непокретности су ствари велике вредности које омогућавају узимање већих кредита на бази конституисања хипотеке банке на њима. Код многих привредних субјеката непокретности представљају највреднији део њихове имовине. Хипотекарни кредити су због тога она кредитна форма која овим субјектима омогућује активирање тог вредносно најзначајнијег дела њихове имовине за потребе њиховог пословања и инвестиционог развоја. Поред тога хипотекарни кредити омогућавају да привредни субјекти, али и физичка лица лакше стичу непокретности, јер се куповина непокретности финансира уговором о кредиту код којег се кредит за куповину обезбеђује хипотеком на купљеној непокретности, што им омогућава да стекну непокретност уз мало, понекад и симбилично коришћење сопствених новчаних средстава.

Банке радо одобравају хипотекарне кредите јер су непокретности ствари чија вредност на тржишту није подложна брзим и великим променама. Ипак, мада представљају једну од најбоље обезбеђених кредитних врста, ни уговори о хипотекарном кредиту нису потпуно без ризика. Погрешна процена вредности некретнине, мала маржа, велики ценовни потреси на тржишту некретнина и други разлози могу довести у питање успешност наплате потраживања по хипотекарним кредитима.

Понекад се у банкарској пракси под хипотекарним кредитом подразумева сваки кредитни уговор са стварноправним средством обезбеђања на непокретности корисника кредита или трећег лица. Уз хипотеку, таква средства су и земљишни и рентни дуг, а у Швајцарској и тзв. гилт.¹⁵¹ Ипак, правно посматрано, под

¹⁵⁰ B. Stauffer, Peter-Emsch Urs, op. cit. c. 219.

¹⁵¹ Гилт (Gült) као специфичност швајцарског права, је терет на непокретности који се установљава на пољопривредном земљишту, стамбеним објектима и грађевинском земљишту.

хипотекарним кредитом се може подразумевати само онај новчани кредит који за средство обезбеђења има заложно право на непокретности, а не неко друго право намирења из вредности непокретности. Сва друга средства обезбеђења на непокретностима се правно суштински разликују од хипотеке без обзира што нека од њих у конкретном случају могу служити истом циљу, тј. обезбеђењу кредитног потраживања банке.

4.3.2. Место хипотекарног кредита у систему кредитних уговора са средствима обезбеђења

Када се одређује место хипотекарног кредита у систему кредитних уговора уопште, а посебно кредитних уговора обезбеђених неким средством обезбеђења, разумљиво је по себи да је његова основна *differentia specifica* хипотека као посебно стварноправно средство обезбеђења, о чему се детаљније говори у овом раду. Поред тога, међутим, од значаја су и друге његове особине на које је претходно указано.

Према бланко кредитима хипотекарни кредит се јасно разликује по томе што су кредитна потраживања банке обезбеђена посебним средством обезбеђења, док то код бланко кредита није случај. Пошто код бланко кредита банчина потраживања нису посебно обезбеђена, то банци остаје само да верује у солидност, солвентност, и ликвидност корисника кредита, односно да се поузда у судски пут остваривања својих права. При томе је банка изложена конкуренцији других обичних поверилаца, односно у подређеном је положају о односу на евентуалне привилеговане повериоце корисника кредита. Код хипотекарног кредита, међутим, банка је тај привилегован поверилац који може да се намири из вредности хипотековане непокретности. Поред тога њој, наравно, остају и све могућности наплате као код бланко кредита.

У односу према тзв. авалним уговорима о кредиту о којима је раније било речи, тј. уговорима обезбеђеним персоналним средствима обезбеђења (јемство, авал,

гаранција, приступање дугу) хипотекарни кредит такође показује значајне особености.

Пре свега, код кредитних уговора са персоналним средством обезбеђења увек се поред уговорних страна из уговора о кредиту јавља и треће лице, интерцесионар, који преузима додатну одговорност према банци у погледу намирења њених кредитних потраживања. То значи да ће за измирење кредитних потраживања банке по основу персоналног средства обезбеђења поред корисника кредита увек бити одговорно још једно, треће лице. Код хипотекарног кредита то није случај. Хипотека може бити успостављена на непокретности трећег лица (што је, иначе, у пракси ређи случај) или на непокретности самог корисника кредита (што је у пракси чешће).

Но, и када се хипотека успоставља на непокретности неког трећег лица односи у погледу одговорности су и даље битно различити. Код персоналног средства обезбеђења интерцесионар, као треће лице одговара према банци лично, тј. целокупном својом имовином, док се одговорност трећег лица као даваоца хипотеке ограничава на вредност хипотековане непокретности. Преосталом имовином треће лице као давалац хипотеке не одговара. Целокупном преосталом имовином одговара само корисник кредита као давалац хипотеке, али и он тако одговара по основу опште уговорне одговорности за преузету обавезу, а не по основу хипотекарног односа.

Коначно, персоналним средством обезбеђења банка не може да себи обезбеди привилеговано намирење на имовини или делу имовине трећег лица као даваоца средства обезбеђења. Она је изложена конкуренцији других обичних поверилаца са доспелим потраживањима, без обзира када су доспела потраживања појединих поверилаца настала. Насупрот томе, код хипотекарног кредита суштина је управо у томе да је банка хипотеком стекла право на привилеговано намирење из вредности хипотековане непокретности (свеједно да ли је она у својини корисника кредита

или трећег лица) и да је то потраживање обезбедило ранг у намирењу зависно од времена уписа хипотеке у одговарајући регистар.

Уз ове суштинске разлике извесна сличност између уговора о кредиту обезбеђених персоналним средством обезбеђења и уговора о хипотекарном кредиту постоји по основу акцесорности. Тако је обавеза јемца акцесорна у односу на обавезу корисника кредита, као што је и одговорност трећег лица као даваоца хипотеке акцесорна у односу на ту обавезу. Али, акцесорност је у првом случају везана за личну одговорност јемца (која се простире на његову целокупну имовину), а у другом за „одговорност ствари“ тј. за обавезу даваоца хипотеке да трпи намирење банке из вредности хипотековане непокретности, али не и из друге његове имовине. Надаље, треба имати на уму да акцесорност не важи за нека персонална средства обезбеђења (гаранција, авал) али ни за нека реална средства обезбеђења (земљишни дуг, рентни дуг).

У односу према другим уговорима о кредиту са реалним средствима обезбеђења, пре свега ломбардном кредиту, хипотекарни кредит показује значајне сличности. Код оба кредита банка се јавља као привилеговани поверилац на одређеној ствари. Поред тога у оба случаја привилеговано право намирења произлази из конституисања заложног права банке на одређеној ствари. Надаље, код оба уговора треће лице као интерцесионар се може јавити али не мора. Исто тако банка се код обе врсте уговора може намирити из вредности те ствари, као и из укупне имовине корисника кредита, али не и интерцесионара. Ипак, између ова два уговора постоје и одговарајуће разлике које пре свега произлазе из разлика које постоје између залог на покретним стварима и залог на непокретностима, о чему ће детаљније бити говора у трећем делу овог рада.¹⁵² Поред тога, економски посматрано, разлика је и у томе што је ломбардни кредит краткорочни кредит за финансирање пословања, док је хипотекарни кредит дугорочног карактера (инвестициони или други дугорочни кредит).

¹⁵² Види *infra*, део трећи, глава прва и друга.

У погледу односа према уговору о кредиту обезбеђеног земљишним (и рентним) дугом, разлике произлазе из различите природе хипотеке и земљишног и рентног дуга. Хипотека је акцесорног, а земљишни и рентни дуг неакцесорног, самосталног карактера.

У односу према кредитима одговорности (акцептни кредит у свим модалитетима, јемствени кредит) хипотекарни кредит се додатно разликује и по томе што је он кредит новчаног карактера. Кредити одговорности, напротив, су неновчани кредити код којих банка кориснику кредита ставља на располагање само своју одговорност, свој кредибилитет.

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ И ЗНАЧАЈ УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

1. Појмовно одређење

1.1. Појам

Уговор о хипотекарном кредиту се најједноставније може дефинисати као *уговор о новчаном кредиту у којем су потраживања банке као даваоца кредита обезбеђена хипотеком*.

На сличан начин се уговор о хипотекарном кредиту дефинише и у правној као и у економској теорији.¹⁵³

1.2. Елементи појма

Из дефиниције уговора о хипотекарном кредиту произлази неколико елемената који га појмовно одређују.

Пре свега, уговор о хипотекарном кредиту је *уговор о кредиту*. То је, дакле, посебна врста општег уговора о кредиту, због чега има све карактеристике тог уговора.

¹⁵³ У економској теорији се понекад овај кредит дефинише и шире, тако да обухвата сваки кредит (зајам) обезбеђен неким средством обезбеђења на непокретности. У том смислу карактеристичне су дефиниције које хипотекарни кредит дефинишу као дугорочни зајам уз заложно право на непокретности (в. Hagenmüller, op. cit. с. 123).

Уговор о хипотекарном кредиту је, надаље, *уговор о новчаном кредиту*. Наравно, није искључена могућност да се потраживања банке обезбеде хипореком и код кредита одговорности (акцептни кредит, рамбурсни кредит, авални кредит и др.), али се они, појмовно, не подводе под уговор о хипотекарном кредиту. И у банкарској пракси се под уговором о хипотекарном кредиту искључиво подразумева само посебна врста општег уговора о новчаном кредиту.

Поред тога, за уговор о хипотекарном кредиту је битно да су потраживања банке из тог уговора *обезбеђена посебним средством обезбеђења*. То значи да се банка није задовољила личном одговорношћу корисника кредита у погледу враћања кредита и испуњења других уговорних обавеза, већ је своја потраживања из уговора о кредиту обезбедила додатним средством обезбеђења. Која ће потраживања бити обезбеђена средством обезбеђења зависи од самог уговора. Редовно су то потраживања у погледу враћања кредитне суме (одједном или у ануитетима) али и друга потраживања по уговору о кредиту, као што су камате, трошкови одобравања и коришћења кредита и др. У сваком случају обезбеђује се основно потраживање у погледу враћања кредитне суме и камата, док обезбеђивање осталих (споредних) потраживања (трошкови одобравања и коришћења кредита и др.) зависи од интереса и воље уговорних страна.

Четврти елемент се тиче карактера средства обезбеђења. Потраживања банке из уговора о хипотекарном кредиту су обезбеђена *хипотеком*. Небитно је, при томе, да ли је право хипотеке конституисано на непокретности корисника кредита као дужника из основног посла, или је оно успостављено на непокретности која је у својини неког трећег лица. У банкарској пракси се најчешће срећу уговори о хипотекарном кредиту код којих је хипотека конституисана на непокретности која је у својини корисника кредита, али то за природу уговора о хипотекарном кредиту није од значаја. Исто тако небитна је и врста хипотеке. Коначно, није од значаја ни чињеница да ли је потраживање банке из уговора о кредиту поред хипотеке обезбеђено и неким другим средством обезбеђења, персоналног или реалног карактера.

2. Значај хипотеке као средства обезбеђења уговора о кредиту

2.1. Опште напомене

Хипотека је типично заложно право на непокретности, у многим правима и једино. У неким правима се, међутим, уз хипотеку, јављају и друга заложна права на непокретностима, као што су земљишни дуг и рентни дуг.¹⁵⁴

Суштина хипотеке као ограниченог стварног права је у томе да се поверилац неког доспелог а неплаћеног потраживања може намирити из вредности неке тачно одређене непокретности у законом предвиђеном поступку.¹⁵⁵

На први поглед би се могло рећи да се тиме не постиже ништа посебно, јер поверилац ненамиреног доспелог потраживања и иначе може да захтева намирење из целокупне имовине дужника, па тако и из вредности његових непокретности. Међутим, када се схвати суштина хипотеке, јасно је да ствари стоје битно друкчије. Наиме, хипотекарни поверилац је у предности у односу на све друге повериоце дужника. Права других поверилаца су поверилачка права облигационог карактера, она су усмерена на личност дужника (тзв. лично вучена права). Право хипотекарног повериоца је, напротив, ограничено стварно право на туђој непокретности, право које му омогућује намирење доспелог потраживања из вредности те непокретности пре намирења свих других облигационих поверилаца, чија потраживања нису на тај начин обезбеђена. Тако се показује да је одређена непокретност издвојена из укупне имовине дужника или трећег лица и

¹⁵⁴ У том смислу за немачко право видети пар. 1191-1198 (за земљишни дуг) и пар. 1199-1203 BGB (Грађански законик Немачке).

¹⁵⁵ У том смислу јасна је и прецизна дефиниција у нашем ЗХ према којој је хипотека заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази. (В. чл. 2 ЗХ Републике Србије).

„резервисана“ за хипотекарног повериоца, што му пружа велику сигурност наплате. Уз ово право приоритетног намирења из вредности хипотековане непокретности, хипотекарни поверилац наравно задржава право намирења и из вредности укупне имовине дужника.

Банка као поверилац из уговора о кредиту, дакле, може да се задовољи само личном одговорношћу корисника кредита као дужника, може да захтева да уз дужника одговорност преузме и неко друго лице, као што је јемац, менични авалиста или приступник дугу (персонална обезбеђења). Међутим, банке као опрезни привредници најчешће захтевају успостављање заложног права, као ограниченог стварног права намирења, на некој ствари корисника кредита као дужника или неког трећег лица (реална средства обезбеђења).

Заложна права банка може успоставити на покретним стварима, на правима и на непокретностима.

Заложна права на *покретним стварима* (ручна залога) претпостављају, међутим, да се заложена ствар налази у државини повериоца. Неповољна страна овог правила је да корисник кредита губитком државине губи и могућност коришћења заложене ствари све док траје залога. Да би се ова слабост ручне залогe ублажила у новије време нека права не траже да заложена ствар буде нужно у државини повериоца, већ је довољно да залога буде уписана у одговарајући јавни регистар. Тако у нашем праву након доношења Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар¹⁵⁶, уз класичну државинску, постоји и недржавинска залога.¹⁵⁷

Заложна права на *правима* се могу конституисати на оним правима која су преносива. У реалној банкарској пракси залога на правима се најчешће везује за хартије од вредности и заложни индосамент на њима.

¹⁵⁶ Видети: Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (Службени гласник Републике Србије бр. 57/2003)

¹⁵⁷ В. о овоме више *infra*, део трећи, глава прва, под 3.1.2.

Највећи значај, међутим, имају заложна права *на непокретностима* и то из више разлога.

Пре свега, непокретности су по правилу ствари велике вредности. Поред тога њихова вредност је постојана. Додуше, коњуктурна и рецесивна привредна кретања делују и на промену тржишне вредности некретнина, али је тај утицај много мањи него код покретних ствари и права.

Осим тога, при конституисању хипотеке као заложног права на непокретности, банке по правилу, захтевају да реална вредност непокретности буде значајно већа од вредности њеног кредитног потраживања, што омогућује његово потпуно намирење и када се прометна вредност хипотековане непокретности, због неповољних привредних кретања, у тренутку реализације хипотеке смањи.

Предност хипотеке је између осталог и у томе што је она подвргнута захтеву публициитета. Хипотека се мора уписати у одговарајући регистар непокретности (земљишне књиге или други регистри непокретности) што омогућује банци као даваоцу кредита да се увидом у тај регистар обавести о својинским односима и евентуалним теретима на конкретној непокретности.

Због својих компаративних предности хипотека (и друга заложна права на непокретностима) се сматра средством обезбеђења које најбоље обезбеђује наплату потраживања, па се због тога најшире и користи.¹⁵⁸

2.2. Типични разлози хипотекарног задуживања

Хипотека се може користити за обезбеђење најразноврснијих потраживања које банке имају према својим клијентима. Па ипак, највећи број хипотека се јавља код

¹⁵⁸ Baur, Baur, Stürner, Lehrbuch des Sachenrechts, München, 1992, с. 349.

кредитних послова, при чему су неки од њих типични основи за успостављање хипотека у корист банака.

Разлози за узимање хипотекарних кредита могу у пракси бити веома различити. Законски прописи не постављу у том смислу никакве посебне ограде. Ипак, ако се детаљније анализира пракса, посебно у развијенијим тржишним привредама, могуће је идентификовати неколико типичних ситуација у којима се прибегава узимању хипотекарних кредита.

Први типични основ пружају тзв. *производни или инвестициони кредити*. За њих је карактеристично да служе повећању или одржању вредности непокретности, односно подизању, модернизацији и унапређењу привредних погона и уређаја на њима. Као средство обезбеђења редовно тада служи хипотека која се установљава на непокретности која је објект инвестирања. Пошто су инвестициони радови редовно дугорочнијег карактера, банке одобравају овакве кредите по правилу на рате, које се пуштају зависно од степена извршености радова.

Посебну подврсту ових кредита чине тзв. *грађевински кредити* за које је карактеристично да је вредност непокретности нижа од вредности укупно одобреног кредита. Због тога банка одобрава кредит у ратама, већ према вредности изграђености објекта на којем је конституисана хипотека.

Подврсту производних кредита чине и тзв. *контокорентни хипотекарни кредити* за које је карактеристично да се одобравају за финансирање репродукционог материјала и других обртних средстава привредних субјеката. У том случају кредит се одобрава кроз контокорентни рачун клијента до одређеног износа, с тим да је до тог износа обезбеђен хипотеком. Док се производни (инвестициони) кредит односи на побољшање, осавремењавање или повећање производних капацитета (машине, инсталације, постројења, производни објекти) дотле се контокорентни кредит јавља као кредит кроз који се намирују текући сукцесивни трошкови (трошкови производње, набавка сировина и сл. трошкови радне снаге). У питању су, дакле,

трошкови репродукционог материјала, односно репродукције. Банка у тим ситуацијама одобрава хипотекарни контокоретни кредит до одређене висине, тако да корисник кредита до тог износа може континуирано да се користи новчаним средствима. Хипотека која се при томе као средство обезбеђења даје је тзв. „хипотека највишег износа“, тј. хипотека која мора да покрије највиши износ укупног кредитног задужења.¹⁵⁹

Други типични основ који се у пракси јавља није везан за банкарско пословање. Ради се о тзв. „*хипотеци куповне цене*“ за коју је карактеристично да се при продаји неке непокретности на кредит (на одгођено плаћање) успоставља хипотека на продатој непокретности у корист продавца, а за неплаћени део купопродајне цене. Ова форма продаје донекле подсећа на продају с задржавањем права својине, али се од ње разликује по томе што купац одмах стиче својину на непокретности (продавац као дотадашњи власник стиче на тој непокретности хипотеку) док код продаје уз задржавање права својине, купац својину стиче тек у тренутку потпуне исплате купопродајне цене.

Трећи типичан основ је такође кредитног карактера. Ради се о тзв. *хипотекарним кредитима опште (недиференциране) намене* које банке својм клијентима одобравају без утврђивања намене кредита, што значи да одобрена средства клијенти могу користити за било које намене. Као средство обезбеђења ових кредита јављају се непокретности којима клијент располаже, изузетно и непокретности неких трећих лица (најчешће других привредних субјеката који су статусно или пословно повезани са корисником кредита).

2.3. Типични даваоци кредита

Типични даваоци хипотекарних кредита су специјализоване хипотекарне банке и друге специјализоване финансијске организације, као што су напр. хипотекарни

¹⁵⁹ В. о овоме више напр. код: Schinnerer, op. cit. с. 48.

заводи. За ове специјализоване кредитне институције је карактеристично да финансијска средства потребна за одобравање хипотекарних кредита прикупљају издавањем заложница, као посебних хартија на доносиоца. Укупна вредност свих продатих заложница по правилу одговара укупној вредности свих одобрених хипотекарних кредита. С друге стране вредност продатих заложница је обезбеђена одговарајућом вредношћу хипотека и земљишних дугова које је финансијска организација при давању кредита конституисала.¹⁶⁰

Другу категорију типичних даваоца хипотекарних кредита чине штедионице под јавним надзором. Оне не прикупљају потребна средства за одобравање хипотекарних кредита емисијом заложница, већ улозима на штедњу. При томе су посебно значајни орочени улози као и наменски улози (за стамбену изградњу и сл.).

Трећу категорију чине остале пословне банке које уз друге врсте кредита одобравају и хипотекарне кредите.

Коначно, у неким земљама и сама држава се јавља као давалац хипотекарних кредита одн. зајмова, посебно за решавање стамбених питања становништва.

2.4. Одобравање кредитне суме и модалитети враћања кредита

Код хипотекарног кредита банка по правилу не ставља кориснику кредита на располагање кредитну суму већ приликом закључењу уговора о кредиту, мада ни то није искључено. Правило је, напротив, да банка стави кориснику на располагање кредитну суму (најчешће преносом те суме на корисников рачун, а на његов захтев) тек након уписа хипотеке као средства обезбеђења у регистар непокретности. Овај упис, опет претпоставља претходно закључење пуноважног уговора о хипотеци између банке и корисника кредита или другог власника непокретности.¹⁶¹

¹⁶⁰ В. Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 352.

¹⁶¹ Упор. Schinnerer, Erich, Bankverträge, II. Teil, с. 7.

С друге стране, враћање кредитне суме, заједно са каматом, може се уговорити на различите начине. У пракси су се усталила три најчешће коришћена модалитета.

Први начин је да се отплата кредитне суме врши након истека фиксно одређеног временског периода, напр. након истека периода од пет година од дана стављање кредитне суме на располагање кориснику кредита (тзв. *хипотека с фиксном доспелошћу*). Обе уговорне стране, и банка и власник непокретности тада рачунају с тим датумом. По правилу је отказ уговора пре истека овог рока искључен из редовних разлога, али је могућ из ванредних (напр. због неплаћања камате ако се она има плаћати током тог периода, због ненаменског коришћења кредита и сл.). У нашем праву, међутим, банка може отказати кредит и због неких других околности на страни дужника.¹⁶²

Други начин отплате је да до ње дође по отказу уговора о кредиту који једна од уговорних страна изјави у складу с тим уговором. Обично се уговара право на отказ са одређеним отказним роком. На тај начин доспелост обавезе у погледу враћања кредитне суме се везује за истек отказног рока након отказивања уговора. Овај начин отплате се обично практикује код кредитних уговора трајнијег карактера (кредит кроз текући рачун, револвинг кредит без одређеног периода трајања и сл.) мада начелно може бити уговорен и код других кредитних уговора. Ова врста отплате хипотекарног кредита се означава и као *хипотека с отказним роком*.

Основни проблем код хипотеке с отказним роком је што је такав начин отплате изузетно опасан за власника хипотековане непокретности. Он може по основу отказа уговора бити доведен у ситуацију да у кратком року мора исплатити цело

¹⁶² Према чл. 1067 ст. 2 ЗОО „уговор о кредиту банка може отказати пре истека уговореног рока и у случају инсолвентности корисника чак и кад није утврђена судском одлуком, у случају престанка правног лица или смрти корисника, ако би у тим случајевима давалац кредита дошао у битно неповољнији положај.“

потраживање, ако не жели да му непокретност буде продата ради намирења банчиног потраживања. Због тога се у пракси често користи и трећи начин отплате кредита, а то је отплата с амортизационим планом (тзв. „амортизациона хипотека“).

Код „амортизационе хипотеке“ дужник (корисник кредита) је обавезан да кредитну суму и камате плаћа кроз једнаке годишње ануитете који се састоје из камате и ануитета главнице. Временом се у одговарајућој сразмери у годишњим ануитетима смањује учешће камате а расте учешће ануитета главнице. Предност овог начина отплате је што је дужник који редовно плаћа годишњи ануитет заштићен од изненадне доспелости целе обавезе по основу отказа уговора.¹⁶³ С друге стране банка код овог начина отплате може да рачуна са редовним приливом одређених новчаних средстава.

Ваља напоменути да питање начина отплате није само питање које се тиче искључиво банке, корисника кредита и власника непокретности. Начин отплате кредита може да има и озбиљне ефекте на привреду у целини. Тако напр. ако је велико процентуално учешће хипотека са отказним роком у структури одобрених кредита, у случају пада привредне коњунктуре може доћи до масовних отказа кредитних уговора. То би водило масовној продаји хипотекованих некретнина што би обарало њихову тржишну цену. На тај начин би могла бити угрожена и потраживања обезбеђена хипотеком првог реда, а поготову потраживања обезбеђена хипотеком другог, трећег и наредних редова.

2.5. „Вредност“ хипотеке

Код уговора о хипотекарном кредиту посебан значај има тзв. „вредност“ хипотеке. На основу те вредности се процењује степен сигурности који је банка остварила успостављањем хипотеке као средства обезбеђења уредног враћања кредита.

На вредност хипотеке директно утичу три фактора.

¹⁶³ У нашем праву се и овде изузимају напред поменути случајеви утврђени чл. 1067 ст. 2 ЗОО.

Први фактор је вредност саме хипотековане непокретности. Правилна процена те вредности укључује употребу различитих метода о чему ће се нешто више рећи касније.¹⁶⁴

Други фактор је ранг хипотеке. Само хипотека првог ранга обезбеђује сигурност банке, ако је добро процењена вредност хипотековане непокретности и ако је правилно одмерена висина кредитне суме у односу на ту вредност.

Трећи фактор је лимит задуживања у односу на вредност хипотековане непокретности. „Гвоздено правило“ хипотекарног пословања је да се сигурност наплате потраживања из хипотеке првог реда постиже само ако се вредност потраживања креће у границама од 1/2 до 2/3 вредности хипотековане непокретности.¹⁶⁵ Понекад се лимит задуживања одређује и прописима.¹⁶⁶

3. Значај уговора о хипотекарном кредиту за кредитно пословање банака

3.1. Опште напомене

У савременом банкарском пословању средства обезбеђења су незаобилазан пратилац активних банкарских послова, тј. послова у којима се банке јављају као повериоци својих клијената. Сви ови послови су, додуше, кредитног карактера, што подразумева постојања одређеног односа поверења банке према клијентима којима се кредит одобрава, али су ризици ликвидности, солвентности, па тиме и

¹⁶⁴ Види *infra* под 3.6.

¹⁶⁵ Упор. Ваг, Ваг, Stürner, *op. cit.* с. 355.

¹⁶⁶ Тако је напр. у Закону о хипотекарним банкама СР Немачке (Hypothekbankgesetz) у пар. 11 ст. 2 било предвиђено да кредитна сума не сме прећи износ од 2/3 вредности хипотековане непокретности.

солидности клијената ипак такви да су банке принуђене да средства обезбеђења захтевају код скоро свих кредитних уговора, посебно оних веће вредности.

Наравно, средства обезбеђења нису једини начин минимизирања ризика код активних банкарских послова. Напротив, у банкарском пословању се сматра да на првом месту мора бити анализа и процена ризика до које се долази анализом и проценом кредибилитета самог клијента. У том смислу постоје одговарајући методи банкарске процене ризика ликвидности и солвентности клијената који се јављају као тражиоци кредита.¹⁶⁷ Тек након тога ризици се процењују и са становишта карактера и квалитета понуђених средстава обезбеђења.

Па ипак, и када анализе ризика ликвидности и солвентности потенцијалног корисника банкарског кредита дају задовољавајући резултат, банке се од ових и других ризика додатно штите одговарајућим средствима обезбеђења.

Као што је познато, банке користе читаву лепезу различитих средстава обезбеђења. С једне стране то су различити облици персоналних (личних) средстава обезбеђења, као што су јемство, авал и други облици меничног обавезивања, гаранације и сл. док се с друге стране јављају стварна (реална) средства обезбеђења међу којима су нарочито значајне хипотека, ручна залога, посебно залога на хартијама од вредности, као и задржај права својине на ствари (*pactum reservati dominii*).

Пракса банака у свету, а све више и код нас, показује да су хипотеке једно од најчешће коришћених средстава обезбеђења код кредита веће вредности. Скоро да и нема банке која у свом поседу нема неку хипотеку као средство обезбеђења за одобрене кредите. Питање које се у вези с тим неминовно поставља је питање ефеката хипотека као средстава обезбеђења уредног извршења обавеза од стране корисника кредита на пословање банака, како позитивних, тако евентуално и негативних.

¹⁶⁷ В. *supra*, глава трећа под 2.2.

3.2. *Структура банака и других финансијских организација које закључују уговоре о хипотекарном кредиту*

Када се поближе анализира структура банака које закључују уговоре о хипотекарном кредиту, јасно се може видети да то чине не само специјализоване хипотекарне банке већ и комерцијалне, односно пословне банке, штедионице и друге финансијске организације. У неким земљама и локалне (кантоналне) банке у значајној мери учествују у одобравању хипотекарних кредита.¹⁶⁸ У свим развијеним земљама ситуација у том погледу је мање-више слична, без обзира на одређене специфичности њихових банкарских система.

Општа оцена која важи за привреде развијених земаља, све више важи и за нашу земљу. Након суштинских промена у друштвено-економском систему крајем осамдесетих година прошлог века, а нарочито након друштвених промена на почетку овог века, банке у нашој земљи сваким даном све више посежу за хипотекама као средствима обезбеђења, нарочито од уговора о кредиту веће вредности.

Занимљиво је да се у нашој земљи до сада нису појавиле специјализоване хипотекарне банке које би пословале на посебним принципима, примереним хипотекама, као специфичним средствима обезбеђења.¹⁶⁹ Напротив, наше банке су пословне односно комерцијалне банке општег (универзалног) карактера, али скоро све одобравају хипотекарне кредите.

С тим у вези, поставља се питање да ли пословне банке општег типа, посебно мање, могу одобравати хипотекарне кредите без посебног вођења рачуна о њиховом броју и вредности, или је напротив, одобравање оваквих кредита скопчано са одређеним ризицима који могу за њих бити опасни.

¹⁶⁸ В. Gsell, Emil: Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bern, 1969, с. 131-135.

¹⁶⁹ У развијенијим земљама је знатан број специјализованих хипотекарних банака. В. напр. Kalveram-Günther, Bankbetriebslehre, Wiesbaden, 1962, с. 339 и сл.

Ако погледамо ситуацију каква постоји у развијеним тржишним привредама, јасно је уочљиво да добре, реномиране пословне банке озбиљно воде рачуна о томе колико и каквих хипотекарних кредита ће одобравати. При процени ризика, банке посебно узимају у обзир ризик ликвидности, а у одређеним ситуацијама и ризик солвентности, када утврђују своју пословну политику у погледу закључивања уговора о кредиту који се закључују на бази хипотеке, нарочито ако је хипотека једино средство обезбеђења.

3.3. Предности обезбеђења уговора о кредиту хипотеком

Нема сумње да је хипотека у редовним ситуацијама једно од најсигурнијих средстава обезбеђења уредног враћања кредита. При пажљивом и стручном испитивању околности у вези са непокретношћу на којима се контитуише, хипотека би под редовним условима требало да буде поуздано средство за наплату кредита, уколико корисник из уговора о кредиту не испуни своју уговорну обавезу враћања кредита. По неким мишљењима, хипотека је најсигурније од свих средстава обезбеђења.¹⁷⁰ Изузетно висок степен сигурности у намирењу банчиног потраживања је уједно и најзначајнија предност хипотеке као средства обезбеђења кредита.

Да би хипотека била сигурно средство обезбеђења, банке при одобравању хипотекарног кредита морају пажљиво испитивати све околности које су везане за потенцијалне ризике. С једне стране, то су околности које се тичу кредибилитета самог клијента, његове солидности, ликвидности и солвентности. Ове околности банке, међутим, испитују и код свих других уговора о кредиту. С друге стране, међутим, код уговора о хипотекарном кредиту посебна пажња се мора посветити и самом предмету обезбеђења, тј. непокретности на којој се конституише хипотека.

¹⁷⁰ Вучковић, Милош: Банкарство, *op. cit.* с. 159.

Нема сумње да сигурност хипотеке као средства обезбеђења у доброј мери произлази и из чињенице да је непокретност сама по себи трајна, често и неуништива вредност. Али управо због тога, мора се утврдити њена реална вредност, и то не само у тренутку конституисања хипотекарног права, већ и за одређени временски период унапред, посебно за тренутак у коме би се банка могла евентуално намиривати из вредности те некретнине. Због тога банке редовне траже да вредност некретнине премашу вредност кредитног потраживања. Колико ће то премашење бити, зависи од околности конкретног случаја, али се обично креће у границама од 150-200% вредности кредитног потраживања.

Надаље, изузетно је важно да се што поузданије утврди одсуство правних ризика. При томе је, пре свега значајно утврдити поузданост уписа непокретности у земљишне књиге или друге регистре непокретности. Поред тога посебно је важно утврдити да ниједно друго лице није стекло неко приоритетно право на намирење из непокретности на којој је конституисана хипотека.

Ако су сви напред поменути услови испуњени, банка може бити сигурна да ће своје потраживање из уговора о кредиту наплатити, чак и ако корисник кредита падне под стечај. У том случају банка ће се јавити као привилеговани поверилац с разлучним правом, па ће, ако је вредност некретнине и при продаји већа од потраживања, себе намирити у целини уговорног потраживања.

Па ипак, за укупно пословање банака, посебно мањих, већи обим одобрених хипотекарних кредита није без озбиљног ризика. Наиме, пословне банке, нарочито у временима новчане оскудице, могу због већег обима хипотекарних кредита доћи у неугодну, па чак и у опасну ситуацију.¹⁷¹

¹⁷¹ В. Hermann, Herold: Das Kreditgeschäft der Banken, 15 Auflage, Hamburg, 1964, с. 401.

3.4. Ризици хипотекарног пословања за пословне банке

Мада су са становишта сигурности наплате изузетно погодни, хипотекарни кредити носе са собом неке друге ризике за укупно пословање пословне банке.

Основни ризик који хипотекарни кредити са собом носе, нарочито ако се одобравају у већем обиму, је ризик ликвидности.

За корисника кредита хипотекарни кредит је углавном комфоран. У непокретности имобилисан део имовине корисника се кроз уговор о хипотекарном кредиту мобилише, постаје део његове ликвидне имовине, која му омогућује текуће пословање.

Насупрот томе, за пословну банку одобрени хипотекарни кредит значи имобилизацију дела имовинске масе, односно дела новчане масе, као њеног најликвиднијег дела.

С обзиром на овакав ефекат хипотекарних кредита на имовину пословне банке, јасно је да ризик ликвидности за банку највећи ако се уговори о хипотекарном кредиту одобравају на дуже време. Због тога се сматра да је одобравање већег обима дугорочних хипотекарних кредита за пословну банку неприхватљиво.¹⁷²

Уопштено би се могло рећи да је одобравање хипотекарних кредита код пословних банака прихватљиво пре свега за краткорочна кредитирања. У том смислу се сматра прихватљивим кредитирање на бази хипотеке кроз уговор о контокоренту, односно уговор о текућем рачуну, као и кроз друге уговоре о краткорочном кредитирању, али под условом да имају чврсту клаузулу краткорочности.

¹⁷² Ibidem.

Могло би се, дакле, закључити да хипотека није ликвидно покриће, због чега је за пословне банке потребно да кредит, који се на бази ње одобрава, буде што ликвиднији.

3.5. Специјализовне банкарске организације за хипотекарно пословање

Због израженог ризика ликвидности, одобравање хипотекарних кредита је домен банкарског пословања који је превасходно резервисан за специјализоване, хипотекарне банке и штедионице.¹⁷³

Хипотекарне банке користе посебне методе у пословању за неутралисање ризика ликвидности. Како је основни проблем код хипотекарних кредита имобилизација ликвидних средстава банке, то хипотекарне банке разним начинима обезбеђују себи дугорочне изворе средстава.

Најпогоднијим начином неутралисања ризика ликвидности се сматра издавање заложних (хипотекарних) записа, које банке на основу конституисаних хипотека пласирају на хипотекарном тржишту хартија.¹⁷⁴

Штедионице су се такође афирмисале као банкарске институције које могу успешно да неутралишу ризик ликвидности код хипотекарних кредита. Оне то чине у складу са специфичним карактером свог пословања. Сва новчана средства која су прикупиле на основу догорочнијих орочења су начелно погодна за одобравање хипотекарних кредита. Поред тога стабилне и реномиране штедионице могу са великом извесношћу да рачунају на сталан доток новца на основу будућих уговора о банкарским новчаним депозитима, као и уговора о улогу на штедњу. Искуство показује да се штедионице на овај начин такође успешно неутралишу ризик

¹⁷³ Упор. Hofmann, Walter: Handbuch des gesamten Kreditwesens, Frankfurt am Main, 1965, с. 17 и сл.

¹⁷⁴ В. о овоме шире: Büschgen, Hans: Bankbetriebslehre, Wiesbaden, 1972, с. 157 и сл.

ликвидности у свом пословању, који настаје због одобравања хипотекарних кредита.

Тренутно, у нашем актуелном банкарско-финансијском систему нема простора за штедионице, па тиме ни за хипотекарно кредитно пословање у оквиру њих.¹⁷⁵ Међутим, на дужи рок посматрано, тешко је веровати да ће се задржати законска решења која практично онемогују оснивање и пословање штедионица, јер би то било супротно специфичним потребама које оне у сваком банкарско-финансијском систему покривају.

С друге стране, међутим, нема никаквих правно-системских ограничења за настанак специјализованих хипотекарних банака, али постоје одређена пословна ограничења, пре свега неразвијеност тржишта хартија од вредности, посебно оних заложног карактера.

3.6. Процена вредности хипотеке као фактор ризика

Поред процене ризика ликвидности за укупно пословање банке, хипотекарни кредити се морају процењивати и са становишта појединачних ризика који се појављују при сваком уговору о хипотекарном кредиту.

Кључна процена се, при томе, састоји од процене реалне вредности некретнине као предмета хипотекарног права. Ако се ова процена не изврши ваљано, тада и основна предност хипотекарног кредита, наиме сигурност банчиног намирења, може бити доведена у питање.

¹⁷⁵ Актуелни Закон о банкама из 2005. године не предвиђа могућност постојања штедионица и других финансијских организација које су постојале у Закону о банкама и другим финансијским организацијама из 1993. године.

При оцени ризика код хипотекарних кредита три елемента процене се налазе у првом плану и то процена вредности некретнине, процена обима оптерећења и ранг хипотекарног права банке.

3.6.1. Процена вредности некретнине

Први елемент је ваљана процена вредности саме непокретности. Ова процена свакако мора узети у обзир не само актуелну вредност непокретности на којој се конституише хипотека, већ и процену њене вредности у тренутку евентуалне реализације хипотекарног права. То значи са се морају узети и сви очекивани приноси на њену вредност, али и потенцијални ризици пада њене супстанцијалне вредности.

У хипотекарном пословању банака развила се одговарајућа методологија по којој се процењује вредност некретнине на којој се конституише право банке као хипотекарног повериоца.

Пре свега, процена вредности непокретности у себи садржи два елемента. Једно је процена вредности земљишта, а друго процена вредности објеката на њему.

Затим, циљ банке је да на крају процене утврди тзв. кредитну вредност непокретности до које се долази на основу утврђивања њене приносне вредности, вредности земљишта, грађевинске вредности и прометне вредности.

Приносна вредност је одлучујућа за утврђивање кредитне вредности непокретности. При процени приносне вредности морају се узети у обзир сви прирасти у вредности непокретности који су унапред предвидиви а који су трајнијег карактера.¹⁷⁶ Обично се вредност утврђује на основу годишњег нето приноса који се капитализује кроз капитализациону камату.

¹⁷⁶ Falter, Manuel: Die Praxis des Kreditgeschäfts, Stuttgart, 1971, с. 254.

Вредност земљишта се обично процењује тако што се настоји утврдити цена која се може дугорочније остварити за земљиште исте врсте и положаја као што је земљиште које чини предмет хипотеке. Нагласак је, при томе, на процени дугорочније цене, тј. цене која неће бити тренутног карактера. То се израчунава на тај начин што се додуше полази од трансакционих цена за непокретности исте врсте и положаја, али се оне коригују за очекивани индекс промене вредности у будућности.

Грађевинска вредност се одређује на основу примерених издатака који су неопходни за изградњу објекта, под условом да они не премашују његову прометну вредност.¹⁷⁷ Заједно са вредношћу земљишта, грађевинска вредност чини тзв. стварну вредност непокретности.

Прометна вредност је посебно значајан елемент за утврђивање коначне кредитне вредности непокретности. Обично се дефинише као вредност која се увек може остварити продајом те непокретности. То је цена која се у тренутку потенцијалне реализације хипотекарног права може остварити у уобичајеном промету за непокретности истих својстава и положаја, без узимања у обзир неубичајених и личних околности. Прометна вредност није идентична са приносном вредношћу, још мање са стварном вредношћу (грађевинском вредношћу и вредношћу земљишта). Прометну вредност обично утврђује проценитељ који добро познаје локалне прилике на тржишту некретнина.

Кредитна вредност се утврђује на крају и она се изводи на основу свих претходно утврђених вредности. Утврђивање ове вредности је, како се каже, "срце банкарског хипотекарног посла".¹⁷⁸ Банке при томе имају различите методологије, некада и врло компликоване. Од једноставнијих а доста сигурних метода помињемо тзв.

¹⁷⁷ Falter, op. cit. c. 259.

¹⁷⁸ Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank-, und Börsenwesen, Band I, Frankfurt a.M. 1966/67, c. 755.

методу средње вредности код које се стварна и приносна вредност збрајају и деле са бројем два. Понекад се њима додаје у збиру и прометна вредност, па се збир дели бројем три. Ипак, пракса показује да су и при овој методи могуће одређене грешке у процени, нарочито ако постоје велике разлике између стварне и приносне вредности непокретности.

3.6.2. Процена обима оптерећења

Други елемент се тиче обима оптерећења. Колики ће он бити зависи од многих фактора. У обзир се мора узети не само вредност саме некретнине већ и стабилност тржишта некретнина. Већ је раније поменуто у којим границама се креће обим оптерећења код наших банака. У стабилним условима развијених привреда обим оптерећења, мерено односом висине банчиног потраживања из хипотекарног кредита и вредности некретнине, износи између 50% и 60%. Код хипотекарних банака обим покрића је најчешће око 60%, док је код штедионица око 50%.¹⁷⁹

3.6.3. Ранг хипотекарног права банке

Трећи елемент је ранг хипотекарног оптерећења. Ако на непокретности постоји више оптерећења, значајно је за банку да јасно утврди ранг свог хипотекарног права. Ово је од посебног значаја за случај да дође до ликвидације или стечаја корисника кредита, јер ће се према овом рангу утврђивати и приоритет у наплати из ликвидационог остатка, односно стечајне масе.

¹⁷⁹ Hahn, Oswald: Bankbetriebslehre, Stuttgart-Düsseldorf, 1967, с. 110.

Глава пета:

ИЗВОРИ ПРАВА ЗА УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

У праву Републике Србије основни извори права за уговор о хипотекарном кредиту су одговарајући закони.

На првом месту је *Закон о облигационим односима (ЗОО)*¹⁸⁰ којим је правно уређен уговор о новчаном кредиту. Поред конкретних норми које се односе на уговор о кредиту, од значаја су и све друге норме којима се уређују облигациони односи, а могу се применити на уређивање облигационих односа који се јављају код уговора о новчаном кредиту.

Једнако тако је важан и *Закон о хипотеци (ЗХ)*¹⁸¹ којим се уређују правни односи у вези са хипотеком. Поред тога овим законом се уређује централна евиденција хипотека.

Од значаја су опште норме *Закона о основама својинскоправних односа*,¹⁸² с тим да су након доношења Закона о хипотеци престале да важе његове одредбе којима је била уређена хипотека.

За извршење на хипотекованој непокретности су значајни *Закон о извршењу и обезбеђењу (ЗИО)*¹⁸³ и *Закон о пореском поступку и пореској администрацији*.¹⁸⁴

¹⁸⁰ Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89; "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003.

¹⁸¹ Службени гласник РС, бр. 115/2005.

¹⁸² „Службени лист СФРЈ”, бр. 6/1980; 36/1990. и „Службени лист СРЈ”, бр. 29/1996.

Правила о пословању банака, укључујући и правила којих се морају придржавати при одобравању хипотекарних кредита су уређена *Законом о банкама (ЗБ)*.¹⁸⁵

Од значаја је и *Закон о заштити корисника финансијских услуга*,¹⁸⁶ чије одредбе се примењују и на уговоре о хипотекарном кредиту, ако је корисник кредита физичко лице.

Треба поменути и *Закон о државном премеру и катастру (ЗДП)*¹⁸⁷ који је од значаја за упис хипотеке на непокретности.

Уз законске и подзаконске прописе од значаја су и банкарски обичаји и општи услови пословања банака.

¹⁸³ Службени гласник РС, бр. 31/2011 и 99/2011.

¹⁸⁴ Службени гласник РС, бр. 80/2002, 84/2002, 23/2003, 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005, 62/2006, 61/2007, 20/2009, 72/2009, 53/2010.

¹⁸⁵ Службени гласник РС, бр. 107/2005, 91/2010.

¹⁸⁶ Сл. гласник РС, бр. 36/2011.

¹⁸⁷ Службени гласник РС, бр. 72/2009, 18/2010.

Део други:

ПРАВНИ ОДНОСИ КОД УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва:

ТРОЈНОСТ ПРАВНИХ ОДНОСА

1. Кредит, поверење и обезбеђено потраживање

1.1. Обезбеђење кредита и поверење

Стара је банкарска мудрост да је најбезбеднији онај кредит за који није потребно никакво средство обезбеђења. То ће бити случај када је банка потпуно сигурна да ће њен клијент вратити кредит на време, заједно са уговореном каматом. Сигурност кредита је, дакле, суштински повезано са поверењем које банка има у свог клијента. Ако се ради о прворазредном солвентном, ликвидном и пословно солидном клијенту који испуњава своје обавезе на време и на уговорени начин, посебно ако се као такав показао банци кроз дужи период међусобних пословних односа, банка је понекад спремна да кредит одобри и без икаквих средстава обезбеђења.

Када, међутим, банка већ при одобравању кредита размишља о могућности да он неће бити враћен на време уз уговорену камату, јасно је да банка нема потпуно поверење у клијента односно да није неспорно уверена да ће клијент бити вољан и способан да одговори својим уговорним обавезама. Кредит, поверење и средства обезбеђења су својеврсни троугао који опредељује карактер односа који се код кредитних послова успостављају између банке и корисника кредита.

Погрешно би, међутим, било мислити да је тражење средстава обезбеђења при одобравању кредита увек израз неповерења банке у саму личност клијента, у његову солидност, ликвидност и солвентност. Напротив, банка процењује све врсте ризика, како оне који су непосредно везани за самог клијента, тако и оне који имају општији карактер. Тако се процењују и ризици као што су рецесије, привредне кризе, могући политички и други догађаји у земљи и свету и други ризици који се не могу приписати у одговорност клијенту, али итекако могу утицати на његову способност да врати кредит на време и под уговореним условима. Према томе, банка може проценити да и поред поверења у личност клијента, општије околности могу довести до наступања ризика невраћања кредита, па и у таквим случајевима захтева одговарајуће средства обезбеђења.

Мада би се, следећи раније поменути банкарску мудрост, могло рећи и да је најсигурније оно средство обезбеђења које неће бити коришћено, банке, ипак, процењујући потенцијалне ризике, захтевају одређена средства обезбеђења при одобравању кредита. Давање средства обезбеђења се остварује на основу одговарајућег уговора (посла) обезбеђења, који се обично означава као „помоћни“ или „секундарни“ посао који претпоставља постојање уговора о кредиту, као основног посла. Све док се основни посао нормално одвија, посао обезбеђења је у другом плану, права и обавезе из тог посла мирују. Међутим, ако се уговорне обавезе из уговора о кредиту не испуне на начин и у време како је уговором предвиђено, посао обезбеђења иступа у први план. Банка ће тада настојати да своје ненамирено потраживање из уговора о кредиту намири коришћењем средства обезбеђења. То средство може бити персонално (додатна одговорност неког трећег лица) или реално (право намирења из вредности неке ствари дужника или трећег лица) али у сваком случају оснажује позицију банке у случају невраћања кредита.

Због сложености привредних токова као и бројности општих привредних и политичких ризика, кредитне послове у савременим привредама редовне прате одговарајућа средства обезбеђења, чак и онда када банка, иначе, показује да у неког свог клијента има пуно пословно поверење.

Када се средства обезбеђења кредита поближе размотре, видљиво је да она имају исти циљ. Тај циљ је обезбеђивање наплате одређеног потраживања. Он се остварује тако што је код свих средстава обезбеђења, као специфичних правних института, дато повериоцу право да искористи средство обезбеђења и да се на тај начин наплати, уколико основни дужник не измири обезбеђено потраживање.

Ипак, мада је циљ свих средстава обезбеђења кредита исти, правна природа тих средстава је сасвим различита. Једнако тако различити су и начини намирења повериоца, зависно од карактера сваког средства обезбеђења.

Сва средства обезбеђења су, иначе, инструменти приватноправног карактера. Нека од њих су институти стварног (ручна залога, хипотека, земљишни дуг и др.) а друга облигационог (јемство, авал, гаранција, приступање дугу и др.) права. Већина средстава обезбеђења из обе категорије је законски уређена (ручна залога, хипотека, јемство, авал, гаранција, приступање дугу) али уз њих јављају се и средства обезбеђења која су регулисана само у неким правима (напр. земљишни дуг, рентни дуг) или су производ правне и пословне праксе.¹⁸⁸

1.2. Кредит и обезбеђено потраживање

Као што је познато, реч “кредит” се употребљава у више различитих значења. У ужем смислу, под кредитом се подразумева банкарски уговор о кредиту, још уже, банкарски уговор о новчаном кредиту.¹⁸⁹

У ширем смислу, посебно у пословној пракси, под кредитом се подразумевају и уговори код којих се обавеза друге стране (по правилу новчана обавеза) извршава по протеклу одређеног времена након извршења обавезе прве стране.

¹⁸⁸ Такав је напр. случај са институтом задржавања права својине (*pactum reservati dominii*).

¹⁸⁹ Види о овоме више *infra*, глава друга, под 2.

У том смислу говори се о тзв. робном кредиту и услужном кредиту. Под робним кредитом се подразумева кредит који одобрава продавац купцу на тај начин што испоручује робу одмах, а купац је у обавези да плати куповну цену тек након протекла одређеног временског периода (продаја на почек, продаја са одложеним плаћањем). Исто тако код услужног кредита давалац услуге пружа услугу одмах, а корисник услуге за њу плаћа тек након одређеног временског периода.

Код робног и услужног кредита постоје неке специфичности при обезбеђењу плаћања куповне цене или цене услуге. Тако продавац може задржати право својине на испорученој роби до исплате куповне цене, а давалац услуге понекад може да држи ствар дужника у поседу до плаћања цене услуге (напр. при поправци машина и сл.).

Код банкарског уговора о новчаном кредиту, међутим, ситуација је другачија. Новац као генеричну и потрошну ствар банка даје кориснику кредита без могућности задржавања својине на њему. Уместо својинског права на новцу који је дала, банка стиче само облигационо новчано потраживање према кориснику кредита. Једнако тако банка не може ни да не преда новац кориснику кредита пре испуњења његове уговорне обавезе, као што не може ни да захтева претходно испуњење обавезе од стране корисника кредита. Уговор о новчаном кредиту је по својој природи такав да подразумева претходно испуњење новчане престације од стране банке. Управо због тога средства обезбеђења код уговора о новчаном кредиту имају изузетан значај.

Уговором о новчаном кредиту, дакле, настаје потраживање банке према кориснику кредита које треба да буде осигурано неким средством обезбеђења. То потраживање доспева краће или дуже време након закључења уговора и након стављања кредитне суме на располагање кориснику кредита. Због тога се средство обезбеђења може дати и за недоспела потраживања. Исто тако може се пуноважно дати средство обезбеђења и за будућа потраживања, тј. за потраживања која нису

још ни настала, као и за потраживања са одложним или раскидним условом. Коначно, средство обезбеђења се може дати не само за једно конкретно потраживање већ и за више потраживања, напр. за сва садашња или будућа потраживања банке према њеном клијенту. Ово у потпуности важи и за хипотеку као средство обезбеђења уговора о кредиту.¹⁹⁰

2. Однос уговора о обезбеђењу и уговора о кредиту

2.1. *Кредитни уговор као основни посао, посао обезбеђења и давање средства обезбеђења*

Када се закључи уговор о кредиту тако да се за његово уредно извршење предвиди неко средство обезбеђења, јасно је да је смисао овог средства да банку, као повериоца по уговору о кредиту, обезбеди у погледу наплате потраживања по кредиту (враћање кредитног износа, камате, евентуална додатна споредна потраживања) а не и да оствари неко друго увећање њене имовине. Средство обезбеђења не треба да доведе до неке додатне добити за банку. Због тога се однос између кредита и средства обезбеђења мора тако правно-технички уредити да се оваква функција средства обезбеђења недвосмислено оствари. То се, с једне стране, постиже одговарајућим законским нормама, али, с друге стране, и одговарајућим правним пословима између лица која у кредиту и његовом обезбеђењу учествују.

Код сваког уговора о кредиту код којег постоји неко средство обезбеђења, јасно се могу разликовати три правна односа.

Први правни однос постоји између даваоца и примаоца (корисника) кредита. Он се заснива уговором о кредиту. Суштину тог односа чини обавеза банке да одобри одн. да кредит, и обавеза корисника да тај кредит врати, уз одговарајућу камату,

¹⁹⁰ В. Bülow, Peter, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2007, с. 3.

односно да за њега плати одређену накнаду. Код уговора о новчаном кредиту, какав је и уговор о хипотекарном кредиту, банка има потраживање према кориснику кредита у погледу враћања кредитне суме.

Међутим, сам уговор о новчаном кредиту, као основни посао, не садржи у себи обавезу корисника на давање средства обезбеђења. За то је потребно закључити нови уговор, којим ће се корисник кредита или треће лице обавезати на давање, односно прибављање одређеног средства обезбеђења. Тај нови уговор је уговор о обезбеђењу. Његовим закључењем настаје други правни однос између банке као даваоца кредита и корисника кредита или трећег лица као даваоца средства обезбеђења. Тако се основни посао, уговор о кредиту, на својеврсни начин допуњује. Овај уговор о обезбеђењу се може закључити као самосталан уговор, али може бити и само клаузула у уговору о кредиту (ако средство обезбеђења даје сам корисник кредита). Такође уговор о обезбеђењу се може закључити и конкluentном радњом. Ипак, без обзира у ком виду се закључи, уговор о обезбеђењу је важан јер он представља каузу посла извршења тј. правног посла на основу којег настаје средство обезбеђења (уговор о јемству, уговор о хипотеци итд.)

Испуњење обавезе из уговора о обезбеђењу, међутим, подразумева још један додатни, трећи правни однос. Код уговора о кредиту уз јемство као средство обезбеђења, тај додатни однос настаје закључењем уговора о јемству између банке, као даваоца кредита и трећег лица као јемца, код уговора о хипотекарном кредиту он настаје закључењем уговора о хипотеци и успостављањем хипотеке на непокретности корисника кредита или трећег лица итд. Тај трећи правни однос се означава као посао извршења. Он свој правни основ (каузу) има у уговору о обезбеђењу, а не у уговору о кредиту, као основном послу.

Како је, међутим, очигледно да је, економски посматрано, средство обезбеђења у функцији обезбеђења потраживања банке из уговора о кредиту, то је задатак права

да одговарајућим правним решењима успостави одговарајућа међузависност између кредита и средства обезбеђења.

2. 2. Акцесорност

Основни правни институт за успостављање међузависности кредита и средства обезбеђења је акцесорност. Она може бити утврђена законом, као код хипотеке, али се може успоставити и правним послом.

Када се акцесорност утврди законом, тада се промене код уговора о кредиту, као основном правном односу, аутоматски рефлектују на средство обезбеђења. Пошто дејство промена у основном правном односу на средство обезбеђења прописује закон, то је непотребан било какав додатни правни посао или правна радња за настанак правних последица у погледу средства обезбеђења. Усклађеност између кредита и средства обезбеђења наступа, дакле, непосредно на основу закона. Тако напр. банка, као хипотекарни поверилац, може да се користи хипотеком само док постоји обезбеђено потраживање из уговора о кредиту. Правило да хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања¹⁹¹ не оповргава акцесорни карактер хипотеке јер застарело обезбеђено потраживање није престало већ се само претворило у натуралну (природну) облигацију. Исто тако банка своје захтеве према јемцу може поставити само ако још постоји основно потраживање из уговора о кредиту. Јемчева обавеза такође не може бити већа од обавезе главног дужника, а ако је уговорено да буде већа, она се своди на меру дужникове обавезе.¹⁹²

¹⁹¹ В. Чл. 26 ст. 1 Закона о хипотеци (Службени гласник Републике Србије, број 115 од 27. 12. 2005).

¹⁹² Чл. 1002 Закона о облигационим односима, у даљем тексту: ЗОО ("Сл. лист СФРЈ", бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, "Сл. лист СРЈ", бр. 31/93 и "Сл. лист СЦГ", бр. 1/2003).

Акцесорност значи пуну усклађеност средства обезбеђења са основним потраживањем. То значи не само да право на коришћење средства обезбеђења подразумева постојање основног потраживања, већ значи и да оно дели у потпуности његову правну судбину. Ако је основно потраживање измирено, губи се и право у односу на средство обезбеђења, ако је основно потраживање ништаво, непуноважно је и право у погледу средства обезбеђења, ако се основно потраживање смањи, сразмерно се смањује и право на средство обезбеђења итд. Право према средству обезбеђења, дакле, дели правну судбину основне обавезе и своди се на њену меру.

Средство обезбеђења може бити дато и за будуће обавезе. Ако је то случај, право по основу средства обезбеђења је настало с одложним условом, тј. оно ће се ефектуирати само ако настане основно потраживање. Наравно, и само право на средство обезбеђења може бити додатно условљено, напр. статусом члана одређеног привредног (трговачког) друштва и сл.¹⁹³

Законом установљена средства обезбеђења су углавном акцесорна. Тако је јемство, као типично и у пословној пракси најчешће коришћено персонално средство обезбеђења¹⁹⁴, акцесорно по својој природи, али је то случај и са ручном залогом и хипотеком, као основним реалним (стварноправним) средствима обезбеђења.

Ипак, нека средства обезбеђења која су уређена законом су неакцесорна. Такав је напр. случај са гаранцијом (банкарска гаранција) која је неакцесорно средство персоналног обезбеђења. Исто важи и за земљишни дуг у земљама у којима он постоји као стварноправно, неакцесорно право залогe на непокретностима.¹⁹⁵

¹⁹³ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, 7. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, 2007, с. 9

¹⁹⁴ B. Pottschmidt/Rohr, *Kreditsicherungsrecht*, 2. Auflage, Bonn, 1976, с. 37.

¹⁹⁵ О карактеристикама земљишног дуга као неакцесорног средства реалног обезбеђења види напр.: Baur, Baur, Stürner: *Lehrbuch des Sachenrechts*, 16. neubearbeitete Auflage, München, 1992. с. 444 и сл.

2.3. Апстрактност и каузалност

Код средстава обезбеђења која су законом уређена као неакцесорна, ситуација је битно другачија. То је, пре свега случај са земљишним дугом (у правима у којима он постоји) и банкарском гаранцијом, односно чинидбеном гаранцијом уопште. Ова средства обезбеђења нису акцесорна, напротив, имају изразито самосталан карактер. Због тога промене у основном односу немају никакво непосредно правно дејство на право банке, као повериоца из уговора о кредиту, на та средства. За настанак земљишног дуга напр. није потребно чак ни да основно потраживање постоји. Исто тако евентуална ништавост основне обавезе не утиче на пуноважност земљишног дуга.¹⁹⁶

Ова средства обезбеђења су не само неакцесорна већ и апстрактна. Право повериоца из основног посла у односу на средство обезбеђења остаје и онда када *цауса* тих права, дакле уговор о обезбеђењу, престане да постоји. Утолико пре, промене у основном односу немају правно дејство на права која поверилац из тог односа има у односу на апстрактна средства обезбеђења која је добио. Апстрактност као принцип прекида правну везу између уговора о кредиту и средства обезбеђења.

Како је, међутим, стварни, економски смисао средстава обезбеђења да буду у функцији основног посла, код уговора о кредиту у функцији враћања кредитне суме, то се у пракси неакцесорност и апстрактност ових средстава обезбеђења превазилази посредно, путем одговарајућег правног посла. Тако се у послу извршења уговора о обезбеђењу може предвидети да је средство обезбеђења дато под раскидним условом, тј. да ће право повериоца из основног посла у односу на средства обезбеђења престати ако престане његово потраживање из тог посла. На тај начин се уговорним путем остварује сличан резултат као код акцесорног средства обезбеђења које је акцесорно по закону.

¹⁹⁶ Упор. напр. Lwowski, *Kreditsicherheiten*, 5. Auflage, Berlin, 1982, с. 111.

2.4. Садужништво

Поред акцесорности, као значајно питање код средстава обезбеђења јавља се и проблем садужништва, тј. питање у каквом односу стоје обавезе корисника кредита, као дужника из основног посла, и обавезе давалаца средства обезбеђења. С тим у вези, поставља се неколико суштинских питања. Прво од њих је да ли је садужништво уопште подобно да буде средство обезбеђења. Друго питање је да ли су давалац средства обезбеђења (напр. јемац или гарант) и корисник кредита садужници или не. Коначно, поставља се и питање у каквом су међусобном односу више давалаца средстава обезбеђења за исти уговор о кредиту. Наравно, сва ова питања се односе на ситуације у којима се поред примаоца (корисника) кредита, као дужника из основног посла, јављају као даваоци средстава обезбеђења нека друга лица (тзв. интерцесионари).

При разматрању првог питања неопходно је поћи од природе садужништва. Као што је познато, када се више лица јавља на дужничкој страни дужничко-поверилачког односа, они се налазе у улози садужника.¹⁹⁷ Ако се ради о дељивој обавези из уговора у привреди, какав је и уговор о кредиту, садужници одговарају повериоцу солидарно, осим ако су уговарачи изрично отклонили солидарну одговорност.¹⁹⁸ Солидарни садужници одговарају повериоцу за целу обавезу тако да поверилац може захтевати њено испуњење од кога хоће све док не буде потпуно испуњена, али кад један дужник испуни обавезу, она престаје и сви се дужници ослобађају.¹⁹⁹

Садужништво најчешће настаје на основу уговора, када се на једној страни уговорног односа јави више лица. Како се код уговора у привреди најчешће ради о двостранообавезним уговорима, то се та лица јављају не само као садужници, већ и као саповериоци према другој страни (*synallagma* однос). Као садужници они,

¹⁹⁷ В. чл. 412-414 ЗОО.

¹⁹⁸ Чл. 413 ЗОО.

¹⁹⁹ Чл. 414 ст. 1 ЗОО.

међутим, дугују исту, сопствену обавезу, а не преузимају додатну обавезу ради појачања обавезе главног дужника. Исто важи и у случају да је садужништво настало по основу закона. Због тога садужништво не представља онакво персонално средство обезбеђења, какво је напр. јемство или гаранција.

Што се тиче питања да ли су интерцесионар, као давалац средства обезбеђења, и корисник кредита, као дужник из основног односа, у односу садужништва, оно је нешто сложеније. Наиме, јасно је да корисник кредита уговором о кредиту преузима главну (основну) обавезу, док напр. јемац (свеједно да ли супсидијарни или солидарни) или гарант преузимају сваки своју обавезу према повериоцу, с циљем да на тај начин додатно обезбеде његово потраживање. Банка, као поверилац, може тада да се за намирење истог потраживања обрати не само кориснику кредита, као главном дужнику, већ и даваоцима персоналних средстава обезбеђења (јемци, гаранти) односно да се намири из ствари интерцесионара (даваоци ручне залогe, хипотеке, земљишног дуга). Поверилац, дакле, има наспрам себе више дужника. Ипак, када се анализирају правила која важе за персонална и реална средства обезбеђења може се закључити да се код њих не успоставља правни однос садужништва као код више дужника исте обавезе. То је видљиво не само из правила о акцесорним средствима обезбеђења (јемство, хипотека) већ и из правила која важе за неакцесорна средства (гаранција, земљишни дуг). Када се, међутим, обавезе из уговора о кредиту доведу у везу са обавезама интерцесионара по средствима обезбеђења, јасно је да су оне повезане истим циљем обезбеђења. Због тога банка као поверилац из уговора о кредиту, када се намири од примаоца (корисника) кредита, не може да се додатно намирује и од интерцесионара, јер је циљ обезбеђења постигнут. Исто тако када се намири од интерцесионара, не може се намиривати према кориснику кредита. Правни механизми којима се ово постиже су различити (престанак акцесорних обавеза због испуњења основне обавезе, суброгација и регрес, нестанак сврхе обезбеђења и начело савесности и поштења код неакцесорних, апстрактних средстава обезбеђења и др.) али је резултат увек исти. Једном достигнут циљ обезбеђења (намирење од корисника кредита или од интерцесионара, односно из његове ствари или права) онемогућава банку као

повериоца да се обрати другим лицима (интерцесионарима или основном дужнику) по основу потраживања из уговора о кредиту.

Због тога се може рећи да између корисника кредита и интерцесионара не постоји однос садужништва у смислу закона, али да такав однос суштински постоји, ако се он процењује из перспективе циља уговора о обезбеђењу кредита.²⁰⁰

Коначно, одговор на питање да ли су интерцесионари, као даваоци средстава обезбеђења по истом кредитном потраживању, солидарни садужници или не, зависи од карактера средства обезбеђења. Сајемци су по закону солидарни садужници,²⁰¹ осим ако се уговором другачије не одреди. Сличних законских правила за друга средства обезбеђења (гаранција, хипотека) у нашем праву нема. Проблем се, међутим, не ограничава само на ситуацију у којој постоје више интерцесионара који су дали истоврсна средства обезбеђења (више јемаца, више давоца хипотеке, више гараната) већ се односи и на ситуације у којима су интерцесионари дали средства обезбеђења различитих врста (неки су дали јемство, други ручну залогу или хипотеку и сл.). Због тога би се и на ово питање могао дати позитиван одговор само са становишта циља уговора о обезбеђењу кредита, као што је то учињено при давању одговора на претходно питање.

2.5. Учесници у послу обезбеђења кредита

Као што смо већ напоменули, код кредита са средством обезбеђења јасно су препознатљива три правна односа. Први однос је однос који се заснива самим уговором о кредиту. Други однос је однос који настаје на основу уговора о обезбеђењу. Он може бити посебан уговор, али се може јавити и као клаузула

²⁰⁰ Сличан закључак за немачко право изводи Вilow, *op. cit.* с. 14.

²⁰¹ Према чл. 1005 ЗОО „више јемаца неког дуга одговарају солидарно, без обзира на то да ли су јемчили заједно, или се сваки од њих обавезао према повериоцу одвојено, изузев када је уговором њихова одговорност уређена другачије“.

обезбеђења у уговору о кредиту (што је у пракси чест случај). Трећи однос се јавља као посао извршења, тј. посао којим се средство обезбеђења даје банци као повериоцу из уговора о кредиту. С обзиром на овако сложену структуру кредита са средством обезбеђења, неопходно је јасно идентификовати лица која се у тим односима јављају, односно могу јавити.

Код уговора о кредиту банка се јавља као давалац кредита и тиме као кредитни поверилац. Банчин клијент се јавља као прималац кредита (корисник) и тиме као кредитни дужник.

У уговору о обезбеђењу кредита, као другом правном односу, ваља разликовати примаоца (корисника) средства обезбеђења и даваоца средства обезбеђења. Прималац је увек банка, као поверилац по уговору о кредиту. Давалац средства обезбеђења, међутим, може бити сам прималац (корисник) кредита, али и неко треће лице.

Ако средство обезбеђења даје треће лице, оно се јавља као тзв. интерцесионар. У том случају банка је прималац средства обезбеђења, а интерцесионар је његов давалац. Одвојено од тога је питање да ли је интерцесионар, као треће лице, истовремено и уговорна страна у уговору о обезбеђењу кредита или не.

У случају да је интерцесионар уговорна страна у уговору о обезбеђењу кредита, он је истовремено и дужник обавезе давања средства обезбеђења и давалац средства обезбеђења. Уколико то, међутим, није случај уговорна страна у уговору о обезбеђењу кредита је прималац (корисник) кредита, а интерцесионар је давалац средства обезбеђења на основу посла извршења. У том случају давалац средства обезбеђења није према банци облигационо одговоран. Он евентуално може бити одговоран само према кориснику кредита ако је према њему посебним уговором преузео обавезу да ће за њега дати банци средство обезбеђења.

Код заложног права (ручна залога, хипотека) обе ситуације су могуће. Прималац кредита се може уговором о обезбеђењу (или клаузулом о обезбеђењу у уговору о кредиту) обавезати да ће дати средство обезбеђења, а послом извршења ове обавезе предати даваоцу кредита неку своју ствар у залогу (ручна залога), односно омогућити конституисање хипотеке на некој својој непокретности. У таквој ситуацији банка као кредитни поверилац се јавља истовремено и као заложни поверилац, док се прималац (корисник) кредита јавља и као заложни односно хипотекарни дужник. Нису, међутим, ретке ни ситуације да се прималац кредита јавља као уговорна страна код уговора о обезбеђењу, а да у послу извршења реално средство обезбеђења да треће лице као интерцесионар. У том случају је банка кредитни поверилац и заложни одн. хипотекарни поверилац, прималац кредита је кредитни дужник а интерцесионар давалац средства обезбеђења.

Код персоналних средстава обезбеђења интерцесионар се, по природи ствари, увек појављује. Прималац кредита може бити и уговорна страна у уговору о обезбеђењу кредита, али не може сам за себе дати јемство или гаранцију. Због тога се у однос интерполира цесионар као давалац средства обезбеђења тј. као јемац или као гарант.²⁰² На тај начин банка, као кредитни поверилац, стиче облигациони захтев према интерцесонару.

На основу изложеног може се закључити да банка код персоналних средстава обезбеђења увек има два дужника. Први дужник је прималац (корисник) кредита по основу уговора о кредиту, а други дужник је јемац или гарант по основу уговора о јемству, односно по основу уговора о гаранцији. При томе прималац (корисник) кредита је примарни или главни дужник, а интерцесионар је секундарни или споредни дужник, независно од тога да ли је његова обавеза каузална или апстрактна, акцесорна или самостална.

²⁰² Упор. Rauch, Wolfgang-Zimmermann, Steffen, Grundschrift und Hypothek, Der Realkredit in der Bankpraxis, 2. Auflage, München, 1998. с. 2.

Како се види, од уговора о обезбеђењу које давалац средства обезбеђења (корисник кредита или интерцесионар) закључује са банком као повериоцем, треба разликовати уговор (или уговорну клаузулу у уговору о кредиту) који корисник кредита закључује са банком, у којем обећава давање средства обезбеђења од трећег лица (интерцесионара). У том случају корисник кредита је облигационо одговоран банци за давање средства обезбеђења, а не интерцесионар. Посао извршења (давање средства обезбеђења од стране интерцесионара) се тада остварује на основу посебног налога који корисник кредита даје интерцесионару да пружи за њега банци средство обезбеђења. Прихватањем овог налога интерцесионар и корисник кредита закључују посебан уговор о давању средства обезбеђења.

2.6. Везаност уговора о обезбеђењу кредита за кредитни посао

Начелно посматрано, сваки уговор о обезбеђењу кредита, како код персоналних, тако и код реалних (стварноправних) средстава обезбеђења, претпоставља постојање самог кредитног уговора.²⁰³ То важи не само онда када се обезбеђује банкарски уговор о кредиту, већ и онда када су у питању друге врсте кредитних послова, као што су уговор о продаји са одложеним плаћањем или уговор о некој привредној услузи са таквим начином плаћања.

Повезаност средства обезбеђења са основним правним послом видљива је и код тзв. законских средстава обезбеђења, односно средстава обезбеђења чији је основ настанка утврђен законом. Тако напр. ради обезбеђења наплате својих доспелих потраживања насталих у вези са уговором заступник има право залоге на свотама које је наплатио за налогодавца, по његовом овлашћењу, као и на свим налогодавчевим стварима које је у вези са уговором примио од налогодавца или од неког другог, док се налазе код њега, или код неког који их држи за њега, или док

²⁰³ В. напр. Rauch, Wolfgang-Zimmermann Steffen, Grundscheid und Hypothek, Der Realkredit in der Bankpraxis, с. 2.

има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁰⁴ Исто тако шпедитер (отпремник) ради обезбеђења наплате својих потраживања насталих у вези са уговором о отпремању, има право залогe на стварима предатим ради отпремања и у вези са отпремањем све док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁰⁵ Организација за контролу робе има право залогe на роби која јој је предата на контролу, ради обезбеђења уговорене или уобичајене накнаде и накнаде нужних и корисних трошкова.²⁰⁶ Комисионар такође има право залогe на стварима које су предмет уговора о комисиону док се те ствари налазе код њега, или код неког који их држи за њега или док он има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁰⁷ Исто тако превозник има овакво право на стварима које су му предате ради превоза и у вези са превозом, док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁰⁸ У свим овим ситуацијама законом предвиђено заложно право претпоставља постојање одговарајућег уговора о заступању, шпедицији, контроли робе комисиону или превозу робе. Поред тога за настанак оваквог заложног права је неопходно да је тај основни уговор пуноважан.

Ипак, мада је правна везаност средства обезбеђења са основним послом очигледна не само код уговорних, већ и код законских средстава обезбеђења, јасно је да између њих постоје и одређене разлике. На примеру законског заложног права комисионара и других привредника који пружају привредне услуге у вези промета робе, видљиво је да то право на туђој ствари настаје без воље њеног власника, без исказивања тзв. уговорне воље, тј. воље да закључи о залози, ради обезбеђења потраживања свог повериоца из основног посла. Код уговорних средстава обезбеђења, напротив, уговорна воља даваоца средства обезбеђења не само да се

²⁰⁴ Чл. 809 ЗОО.

²⁰⁵ Чл. 846 ст. 1 ЗОО.

²⁰⁶ Чл. 853 ЗОО.

²⁰⁷ Чл. 786 ст. 1 ЗОО.

²⁰⁸ Чл. 679 ст. 1 ЗОО.

исказује, него се закључени уговор о обезбеђењу јавља као заједничка, усаглашена воља даваоца и корисника средства обезбеђења.

2.7. Тројност правних односа код уговора о кредиту са средством обезбеђења

Давање неког средства обезбеђења, као што су хипотека, ручна залога, менични авал и др. представља промену до тада постојећих правних односа између правних субјеката којих се тиче. Поставља се питање шта представља правни основ, каузу те промене. Нема сумње да онај који жели да добије кредит мора да се обавезе да ће пружити одговарајуће средство обезбеђења. Али основ његове обавезе прибављања средства обезбеђења није у основном послу, уговору о кредиту, већ у посебном уговору који се назива уговор о обезбеђењу.

Поред основног посла, уговора о кредиту, јавља се, дакле, још један додатни уговор, уговор о обезбеђењу, чију основну садржину представља обавеза корисника кредита да обезбеди (пружи) одговарајуће средство обезбеђења даваоцу кредита. Сагласност воља корисника и даваоца кредита о томе је несумњиво један нови правни посао, и то посао уговорног карактера, независно од тога у каквом облику се ова сагласност воља остварује. Овај уговор је неименовани уговор облигационог карактера, мада има и схватања да може бити како облигационог, тако и стварноправног карактера.²⁰⁹ У сваком случају то може бити уговор који се закључује заједно са уговором о кредиту, као и уговор који се закључује после, па и пре њега. Исто тако то може бити и посебна клаузула (каутела) у уговору о кредиту. Ако средство обезбеђења даје треће лице, интерцесионар, тада уговор о обезбеђењу закључује то лице са повериоцем (банком). Уговор којим корисник кредита обећава да ће треће лице дати средство обезбеђења је такође уговор о обезбеђењу, али се он значајно разликује од „правог“ уговора о обезбеђењу. Наиме, код „правог“ уговора о обезбеђењу треће лице преузима обавезу да ће дати

²⁰⁹ Weber, Hansjörg - Weber, Jörg-Andreas: Kreditsicherungsrecht, München, 2006, с. 10.

средство обезбеђења (кроз закључење посла извршења и друге радње – напр. предају своје ствари у државину банци као повериоцу) док је код овог другог уговора реч о обећању радње трећег лица. Због тога у овом другом случају треће лице није према банци облигационо одговорно за давање средства обезбеђења (може бити одговорно само према кориснику кредита, ако је с њим закључило уговор о давању средства обезбеђења.)

Овај додатни уговор, уговор о обезбеђењу кредита, се јавља као правни основ, кауза, самог посла конституисања (давања) средства обезбеђења, као извршног посла (посла извршења). Тај посао извршења је трећи правни однос који се код обезбеђења кредита јавља. У чему ће се овај посао састојати, зависи од природе средства обезбеђења. Ако се ради напр. о меничном јемству, тај посао је заложни индосамент, ако је у питању ручна залога, он ће се исказати кроз закључење уговора о залози и предају заложене ствари (код бездржавинске залогe уписом у одговарајући регистар), а ако је у питању хипотека, кроз закључење уговора о хипотеци и упис оптерећења (терета) у одговарајуће земљишне књиге, односно други регистар непокретности.

2.8. *Питање тзв. двоструке каузе*

Смисао уговора о обезбеђењу кредита је да пружи давоцу кредита додатну, већу сигурност да ће му кредит бити враћен, од оне коју му даје сам уговор о кредиту. Због тога се сигурно може рећи да је уговор о кредиту узрок настанка уговора о обезбеђењу. Ипак, само давање средства обезбеђења (заложни индосамент и предаја менице, предаја ствари у залогу, упис хипотеке у регистар непокретности итд.) свој правни основ нема у уговору о кредиту, већ у уговору о обезбеђењу. Уговором о кредиту се корисник кредита обавезао да прибави банци неко средство обезбеђења, било тако што ће са банком сам да закључи уговор о обезбеђењу или тако што ће то учинити неко треће лице (уговор о јемству, уговор о ручној залози, уговор о хипотеци и др.). Тек тим уговором, уговором о обезбеђењу, корисник

кредита или треће лице су се обавезали да конкретно средство обезбеђења пруже банци као даваоцу кредита. Због тога је сам уговор о обезбеђењу кауза посла давања (конституисања) средства обезбеђења.²¹⁰

Логична поседица оваквог става је да ће евентуална ништавост уговора о обезбеђењу кредита уклонити каузу послу давања средства обезбеђења (извршеном послу, послу извршења). То значи да би се банка као давалац кредита у неком конкретном случају могла наћи у ситуацији да остане без средства обезбеђења, иако је њена намера била да кредит одобри уз такво средство.

Због тога се у теорији јавило схватање о тзв. двострукој каузи. Суштина овог схватања је у томе да се сматра да посао извршења има двоструку каузу, једну у уговору о обезбеђењу, а другу у самом уговору о кредиту као основном послу.²¹¹

Ипак, схватање о двострукој каузи се у модерној теорији сматра неодрживом конструкцијом, због чега преовлађује став да је правни основ посла извршења само уговор о обезбеђењу.²¹²

С обзиром на изложено, може се закључити да су сва три правна посла (уговор о кредиту, уговор о обезбеђењу и посао извршења) међусобно економски и правно повезани, али да су им правни основи различити. Правни основ уговора о кредиту се налази у њему самом. Насупрот томе, кауза уговора о обезбеђењу је у уговору о кредиту. Због тога важи правило да је за случај ништавости уговора о кредиту, ништав и уговор о обезбеђењу, јер му је правни основ отпао. Али, обрнуто не важи. Пошто уговор о кредиту има каузу у себи самом, то ништавост уговора о

²¹⁰ Bülow, Peter: Recht der Kreditsicherheiten, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, с. 17.

²¹¹ B. Richrath, Die Überscherungsproblematik bei nichtakzessorischen Kreditsicherheiten, с. 39 и сл.

²¹² Видети о овоме више: Bülow, Die These von der Doppelcausa im Kreditsicherungsverhältnis- ein Holzweg, NJW, 1997, с. 641 и сл.; Guse, Grundschuld und Übersicherung, 2002, с. 39.

обезбеђењу не повлачи за собом ништавост уговора о кредиту.²¹³ Коначно, пошто посао извршења има своју каузу у уговору о обезбеђењу, то начелно (код акцесорних средстава обезбеђења) ништавост уговора о обезбеђењу води ништавости посла извршења, али не и обрнуто.

2.9. Уговор о обезбеђењу и учешће трећег лица

2.9.1. Треће лице код персоналних и стварноправних обезбеђења

Уговор о обезбеђењу кредита закључују давалац и корисник кредита. При томе зависи од карактера уговореног обезбеђења и воље уговорних страна да ли ће средство обезбеђења дати сам корисник кредита или неко треће лице.

Када посматрамо *персонална средства* обезбеђења видимо да се она заснивају на уговорима са облигационоправним дејствима. Јемац, гарант и приступилац (приступник) дугу се обавезују према повериоцу из основног посла (даваоцу кредита) да ће му у случају невраћања кредита од стране корисника, исплатити одговарајућу суму новца. Уговор о јемству, уговор о гаранцији и уговор о приступању дугу могу свој основ имати у основном послу, тј. у уговору о кредиту. Тим уговором (у облику уговорне клаузуле) или посебним уговором о обезбеђењу корисник кредита може преузети обавезу да ће прибавити уговорено средство обезбеђења, па се уговор о јемству, уговор о гаранцији и уговор о приступању дугу онда јављају као начин извршења те обавезе. Могуће је, међутим, и да уговор о обезбеђењу почетно изостане, а да се неки од наведених уговора персоналних средстава обезбеђења јаве накнадно на основу споразума даваоца оваквог средства и корисника кредита, као дужника из основног посла.

Као што се види, персонална средства обезбеђења су по природи таква да подразумевају интерполирање трећег лица (тзв. интерцесионара) у однос између

²¹³ Tako Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 17.

банке кредитора и корисника кредита у погледу уговора о обезбеђењу, јер нико не може сам себи бити јемац или гарант, нити може приступити сопственом дугу.

Код *стварноправних (реалних) средстава* обезбеђења ситуација је другачија. Код њих су могуће обе варијанте. Начешће се у пракси сам корисник кредита обавезује да да стварноправно средство обезбеђења из сопствене имовине, као што је то случај кад своју покретну ствар, хартију од вредности или право заложи, односно кад омогући да се на његовој непокретности упише хипотека. У тим ситуацијама странке у сва три правна односа су исте: у уговору о кредиту, у уговору о обезбеђењу као и у послу извршења.

Другачија је правна ситуација када средство обезбеђења банци као даваоцу кредита даје треће лице. У том случају корисник кредита, као странка из уговора о обезбеђењу, даје налог трећем лицу да са банком као даваоцем кредита закључи посао извршења, напр. да положи ствар у залог или да омогући упис хипотеке на својој некретности. Овај налог се у литератури среће под називом налог обезбеђења (осигурања) и може се дати и конклюдетном радњом.²¹⁴

Ваља запазити да се треће лице може јавити не само као странка у послу извршења већ и у уговору о обезбеђењу. Да ли ће странка у уговору о обезбеђењу бити корисник кредита, као странка из уговора о кредиту, или ће то бити треће лице, зависи од конкретних околности сваког случаја.

У пракси, када се код стварноправних средстава обезбеђења јавља треће лице, оно најчешће није странка у уговору о обезбеђењу већ само у послу извршења. Треће лице обично даје средство обезбеђења на основу својих пословних и других односа са корисником кредита, док са даваоцем кредита, као повериоцем из основног посла, није у вези, понекад га и не познаје. Због тога у пракси постоји претпоставка да би странке у уговору о кредиту и уговору о обезбеђењу требало да буду исте, те

²¹⁴ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 18

да је учешће трећег лица као странке у уговору о обезбеђењу изузетак који се мора уговорити.

Дакле, приликом укључивања трећег лица у посао обезбеђења могу настати две различите ситуације. Код персоналних средстава обезбеђења банка као поверилац из уговора о кредиту, закључује уговор о обезбеђењу са трећим лицем у облику уговора о јемству (обично јемство или менично јемство) уговора о гаранцији или уговора о приступању дугу. Код стварноправних средстава обезбеђења поверилац може да закључи уговор о обезбеђењу како са трећим лицем тако и са корисником кредита као главним дужником. При томе, код стварноправних средстава обезбеђења, уз треће лице средство обезбеђења може додатно дати и сам корисник кредита, док то код персоналних средстава обезбеђења није случај.

2.9.2. Уговорна клаузула о средству обезбеђења

У обе раније наведене ситуације, уговор о кредиту садржи неку клаузулу која се односи на прибављање уговореног средства обезбеђења. Та клаузула може бити двојаког карактера.

Први облик је облик клаузуле с условом. Уговор о кредиту се закључи под условом да сам корисник кредита или треће лице (или обоје) дају одговарајуће средство обезбеђења. Услов може бити одложни или раскидни.

Други облик је таква клаузула о средству обезбеђења која није дата под условом већ је уговор о кредиту закључен с дефинитивним дејством. Клаузулом о средству обезбеђења корисник кредита само преузима обавезу да ће обезбедити треће лице које ће дати средство обезбеђења или се обавезује да то средство сам да. Оваква обавеза корисника кредита се може означити као својеврсно обећање чинидбе, односно обећање давања средства обезбеђења.

На основу оваквих клаузула у уговору о кредиту банка, као поверилац из основног посла, може захтевати извршење обавезе прибављања уговореног средства обезбеђења. Клаузуле које имају карактер обећања чинидбе (трећег лица или сопствене) представљају својеврсни уговор о обезбеђењу и тиме основ за сам посао извршења, тј. давања обезбеђења банци као даваоцу кредита.

2.10. Обећање чинидбе као кауза средства персоналног обезбеђења

Као што је раније речено, уговор о обезбеђењу је основ за давање реалног (стварноправног) средства обезбеђења. Али уговор о обезбеђењу је такође и основ за давање персоналног средства обезбеђења. Тај уговор је облигациони уговор који се закључује у тзв. спољњем односу између трећег лица и банке као повериоца из основног посла, као што је то случај и код реалног средства обезбеђења.

Свој основ овај уговор такође налази у обећању чинидбе давања средства обезбеђења у основном уговору, тј. уговору о кредиту. На тај начин се ово обећање чинидбе јавља као кауза уговора о обезбеђењу персоналног средства обезбеђења, као што је то случај и код уговора о обезбеђењу у којем је предвиђено давање реалног (стварноправног) средства обезбеђења.

2.11. Модалитети уговора о обезбеђењу с обзиром на основни посао и посао извршења

На основу раније изложеног видљиво је да уговор о обезбеђењу ствара обавезу давања средства обезбеђења банци као поверицу из основног посла, полазећи од одговарајуће клаузуле о обезбеђењу у том послу тј. уговору о кредиту. При томе, зависно од уговорних страна у уговору о обезбеђењу и односа тог уговора према уговору о кредиту и послу извршења, могу настати различите ситуације.

Полазни модалитет представља уговор о обезбеђењу у којем су уговорне стране исте оне које су уговорне стране и у уговору о кредиту као основном послу. Код овог модалитета уговор о обезбеђењу закључују банка као давалац кредита и корисник кредита. Овакав уговор о обезбеђењу може бити усмерен на прибављање како стварноправног (реалног) тако и персоналног средства обезбеђења. Ипак, ако је у питању реално средство обезбеђења, тада се давање таквог средства може јавити као реална уговорна обавеза корисника кредита, ако сам даје стварноправно средство обезбеђења, али и као уговорно обећање чинидбе, ако обећава да ће стварноправно средство обезбеђења дати неко треће лице. Ако је, напротив, у питању персонално средство обезбеђења, корисник кредита може само дати обећање чинидбе, будући да је стварни давалац персоналног средства нужно треће лице.

При учешћу трећег лица, тзв. интерцесионара, у обезбеђењу кредита, заснивају се додатни правни односи, који зависно од карактера средства обезбеђења могу бити различити.

Код персоналних средстава обезбеђења типично је у пракси да се интерцесионар обавезује према кориснику кредита, као дужнику из основног посла, да ће банци као повериоцу из основног посла дати одговарајуће средство обезбеђења. Ова обавеза интерцесионара настаје најчешће као обавеза из уговора о налогу који он закључује са дужником из основног посла, прихватајући његов налог да да средство обезбеђења. У спољашњем односу између интерцесионара и банке као повериоца, закључује се одговарајући уговор, напр. уговор о јемству, уговор о гаранцији или пак уговор о приступању дугу. Кауза једног оваквог уговора је увек обећање чинидбе прибављања средства обезбеђења из основног уговора.²¹⁵

Код реалних средстава обезбеђења уговор о обезбеђењу може настати у спољашњем односу између интерцесионара и банке као повериоца, при чему је кауза такође у уговору о кредиту као основном односу, у виду обећања чинидбе

²¹⁵ Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, с. 19.

прибављања средства обезбеђења. Доста често се, међутим, дешава да се у спољашњем односу уопште не заснивају обавезе давања средства обезбеђења, већ да је поменуто обећање чинидбе као кауза само по себи довољно. Код основног типа уговора о обезбеђењу преузима се, дакле, обавеза прибављања средства обезбеђења према повериоцу у основном послу, али ова обавеза може бити преузета и у спољашњем односу између интерцесионара и повериоца. Када се уговор о обезбеђењу закључи, потребно је код реалних средстава обезбеђења додатно закључење стварноправног уговора (уговора о залози одн. хипотеци) којим се заснива право обезбеђења (заложно право).²¹⁶ При томе је код ручне залогe још потребна предаја ствари повериоцу (односно код бездржавинске залогe упис у одговарајући регистар) а код хипотеке упис у регистар непокретности.

²¹⁶ Weber, H.- Weber, A. op. cit. c. 12.

УГОВОР О КРЕДИТУ КАО ОСНОВНИ ПРАВНИ ОДНОС

1. Значај уговора о кредиту за правне односе код хипотекарног кредита

Уговор о кредиту је основни правни однос у послу хипотекарног кредита. За корисника хипотекарног кредита он је и основни циљ који жели постићи, будући да ће на основу њега добити уговорену кредитну суму. С друге стране уговор о кредиту је и за банку основни правни посао јер на основу њега стиче своја права према кориснику кредита у погледу враћања кредитне суме, наплате камата и евентуално додатних трошкова у вези са одобравањем кредита.

Исто тако уговор о кредиту је од кључног значаја и за целину правних односа који се код хипотекарног кредита јављају. Наиме, као што је више пута наглашено, хипотека је акцесорно средство обезбеђења, што значи да је оно правно везано за обезбеђено потраживање (потраживање банке из уговора о кредиту). Из тога произилази да је пуноважност уговора о кредиту, тиме и обезбеђеног потраживања, претпоставка одговорности даваоца хипотеке. Ако је уговор о кредиту ништав, ако потраживање банке није настало, нема ни одговорности даваоца хипотеке. С друге стране, према висини обезбеђеног потраживања одређује је одговорност даваоца хипотеке. Ако је обезбеђено потраживање увећано напр. због доцње корисника кредита (додатне камате и др.) увећава се и одговорност даваоца хипотеке.

Уговор о кредиту се, дакле, јавља као основни правни однос у послу хипотекарног кредита, који одлучујуће утиче на остале правне односе, тј. на уговор о обезбеђењу и на сам уговор о хипотеци.

2. Појам уговора о кредиту

У нашем праву уговор о кредиту је дефинисан као уговор којим се банка обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором.²¹⁷

Из овако одређеног појма произлази да уговор о кредиту у нашем праву има четири битна елемента и то новчани износ кредита, камату, износ који је корисник кредита дужан да врати банци и време враћања.

Новчани износ кредита је основни елемент уговора којим се одређује обавеза банке према кориснику. Овај износ се најчешће одређује фиксно, али се може одредити и горњи лимит до којег кредит може бити искоришћен, као што је то случај код кредита приправности (*stand by* кредити) односно код тзв. кредитне линије, као и код *revolving* (ротативних) кредита.

Висина камате је такође битан елемент уговора, будући да је банка привредни субјект који своју делатност обавља уз накнаду. По овом елементу се уговор о кредиту јасно одваја од уговора о новчаном зајму, који може бити без накнаде. Каматна стопа се може уговорити индивидуално, али се често одређује и на основу општих услова пословања односно аката пословне политике (тарифе) банке.

Износ који је корисник кредита дужан да врати банци је идентичан новчаном износу кредита. Овим елементом се уговор о кредиту разграничава према уговору о поклону.

Време враћања је битан елемент јер се њиме одређује доспелост обавезе корисника кредита. Ако време враћања не би био битни елемент морало би се применити

²¹⁷ В. чл. 1065 ЗОО.

опште правило уговорног права по коме је дужник дужан да испуни обавезу чим га поверилац позове на испуњење, што би се противило самој природи кредита.

Сви остали елементи који се код уговора о кредиту могу јавити су небитни.

Тако се поред обавезе корисника у погледу плаћања камате и враћања кредитног износа у пракси често уговором предвиђа и његова обавеза накнаде трошкова које банка има при одобравању и реализацији кредита.

Небитни су и елементи који се односе на намену кредита. Наиме, ако уговором није другачије одређено, сматра се да је кредит ненаменски, односно да је тзв. опште намене.

У нашем праву посебна додатна правила важе ако је корисник кредита физичко лице. У том случају број обавезних елемената уговора о кредиту је знатно већи.²¹⁸

²¹⁸ Према чл. 19 Закона о заштити корисника финансијских услуга уговор о кредиту садржи следеће обавезне елементе: 1) врсту кредита; 2) период на који се кредит одобрава; 3) пословно име, име и адресу уговорних страна; 4) износ кредита који се одобрава и услове повлачења средстава; 5) код кредита индексираних у иностраној валути - валуту у којој банка индексира кредит, тип курса валуте који се примењује при одобравању и отплати кредита (званични средњи курс), као и датум обрачуна; 6) висину номиналне каматне стопе уз одређење да ли је фиксна или променљива, а, ако је променљива - елементе на основу којих се одређује (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.), њихову висину у време закључења уговора, периоде у којима ће се мењати, као и фиксни елемент ако је уговорен; 7) ефективну каматну стопу и укупан износ који корисник треба да плати а израчунат је на дан закључења уговора; 8) план отплате кредита и право корисника да у току трајања уговора, у случају промене плана отплате, односно једанпут годишње ако није дошло до ове промене, може бесплатно добити тај план; ако се камата и трошкови отплаћују без истовремене отплате главнице - план отплате кредита треба да садржи само рокове и услове отплате камате и трошкова; 9) метод који се примењује код обрачуна камате (конформни, пропорционални и др.); 10) обавештење о каматној стопи која се примењује у случају доцње; 11) упозорење о последицама у случају неизмиривања обавеза, услове, поступак и последице отказа, односно раскида уговора о кредиту, као и обавештење о условима и начину уступања потраживања у случају неизмирења обавеза; 12) врсту и висину свих накнада које падају на терет корисника

Уговор о кредиту је по своје карактеру двостранообавезан и теретан. Наспрам обавезе банке да кориснику исплати кредитну суму стоји његова обавеза да ту суму врати и да плати уговорену камату.²¹⁹ То, међутим, не значи да је банка уговором стекла право да захтева од корисника повлачење одобрене кредитне суме.²²⁰

Ранија схватања према којима су уговори о зајму и новчаном кредиту једностранообавезни²²¹ су данас практично напуштена. Ова схватања занемарују чињеницу да модеран уговор о кредиту претпоставља постојање камате као противчинидбе корисника кредита. У литератури се, даље, посебно истиче да је схватање уговора о кредиту као једностранообавезног уговора практично неспојиво са данас честим случајевима уговора о кредиту са променљивом каматном стопом према кретањима на тржишту капитала.²²² Тако нешто је разумљиво само ако се камата схвата као накнада за добијено право коришћења одређеног капитала, односно одређеног новчаног износа.

кредита, уз одређење да ли су фиксне или променљиве, а ако су променљиве - периоде у којима ће их банка мењати, као и врсту и висину других трошкова (порези, накнаде надлежним органима и др.); 13) врсте средстава обезбеђења, могућност за њихову замену током периода отплате кредита, као и услове активирања тих средстава у случају неизмиривања обавеза; 14) услове и начин превремене отплате кредита и висину накнаде у вези с тим; 15) право корисника на одустанак од уговора, услове и начин одустанка; 16) право на приговор и могућност покретања поступка посредовања ради вансудског решавања спорног односа; 17) адресу Народне банке Србије као органа који врши контролу банака.

²¹⁹ Права и обавезе уговорних страна код уговора о кредиту су узајамне природе. Корисник кредита уговором стиче право да захтева исплату одређене суме новца (код кредита одговорности да захтева акцепт или авал банке) док банка уговором стиче право да захтева повраћај те суме, уговорену камату и евентуално додатне накнаде (трошкове). – Упор. Schinnerer, *Bankverträge*, II. Teil, с. 8.

²²⁰ B. Schinnerer, *Bankverträge*, II. Teil, с. 8.

²²¹ Oertmann, *Kommentar zum BGB*, пето издање, предговор пар. 607, напомена 5a; Ennecserius-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15 изд. Пар. 142 I.

²²² Canaris, *op.cit.* с. 657.

За уговор о кредиту је надаље карактеристично да представља трајнији облигациони однос, јер по дефиницији претпоставља одређени временски период између стављања на располагање и исплате кредитног износа кориснику кредита и његове обавезе враћања тог износа и плаћања камате. Неки уговори о кредиту су не само трајнијег карактера већ су чак неодређеног трајања, као напр. контокоренти кредит, неки кредити приправности, тзв. кредитне линије и сл. Због свега тога уговор о кредиту има карактер дуготрајнијег облигационог односа, што за последицу, између осталог, има признавање права на одустанак од уговора од стране корисника кредита и право на отказ од стране банке као давоца кредита. То су, иначе, начини престанка типични за трајније облигационе односе.

Како се из законске дефиниције види, она није потпуна будући да се односи само на новчане кредите, док су кредити одговорности остали ван дефинисања. Међутим, с обзиром да се уговор о хипотекарном кредиту у пракси редовно јавља као посебна врста новчаног кредита, то овакво дефинисање не представља посебну тешкоћу при анализи правних односа у њему.

3. Правна природа

Уговор о новчаном кредиту је, историјски посматрано, произашао из уговора о зајму грађанског права. Временом је, међутим, добијао посебне карактеристике, нарочито кроз праксу банака модерног доба. Данас га карактеришу како његово грађанскоправно порекло, тако и његове савремене банкарскоправне посебности.

Схватања о правној природи овог уговора су различита. Углавном се крећу од става да се ради о грађанскоправном уговору о зајму,²²³ па до мишљења да је у питању уговор *sui generis*, уговор посебне врсте.²²⁴

²²³ В. Canaris, Bankvertragsrecht, с. 656.

²²⁴ Шогоров, Стеван, Банкарско право, треће измењено и допуњено издање, Београд, 2009, с. 122.

Када се детаљније анализирају правни односи у уговору о кредиту, тешко је, у крајњем, порећи његову зајмовну природу. Ипак, посебности модерног уговора о кредиту су такве да је и наш законодавац уговор о кредиту регулисао као посебан, именовани уговор²²⁵ поред класичног уговора о зајму.²²⁶

Због тога би можда било најприкладније уговор о кредиту (али само ако се ради у новчаном кредиту) квалификовати као посебан, специфичан модалитет уговора о зајму. Он дакле, има зајмовну правну природу, али и значајне посебности које га издвајају из општег, стандардног типа уговора о зајму. Те посебности су вишеструке.

Пре свега, уговор о кредиту не може за свој предмет имати друге ствари осим новца, док уговор о зајму може. Из тога произлазе и друге различитости које се тичу правних односа између уговорних страна при давању и враћању предмета зајма и предмета кредита.

С друге стране, предмет уговора о кредиту може бити и одговорност (код тзв. кредита одговорности као што су акцепти и авални кредити) док предмет уговора о зајму може бити само новац или друга заменљива ствар.

С обзиром на свој предмет, уговор о кредиту, се, дакле, разликује по томе што за предмет може имати или новац (уговор о новчаном кредиту) или одговорност (неновчани кредити одговорности) док уговор о зајму може за предмет имати како новац тако и друге заменљиве ствари.

Надаље, специфичности постоје и у погледу уговорних страна. Давалац кредита може у нашем праву бити само банка²²⁷ док давалац зајма може бити било које правно и физичко лице.²²⁸

²²⁵ В. чл. 1065-1068 ЗОО.

²²⁶ В. чл. 557-566 ЗОО.

²²⁷ В. чл. 5 ст. 2 Закона о банкама из 2005. године и чл. 1065 ЗОО.

Исто тако посебност уговора о кредиту се исказује и у његовој лукративности. Пошто банке закључују уговоре о кредиту редовно, у великом броју у обављању своје основне делатности а ради стицања добити, законска је претпоставка да је уговор о кредиту лукративног карактера. Банка као давалац кредита има право на камату, као накнаду за право коришћења одобрене кредитне суме, већ по самом закону. Таква претпоставка код уговора о зајму не постоји. Напротив, овај уговор је по своме карактеру онерозан, мада се плаћање камате може посебно уговорити.

Коначно, пошто предмет уговора о кредиту може бити и одговорност, не би било могуће просто подвођење овог уговора под класичне норме које важе за уговор о зајму, па и новчаном зајму. То, међутим, не значи да се у недостатку посебних норми које важе за уговор о кредиту не могу аналогно примењивати норме које важе за уговор о зајму.

4. Форма и садржина уговора

Уговор о кредиту је у нашем праву формалног карактера. Он се мора закључити у писменој форми.²²⁹ На овај начин је наш законодавац очигледно дао превагу захтеву правне сигурности имајући у виду и чињеницу да су уговори о кредиту често уговори веће вредности.²³⁰ Међутим, у упоредном праву постоје и решења која дају превагу брзини и пословној ефикасности, због чега се уговор о кредиту

²²⁸ В. и Царић, Славко, Банкарски послови и хартије од вредности, Нови Сад, 2000, с. 25.

²²⁹ Чл. 1066 ст. 1 ЗОО.

²³⁰ У циљу заштите корисника банкарских услуга формалног уговора о кредиту потврђује и Закон о заштити корисника финансијских услуга ("Сл. гласник РС", бр. 36/2011) којим је предвиђено да се уговор о кредиту, као уговор о финансијској услузи, сачињава у писменој форми или на другом трајном носачу података (чл. 7 ст. 1 овог закона).

подвргава општем режиму консенсуалности у уговорном праву и може се закључити простом сагласношћу воља без икакве посебне форме.²³¹

Раније се сматрало да је уговор о кредиту, као посебан модалитет уговора о зајму, реалан уговор.²³² Такво схватање има за консеквенцу да уговор о кредиту настаје тек исплатом кредитне суме кориснику, док је уговор о кредиту заправо само предуговор, чијим испуњењем, тј. исплатом кредитног износа кориснику се закључује уговор о кредиту.²³³

Схватање о реалном карактеру уговора о кредиту је данас напуштено како у теорији, тако и у законодавству. Уговор о новчаном кредиту се третира као уговор консенсуалног карактера, што значи да пуноважно настаје сагласношћу воља уговорних страна и од тог тренутка производи правна дејства. То значи да је закључењем уговора настала обавеза банке на исплату кредитне суме, док је исплата те суме само акт испуњења те њене обавезе.

С обзиром на карактер уговора о кредиту, неспорно је да корисник кредита већ од тренутка закључења уговора стиче право на исплату кредитног износа (у време и на начин предвиђен уговором) укључујући и право на подношење тужбе у случају неисплате, а не право да захтева закључење главног уговора о кредиту, што би био случај ако би се почетни уговор, због реалне квалификације уговора о кредиту, сматрао предуговором.

Из начина на који је уговор о кредиту (чак и уговор о зајму) дефинисан у нашем Закону о облигационим односима, јасно је да у нашем праву није прихваћено

²³¹ Уговор о кредиту је тако напр. неформалан у немачком праву. В. напр. Schönle, *op. cit.* с. 152. Исто тако неформалан је и у аустријском (упор. Schinnerer, *Bankverträge*, II. Teil, с. 16) и неким другим страним правима.

²³² В. напр. Oertmann, Paul, *Recht der Schuldverhältnisse*, Kommentar, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin, 1929, par. 607, претходна напомена II.

²³³ В. Canaris, *op. cit.* с. 657.

схватање о реалности уговора о кредиту. Наиме, законом је предвиђено да се уговором о кредиту банка „обавезује да кориснику кредита стави на располагање одређени износ новчаних средстава на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да банци плаћа уговорену камату и добијени износ новца врати у време и на начин како је утврђено уговором“²³⁴ На тај начин је јасно утврђено да већ закључењем уговора настаје утужива обавеза банке у погледу стављања на располагање и исплате кредитног износа кориснику, као и обавеза корисника у погледу враћања тог износа и плаћања камате.

У Закону о облигационим односима се утврђује и садржина уговора о кредиту и то тако што се одређује да уговор о кредиту треба да садржи кредитни износ, као и услови давања, коришћења и враћања кредита.²³⁵ Овим се заправо одређује дејство уговора тј. права и обавезе уговорних страна.

5. Обавезе банке

5.1. *Обавеза исплате кредитне суме*

Основна обавеза банке по уговору о новчаном кредиту је да кориснику кредита стави на располагање уговором предвиђени новчани износ. Ту обавезу банка редовно извршава на тај начин што пренесе предвиђени новчани износ на рачун корисника. Начин преноса се утврђује уговором (пренос целе суме одједном или у ратама и др.). Ако ништа посебно није уговором предвиђено, претпоставка је да се кредитни износ преноси кориснику одједном и у целини. Код револвинг кредита исплата кредитног износа се по природи ствари врши у ратама. Код готовинских кредита банка исплаћује кориснику уговорену суму у готовом новцу одједном или у ратама, зависно од уговора.

²³⁴ Чл. 1065 ЗОО.

²³⁵ Чл. 1066 ст. 2 ЗОО.

Правне последице исплате кредитне суме су вишеструке.

Пре свега, од тог тренутка се рачунају камате које корисник кредита треба да плати банци.

Поред тога, исплатом кредитне суме актуализује се обавеза корисника кредита у погледу њеног враћања. Исплата кредитне суме је претпоставка односно одложни услов настанка корисникове обавезе враћања кредита (кредитне суме). Ова чињеница је посебно важна код хипотекарног кредита због акцесорности хипотеке у односу на главно потраживање. Како тек у тренутку исплате кредитне суме настаје банчино потраживање у погледу враћања кредита и камата, то тек од тог тренутка настаје и њено право као хипотекарног повериоца за наплату из вредности хипотековане непокретности.

Коначно, од тренутка исплате кредитне суме корисник кредита се више не може користити правом на одустанак од уговора.

Кредитну сума банка редовно исплаћује кориснику кредита. Изузетно, исплата кредитне суме се може извршити и трећем лицу. За такву исплату неопходна је не само сагласност уговорних страна већ и тог трећег лица.

При исплати трећем лицу неопходно је прецизирати да ли се ради о дефинитивној исплати трећем лицу (повериоцу корисника кредита) или је треће лице само заступник корисника кредита.

Пошто је уговор о кредиту по својој природи уговор код којег не важи правило истовременог испуњења обавеза уговорних страна, то се на њега могу применити правила која важе у случају када испуњење обавезе друге стране постане неизвесно. Наиме, ако су се после закључења уговора о кредиту материјалне прилике корисника кредита погоршале у тој мери да је неизвесно да ли ће он моћи

испунити своју обавезу, или ако та неизвесност произлази из других озбиљних разлога, банка може одложити испуњење своје обавезе исплате кредитне суме до корисник кредита на пружи довољно обезбеђење да ће своје уговорне обавезе испунити.²³⁶ Исто право банка има и када су материјалне прилике корисника кредита биле у истој мери тешке још пре закључења уговора о кредиту, а банка за то није знала нити је морала знати.²³⁷ Ако корисник кредита не пружи обезбеђење у примереном року, банка може, после протека тог рока, раскинути уговор.²³⁸

5.2. Друге обавезе

Банка може преузети и обавезу резервације новчаних средстава, као што је то случај код тзв. кредита приправности. Код ове врсте кредита банка је дужна да резервише новчана средства до уговореног износа и да по налогу корисника преноси новчана средства на његов рачун до предвиђеног лимита, у складу с уговором. Овакви уговори се у пракси закључују и на неодређено време.

Из опште обавезе банке на обавештавање клијента и на поштовање добрих банкарских обичаја произлази и њена обавеза да упозорава корисника на ризике, напр. у случају да кредитну суму треба исплатити несолидном трећем лицу и сл.²³⁹ Исто тако банка има и обавезу објашњавања (разјашњења) карактера и обима ризика који конкретан уговор о кредиту за корисника потенцијално има.

Код неновчаних кредита или кредита одговорности банка има обавезу да изврши ону чинидбу која је уговором предвиђена, као што је обавеза акцептирања менице, обавеза њеног есконтовања, обавеза авалирања и др.

²³⁶ Чл. 123 ст. 1 ЗОО.

²³⁷ Чл. 123 ст. 2 ЗОО.

²³⁸ Чл. 123 ст. 3. ЗОО.

²³⁹ Упор. Canaris, *op. cit.* с. 681.

6. Обавезе корисника кредита

Корисник кредита има више обавеза. Неке су утврђене самим законом, док се друге могу утврдити уговором о кредиту.

6.1. *Обавеза враћања кредитног износа*

Основна обавеза корисника кредита, утврђена законом, је обавеза враћања кредитног износа. Ову обавезу корисник кредита извршава на време и на начин како је утврђено уговором. Кредитна сума се може вратити одједном или у ратама, зависно од уговора. Ако уговором ништа није предвиђено, корисник је дужан да у уговорено време кредитни износ врати банци одједном и у целини.²⁴⁰

Испуњење обавезе корисника кредита у погледу враћања кредитног износа се заснива на две претпоставке.

Прва претпоставка је да је кредитна сума кориснику (евентуално трећем лицу) плаћена у складу с уговором.

Друга претпоставка је да је обавеза враћања кредитног износа доспела. Доспелост се одређује уговором о кредиту. Ако доспелост није уговором одређена, што се у пракси изузетно ретко догађа, ова обавеза би доспела по захтеву банке да буде испуњена, по општим правилима о доспевању обавеза за које није утврђено време доспелости.

²⁴⁰ Код уговора о хипотекарном кредиту, међутим, пракса је управо супротна овом начелном правилу. Наиме, у банкарској пракси банке кредитну суму редовно исплаћују одједном и у целисти, док корисник кредита кредитну суму по правилу враћа на рате. (упор. Hahn, op. cit. с. 79).

Ако се на име отплате кредита изврши нека уплата од стране корисника кредита, претпоставка је, по општим правилима, да се најпре измирују камате и друге накнаде (трошкови банке) па тек онда основни дуг.

Уплате које врше трећа лица или сама банка се такође урачунавају у отплату кредитног дуга корисника кредита, уколико је то у складу са уговором о кредиту. То важи и ако се уплате врше на посебан конто, напр. конто обезбеђења.

Посебно је питање какав је третман средстава које по новом уговору о кредиту банка стави кориснику на располагање ради рефинансирања обавеза по претходном уговору. Овај проблем, иако се у пракси често јавља, није у нашем праву посебно регулисан, па је неопходно да се питање коришћења одобрених новчаних средстава из новог уговора о кредиту тим уговором јасно определи. У упоредној банкарској пракси, иначе, важи правило да банка нема право да одобрена новчана средства по новом кредиту сама користи за намирење доспелих потраживања по првом уговору о кредиту. Она то може учинити само на захтев, односно уз сагласност корисника кредита.²⁴¹

Проблеми се могу јавити и при утврђивању односа између враћања кредитне суме и камате и других накнада, посебно код кредита који се отплаћују на рате. Ако уговорне стране уговоре годишњу камату (што је код хипотекарних кредита редован случај) тада корисник кредита при плаћању рате плаћа и урачунату камату која је на почетку отплатног периода сразмерно велика, да би се постепено смањивала, у мери смањења основног дуга. Уговором се међутим, може предвидети и супротно, тј. да се рате плаћају у једнаким деловима основног дуга и са месечном једнаком каматном стопом обрачунатом на првобитни износ кредитног дуга, тако да је однос камате и капитала у свакој рати једнак.²⁴²

²⁴¹ В. Canaris, *op. cit.* с. 686.

²⁴² О могућим отплатним модалитетима види више: Hahn, Oswald, *op. cit.* с. 80.

6.2. *Обавеза плаћања камата и других накнада*

Друга обавеза корисника кредита која произлази из закона и природе посла је обавеза плаћања уговорене камате. Камата је накнада за право коришћења кредитне суме. Ову обавезу корисник извршава у складу с уговором. Ако уговором није другачије предвиђено, корисник је дужан да плати камату заједно са испуњењем обавезе враћања кредита.

Обавеза плаћања камате је условљена претходним извршењем обавезе банке у погледу исплате кредитне суме. Тек од тог тренутка почиње важити обавеза корисника у погледу плаћања камате. С друге стране, обавеза плаћања камате се не завршава са истеком времена на који је уговор о кредиту закључен, већ се равна према времену испуњења корисникове обавезе враћања кредитне суме.

Висина камате се одређује уговором. Најједноставнији је случај ако се уговори у фиксној каматној стопи у односу на кредитну суму. Често се, међутим, уговара и варијабилна камата код које се каматна стопа (односно један њен део) мења зависно од кретања опште каматне стопе на неком тржишту капитала у земљи или свету, од есконтне стопе централне банке у земљи и сл.²⁴³

Посебно је питање допуштености уговарања камате на камату код уговора о кредиту. У неким правима забрана уговарања камате на камату је унверзалног

²⁴³ Уколико је, међутим, корисник кредита физичко лице, у нашем праву променљива номинална каматна стопа се може одређивати на основу променљивих елемената само ако се они званично објављују (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.) и ако су такви да на њих не може утицати једнострана воља ниједне од уговорних страна. (в. чл. 26 ст. 1 и 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга).

карактера тако да важи не само за односе између физичких и правних лица већ и за банке и њихове клијенте.²⁴⁴

У нашем праву такође постоји начелна забрана уговарања камата на камату. Ништава је одредба уговора којом се предвиђа да ће на камату, када доспе за исплату, почети тећи камата, ако не буде исплаћена.²⁴⁵ Међутим, таква забрана не важи за кредитно пословање банка.²⁴⁶ То значи да се у нашој земљи могу закључивати уговори о кредиту који предвиђају капитализацију камата након њиховог доспећа, тј. право банке да обрачунава камате на камате које су доспеле а нису плаћене.

Право на једнострано повећање камате, одн. каматне стопе банка може имати само ако је то изричито уговорено. У неким правима је, међутим овакво уговарање допуштено само под одређеним условом. Наиме, овакво право се банци признаје само ако би банка уз ово право имала и обавезу снижавања камате одн. каматне стопе у случају наступања одређених околности (снижавање каматних стопа на тржишту капитала, смањење есконтне стопе централне банке и сл.) У супротном, би се сматрало да овакво право банке није у складу са принципом савесности и поштења. У нашем праву, а у циљу заштите физичких лица као корисника финансисјих услуга, прописано је да уговорна обавеза мора бити одређена, односно одредива. Она је у погледу висине одредива и ако зависи од уговорених променљивих елемената, односно променљивих и фиксних, с тим што променљиви елементи могу бити само они који се званично објављују (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.). Обавеза је временски одредива ако се на основу уговорених елемената може утврдити кад доспева. У сваком случају одредивост обавезе у погледу висине и времена мора бити таква да на њу не може утицати једнострана воља ниједне од уговорних страна. Осим тога уговори не могу

²⁴⁴ У немачком праву оваква забрана је предвиђена у пар. 289 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch - Грађански законик Немачке)

²⁴⁵ Чл. 400 ст. 1. ЗОО.

²⁴⁶ Чл. 400 ст. 3 ЗОО.

да садрже упућујућу норму на пословну политику банке кад су у питању они елементи који су законом предвиђени као обавезни елементи уговора.²⁴⁷

У нашем праву за могућност уговарања права банке на повећање каматне стопе у случају да корисник не плати доспеле камате на време нема никаквих услова. Уговором о кредиту банка и корисник кредита могу предвидети да ће се стопа камате повећати ако дужник не исплати доспеле камате на време.²⁴⁸

Генерално гледано, банка не би могла принудити корисника на измену уговорене камате због повећања каматних стопа на тржишту капитала, ако то није изричито уговорено. Кретања каматних стопа су таква да је практично тешко замислимо да би у редовним временима банка могла тражити раскид уговора због промењених околности (институт *rebus sic stantibus*), и на тај начин принудити корисника на измену уговора и повишење каматне стопе.

Уз камату, банке често уговарају и додатне накнаде, као што су тзв. накнаде за обраду и обрачун кредита.

Ове додатне накнаде се морају стриктно раздвојити од камата из више разлога. Пре свега за камату уопште, па тиме и за камату код кредита ваше посебни прописи, укључујући и оне императивног картера. Поред тога у случају превременог враћања кредита корисник је ослобођен плаћања камата које би се обачунавале у будућности до истека редовног времена на које је уговор о кредиту био закључен.

Разликовање између камата и других накнада, колико год било важно, није у пракси увек једноставно. У теорији се сматра да је при разликовању најважнији критеријум разликовања зависност накнаде од протока времена. При томе се

²⁴⁷ В. с. 1-5 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

²⁴⁸ Чл. 400 ст. 2 ЗОО.

камата дефинише као од протока времена зависна накнада за могућност коришћења неког капитала.²⁴⁹

При овако постављеном критеријуму тзв. кредитне накнаде код кредита који се отплаћују на рате редовно треба квалификовати као камате. Исто важи и за тзв. кредитне паушале, без обзира што се обрачунавају једном, али се обрачунавају с обзиром на време трајања уговора о кредиту.

Насупрот томе, трошкови обраде и обрачунавања кредита, будући да нису зависни од протока времена, су заиста друге накнаде.

Применом наведеног критеријума је могуће разграничавање камата и других накнада и при продужењу кредита, тј. при продужењу времена на које је кредит одобрен.

У случају доцње корисника јављају се и затезне камате. Мада се сматра да оне имају и пенални (казнени) карактер оне увек и у целини имају каматни карактер.

При квалификацији камата и других накнада сасвим су небитни изрази који су за њих употребљени у уговору о кредиту. Тако напр. ако је уговорено банчино „учешће у добити“ које се плаћа независно од тога да ли је корисник остварио било какву добит, ради се заправо о прикривеној камати.

6.3. *Обавеза давања средства обезбеђења*

Обавеза корисника кредита на давање средства обезбеђења не произлази из саме природе уговора о кредиту.²⁵⁰ Она постоји само ако се изричито уговори. Иначе,

²⁴⁹ Canaris, op. cit. c. 682.

сматраће се да је закључен бланко кредит, тј. кредит без посебног средства обезбеђења.

Код уговора о хипотекарном кредиту, као и код других уговора о кредиту са средством обезбеђења, корисник има обавезу и да пружи уговорено средство обезбеђења. Ипак, код персоналних средстава обезбеђења ту обавезу, по природи ствари, нема корисник, већ треће лице (јемац, гарант и др.). Чак и код реалних средстава обезбеђења, каква је и хипотека, давалац средства обезбеђења не мора бити корисник кредита, већ то може бити и треће лице (интерцесионар). Ко ће бити дужан да пружи средство обезбеђења код хипотекарног кредита зависи од тога с ким је банка закључила уговор о обезбеђењу и на основу њега уговор о хипотеци.

С обзиром да давање средства обезбеђења не мора бити обавеза корисника кредита, као и да она код уговора о хипотекарном кредиту правно произилази из уговора о обезбеђењу (уговора о давању хипотеке код хипотекарног кредита) односно уговора о хипотеци, обавеза давања хипотеке као средства обезбеђења ће бити детаљно анализирана у другом и трећем делу рада.

6.4. *Обавеза наменског коришћења кредита*

Ако је у питању наменски кредит, корисник је обавезан да кредитни износ користи за уговорену намену. У противном, банка има право да откаже уговор и да тражи накнаду штете.

²⁵⁰ Клаузула о средству обезбеђења није за уговор о кредиту конститутиван елемент уговора. То може бити само један споредни елемент уговора о кредиту, мада за банку несумњиво представља изузетно важан део уговора (B. Schinnerer, Bankverträge, II. Teil, с. 12).

7. Доцња и раскид уговора због неиспуњења

На доцњу и раскид уговора због неиспуњења уговора о кредиту примењују се општа правила која важе код двостраних уговора уз извесне специфичности које произлазе из карактера уговора о кредиту.

7.1. Доцња банке

Банка пада у дужничку доцњу ако не исплати кредитну суму кориснику на време. Ако време извршења ове њене обавезе није уговором предвиђено, биће дужна да је изврши чим је корисник кредита на то позове. Ипак, у пракси, време извршења обавезе банке се редовно утврђује уговором.

У случају дужничке доцње банке корисник кредита по општим правилима код двостраних уговора може, ако није шта друго уговором одређено, захтевати испуњење обавезе и накнаду штете због задоцњења или раскинути уговор простом изјавом и захтевати накнаду штете због неиспуњења.

Кад је испуњење банчине обавезе битан састојак уговора, па банка не изврши обавезу на време, уговор се по општим правилима раскида по самом закону, уз право корисника кредита да одржи уговор на снази, ако посебну изјаву о томе без одлагања упути банци.²⁵¹ Ако, напротив, испуњење о року није битан састојак уговора, корисник кредита може изјавити раскид уговора тек након протеча накнадног примерог рока за испуњење који је банци дао.²⁵² Ипак, корисник може раскинути уговор и без остављања банци накнадног рока за испуњење ако из њеног држања произлази да своју обавезу неће извршити ни у накнадном року.²⁵³ Коначно, корисник кредита може раскинути уговор и захтевати накнаду штете и онда када је пре истека рока за испуњење обавезе постало очигледно да банка неће

²⁵¹ Чл. 125 ст. 1 ЗОО.

²⁵² Чл. 126 ст. 2 и 3 ЗОО.

²⁵³ Чл. 127 ЗОО.

испунити своју обавезу из уговора (напр. због неликвидности, одузимања дозволе за рад и др.)²⁵⁴

Корисник не може изјавити раскид уговора због неизвршења само незнатног дела обавезе банке.²⁵⁵

У случају поверилачке доцње банке, тј. у случају да банка неосновано одбије да прими повраћај кредитне суме и припадајуће камате, корисник кредита се може ослободити обавезе депоновањем дугованог износа код суда, уз право на евентуалну накнаду штете.

7.2. Доцња корисника кредита

Ако корисник кредита не изврши своје обавезе плаћања (враћање кредитне суме и плаћање камата) на време, пада у дужничку доцњу. У том случају банка има право да захтева извршење уз накнаду штете за задоцњење или да под законом предвиђеним општим условима изјави раскид уговора и да захтева накнаду штете због неиспуњења. Пошто се ради о новчаним обавезама, корисник кредита је дужан да од тренутка падања у доцњу плаћа затезне камате.

Као и у случају дужничке доцње банке, корисник је дужан да изврши своје обавезе о року утврђеном уговором. Изузетно, ако рок не би био утврђен уговором, што је у пракси изузетно ретко, обавеза корисника кредита би била доспела чим га банка позове да је испуни. У случају да је рок испуњења корисникове обавезе битан састојак уговора, протеком тог рока уговор се раскида по самом закону, уз право банке да га одржи на снази обавештавањем корисника кредита о томе без одлагања. Ако испуњење о року није битан састојак уговора, банка најпре мора дати кориснику накнадни рок за испуњење, па ће тек по протеку тог рока моћи изјавити

²⁵⁴ Чл. 128 ЗОО.

²⁵⁵ Чл. 131 ЗОО.

раскид уговора. Банка може раскинути уговор без остављања кориснику кредита накнадног рока за испуњење, ако из његовог држања произлази да своју обавезу неће извршити ни у накнадном року. Банка може раскинути уговор (и захтевати накнаду штете) чак и пре истека рока за испуњење обавезе, ако је очигледно да корисник неће испунити своју обавезу из уговора.

Према општим правилима кад у уговору са узастопним обавезама једна страна не испуни једну обавезу, друга страна може, у разумном року, раскинути уговор у погледу свих будућих обавеза, ако је из датих околности очигледно да ни оне неће бити испуњене, с тим да раскид може да делује не само у погледу будућих него и у погледу већ испуњених обавеза, ако њихово испуњење без изосталих испуњења нема интереса за њу.²⁵⁶ Ипак, ово опште правило је модификовано кроз специјално право банке на отказ уговора о кредиту о чему ће касније бити више говора.

Већ је речено да у случају дужничке доцње корисник има обавезу плаћања законске затезне камате. Међутим, ако је стопа уговорене камате виша од стопе затезне камате, банка задржава право на уговорну камату и после корисникове доцње.²⁵⁷ Право на уговорену камату банка има и после истека рока на који је уговор о кредиту закључен, све до исплате дуга од стране корисника.²⁵⁸

Право на затезну камату банка има без обзира да ли је претрпела неку штету или не. Али, ако је штета коју је банка претрпела због корисниковог задоцњења већа од износа који би добила на име затезне камате, она има право захтевати разлику до потпуне накнаде штете.²⁵⁹

²⁵⁶ Чл. 129 ст. 1 и 2 ЗОО.

²⁵⁷ В. чл. 277 ст. 2 ЗОО.

²⁵⁸ Исто *Canaris*, *op. cit.* с. 687.

²⁵⁹ В. чл. 278 ст. 1 и 2 ЗОО.

За разлику од уговорне камате, на износ неисплаћене камате банка може захтевати затезну камату само од дана кад је суду поднесен захтев за њену исплату.²⁶⁰

Затезна камата се обрачунава на вредност доспелог банчиног потраживања. Али, с обзиром на опште правило да код повремених доспелих новчаних давања тече затезна камата од дана кад је суду поднесен захтев за њихову исплату,²⁶¹ банка би за доспеле а неисплаћене рате кредита то тог тренутка имала само право само на уговорену камату

У случају поверилачке доцње корисника, тј. у случају неоснованог одбијања корисника да прими исплату кредитне суме банка би имала право на накнаду штете. При израчунавању висине штете могло би се узети у обзир вредност изгубљених камата, али само право на уговорене камате банка не би имала. Супротно становиште, које се заснива на аргументу да корисник при трајном и неоснованом одбијању пријема исплате кредитне суме не би могао да се позива на некоришћење кредитне суме (као претпоставке за плаћање камата) јер је томе сам допринео²⁶², не би, по нашем мишљење било прихватљиво, јер обавеза плаћања камата би у том случају противречила самој суштини камате као накнаде за коришћење туђег капитала.

8. Престанак уговора

Уговор о кредиту престаје на све оне начине на које престају уговори облигационог права. Уз престанак раскидом, што је претходно разматрано у склопу доцње уговорних страна, посебно су, међутим, значајни начини престанка уговора испуњењем, отказом од стране банке и одустанком од стране корисника кредита.

²⁶⁰ Чл. 279 ст. 2 ЗОО.

²⁶¹ Чл. 279 ст. 3 ЗОО.

²⁶² Тако Canaris, *op. cit.* с. 690.

8.1. Престанак испуњењем

Престанак испуњењем је редован начин престанка уговора. Када уговорне стране све своје обавезе испуне у складу са уговором и законом, уговор о кредиту престаје, односно престаје да производи даља правна дејства.

8.2. Отказ уговора

Банка може отказати уговор о кредиту и пре истека уговореног рока, ако је кредит коришћен у супротности са његовом наменом.²⁶³ Банка код наменских кредита има право контроле употребе кредитног износа и у случају да утврди његово ненаменско трошење има право да откаже уговор.

Право на отказ уговора о кредиту пре истека уговореног рока банка има и у случају инсолвентности корисника. То право она има чак и када инсолвентост није утврђена судском одлуком. Наравно, ризик правилног утврђивања постојања инсолвентности корисника кредита сноси банка.

Исто тако банка има право на отказ уговора о кредиту и пре уговореног рока и у случају престанка правног лица или смрти корисника.²⁶⁴

Ипак, право на отказ уговора о кредиту због инсолвентности и престанка, односно смрти, корисника банка има само под условом да је у тим случајевима дошла у битно неповољнији положај.²⁶⁵ Када ће се сматрати да је банка дошла у „битно неповољнији положај“ фактичко је питање које се процњује према околностима

²⁶³ Чл. 1067 ст. 1 ЗОО.

²⁶⁴ В. Schinnerer, Bankverträge, II. Teil, с. 39.

²⁶⁵ Чл. 1067 ст. 2 ЗОО.

сваког конкретног случаја.²⁶⁶ У сваком случају одлучујуће ће бити процене да ли је због наступелих околности банка битно угрожена у остваривању својих права, пре свега права на повраћај кредитне суме и камату, али и на намирење из средства обезбеђења које је предвиђено уговором.

У случају отказа уговора о кредиту банка има право да од корисника захтева враћање исплаћеног кредитног износа одједном и у целости, као и накнаду евентуалне штете која је за њу настала. Право на камату, међутим, банка има само за време стварног коришћења кредитне суме од стране корисника кредита.

8.3. Одустанак од уговора и враћање кредита пре рока

С друге стране корисник кредита има право на одустанак од уговора, као и право на враћање кредитне суме пре уговореног рока.

Право да одустане од уговора корисник има пре него што је почео да користи кредит.²⁶⁷ То значи да он своје право на одустанак може користити пре него што банка изврши своју основну обавезу, код новчаних кредита пре него што пренесе кредитни износ кориснику. У случају одустања, корисник је дужан да банци

²⁶⁶ У аустријском праву се сматра да банка има право на одустанак од уговора о кредиту када за то постоје важни разлози. Под важним разлозима се уопштено разумеју сви они разлози који доводе у питање поверење банке у корисника кредита, тј. у његову кредитну солидност (вољу за отплату кредита и способност за ту отплату) – В. напр. Schinnerer, Bankverträge, II. Teil, с. 39.

²⁶⁷ Чл 1068 ст. 1 ЗОО. Ако се ради о физичком лицу као кориснику финансијске услуге, он има право да одустане од закљученог уговора о кредиту у року од 14 дана од дана закључења уговора, без навођења разлога за одустанак. Код уговора о кредиту који је обезбеђен хипотеком, корисник може одустати од уговора под условом да није почео да користи кредит. (в. чл. 12 ст. 1 и 2 Закона о заштити корисника финансијских услуга). Поред тога корисник који одустане од уговора о кредиту дужан је да одмах, а најкасније у року од 30 дана од дана слања обавештења о одустанку, врати банци главницу и камату из основног посла за време коришћења кредита (чл. 12 ст. 4 истог закона).

накнади штету због одустанка од уговора, ако ју је она претрпела. Банка је дужна да докаже наступање штете као и узрочно-последични однос између штете и одустанка од уговора од стране корисника.

По природи ствари, у случају да корисник одустане од уговора, он не дугује никакву камату, будући да није ни користио банчина новчана средства. Али, банка има право да захтева исплату свих уговорених трошкова обраде и обрачуна кредита који су учињени до одустанка од уговора.

Поред тога корисник има по закону право да врати кредит и пре рока одређеног за враћање.²⁶⁸ Ово норма произлази и из општег правила о плаћању пре рока по којој сваки дужник новчане може такву обавезу испунити пре рока,²⁶⁹ као и правила да се он тог свог права не може пуноважно одрећи.²⁷⁰

У сваком случају, ако се корисник кредита користи овим својим правом, дужан је да о овој својој намери унапред обавестити банку.

Ако корисник кредита врати кредит пре рока такође је дужан да банци накнади штету коју је она евентуално због тога претрпела. Штета, међутим, у себи не укључује камату по кредиту. Наиме, по изричитој законској норми у случају враћања кредита пре одређеног рока, банка не може да зарачуна камату за време од дана враћања кредита до дана када је по уговору требало да буде враћен.²⁷¹

У случају да је корисник кредита физичко лице, оно има право да у било ком моменту, у потпуности или делимично, изврши своје обавезе из уговора о кредиту, у ком случају има право на умањење укупне цене кредита за износ камате и трошкова за преостали период трајања тог уговора (превремена отплата). Банка

²⁶⁸ Чл. 1068 ст. 2 ЗОО.

²⁶⁹ Чл. 398 ст. 1 ЗОО.

²⁷⁰ Према чл. 398 ст. 2 ЗОО “ништава је одредба уговора којом се дужник одриче овог права“ (тј. права на испуњење новчане обавезе пре рока – прим. Ј.Ш.В.)

²⁷¹ Чл. 1068 ст. 4 ЗОО.

може да уговори накнаду за превремену отплату кредита ако је за период превремене отплате уговорена фиксна номинална каматна стопа, с тим да се накнада може уговорити до висине претрпљене штете због превремене отплате, а највише до 1% износа превремено отплаћеног кредита, и то ако је период између превремене отплате и рока испуњења обавезе из уговора о кредиту дужи од једне године; ако је овај период краћи, ова накнада не може бити већа од 0,5% износа превремено отплаћеног кредита. Поред тога накнада из овог члана ни у једном случају не може бити већа од износа камате коју би корисник платио током периода између превремене отплате и рока испуњења обавезе из уговора о кредиту.

272

²⁷² В. чл. 36 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

УГОВОР О ОБЕЗБЕЂЕЊУ КРЕДИТА

1. Уводне напомене о циљу уговора

Смисао закључења уговора о обезбеђењу кредита је да се оствари сагласност воља између банке, као повериоца по уговору о кредиту и корисника кредита или трећег лица о томе да ће се у корист банке успоставити неко средство обезбеђења. То средство може бити стварно (реална или стварна средства) или облигационо (персонална средства), а правни посао којим се то чини је уговор о обезбеђењу кредита. Овај уговор је надаље кауза извршног посла тј. посла којим се успоставља средство обезбеђења у корист банке.

Банка, као поверилац из уговора о кредиту, јавља се као поверилац и у уговору о обезбеђењу кредита. Дужник по уговору о обезбеђењу, међутим, може бити корисник кредита (што је најчешће случај) али и неко треће лице које у уговору о кредиту не учествује (тзв. интерцесионар).

Карактер обавезе дужника, као и њен обим, утврђује се према циљу уговора које уговорне стране, закључењем овог уговора, желе остварити. На први поглед би се могло закључити да је циљ уговора о обезбеђењу управо успостављање (конституисање, заснивање) средства обезбеђења. То, ипак, није прави циљ овог уговора. Прави циљ је обезбеђење банчиног потраживања из уговора о кредиту, који корисник кредита, као дужник по основном уговору о кредиту, није још измирио. Тај циљ, који се може означити као циљ обезбеђења, опредељује и карактер и обим обавезе дужника у уговору о обезбеђењу, односно укупну садржину тог уговора.

Пошто је циљ обезбеђења обезбеђење банчиног потраживања из уговора о кредиту, то је најпре неопходно идентификовати то потраживање, односно утврдити његов идентитет. Тек када се потраживање идентификује, могуће је констатовати да ли је оно пуноважно или не, да ли је измирено или не, односно да ли је обезбеђени случај (неизмирење обавезе из уговора о кредиту о року) наступио или не.

Циљ обезбеђења је, дакле, кључан за разумевање суштине уговора о обезбеђењу кредита. Из циља обезбеђења произлази не само настанак, већ и евентуалне измене и престанак тог уговора.

2. Уговорне фазе

Када се поближе посматрају односи који се јављају код уговора о обезбеђењу кредита, јасно се може утврдити да се они временом мењају. Односи код уговора о обезбеђењу пролазе временски кроз различите фазе, које следе једна другу. Све ове фазе су подешене према уговору о кредиту и трају док траје и тај уговор.²⁷³

Однос обезбеђења настаје успостављањем средства обезбеђења, што значи закључењем уговора о обезбеђењу и испуњењем посла његовог извршења. Ту фазу можемо назвати *фазом настанка*.

Од тог тренутка па надаље траје тзв. *латентна фаза*.²⁷⁴ Она траје све до тренутка доспелости обезбеђеног потраживања.

Након наступања доспелости могуће су две ситуације. Ако је корисник кредита уредно испунио своју обавезу, циљ обезбеђења је испуњен, па настаје тзв. *ликвидациона фаза* у којој се средство обезбеђења ослобађа, тј. ствар као средство

²⁷³ Упор. Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, 1993, с. 252.

²⁷⁴ У литератури се ова фаза назива и фазом обезбеђености – v. Weber, Н. - Weber, Ј.: Kreditsicherungsrecht, München, 2006, 8., neubearbeitete Auflage, с. 15.

обезбеђења се ослобађа терета (код покретних ствари и враћа власнику) односно дужник из уговора о личном средству обезбеђења се ослобађа од обавезе.

Уколико се, пак, догоди да корисник кредита као дужник из уговора о кредиту не измири своју доспелу обавезу о року, латентна фаза прелази у *фазу намирења* тј. банка посеже за средством обезбеђења у циљу намирења свог доспелог потраживања. Суштина ове фазе је у томе да се банка код стварних обезбеђења, намири из вредности хипотековане непокретности (ако је средство обезбеђења хипотека) из покретне ствари (код ручне залоге) или из права (код залоге на правима) а код персоналних средстава обезбеђења да се намири од лица која су такво средство обезбеђења дали (јемци, авалисти, гаранتي и сл.).

Важно је нагласити да је у свим фазама циљ уговора о кредиту, као основног посла, у његовом извршењу, а да је циљ обезбеђења његово сигурније извршење. Због тога циљ обезбеђења током свих фаза мора бити узиман у обзир при тумачењу обима и карактера уговорних обавеза у сваком тренутку сваке фазе.

3. Правни односи до доспелости обезбеђеног потраживања

У *фази настанка*, дужник има обавезу да са повериоцем закључи посао извршења. Код стварних обезбеђења то значи да повериоцу преда ствар (ради конституисања ручне залоге) хартију од вредности са заложним индосаментом (код залоге на хартијама од вредности) односно да омогући упис хипотеке у регистар непокретности. Ако средство обезбеђења даје треће лице по његовом налогу, дужник (као корисник кредита) је дужан да се стара да дође до закључења посла извршења између банке и тог лица. Код персоналних средстава обезбеђења дужник увек има обавезу да се брине да дође до закључења уговора о обезбеђењу између повериоца и интерцесионара, јер не може сам дати такво средство обезбеђења.

У овој фази банка као поверилац обезбеђеног потраживања, нема посебне обавезе. Заправо, може се рећи да банка има само обавезу нечињења. Она мора пропустити да учини било шта, што би могло да спречи или угрози циљ уговора.²⁷⁵ Тек у даљем одвијању правних односа банка, банка ће имати одређене обавезе чињења. Тако ће напр. бити у обавези да врати ствар коју је на име обезбеђења добила, ако је циљ обезбеђења престао да постоји (због измирења обезбеђеног потраживања или престанка тог потраживања из других разлога и сл.). Исто тако у случају намирења, банка ће имати обавезу да се намири на најпогоднији начин и сл.

Из изложеног може се закључити да уговор о обезбеђењу кредита није двостранообавезан, али ни обичан једностранообавезан уговор. У теорији се он сврстава у тзв. непотпуне двостранообавезне уговоре.²⁷⁶

С обзиром на раније поменути значај циља обезбеђења, неопходно је да он буде у уговору одређен. То практично значи да се у садржини уговора о обезбеђењу мора идентификовати потраживање које се овим уговором, односно уговореним средством обезбеђења, обезбеђује.

Циљ обезбеђења може бити одређен изричито (што је редован случај) или прећутно. У сваком случају мора бити довољно одређен.²⁷⁷ Ако није довољно одређен код акцесорних средстава обезбеђења, тада је и сам уговор о обезбеђењу непуноважан. Али и код апстрактних средстава обезбеђења циљ обезбеђења мора бити довољно одређен, јер се у противном не може утврдити обезбеђени случај, па тиме ни успоставити право банке као повериоца на намирење.

²⁷⁵ Bülow, Peter: Recht der Kreditsicherheiten, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin, с. 21.

²⁷⁶ Ibidem.

²⁷⁷ Упор. Weber, H-Weber, J: op. cit. с. 13.

Обезбеђење се може тицати само једног, тачно одређеног потраживања, али то није неопходно. Оно се може односити и на више потраживања. Исто тако није од значаја да ли потраживања већ постоје или су у питању будућа потраживања.

У пракси банака се не тако ретко једним средством обезбеђења обезбеђује унапред неодређени број потраживања банке из одређених пословних односа са банком. То је нарочито случај код тзв. контокорентних односа, тј. односа који настају између банке и њеног клијента по основу уговора о контокоренту. Ипак, мада се не идентификују унапред сва потраживања која се обезбеђују, она су довољно одређена, јер се јасно идентификује однос из којег настају, па су тако сва потраживања банке која по контокорентном рачуну настану, обезбеђена датим средством обезбеђења. У таквим случајевима говори се и о тзв. „широкој изјави о циљу обезбеђења“.²⁷⁸

Код хипотекарног кредита првобитно обезбеђено потраживање банке може бити замењено новим потраживањем.

Уговор о обезбеђењу кредита може садржати и клаузулу према којој је дужник дужан да пружи додатна средства обезбеђења, ако до тада дата средства не одржавају своју вредност, због чега се смањују изгледи банке да се при наступању обезбеђеног случаја намири у целини вредности обезбеђеног потраживања.²⁷⁹

Банка код уговора о обезбеђењу кредита нема обавезе које према клијенту има код других банкарских послова, посебно оних услужног карактера. Нема сумње да банка код овог уговора треба да штити искључиво своје сопствене интересе, због чега нема обавезу заштите интереса клијента, па у том склопу ни обавезу обавештавања клијента о подацима од значаја за њихове међусобне пословне односе. Исто то важи и за случај да је средство обезбеђења дало треће лице

²⁷⁸ Rehbein, Festschrift Heinsius, 1991, с. 659.

²⁷⁹ В. напр. Опште услове пословања немачких банака (Нр.13) као и Опште услове пословања немачких штедионица (Нр. 22). Видети о овоме више: Wenzel, WiB, 1994, с. 596.

(интерцесионар). Банка нема ни обавезу указивања даваоцу средства обезбеђења на ризик који преузима, нити на околности које могу довести до тога да корисник кредита неће бити у стању да измири своје обавезе по уговору о кредиту.

Банка као поверилац ипак има једну општу споредну обавезу, а наиме има обавезу нечињења свега што би могло да угрози или онемогуци остваривање циља обезбеђења. У латентној фази то, пре свега, значи обавезу неугрожавања захтева даваоца обезбеђења за повраћај средства обезбеђења након измирења потраживања по уговору о кредиту. Због тога банка може поступати са средством обезбеђења само у складу са циљем обезбеђења.²⁸⁰ То значи да се пре доспелости не сме намиривати из средства обезбеђења (не сме продати хипотековану непокретност односно предмет ручне залоге, нити сме наплатити потраживање према јемцу, гаранту и сл.).

Ако се средство обезбеђења банци да, а потраживање банке по кредиту још није доспело, очекивања су свих учесника у послу да случај обезбеђења неће ни наступити. То је период латентне фазе. Уколико корисник кредита о доспелости испуни своју обавезу, што је у пракси најчешћи случај, давалац средства обезбеђења ће добити предмет обезбеђења назад. Ако је предмет обезбеђења непокретност, враћање се, заправо, остварује брисањем терета у регистру непокретности, а ако се ради о покретној ствари или хартији од вредности њиховим враћањем (уз евентуални повратни заложни индосамент). Код персоналних средстава обезбеђења „враћање“ се састоји у ослобађању од преузете одговорности лица које је преузело обавезу јемца, авалисте, гаранта и сл.). Због тога банка мора са предметом обезбеђења поступати тако да ни на који начин не угрози његов повратак даваоцу средства обезбеђења. Банка, дакле не сме по својој вољи поступати са предметом обезбеђења, већ само у складу с циљем обезбеђења.

²⁸⁰ В. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 22.

С друге стране банка, као поверилац, је овлашћена да предузима све мере које су у складу с циљем обезбеђења, а служе очувању њених права у погледу коришћења предмета обезбеђења. Банка је, дакле, по природи свог правног положаја, овлашћена да предузима све потребна радње за заштиту својих интереса, тј. да осигура наплату свог потраживања по уговору о кредиту користећи се средством обезбеђења, ако дође до наступања случаја обезбеђења, тј. ако потраживање банке по уговору о кредиту доспе, а корисник кредита га благовремено не измири.

4. Правни односи по доспелости обезбеђеног потраживања

Када потраживање банке по уговору о кредиту доспе, могу наступити две ситуације. Може се, наиме, десити да корисник кредита измири своје обавезе благовремено и у целости, али се може десити и да он то не учини.

4.1. Правни односи у случају да је дужник испунио обавезу

Ако корисник кредита благовремено и у потпуности испуни своју обавезу из уговора о кредиту, циљ обезбеђења је испуњен. Акцесорна средства обезбеђења престају. Покретна ствар се ослобађа терета. Банка, као поверилац, губи право на државину, а власник има право (правни захтев) за повраћај ствари. Непокретност се може ослободити хипотеке исписом, али и пре исписа власник хипотековане непокретности може по основу акцесорности хипотек истаћи приговор намирности обезбеђеног потраживања и тиме спречити евентуалне злоупотребе хипотеке. У правима која познају земљишни дуг, хипотека се у тренутку намирења обезбеђеног потраживања *ex lege* претвара у власнички земљишни дуг. Јемство, као акцесорна обавеза, такође престаје. На овај начин се код свих акцесорних средства обезбеђења завршава латентна фаза.

За разлику од акцесорних, код неакцесорних средстава обезбеђења у тренутку блавоременог и потпуног измирења обезбеђеног потраживања започиње

ликвидациона фаза. Испуњење обавезе не делује непосредно и директно на неакцесорна средства обезбеђења. Због одсуства акцесорности, питање престанка средства обезбеђења се разрешава искључиво према уговору о обезбеђењу. Отуда давалац средства обезбеђења мора предузети одговарајуће правне радње да би себе довео у правни положај који је имао пре успостављања средства обезбеђења. То значи напр. да је уступљено потраживање дато ради обезбеђења потребно повратно уступити првобитном имаоцу, да гаранта треба ослободити одговорности, а непокретности земљишног дуга. Право да захтева правне радње које доводе у претходно стање не мора бити посебно уговорено, оно произлази из суштине уговора о обезбеђењу, пре свега из његовог циља. У теорији се сматра да ово право не настаје тек у тренутка нестајања циља обезбеђења (због испуњења основног уговора) него да је настало већ у тренутку настанка средства обезбеђења, али је његова реализација одложена условно, тј. актуализује се под условом да је обезбеђено потраживање измирено.²⁸¹

Ако је средство обезбеђења дато за туђи дуг, а давалац тог средства није уговорна страна у уговору о обезбеђењу, ситуација је сложенија. У том случају давалац средства обезбеђења може, на основу прихваћеног налога за давање тог средства, захтевати од корисника кредита, као дужника из основног односа, да захтева враћање средства обезбеђења и да га даље пренесе (односно уступи) даваоцу тог средства.

Изузетно, може се десити да циљ обезбеђења престане да постоји, у целини или делимично, и пре доспелости основног потраживања. То се напр. може догодити ако корисник кредита уместо постојећег средства обезбеђења понуди новчани депозит из којег се банка може наплатити. Ипак, у пракси су значајнији случајеви делимичног губљења циља обезбеђења код тзв. глобалних средстава обезбеђења (револвирајућа глобална средства обезбеђења) која се односе на будућа потраживања. Може се десити да у таквим ситуацијама да вредност средства обезбеђења значајно надмаши вредност обезбеђених потраживања. Тада се

²⁸¹ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 23.

изменом уговора о обезбеђењу вредност средства обезбеђења може свести на потребну меру.

4.2. Правни односи у случају да дужник није испунио своју обавезу

Ако корисник кредита, као дужник обезбеђеног потраживања не испуни о доспелости своју обавезу, дотадашња латентна фаза уговора прелази у вирулентну.

Да би банка могла да се намири из средства обезбеђења неопходно је да се јасно утврди да је наступио случај обезбеђења. Он, међутим, не наступа самим тренутком доспелости потраживања. Пре свега, неке обавезе се могу извршити у одређеном временском периоду, а не на одређени дан. Поред тога, поверилац ненамиреног потраживања је по општим правилима дужан да позове (опомене) дужника и да му да накнадни рок за извршење.²⁸² Ако корисник кредита, као дужник, не измири доспелу обавезу ни у накнадном року, банка може да започне поступак намирења из средства обезбеђења. Случај обезбеђења по правилу наступа у тренутку доцње дужника.

Банци, дакле, није остављено на вољу да у тренутку доспелости потраживања одлучи да ли ће испуњење захтевати од корисника кредита као главног дужника, или ће одмах покренути поступак намирења из средства обезбеђења. Овакво правило произлази из циља обезбеђења. Функција средства обезбеђења је да надомести неизвршену обавезу главног дужника, а не да створи нову обавезу која би се извршавала независно од извршења главне. Због тога се мора, најпре, утврдити да је банчино потраживање доспело, али и да је банка опоменула корисника кредита, као главног дужника, захтевајући од њега да измири своју доспелу обавезу. Тек ако он то не учини, банка може да започне поступак намирења из средства обезбеђења. Овакав ред ствари показује да су средства обезбеђења кредита начелно супсидијарна.

²⁸² В. чл. 126 ст. 2 и 3 ЗОО.

Начело супсидијарности без даљег важи за стварна средства обезбеђења, за хипотеку, ручну залогу и земљишни дуг. Оно начелно важи и за персонална средства обезбеђења, пре свега за јемство, док је његова примена на гаранцију спорна, нарочито ако се ради о апстрактној банкарској гаранцији на први позив и без приговора.

Код стварних средстава обезбеђења, посебно хипотеке, супсидијарност је јасно видљива из потребе да банка најпре стекне извршни наслов, односно ако је уговор о хипотеци сачињен у облику веродостојне или извршне исправе из неопходности да банка, као поверилац, упути писмену опомену кориснику кредита, као дужнику, односно власнику хипотековане непокретности.²⁸³

Начело супсидијарности је важно јер обезбеђује да циљ обезбеђења још увек постоји, односно да кроз измирење обезбеђене обавезе није престао. Ако је то случај, давалац средства обезбеђења се може бранити истицањем приговора да је потраживање измирено.

Странке у уговору о обезбеђењу могу предвидети да за наступање случаја обезбеђења није довољна доспелост обезбеђеног потраживања (одн. доцња уз евентуално давање накнадног рока за испуњење) већ да је потребно да постоје и неке додатне околности (напр. да је интерцесионар и у тренутку наступања доспелости брачни друг дужника или да је члан привредног друштва и др.).

²⁸³ Према Закона о хипотеци Републике Србије (у даљем тексту: ЗХ) ако дужник не исплати дуг о доспелости, хипотекарни поверилац из веродостојне исправе или извршне исправе дужан је најпре да пошаље прву опомену у писменој форми истовремено дужнику и власнику предмета хипотеке (ако су различита лица), чиме се покреће поступак вансудског намирења (чл. 29 ст. 1) а ако у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности упутити другу опомену тј. опомену о продаји непокретности (чл. 30 ст. 1).

5. Правни односи након наступања случаја обезбеђења

Начелно, случај обезбеђења наступа са доцњом дужника у погледу измирења обавезе из уговора о кредиту. Од тог тренутка започиње фаза намирења.

Ако је средство обезбеђења дао сам корисник кредита као дужник, банка може да започне са намирењем из добијеног средства обезбеђења, без икаквих даљих услова. У том случају, ако се потраживање намири из средства обезбеђења које је дао сам корисник кредита, као дужник, фаза намирења се окончава. Ако се банка само делимично намирила, за преостали износ корисник кредита одговара по општим правилима. Ако се банка из средства обезбеђења намирила продајом ствари или права корисника, с тим да део остварене цене преостане и после намирења, банка је дужна да преостали износ да односно стави на располагање кориснику кредита.

Уколико је, међутим, средство обезбеђења дало треће лице, интерцесионар, тада банка ипак треба да од тог лица најпре затражи испуњење обавезе, да би се спречила продаја предмета обезбеђења (непокретности, покретне ствари, права). То правило произлази из супсидијарности правног односа обезбеђења.

Наиме, на почетку фазе намирења могу се јавити две ситуације. Може се десити да интерцесионар измири потраживање или да га не измири и да на тај начин препусти банци да се намирује из предмета обезбеђења.

Ако интерцесионар измири потраживање, он стиче право да захтева повраћај средства обезбеђења (ако се ради о реалном средству обезбеђења) односно престаје његова обавеза према банци (ако је у питању персонално средство обезбеђења) као и право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику, за исплаћено.

За случај да интерцесионар не исплати дуг банци, а банка се из реалног средства обезбеђења намири, он ће имати право да од банке захтева евентуални преостали

вишак од продате ствари или права, као и право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику за исплаћено.

У случају да је потраживање измирило треће лице (интерцесионар) на њега, дакле, прелази повратни захтев према кориснику кредита за исплаћено.²⁸⁴ Након измирења овог захтева фаза намирења се завршава и код уговора о кредиту код којег је средство обезбеђења дао интерцесионар. Наравно, ако је продајом средства обезбеђења које је дао (ствари, права) остварен већи износ од износа банчиног потраживања, интерцесионар, а не корисник кредита, има право да од банке захтева исплату разлике.

Напред изнето представља скуп општих правила која важе за фазу намирења, док за свако средство намирења важе и посебна правила утврђена законом или уговорима.

²⁸⁴ Тако код хипотеке, ако хипотекарни дуг исплати лице које није дужник, долази до личне суброгације по самом закону, тј. ово лице ступа на место хипотекарног повериоца према дужнику и трећим лицима (чл. 28 ЗОО).

СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

1. Врсте средстава обезбеђења

Пружити банци средство обезбеђења значи, заправо, дати јој право да се намири за вредност ненамиреног потраживања из одређених имовинских вредности, које јој се стављају на располагање. Те имовинске вредности могу бити различите по своме карактеру.

Пре свега, банци се може непосредно ставити на располагање одређена имовинска вредност на тај начин да своје доспело а ненамирено потраживање по уговору о кредиту намири из те вредности, по одговарајућем прописаном поступку. Такав однос се успоставља код ручне залоге, хипотеке и земљишног дуга.

Поред тога, банци се може посредно ставити на располагање одређена додатна имовина, поред имовине корисника кредита, из које се може намирити за вредност ненамиреног потраживања из уговора о кредиту. Та додатна имовина је имовина лица које се обавезе да ће одговорати за корисника кредита као дужника. То је случај код јемства, авала, гаранције и приступања дугу.

У праву средстава обезбеђења се понекад јављају и таква средства која омогућавају повериоцу да стекне право својине на одређеној ствари или праву, али оваква средства обезбеђења нису карактеристична за праксу банака код уговора о кредиту.

Средства обезбеђења кредита се, дакле, могу разликовати према различитим критеријумима. Тако се могу разликовати према томе да ли дају овлашћење банци да се намири из одређене имовинске вредности (ствари или права) или јој дају овлашћење да од неког додатног лица, као власника одређене имовине, захтева

испуњење, уколико потраживање банке из уговора о кредиту није благовремено измирено. Поред тога средства обезбеђења се могу разликовати и по томе да дају банци овлашћење да се намири на одређеној ствари (покретној или непокретној) или на праву.

За банкарску праксу је посебно значајно разликовање персоналних и реалних, интерних и екстерних и сингуларних и глобалних средстава обезбеђења кредитних уговора.

2. Персонална и реална средства обезбеђења

За обавезе из уговора о кредиту, пре свега за обавезу враћања кредитне суме са припадајућим каматама банци одговара сам корисник кредита целокупном својом имовином. Та његова лична одговорност се може донекле појачавати одређеним персоналним средствима обезбеђења, као што је напр. меница (издавање сопствене менице у корист банке или акцептирање трасиране менице по наредби банке), али се имовинска вредност из које се банка може намирити на тај начин не повећава. Уместо тога, појачава се позиција банке утолико што по бржем и једноставнијем поступку може намирити своје потраживање из имовине корисника кредита, а може и есконтovati меницу или је употребити као средство плаћања. Ако, међутим, уз корисника кредита за неизмирено потраживање банци одговара и неко друго лице, ради се о проширењу имовинских вредности из којих се банка може намирити, и то за вредност имовине додатних лица која су се обавезала. У том случају за отплату кредита се одговара не само имовином корисника кредита, већ и имовином лица која су се додатно обавезала. Међутим, банка код оваквих средстава обезбеђења има само посредан однос према имовини трећег лица. Наиме, да би се из те имовине могла намирити, банка мора да води поступак против трећег лица да би се на основу извршне исправе на његовој имовини могла намиривати. Средства обезбеђења која на овакав начин обезбеђују потраживање банке по уговору о кредиту називају се *персоналним средствима обезбеђења*.

Правно посматрано, за персонална средства обезбеђења је карактеристично постојање три правна односа. Први однос је основни кредитни однос (тзв. валута – однос) који се на основу уговора о кредиту успоставља између банке и корисника кредита. Други однос је однос између трећег лица, као власника одређене имовине, и корисника кредита, који настаје обавезивањем трећег лица према кориснику кредита да ће одговарати за његове обавезе по уговору о кредиту (тзв. однос покрића). Коначно, трећи однос је однос између банке и трећег лица који настаје преузимањем одговорности трећег лица према банци за измирење обавеза које корисник кредита по уговору о кредиту има према њој (тзв. спољни однос).

Најважнија персонална средства обезбеђења уговора о кредиту су јемство, авал, гаранција и приступ дугу.

Ако се средство обезбеђења састоји у томе да се банци даје право намирења на некој конкретној имовинској вредности корисника кредита или трећег лица, тада банка не мора да најпре води поступак ради добијања извршне исправе, већ може да се из те имовинске вредности намири по прописаној процедури. Оваква средства се називају *реалним средствима обезбеђења*. Ако се обавезе из уговора о кредиту редовно испуне, резервисана имовинска вредност се ослобађа терета.

Имовинска вредност на којој банка успоставља посебно (приоритетно) право намирења је најчешће ствар (покретна или непокретна) али то може бити и право. У првом случају ради се о стварним средствима обезбеђења, а у другом о обезбеђењима на правима (потраживања, стварна и друга апсолутна права). Ипак, у банкарској пословној пракси, али и у правној пракси, називи “реална средства обезбеђења” и “стварна средства обезбеђења” се најчешће користе као синоними.²⁸⁵

Реална средства обезбеђења кредита су залога на покретним и непокретним стварима, залога на правима и земљишни дуг.

²⁸⁵ Упор. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, с. 4.

3. Интерна и екстерна средства обезбеђења

Средства обезбеђења која банка добија разликују се и по томе да ли ова средства имају интерни или екстерни карактер, односно да ли подразумевају инволвирање трећег лица у однос између банке и корисника кредита настолог по основу уговора о кредиту или не.

Под интерним средствима обезбеђења кредита подразумевају се она средства која банци даје сам корисник кредита. Таква средства су залога на покретним и непокретним стварима и залога на правима, земљишни дуг, рентни дуг, па и сопствена меница корисника кредита чији је ремитент банка, односно акцепт на меници који он даје у корист банке. За ова средства је, дакле, карактеристично да имовинска вредност из које се може намирити банка је нека вредност у имовини самог корисника кредита као дужника. Правно посматрано, код средстава обезбеђења интерног карактера постоје само два односа и то однос на основу уговора о кредиту и однос на основу уговора о средству обезбеђења. Уговорне стране су, међутим, код оба односа исте. То су банка и корисник кредита.

Насупрот интерним, стоје екстерна средства обезбеђења. За њих је карактеристично да по основу тог средства настаје одговорност трећег лица за намерење банчиног потраживања по основу уговора о кредиту. Та одговорност може бити посредна и непосредна.

Ако посматрамо ситуацију која настаје када неко лице јемчи банци да ће корисник кредита испунити своје обавезе по уговору о кредиту, јасно се уочава да од тог тренутка према банци није више одговоран само корисник кредита својом имовином, већ и јемац, такође целом својом имовином. Исто то важи и за случај да треће лице да банци гаранцију, авал, изда сопствену меницу или акцептира меницу чији је корисник банка. При таквим, екстерним средствима обезбеђења постоје три правна односа: валута-однос, однос покрића и спољни однос. У овим ситуацијама

се говори о тзв. посредној одговорности јер се на имовини одн. појединим имовинским вредностима трећег лица банка може намирити тек када кроз одговарајући судски (или други одговарајући) поступак стекне извршну исправу против тог лица и тиме право да захтева намирење из његове имовине.

Међутим, екстерна средства обезбеђења не морају бити персоналног карактера. Тако напр. када неко треће лице прихвати да се на некој ствари или праву из његове имовине конституише хипотека, ручна залога, земљишни или рентни дуг у корист банке а ради обезбеђења уредног извршења обавеза корисника кредита по уговору о кредиту, јасно је да се у овим ситуацијама такође јавља нови, трећи правни однос, однос између банке и трећег лица о чијој се ствари или праву ради. Штавише, однос који на овај начин настаје има непосредни карактер, јер банка стиче право на непосредно намирење из вредности ствари или права који чине предмет средства обезбеђења, без потребе да претходно тужи треће лице о чијим стварима или правима је реч. Овакве ситуације су типичне за реална обезбеђења. Наравно, реално средство обезбеђења може дати банци и сам корисник кредита и тада се трећи однос, однос банке и трећег лица не јавља.

У свим ситуацијама у којима треће лице даје средство обезбеђења, свеједно да ли је то средство персоналног или реалног карактера, то лице се назива интерцесонаром.

Такође се по истом кредитном потраживању банке могу јавити више средстава обезбеђења. Тако више трећих лица могу преузети личну одговорност за исту обавезу корисника кредита, као што могу за ту обавезу дати више реалних средстава обезбеђења. Наравно, уз трећа лица и сам корисник кредита може дати додатна средства обезбеђења. При постојању плуралитета средстава обезбеђења банчиног потраживања, та средства не морају бити исте врсте. Напротив, она могу бити најразноврснија. Једно лице може јемчити, друго авалирати или акцептирати меницу, треће издати сопствену меницу у корист банке, четврто конституисати залог, хипотеку или земљишни дуг итд.

4. Сингуларна и глобална средства обезбеђења

Када банка и корисник кредита предвиде једно средство обезбеђења, односно један предмет обезбеђења (једна непокретност, један покретна ствар, одговорност једног јемца или гарата и сл.) у питању је *сингуларност* средства обезбеђења.

У пракси, међутим, није редак случај да се за обезбеђење истог кредитног потраживања предвиди више средстава обезбеђења (напр. хипотека на више непокретности, залога на више покретних ствари или права, више јемаца или гараната, као и кумулација више различитих средстава обезбеђења) при чему је небитно да ли више средстава обезбеђења даје сам корисник кредита или се у обезбеђење укључује и треће (трећа) лице. У сваком случају ради се о тзв. *глобалном обезбеђењу*.

Практична предност глобалног обезбеђења је у томе што се могу користити и предмети обезбеђења мање вредности, будући да ће се банка моћи наплатити из вредности сваког предмета обезбеђења. Слаба страна глобалног обезбеђења је, међутим у томе што често долази до претераног обезбеђења, када збирна вредност свих предмета обезбеђења по вредности далеко превазилази вредност кредитног потраживања. Тај проблем је нарочито видљив код неакцесорних средстава обезбеђења.

Од сингуларног и глобалног обезбеђења треба разликовати ситуацију у којој се исти предмет обезбеђења јавља као обезбеђење не само кредитног потраживања банке, већ и потраживања неких других поверилаца. Тако се може успоставити више хипотека на истој непокретности. У том случају се јавља проблем конкуренције потраживања који се мора решавати. Код хипотеке се он решава по принципу приоритета на основу временског настајања сваке хипотеке, односно тренутка њеног уписа у регистар непокретности. Овај принцип, међутим, није универзалног карактера. Он не важи за персонална средства обезбеђења. Ако јемац

јемчи за више потраживања различитих поверилаца без значаја је када је јемство сваком поједином повериоцу дато. Од значаја може да буде само временски приоритет стицања извршног наслова према таквом јемцу.

5. Средства обезбеђења и плуралитет обезбеђених потраживања

Средство обезбеђења се најчешће односи само на једно потраживање. То је редован случај код појединачних уговора о новчаном кредиту, али и код других појединачних кредитних уговора. Код појединачних новчаних кредита средство обезбеђења служи за обезбеђење банчиног права на повраћај кредитне суме и камате.

У пракси се, међутим, јављају и ситуације да средство обезбеђења треба да служи за обезбеђење више банчних потраживања, како актуелних, тако и будућих. Наиме, однос банка-клијент је често комплексан пословни однос који у себи садржи више различитих уговора, садашних и будућих, због чега се уговара да средство обезбеђења обезбеђује више банчних потраживања, укључујући и будућа. Неки банкарски уговори чак претпостављају накнадни настанак одређених потраживања, као што је то случај код контокорентног рачуна, односно кредитирања кроз такав рачун.

Ипак, у случају плуралитета обезбеђених потраживања морају се јасно идентификовати та потраживања, односно тачно прецизирати основи из којих могу настати, тако да се могу накнадно јасно идентификовати.²⁸⁶

²⁸⁶ Упор. Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, с. 6.

УГОВОР О ОБЕЗБЕЂЕЊУ ХИПОТЕКАРНОГ КРЕДИТА

1. Смисао постојања уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита

Из досадашњих излагања је видљиво да се реална и персонална средства обезбеђења разликују и по начину њиховог правног настанка. Персонална средства обезбеђења настају на основу одговарајућег облигационог уговора. Тако напр. када се јемац обавезе према повериоцу да ће бити одговоран за обавезу дужника, а поверилац то прихвати, настаје уговор о јемству и тиме и јемство као средство персоналног обезбеђења. Но то средство обезбеђења је такође облигационог карактера, као и сам уговор. Због тога код персоналних средстава обезбеђења није неопходно постојање посебног уговора о обезбеђењу.

Код реалних средстава обезбеђења је, међутим, ситуација другачија. Пошто реално средство обезбеђења значи успостављање посебног стварног права, то је за његов настанак потребно постојање два уговора. Најпре је потребно закључити уговор о обезбеђењу којим се давалац обезбеђења (власник ствари) обавезује према повериоцу (банци) да ће прихватити успостављање залогe на својој ствари, ради обезбеђења повериоачевог потраживања. Тај уговор би се могао означити и као уговор о обезбеђењу залогe или уговор о давању залогe, односно уговор о обезбеђењу хипотеке или уговор о давању хипотеке. Овај уговор производи искључиво облигационоправна дејства. Поред тога неопходно је, међутим, закључити и додатни, стварноправни уговор којим се успоставља заложно право на ствари даваоца обезбеђења. Тај уговор је уговор о залози, односно код уговора о хипотекарном кредиту, уговор о хипотеци.

Уговор о обезбеђењу (уговор о давању залоге односно хипотеке) служи, дакле, за стварање облигационе обавезе давања залоге тј. закључењу уговора о залози односно хипотеци. Због тога је уговор о обезбеђењу (уговор о давању залоге односно хипотеке) кауза стварноправног уговора о залози односно хипотеци.²⁸⁷

Уговор о обезбеђењу има код хипотеке мањи значај него код земљишног дуга. Наиме, правна везаност хипотеке са потраживањем из основног посла постоји већ *ex lege*, по основу законом установљеног принципа акцесорности. Због тога код уговора о обезбеђењу хипотеке је само битно да се идентификује основно потраживање које се обезбеђује. То, међутим, код земљишног дуга није случај. Земљишни дуг је самостално, неакцесорно средство обезбеђења, због чега је уговором о обезбеђењу потребно успоставити правну везу са основним потраживањем. Поред тога уношењем услова може се успоставити и међусобна правна повезаност између обезбеђеног потраживања и уговора о обезбеђењу. Наиме, то се постиже на тај начин што се у уговору о обезбеђењу предвиди да је одложни или раскидни услов за прибављање средства обезбеђења настанак односно постојање пуноважног основног потраживања из уговора о кредиту. Тиме се, додуше не постиже пуна акцесорност као код хипотеке, али се остварује довољна правна повезаност.²⁸⁸

2. Појам уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита

У претходним излагањима су анализирани опште карактеристике уговора о обезбеђењу кредита које су од значаја за сваку врсту кредиту као и за свако средство његовог обезбеђења. Утолико се претходна излагања могу разумети и као општи правни оквир за разумевање правних карактеристика сваког уговора о обезбеђењу кредита, па тиме и уговора о обезбеђењу хипотекарног кредита. Међутим, уз опште карактеристике које има сваки уговор о обезбеђењу кредита,

²⁸⁷ Упор. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 57 и сл.

²⁸⁸ В. Weber-Weber, *op. cit.* с. 15.

уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита има и неке своје особености, на које ће се указати у овом делу рада.

За уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита је карактеристично да се ради о таквом уговору о обезбеђењу који предвиђа хипотеку као средство обезбеђења. То не значи да се уз хипотеку не могу предвидети и нека друга, додатна средства обезбеђења, али се у погледу њих примењују правна правила која су за њих карактеристична.

Уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита се може дефинисати као *уговор којим се једна страна обавезује да банци, као даваоцу кредита, пружи хипотеку као средство обезбеђења уредног извршења обавеза корисника (примаоца) кредита.*

Како се из дефиниције види, уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита је једностранообавезан, бестеретан уговор.

3. Уговорне стране

Као поверилац у уговору о обезбеђењу хипотекарног кредита се увек јавља банка, која је и поверилац основног потраживања из уговора о кредиту. Исто тако банка је увек и прималац хипотеке (хипотекарни поверилац) по уговору о хипотеци. У нашем праву прималац хипотеке код уговора о хипотекарном кредиту је увек банка, будући да уговоре о кредиту, па тиме и уговоре о хипотекарном кредиту, могу закључивати само банке.

Друга уговорна страна је најчешће корисник кредита, као дужник по уговору о кредиту. У том случају корисник кредита овим уговором преузима обавезу да ће закључити са банком посао извршења (уговор о хипотеци) и извршити друге радње потребне за успостављање хипотеке у њену корист.

Уколико, међутим, хипотеку не даје сам корисник кредита већ треће лице (интерцесионар) тада су могућа два модалитета.

У првом (који је у пракси чешћи) друга уговорна страна код уговора о обезбеђењу је такође корисник кредита, с тим да се он овде не обавезује да ће сам дати хипотеку, већ се обавезује да ће то за њега учинити треће лице. То значи да ће за извршење ове обавезе према банци бити одговоран само корисник кредита, не и треће лице, јер се оно са банком не налази у правном односу. Иначе, посао се даље одвија тако што корисник кредита да налог трећем лицу да банци да хипотеку (изузетно основ обавезивања може бити и поклон, а не само налог) , тј. да са њом закључи уговор о хипотеци, као посао извршења.

У другом модалитету уговор о обезбеђењу са банком закључује непосредно треће лице као власник непокретности. Овим уговором то лице преузима обавезу закључења уговора о хипотеци, као посла извршења и обавезу предузимања других радњи потребних за заснивање хипотеке у корист банке.

4. Закључење и форма уговора

Уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита је неформалан. Закључује се простом сагласношћу воља уговорних страна. Може се закључити и конклюдентном радњом.

Уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита се често у пракси јавља у виду посебне клаузуле, односно клаузула, уговора о кредиту као основног посла. Понекад се у пракси у текст основног уговора о кредиту инкорпорише не само уговор о обезбеђењу хипотеке (уговор о давању хипотеке) већ и сам стварноправни уговор о

хипотеци.²⁸⁹ То је могуће увек код уговора о хипотекарном кредиту код којих је прималац (корисник) кредита уједно и давалац хипотеке. Ако је уговор о обезбеђењу само клаузула у основном уговору о кредиту, тада евентуална ништавост уговора о кредиту води ништавости и уговора о обезбеђењу.

Уколико је, међутим, давалац хипотеке треће лице (интерцесионар) уговор о обезбеђењу се може закључити како са њим тако и са корисником кредита, али уговор о хипотеци банка може закључити само са њим.

5. Садржина уговора

С обзиром на свој карактер и улогу у послу хипотекарног кредита, уговор о обезбеђењу треба, пре свега, да у себи садржи означање потраживања чијем обезбеђењу служи, као и обавезу да се са банком закључи уговор о хипотеци.

Поред тога уговор може садржавати и друге састојке за које уговорне стране сматрају да су од значаја.

6. Правна природа

Уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита (уговор о давању хипотеке) је неименовани облигациони уговор. На њега се стога примењују опште норме које важе за облигационе уговоре.

По своме карактеру је једностранообавезан и бестеретан. Само дужник у овом уговору преузима обавезу да ће он (или треће лице за њега) дати хипотеку као

²⁸⁹ Овакву могућност изричито предвиђа и чл. 9 ст. 3 ЗХ - „Уговор о хипотеци може да буде самосталан или део уговора који уређује потраживање (уговора о зајму, кредиту и др.)“.

средства обезбеђења, док се банка као поверилац не обавезује ни на какву противчинидбу.

7. Дејство уговора (права и обавезе уговорних страна)

С обзиром да се ради о једностранообавезном и бестеретном уговору, његовим закључењем настају права за банку а обавезе за корисника кредита (евентуално трећег лица уколико је оно друга уговорна страна).

Основна обавеза дужника из овог уговора је да да хипотеку, тј. да закључи стварноправни уговор о хипотеци, односно изврши друге правне и фактичне радње потребне за конституисање хипотеке. Уколико је уговор о обезбеђењу закључио корисник кредита а давалац хипотеке ће бити треће лице, тада је обавеза корисника кредита да изврши све потребне радње да би треће лице дало банци хипотеку (да му упуту одговарајући налог и др.). Уколико, међутим, треће лице не да хипотеку, искључиво је према банци одговоран корисник кредита као дужник из уговора о обезбеђењу и то за наступелу штету. Поред тога то уједно може довести и до престанка уговора о кредиту, ако је давање хипотеке било услов за извршење тог уговора.

Сходно томе основно право банке је да захтева закључење уговора о хипотеци и извршење других радњи потребних за упис хипотеке у регистар непокретности.

Део трећи:

ХИПОТЕКА КАО СРЕДСТВО ОБЕЗБЕЂЕЊА

Глава прва:

ХИПОТЕКА КАО ЗАЛОЖНО ПРАВО

1. О заложним правима уопште

1.1. Појам заложног права

Заложно право је стварно право посебне врсте, које повериоцу служи као средство обезбеђења, за случај да му дужник не измири своју обавезу. Оно је ограничено стварно право, али стварно право апсолутног карактера јер делује *erga omnes*, како према власнику ствари тако и према свим трећим лицима. Као ограничено стварно право оно је право повериоца да своје потраживање намири из вредности ствари (или права) другог лица пре осталих поверилаца, ако дужник не измири то потраживање о доспелости.

Право намирења се остварује у одговарајућем поступку прописаном законом. Суштина тог поступка је да се заложена ствар прода и поверилац намири из новчане суме остварене продајом. Заложни поверилац има првенствено (приоритетно) право намирења, што значи да се из вредности заложене ствари намирује пре осталих (обичних или хирограферних) поверилаца.

Пошто служи као средство обезбеђења повериочевог потраживања, заложно право претпоставља постојање таквог потраживања. Уопште, облигациони однос на основу којег је настало потраживање је основни правни однос, а заложноправни однос је споредни (акцесорни) однос који, начелно, дели судбину основног правног односа.

Поверилац облигационог потраживања је уједно и залогопримац, а залогодавац може бити дужник (што је најчешће случај) али и неко треће лице. Настајањем залогe заложена ствар се а неки начин издваја из остале имовине залогодавца. Она је сада у посебном правном режиму и служи првенственом намирењу потраживања заложног повериоца. У сваком случају залогодавац, ако није истовремено и облигациони дужник, нема обавезу измирења потраживања. Он је само дужан да трпи намирење повериоца из вредности његове ствари.

Заложно право у основи има две фазе. Прва је тзв. латентна фаза која настаје настанком заложног права и траје до доспелости обезбеђеног потраживања. Друга фаза је фаза намирења и она започиње доспелошћу потраживања (тзв. „зрелост залогe“) а окончава се његовим намирењем.

1.2. Значај заложног права

У савременом промету заложна права се најчешће јављају у банкарском пословању и то у облику ручне залогe на хартијама од вредности и драгоценостима (разне врсте ломбардног кредита)²⁹⁰ и у облику хипотеке код уговора о хипотекарном кредиту. Поред хипотеке у неким земљама се као заложно право на непокретности јавља и земљишни дуг, који се такође најчешће користи као средство обезбеђења код банкарских кредита. Поред тога заложна права се јављају и у сфери класичних привредних услуга, али и у другим облигационим односима.

²⁹⁰ Заложна права на покретним стварима и правима, а нарочито на хартијама од вредности, имају велики значај код ломбардних кредита који служе за краткорочно финансирање привредних субјеката. Исто тако ломбардни кредити које централна банка одобрава пословним банкама су најчешће обезбеђени заложним правом на хартијама од вредности, пре свега на разним врстама обвезница, али и на меницама. В. Wolf, Manfred, Sachenrecht, München, 2003, с. 356.

Заложно право може настати правним послом (уговор о залози, уговор о хипотеци и др.) што је у пракси чешћи случај, али може настати и на основу закона, као и на основу судске одлуке.

Заложна права која настају правним послом играју важну улогу у савременом промету, као сигурна средства обезбеђења. За њих је карактеристично да заложно право настаје на основу сагласности воља између повериоца и даваоца залог (власника ствари одн. имаоца права) због чега између њих настаје најмање један уговор. У овом раду је превасходно реч о заложним правима која настају правним послом, будући да уговор о хипотекарном кредиту почива на заложном праву на непокретности које се конституише правним послом и уписом у регистар непокретности.

Законска заложна права такође играју важну улогу у савременом промету. Законом се обично установљавају заложна права пружалаца привредних услуга на роби поводом које пружају ту услугу. Битно је да се ради о таквим стварима које су повезани са уговорним односом.²⁹¹ У нашем праву тако ради обезбеђења наплате својих доспелих потраживања насталих у вези са уговором, заступник има право залог на свотама које је наплатио за налогодавца, по његовом овлашћењу, као и на свим налогодавчевим стварима које је у вези са уговором примио од налогодавца или од неког другог, док се налазе код њега, или код неког који их држи за њега, или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁹² Исто тако шпедитер (отпремник) ради обезбеђења наплате својих потраживања насталих у вези са уговором о отпремању, има право залог на стварима предатим ради отпремања и у вези са отпремањем све док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁹³ Организација за контролу робе има право залог на роби која јој је предата на контролу, ради обезбеђења уговорене или

²⁹¹ Wolf, op. cit. c. 357.

²⁹² Чл. 809 ЗОО.

²⁹³ Чл. 846 ст. 1 ЗОО.

уобичајене накнаде и накнаде нужних и корисних трошкова.²⁹⁴ Комисионар такође има право залогe на стварима које су предмет уговора о комисиону док се те ствари налазе код њега, или код неког који их држи за њега или док он има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁹⁵ Исто тако превозник има овакво право на стварима које су му предате ради превоза и у вези са превозом, док их држи или док има у рукама исправу помоћу које може располагати њима.²⁹⁶ У свим овим ситуацијама законом предвиђено заложно право претпоставља постојање одговарајућег уговора о заступању, шпедицији, контроли робе комисиону или превозу робе. Поред тога за настанак оваквог заложног права је неопходно да је тај основни уговор пуноважан. Законско заложно право се јавља и у банкарском пословању. Тако банка има по закону заложно право на стварима која се нађу у сефу клијента, ако он не измири своје обавезе по уговору о сефу.

1.3. Основ настанка

Већ је напоменуто да заложна права настају на основу уговора (правног посла) на основу закона и на основу судске одлуке.

Уговорно заложно право настаје на основу уговора између повериоца неког потраживања залогопримца) и власника ствари (залогодавца). Овај уговор је уговор о залози. Ручна залога, као и залога на покретним стварима уписана у регистар најчешће настају на основу оваквог уговора. Да би заложно право настало потребно је да се уз закључени уговор о залози код ручне залогe заложена ствар преда у државину заложном повериоцу, а код залогe на покретним стварима која се уписује у регистар да се изврши такав упис. Хипотека такође настаје најчешће на основу уговора (уговор о хипотеци) с тим да се заснивање заложног права уписује у регистар непокретности, а непокретност остаје у државини њеног власника.

²⁹⁴ Чл. 853 ЗОО.

²⁹⁵ Чл. 786 ст.1 ЗОО.

²⁹⁶ Чл. 679 ст. 1 ЗОО.

Законско заложно право настаје на основу самог закона. Пошто оно настаје у тренутку када се испуне законске претпоставке за његов настанак, није потребно да се покретна ствар преда у државину повериоцу (код ручне залогe) нити да се упише у регистар залога (код заложних права на покретним стварима која се уписују у регистар) као што није потребно ни да се хипотека упише у регистар непокретности.

Ипак, мада је правна везаност средства обезбеђења са основним послом очигледна не само код уговорних, већ и код законских средстава обезбеђења, јасно је да између њих постоје и одређене разлике. На примеру законског заложног права комисионара и других привредника који пружају привредне услуге у вези промета робе, видљиво је да то право на туђој ствари настаје без воље њеног власника, без исказивања тзв. уговорне воље, тј. воље да се закључи уговор о залози, ради обезбеђења потраживања повериоца из основног посла. Законско заложно право је управо карактеристично по томе да оно настаје искључиво по основу закона, без стварноправне сагласности воља (стварноправног уговора) између власника ствари и повериоца. Код уговорних средстава обезбеђења каква је уговорна залога, напротив, уговорна воља даваоца средства обезбеђења (власника ствари) не само да се исказује, него се закључени уговор о залози јавља као заједничка, усаглашена воља даваоца и корисника овог средства обезбеђења, и тиме правни основ његовог настанка.

Заложно право може настати и на основу судске одлуке. При томе треба разликовати две врсте судских заложних права. Прву чине тзв. принудна, а другу споразумна судска заложна права.

Принудно судско заложно право поверилац стиче у поступку извршења, пописом ствари (без предаје ствари повериоцу у државину) у складу с нормама извршног поступка. Ако поверилац у овом поступку стекне заложно право на непокретности, може захтевати да се оно упише у регистар непокретности.

Споразумно судско заложно право се заснива уговором који се уноси у записник код суда. Записник о споразуму странака има карактер судског поравнања²⁹⁷ а оно се изједанчава са правоснажно пресуђеном ствари.

1.4. Начела заложног права

У заложном праву постоје одређена начела која се примењују на све врсте тог права. Та начела су: начело акцесорности, начело специјалности и начело недељивости. Уз ова начела у традиционалном заложном праву је постојало и начело официјелности, које је, међутим, у савременом праву доста релативизовано.

Према *начелу акцесорности* заложно право је споредно право у односу на облигационо потраживање као главни правни однос, због чега дели његову правну судбину. Начелно, заложно право може настати само ако је настало потраживање, ништавост потраживања доводи до ништавости заложног права. Ако је потраживање настало на основу рушљивог уговора, заложно право престаје ако се рушљиви уговор поништи у законском року.²⁹⁸ Изузетно, предмет заложног права може бити и будућа ствар или право, али заложно право и у том случају настаје тек када залогодавац стекне ту ствар или право. Залога се, ипак, може дат и за будућу и за условну обавезу.²⁹⁹ Застарелост потраживања, међутим, не спречава залогопримца да се намири из вредности зложене ствари, ако ствар држи или ако је заложно право уписано у јавном регистру. Ипак, овакво намирење је могуће само за основно потраживање, не и за камате и друга повремена давања.³⁰⁰ Начело акцесорности не важи за тзв. неакцесорна (самостална) заложна права као што су земљишни дуг и рентни дуг, у земљама у којима се ови облици заложног права

²⁹⁷ В. чл. 33 Закона о извршном поступку Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 125/2004).

²⁹⁸ В. чл. 117 ЗОО.

²⁹⁹ В. чл. 971 ЗОО.

³⁰⁰ В. чл. 368 ЗОО.

јављају. О начелу акцесорности, као кључном начелу заложног права, биће више речи код ручне залоге и хипотеке.

По *начелу специјалности* заложним правом се обезбеђује тачно одређено потраживање на тачно одређеној ствари или праву. Одређеност потраживања подразумева навођење правног основа настанка потраживања као и његовог износа. Такође је потребно навести и законску односно уговорну камату. Ипак, споредна потраживања (камате, трошкови) могу бити и одредива. Предмет залоге (ствар или право) такође мора бити прецизно одређен, будући да се конституисањем заложног права предмет залогe издваја из укупне имовине залогодавца и подвргава се посебном правном режиму. Генеричне ствари морају бити издвојене из масе да би биле одређене. Код регистарске залогe ствари могу бити одређене и по врсти, ако је уговором о залози утврђена њихова количина или број.³⁰¹

Залогом се, пре свега, обезбеђују новчана потраживања, али могу и неновчана. Код уговора о хипотекарном кредиту, по природи тог уговора, обезбеђено потраживање је увек новчаног карактера.

Начело недељивости значи да је потраживање као целина обезбеђено заложном ствари или правом као целином. Ако се предмет залогe подели, заложно право остаје на свим деловима предмета залогe насталих поделом. Исто тако ако је предмет залогe делимично пропао, заложно право остаје на преосталом делу предмета, а у случају потпуне пропасти залога престаје, осим ако је на место пропалог предмета залога ступила друга ствар или право у ком случају се заложно право по закону или споразуму стрнака може конституисати на њима (реална суброгација). Смањење потраживања не доводи до смањења заложног права. Такође делимично измирење потраживања нема за последицу смањење заложног права, осим ако повеилац пристане на то. Од начела недљивости постоје одређена одступања³⁰².

³⁰¹ В. чл. 9 ЗЗП.

³⁰² В. чл. 982 и 983 ЗОО.

Традиционално, у приватном праву је за залогу важило и *начело официјелности* које значи да се заложни поверилац може намирити из вредности заложне ствари само уз помоћ државног органа, односно у судском поступку. Ово начело је установљено у циљу заштите залогодавца и правне сигурности. Ипак, ово начело је савременом право битно релативизовано. Тако оно не важи за хипотеку, ако се поверилац намирује на основу вредноснојне или извршне исправе.³⁰³ Исто тако ово начело не важи код уговора у привреди јер закон овлашћује заложног повериоца да прода заложну ствар без претходног обраћања суду.³⁰⁴ Код регистарске залогe начело официјелности начелно важи, али уз низ изузетака.³⁰⁵ Код ручне залогe ово начело и даље важи, уз забрану његовог искључења уговором о залози. (*lex commissoria*). С обзиром на ову забрану ништава је одредба по којој поверилац може заложну ствар продати по унапред одређеној цени или је задржати за себе, односно одредба по којој ће она прећи у својину повериоца, ако дужник не измири своју обавезу на време. Ипак, ако је за заложну ствар прописана цена, уговорне стране могу уговорити да је поверилац може по тој цени продати или задржати за себе.³⁰⁶

2. Природа заложног права

О природи заложног права постојале су у старијој правној теорији одређене контроверзе. Неспорно је било да се заложно право може конституисати на непокретностима, покретним стварима, али и на правима. Међутим, управо ово последње је доводило до различитих ставова о правној природи заложног права.

Према једном мишљењу, које је увек било већинско, заложно право је по својој природи *стварно право посебне врсте*. Као стварно право оно је апсолутног

³⁰³ В. чл. 29-38 ЗХ.

³⁰⁴ В. чл. 981 ЗОО.

³⁰⁵ В. чл. 27 ЗЗП.

³⁰⁶ В. ст. 2 чл. 993 ЗОО.

карактера јер делује како према власнику предмета залоге тако и према свим трећим лицима. Оно је уједно и ограничено стварно право, јер се своди на право намирења из предмета залоге (заложног права) када се стекну услови, тј. када дужник не измири свој дуг о доспелости. Стварноправни карактер заложно право је дефинитивно добило у време великих грађанских кодификација, које је уједно било и време нагле индустријализације и општег привредног развоја, што је било праћено великим растом банкарских кредита, па је било потребно што сигурније заштитити банке као кредитне повериоце. Квалификација заложног права као стварног права несумњиво пружа повериоцу сигурнију заштиту од његовог третирања као облигационог права.

Према другом, мањинском мишљењу, уговор о залози, па тиме и заложно право, има облигациони, а не стварноправни карактер. Тако се истиче да залога настаје на основу уговора, да је нераскидиво везана за потраживање (акцесорна везаност) као и да је могућа и на правима, а не само на стварима. При томе се сугерише могућност давања апсолутног карактера и заложном праву које би се квалификовало као облигационо право.³⁰⁷ Поред тога истиче се да потраживања, која, као права, такође могу бити предмет залоге, нису предмет стварног, већ облигационог права.³⁰⁸

Ипак, данас је скоро општеприхваћено гледиште да је заложно право по својој правној природи стварно право и то ограничено право намирења повериоца из вредности предмета залоге, у поступку и под условима предвиђеним законом.

3. Врсте заложних права

Већ је раније наведено да се с обзиром на основ настанка заложна права могу поделити на она која настају на основу правног посла (уговорна залога) на основу

³⁰⁷ В. Вуковић, *Обвезно право*, књига II, Загреб, 1964, с. 175.

³⁰⁸ *Ibidem*.

закона (законска залога) и на основу судске одлуке (судска залога). Много већи значај има, међутим, подела заложних права према предмету залогe. Предмет залогe могу бити покретне ствари и права, као и непокретности.

Законодавци су такође при нормирању заложног права имали, пре свега, на уму предмет залогe.

Ако је предмет залогe покретна ствар или право, заложно право се може јавити у три своја вида и то као *ручна залога*, *регистарска залога* и *залога на правима*. Правила о ручној и регистарској залози важе за заложна права на покретним стварима, али се она, уз одређене специфичности, примењују и на заложна права на правима.

Када је предмет заложног права непокретност, залога има карактер *хипотеке*. Поред хипотеке, у неким земљама постоје и друга заложна права на непокретностима, као што су *земљишни дуг* и *рентни дуг*.

3.1. Заложна права на покретним стварима

3.1.1. Ручна залога

3.1.1.1. Појам

Ручна залога (*pignus*) је заложно право на покретним стварима и правима. Предмет ручне залогe могу, дакле, бити не само покретне ствари већ и права. За обе врсте предмета залогe важе у основи исти правни принципи. Ипак, због извесних посебности, залога на правима ће бити посебно обрађена

Ова врста залогe је настала још у Старом веку, у Римском праву је већ била развијен правни институт.³⁰⁹

Ручна залога је ограничено стварно право које се састоји у овлашћењу повериоца да се наплати из вредности предмета залогe, ако дужник не измири о доспелости своју обавезу према њему. Она је, дакле, првенствено право намирења из предмета залогa. Неки је аутори посматрају као дериват („исечак“) права својине,³¹⁰ који власник ствари преноси на повериоца. Овакво мишљење није, међутим, прихватљиво, јер власник никада није имао право намирења из вредности ствари у законом прописаном поступку, нити је такво право улазило у корпус његових овлашћења у оквиру права својине. Због тога се не би могло прихватити да је власник ствари пренео на повериоца неки део (дериват) права својине, јер није на другога могао пренети нешто што сам није никада имао.

Као што је речено, заложна права уопште могу настати на основу правног посла, закона и судске одлуке. Исто то важи и за ручну залогу.

У класичној приватноправној традицији код уговорне залогe су се разликовала два уговора и то уговор о давању залогe или уговор о обећању залогe (*pactum de pignore dando*) и уговор о залози (*contractus pignoratitius*) уз предају ствари.

Први уговор је облигационоправни уговор, којим се власник ствари обавезује на давање ствари у залогу. То је, заправо уговор о обезбеђењу. Овај уговор је консенсуалан и једностранообавезан. Он ствара обавезу само власнику ствари на давање те ствари у залогу повериоцу у време и на начин предвиђен тим уговором.

Други уговор је стварноправног карактера и остварује се кроз сагласност власника ствари и повериоца о предаји ствари у залогу, уз предају ствари повериоцу у

³⁰⁹ О карактеристикама ручне залогe у Римском праву видети више напр. Станојевић, Обрад, Римско право, шесто измењено и допуњено издање, Београд, 1993. с. 205 и сл.

³¹⁰ Тако Wolf, *op. cit.* с. 358.

државину. (државинска залога). То значи да је овај уговор реалан по својој природи.

У нашем праву је напуштена концепција реалних уговора, тако да је традиционална концепција два уговора код ручне залогe доведена у питање. Па ипак, Закон о облигационим односима није успео да избегне двојни карактер уговорне залогe.

Наиме, закон познаје само један уговор о залози који дефинише као уговор којим се обавезује „дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу.“³¹¹ Међутим, због стварноправног карактера заложног права и принципа публицитета, закон садржи и норму по којој „залогопримац стиче заложно право кад му ствар која је предмет уговора буде предата.“³¹² То значи да уговором о залози се само занимају облигациона права и обавезе, али се заложно право, као ограничено стварно право које делује „*erga omnes*“, ипак стиче предајом ствари у државину залогопримаца. На тај начин се класична концепција двојности уговора код залогe „избачена кроз врата, вратила кроз прозор“. Због тога мислимо да је и у нашем праву потребно разликовати уговор о обезбеђењу потраживања залогом или хипотеком од самог конституисања (стицања) заложног права на основу сагласности странака уз предају ствари у државину или уз упис тог права у одговарајући регистар (регистар заложних права на покретним стварима одн. регистар непокретности за хипотеке).

³¹¹ В. чл. 966 ЗОО.

³¹² Чл. 968 ЗОО.

3.1.1.2. Предмет

Предмет залогe може бити свака индивидуално одређена ствар која је у промету и на којој постоји право својине.

Предмет залогe је сама заложна ствар, али и припатци и плодови који нису одвојени од ствари. Уговорне стране могу предвидети да заложно право обухвата и одвојене плодове.

Ствари које су ван промета (*res extra commercium*) не могу бити предмет залогe.

Заложна ствар мора бити индивидуална или индивидуализована. Индивидуално одређена ствар је погодна за залогу већ по својој природи. Генеричне ствари такође могу бити предмет залогe, али само ако су индивидуализоване, што се остварује издвајањем из масе, односно идентификацијом по врсти, броју или количини. Новац такође може бити предмет залогe, издвајањем одређеног номиналног износа.³¹³

Предмет залогe је начелно непотрошна ствар јер залогодавац треба да је преда залогопримцу у државину, а овај начелно нема право да је употребљава, већ је дужан да је исту ствар по редовном измирењу потраживања и престанку заложног права врати залогодавцу. Ипак, изузетно, уговорне стране могу уговорити да предмет залогe буде потрошна ствар коју ће залогопримац потрошити, уз обавезу да врати исту врсту и количину ствари. То је случај тзв. ирегуларне залогe (*pignus irregulare*). У нашој теорији је изражен став да је овакав облик ручне залогe прихватљив и у нашем праву.³¹⁴

Предмет залогe може бити ствар која има имовинску вредност и може се уновчити на тржишту или по правилима извршног поступка.

³¹³ В. чл. 982 и 983 ЗОО.

³¹⁴ В. Бабић, Основи имовинског права, с. 318.

Не само постојеће већ и будуће покретне ствари и права могу бити предмет залогe. У том случају залога настаје када залогодавац стекне ствар и преда је залогопримцу, тј. „зложно право као право *erga omnes* настаје тек када ствар буде предата повериоцу“³¹⁵

Прeмет залогe могу бити и предмети интелектуалне својине и она се уписује у одговарајући регистар интелектуалних права.

Већ заложена ствар може бити предмет нове залогe. У том случају зложно право настаје кад залогодавац обавести повериоца код кога се ствар налази о закључењу уговора о залози са другим повериоцем и наложи му да по наплати свог потраживања преда ствар овоме.³¹⁶

Потребно је, надаље да залогодавац има право својине на предмету залогe, односно да залогодавац има „способност за располагање стварима које даје у залогу.“³¹⁷ Та способност, с једне стране, значи да је власник ствари и да може њоме слободно располагати, а с друге стране значи да је залогодавац пословно способан за такво располагање.

Предмет ручне залогe могу бити ствари у власништву дужника (што је у пракси најчешћи случај) али и ствари које су у својини трећег лица. У том случају уз повериоца и дужника из основног облигационог односа имамо и треће лице као даваоца залогe.

На једном предмету може постојати више заложних права (више залогa) али она нису једнаког ранга. Према принципу временског приоритета из вредности предмета залогe најпре се намираује поверилац чије је зложно право прво настало,

³¹⁵ Тешић, Ненад, О предмету заложног права, Правни живот, бр. 10/2003, с. 127

³¹⁶ В. чл. 970 ЗОО.

³¹⁷ В. чл. 969 ЗОО.

а затим остали заложни повериоци такође према временском реду настајања њихових заложних права. С друге стране могуће је да једно заложно право има више предмета залогe, у ком случају се ради о заједничкој или скупној залози. На основу скупне залогe поверилац се по своме избору може намиривати из свих или само неких предмета, с тим да се може намирити само онолико колико је потребно да се његово обезбеђено потраживање намири.

3.1.1.3. Акцесорни карактер

Ручна залогa служи као средство обезбеђења одређеног потраживања. С тим потраживањем залогa је тесно повезана. Заложно право је акцесорно у односу на потраживање, што значи да у потпуности дели његову правну судбину. Принцип акцесорности је, као код ручне залогe, једнако присутан и код хипотеке и јемства. Само потраживање је по своме карактеру новчано, или се бар захтева да се може претворити у новчано потраживање.

Акцесорност заложног права пре свега значи да заложно право не може постојати без потраживања. Не може без њега настати нити може након његовог престанка даље постојати. Заложно право може, додуше, настати за будуће потраживање или потраживање под одложним условом, али се може користити тек кад потраживање настане одн. услов наступи. Заложно право се, иначе, може засновати за више потраживања између истих лица, напр. за сва постојећа и будућа потраживања из њиховог међусобног пословног односа.

Акцесорност заложног права такође значи да је оно и по својој садржини зависно од потраживања. Овлашћење за намирење из предмета залогe је по својој висини ограничено висином новчаног потраживања. Ово генерално правило је донекле кориговано тиме да по основу заложног права уз главно намирују и споредна потраживања, као што су камате и уговорна казна.

Зависност заложног права од потраживања има и своју временску димензију. Оно се може користити само када наступи доспелост потраживања. Тек у том тренутку заложно право постаје „зрело“ тј. од тог тренутка поверилац има право намирења из предмета залогe.

Акцесорност надаље има за последицу да су средства одбране власника заложене ствари знатно шира него да акцесорности нема. Наиме, власник ствари против заложног повериоца може истицати не само приговоре које сам према њему има, већ и све приговоре које према њему има дужник.³¹⁸

Коначно, акцесорност директно утиче и на преносивост заложног права. Оно се не може преносити самостално, независно од потраживања. Напротив, предмет преноса је потраживање, а заложно право се преноси са њим заједно, као његов припадак. Овај пренос заложног права се остварује по самом закону (*cessio legis*). Ако би уговорне стране искључиле овакав акцесорни пренос заложног права, оно би престало да постоји.³¹⁹ Овакво правило је логично, јер заложно право има за циљ да обезбеди потраживање, а не личност првобитног повериоца. Пренос потраживања ништа на томе не мења. Заложно право и даље служи за обезбеђење истог потраживања, само што је ималац тог потраживања сада друго лице.

Извесно одступање од принципа акцесорности представља законско правило да се залога којом је обезбеђено испуњење неке обавезе протеже и на уговорне обавезе које би настале између залогопримца и залогодавца после закључења уговора о залози, а које би доспеле за исплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење залога дата.³²⁰ Заложно право, додуше, остаје аксесорно везано за постојање обезбеђеног потраживања (без њега не би се ово законско правило могло применити на друге обавезе између залогодавца и залогопримца) али оно више не

³¹⁸ У овом смислу изричито пар. 1211 и 1273 BGB.

³¹⁹ В. пар. 1250 BGB.

³²⁰ В. чл. 972 ЗОО.

служи искључиво за обезбеђење потраживања (и споредних права уз њега) већ и за обезбеђење других потраживања.

3.1.1.4. Државина

За ручну залогу је даље карактеристично да државину на предмету заложног права има поверилац. Дуго времена државина је била услов за стицање заложног права на покретним стварима (тзв. државинска залогова). У новије време, међутим, од овог класичног правила се све више одступа. Први пробој је још својевремено направљен увођењем законског заложног права на покретним стварима, код којих је оно настајало *ex lege*, с правом повериоца да захтева предају ствари у државину. Још веће одступање је направљено увођењем ручне залоге која се уписује у посебан регистар заложних права. Код овакве ручне залоге државина више уопште није услов за настанак заложног права. Након доношења Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар такав је данас случај и у нашем праву за ручне залоге које се уписују у регистар. Таква врста ручне залоге се у многоме приближила хипотеци. За остале ручне залоге, међутим, државина је и даље услов за заснивање заложног права.

3.1.1.5. Уговор о залози

3.1.1.5.1 Појам

Према закону „уговором о залози обавезује се дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу“³²¹

³²¹ В. чл. 966 ЗОО.

Уговор о залози (*contractus pignoratitius*) је облигационог карактера. Заложно право залогопримац стиче тек пријемом ствари у државину,³²² што значи да тек предаја ствари залогодавцу производи стварноправна дејства.

Уговор о залози је акцесоран у односу на основни правни посао на основу којег је настало потраживање које се обезбеђује залогом, о чему је раније било више речи. У пракси, уговор о залози се јавља и као посебан уговор, али често је он део основног уговора (пре свега уговора о кредиту или уговора о зајму).

Овај уговор је консенсуалног карактера. Он спада у каузалне уговоре јер служи обезбеђењу одређеног потраживања.

Уговор је двостранообавезан јер производи права и обавезе за обе уговорне стране.

3.1.1.5.2 Права и обавезе уговорних страна

Основна обавеза залогодавца је предаја ствари. Он је дужан предати залогопримцу или трећем лицу (које су споразумно одредили) ствар која је предмет уговора или исправу која даје имаоцу искључиво право располагања њоме. Начин предаје зависи од карактера саме ствари (физичка предаја, симболичка предаја). Залогопримац има право да захтева предају ствари у складу с уговором, јер је предаја ствари у његову државину претпоставка за стицања заложног права.

Основна обавеза залогопримца је *обавеза чувања ствари* пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина. Уговорне стране се, међутим, могу споразумети да заједнички чувају ствар или исправу.³²³

³²² В. чл. 968 ЗОО.

³²³ В. ст. 2 чл. 974 ЗОО.

Друга битна обавеза залогопримца је *обавеза враћања заложене ствари* чим му обезбеђено потраживање буде измирено.

Залогопримац код ручне залогe има три основна права. Он има право да захтева предају ствари, право да држи предату ствар (право на државину) и право да се намири из вредности ствари (право намирења), ако му потраживање не буде намирено о доспелости.

Залогопримац има *право да му се преда уговорена ствар (да би стекао државину)* у време и на начин како је уговором предвиђено. Залогодавац је дужан да преда уговорену ствар без материјалних или правних недостатака. Ако се покаже да заложена ствар има неки материјални или правни недостатак, због чега не представља довољно обезбеђење наплате потраживања, заложни поверилац има право захтевати од залогодавца другу одговарајућу залогу.³²⁴

Залогопримац начелно нема право на употребу ствари. До грађанских кодификација сматрало се да заложни поверилац има право на употребу заложене ствари, па и да на њој стекне право својине. То, међутим, није одговарало односима у развијенијем капитализму, посебно у банкарским кредитним односима, јер се настојало да кредит и заложно право за његово обезбеђење буду што више у сагласности са потребама правне сигурности, уз одговарајућу заштиту власника заложене ствари. Због тога се у савременим правним системима углавном одустало од права заложног повериоца на заложеној ствари, уз одређене изузетке. Тако се у неким правима признаје ово право ако је власник ствари за то дао свој пристанак, или ако је то потребно за чување и одржавање заложене ствари.³²⁵ Ипак, ни уз дозволу власника ствари заложни поверилац нема право на уживање ствари односно на користи и плодове (забрана антихресе).

³²⁴ Чл. 979 ЗОО.

³²⁵ В.пар. 484 А.г.з. као и пар. 1213 и 1214 BGB.

У нашем праву залогопримац код ручне залоге такође нема право да употребљава заложену ствар, нити да је преда другоме на употребу као што нема право ни да је даље даје у залогу. Изузетно, он све то може чинити уз дозволу залогодавца. Ако би било шта од наведеног учинио без дозволе залогодавца, одговарао би и за случајну пропаст или оштећење ствари који би се том приликом догодили.³²⁶

Залогопримац има *право на несметану државину* заложене ствари. Он, међутим, може остати без државине ствари ако не испуњава своје обавезе. Према закону, „на захтев залогодавца суд ће наредити да се заложена ствар одузме од залогопримца и преда неком трећем лицу да је држи за њега, ако залогопримац не чува заложену ствар како треба, ако је употребљава без дозволе залогодавца, или је даје другом на употребу, или ако је не употребљава сагласно датој му дозволи, и уопште ако поступа са њом противно уговору и закону.“³²⁷

Право намирења је кључно право залогопримца, због њега је залога и заснована. У складу с начелом официјелности поверилац не може да се сам наплати продајом заложене ствари већ мора захтевати од суда одлуку да се ствар прода на јавној продаји, или по текућој цени, кад ствар има берзанску или тржишну цену.³²⁸ Изузетно, ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности заложене ствари, суд може одлучити да поверилац прода ствар по цени утврђеној проценом стручњака, или да је, ако хоће задржи за себе по тој цени.³²⁹ Одступање од начела официјелности постоји за уговоре у привреди. За потраживање из ових уговора, поверилац није дужан обраћати се суду, него може приступити продаји заложене ствари на јавној продаји по истеку осам дана од упозорења учињеног дужнику као и залогодавцу, кад то није исто лице, да ће тако поступити. О датуму и месту продаје поверилац је дужан обавестити и дужника и

³²⁶ В. чл. 976 ЗОО.

³²⁷ В. чл. 978 ЗОО.

³²⁸ В. ст. 1 чл. 980 ЗОО.

³²⁹ В. ст. 2 чл. 980 ЗОО.

залогодавца (ако је то друго лице).³³⁰ Ако заложене ствари имају тржишну или берзанску цену, поверилац не само да се не мора обраћати суду већ може продати ствар по тој цени без јавне продаје, по истеку осам дана од упозорења учињеног дужнику и залогодавцу да ће тако поступити.³³¹

Већ је речено да поверилац може да се намири из заложене ствари тек од тренутка доспелости потраживања. Ипак, у нашем праву постоји неколико изузетака од овог правила. Тако, ако се заложена ствар квари или кад иначе губи вредност те постоји опасност да постане недовољна за обезбеђење повериочевог потраживања, суд може на захтев залогопримца или залогодавца, а по саслушању друге стране, одлучити да се ствар прода на јавној продаји, или по берзанској или тржишној цени ако је има, и да се цена или довољан део цене положи код суда ради обезбеђења залогопримчевог потраживања. Али, ако залогодавац понуди да залогопримцу преда уместо заложене ствари неку другу ствар исте вредности чије чување не захтева већи труд и бригу од чувања првобитно заложене ствари, суд ће одбити захтев залогопримца. На захтев залогодавца суд ће под истим условима дозволити замену заложене ствари у случају кад залогопримац не тражи њену продају.³³² Значајно одступање од правила је и законска норма по којој суд може дозволити да се заложена ствар прода одређеном лицу за одређену цену пре доспелости потраживања, ако нађе да је цена повољна и ако су тиме очувани оправдани интереси залогопримца. Овако добијена цена или њен довољан део који је одредио суд ступа на место заложене ствари и полаже се у суд за обезбеђење наплате повериочевог потраживања.³³³

Право залогe је првенствено (привилеговано) право намирења због чега залогопримац има право да из цене постигнуте продајом заложене ствари наплати пре осталих поверилаца залогодавца своје потраживање, камату, трошкове

³³⁰ В. ст. 1 и 2 чл. 981 ЗОО.

³³¹ В. ст. 3 чл. 981 ЗОО.

³³² В. чл. 982 ЗОО.

³³³ В. чл. 983 ЗОО.

учињене за очување заложене ствари, као и трошкове око остварења наплате потраживања. Ако има више заложних поверилаца на истој ствари, редослед наплате се одређује према датуму настанка заложног права сваког повериоца.³³⁴

Уз основна, залогопримац има и нека друга, додатна права.

Залогопримац тако има начелно право и на плодове заложене ствари, чак и после њиховог одвајања од ствари. Према закону, ако заложена ствар даје плодове, а није уговорено коме ће они припасти после одвајања од ствари, поверилац, ако хоће, може их задржати за себе. У том случају износ чистог прихода од плодова одбија се од трошкова на чију накнаду поверилац има право, затим од дужне камате и најзад од главнице. Исто правило важи и за користи постигнуте употребом заложене ствари.³³⁵ Међутим, пошто су све ове законске одредбе диспозитивног карактера, супротно се може уговорити. Залогопримац такође има и право следовања, тј. он може вансудским путем (коришћењем самопомоћи) или преко суда да захтева враћање ствари која му је одузета без основа или по слабијем правном основу.

3.1.1.5.3 Престанак заложног права

Заложно право пре свега престаје ако залогопримац изгуби државину на заложеној ствари, јер је државина претпоставка за стицање тог права. Али, ако поверилац поново стекне државину, успоставиће се изнова и заложно право.

Исто тако заложно право престаје када престане обезбеђено потраживање, свеједно да ли је оно престало испуњењем дуга или на други начин. Пошто је заложноправо престало, поверилац нема више право да држи ствар већ је мора вратити залогодавцу.

³³⁴ Чл. 985 ЗОО.

³³⁵ В. чл. 977 ЗОО.

Ако је дуг испунило треће лице које има неки правни интерес, на њега прелази потраживање, а са потраживањем и заложно право (законска суброгација).

Обезбеђено потраживање не престаје застарелошћу, па залогопримац задржава право залогe. Ипак, ако потраживање произлази из уговора о зајму он се може намирити за своје потраживање (не и за застареле камате и друга повремена давања!) само ако заложну ствар има у државини.³³⁶

3.1.2. Регистарска залога

3.1.2.1. Појам

У новије време поред класичне ручне залогe појављује се и залога на покретним стварима и правима која се уписује у регистар (регистарска залога). Суштина регистарске залогe се састоји у томе да се заложно право на покретној ствари стиче уписом заложног права у посебан јавни регистар без предаје ствари повериоцу. У питању је, дакле, бездржавинска залога која је до сада била карактеристична за залогу на непокретностима. Начело публицитета се не остварује предајом ствари повериоцу већ уписом заложног права у јавни регистар. Подаци у овом регистру су доступни свима, без доказивања правног интереса. Такав упис, дакле, замењује предају ствари у државину заложног повериоца.

Основна предност регистарске залогe је у томе што ствар остаје у државини власника (који је најчешће дужник, мада може бити и треће лице) па може да је употребљава, убира плодове и друге користи из ње. На тај начин се повећавају шансе да дужник измири своју обавезу према заложном повериоцу, напр. да

³³⁶ Чл. 369 ЗОО.

отплати кредит.³³⁷ Утолико је она погоднија за залогодавца од класичне ручне (државинске) залогe. С друге стране, међутим, заложни поверилац нема фактичку контролу над заложеном ствари и не може да се непосредно стара о очувању њене вредности. Због тога је она мање сигурна за повериоца од ручне залогe.

3.1.2.2. Предмет регистарске залогe

Предмет регистарске залогe може бити индивидуално одређена ствар којом залогодавац може слободно располагати. Могу се залагати и покретне ствари одређене по врсти, али само ако су индивидуализиране тј. ако је уговором о залози одређена количина или број и начин на који се могу разликовати од других ствари исте врсте. Издвајање из масе није неопходно.

Предмет заложног права може бити и збир покретних ствари, као што је роба у одређеном складишту или продавници, инвентар који служи за обављање привредне делатности и др.

Поред покретних ствари предмет регистарске залогe могу бити и потраживања и друга имовинска права. Предмет заложног права може бити потраживање залогодавца према дужнику и у случају да је заложни поверилац дужник залогодавца, осим потраживања чији је пренос забрањен законом као и потраживања која су везана за личност или се иначе не могу преносити на другог.

Иначе, на регистарску залогу на правима се сходно примењују правила која важе за регистарску залогу на покретним стварима.

Сувласнички удео на покретној ствари или збиру покретних ствари може бити предмет регистарске залогe, као и идеални део имовинских права.

³³⁷ Čulinović, E. H. Ugovorno osiguranje tražbine zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998, c. 390.

Предмет регистарске залогe могу бити и будуће ствари и права, тј. ствари или права које ће залогодавац тек прибавити у будућности. У том случају заложно право настаје кад залогодавац стекне право својине на ствари, односно право потраживања или друго имовинско право, ако је заложно право већ уписано у регистар. Иначе, поверилац има право да тражи да се у регистар упише заложно право на будућој ствари.

Предмет регистарске залогe могу бити и права интелектуалне својине, а залога на тим правима уписује се у регистар завода надлежног за интелектуалну својину (регистар жигова, регистар патената, регистар малих патената, регистар модела, регистар узорака, регистар географских ознака порекла и регистар топографија).

Правила о регистарској залози према Закону о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар се не примењују на залогу бродова и ваздухоплова, за које су установљени регистри према посебним прописима, као ни на залогу хартија од вредности, за које је установљен регистар према посебним прописима у који се уписују права трећих лица на хартијама од вредности.

3.1.2.3. Уговор о регистарској залози

Уговором о залози обавезује се залогодавац према повериоцу да му пружи обезбеђење за његово потраживање тако што ће се повериочево право на ствари залогодавца уписати у регистар заложног права.

Потраживање које се обезбеђује, иначе, мора бити новчано, а може бити изражено у домаћој или иностраној валути. Заложним правом се и код регистарске залогe могу обезбедити и будућа, као и условна потраживања. Исто тако и код ове врсте заложног права обезбеђен је не само основни износ потраживања већ и камата и трошкови наплате потраживања.

Уговорне стране су залогопримац и залогодавац. Залогопримац је увек поверилац обезбеђеног потраживања, а залогодавац је најчешће дужник по том потраживању. Залогодавац, међутим, може бити и треће лице.

Уговор о регистарској залози има сличне правне карактеристике као и уговор о ручној залози. У питању је облигациони уговор који је двостранообавезан и каузалан. За разлику од уговора о ручној залози овај уговор није консенсуалан већ се мора закључити у писаној форми, иначе не производи правна дејства (форма *ad solemnitatem*). Специфичност овог уговора је и у томе што се законом прописују његови битни елементи. По закону уговор садржи: дан закључења, име и презиме или фирму, пребивалиште или боравиште, односно седиште повериоца и залогодавца, као и дужника ако су то различита лица, предмет заложног права са потребним обележјима и податке о потраживању које се обезбеђује заложним правом.³³⁸

Залогопримац ни код регистарске залогe не стиче залогу закључењем уговора о залози, већ тек уписом заложног права у регистар.

При закључењу уговора залогодавац мора имати својину на ствари. Ако је залогодавац заложиио ствар на којој нема право својине или ако залога није пуноважна из других разлога, упис у регистар залогe не производи правно дејство.

3.1.2.4. Права и обавезе уговорних страна

Пошто код регистарске залогe заложена ствар остаје у државини залогодавца, основна његова обавеза већ од тренутка закључења уговора о залози је обавеза чувања и одржавања предмета заложног права. Залогодавац је дужан да чува предмет заложног права пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника.

³³⁸ В. ст. 2 чл. 3 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (у даљем тексту:ЗЗП) – Службени гласник Републике Србије бр. 57/2003.

Одржавање предмета заложног права подразумева да се он одржава у исправном стању, као и да се врше потребне поправке на њему.

Уговором о залози се може предвидети да ће залогодавац имати и обавезу осигурања предмета заложног права, али се ова обавеза у закону не претпоставља.

Наспрам ових обавеза стоје и одговарајућа права залогодавца. Пре свега он има право на државину и право на употребу заложене ствари. Право на државину, међутим, залогодавац губи ако о доспелости не испуни обавезу према заложном повериоцу. Право употребе залогодавац може користити само тако да употребљава предмет заложног права према његовој уобичајеној намени. Право залогодавца на употребу заложене ствари се може уговором ограничити. То се може учинити и на тај начин да се уговором о залози одреди начин на који залогодавац може предмет залогe убудуће да употребљава. Овим уговором се могу и искључити одређени начини употребе предмета заложног права.

С обзиром да залогодавац задржава право коришћења ствари, он има и право на плодове заложене ствари, осим ако се уговором то право не пренесе на повериоца.

Залогодавац има право да располаже заложеном ствари и после уписа заложног права у регистар. Пошто има право на употребу ствари и на њене плодове, залогодавац може предмет заложног права користити и тако што ће га издати у закуп или га другим уговорима дати на употребу и прибирање плодова трећим лицима.

Као и код других заложних права тако и код регистарске залогe залогодавац има право на отуђење заложене ствари. У том случају је, међутим, дужан да поднесе захтев за упис заложног права на терет новог власника, који такође има исту обавезу. Пропуштање извршења ове обавезе може довести до одговорности повериоцу за штету која му је због тога нанета.

Својински пренос заложене ствари на друго лице значи да се пренос врши са теретом, тј. прибавилац стиче ствар оптерећену заложним правом. Само изузетно, ако залогодавац предмет заложног права продаје у оквиру своје редовне делатности, купац стиче право својине без терета. Иначе, право на отуђење предмета заложног права се уговором о залози може искључити.

Залогодавац има право и да већ заложену ствар поново заложити, ако уговором о залози није друкчије предвиђено.

3.1.2.5. Упис заложног права у регистар

Упис заложног права у регистар залогe могу тражити и поверилац и залогодавац, али ако тражи поверилац, потребна је и изричита изјава залогодавца да пристаје да поверилац упише заложно право у регистар. Уписом заложног права у регистар поверилац стиче заложно право које и код регистарске залогe значи привилеговано право заложног повериоца на намирења из предмета заложног права пре осталих (обичних) поверилаца.

Ако је предмет заложног права потраживање, дужник тог потраживања може испуњавати своју обавезу залогодавцу све док не буде писмено обавештен о настанку заложног права. О томе га, иначе, могу обавестити како залогодавац тако и заложни поверилац. Од дана обавештавања дужник може испунити дуг само заложном повериоцу а не и залогодавцу, изузев ако је заложни поверилац дао друкчија упутства.

3.1.2.6. Намирење поверилаца на основу заложног права

У случају да му доспело потраживање не буде измирено, поверилац по закону стиче државину на предмету заложног права, и од тог тренутка има право

намирења из његове вредности. Право намирења, поред вредности потраживања, обухвата и камату и трошкове наплате. Евентуални вишак новца остварен уновчењем предмета залоге поверилац је дужан да исплати залогодавцу без одлагања, у противном ће му дуговати законску затезну камату.

Сам поступак намирења започиње на тај начин што је заложни поверилац дужан да обавести препорученим писмом дужника и залогодавца, кад то није исто лице, као и треће лице код кога се ствар налази, о намери да своје доспело потраживање намири из вредности предмета заложног права. Исто тако заложни поверилац је дужан да затражи да се у регистар залоге упише да је започео поступак намирења.

Од тренутка достављања обавештења заложног повериоца, залогодавац је дужан да преда заложном повериоцу на његов захтев предмет залоге у државину, као и да трпи да се заложни поверилац намири из вредности предмета заложног права. Залогодавац, као и дужник, имају општу обавезу сарадње са повериоцем у поступку намирења.³³⁹ До предаје предмета залоге у државину повериоца, залогодавац је дужан и да се уздржава од радњи којима би се могла умањити вредност предмета залоге. Ако му залогодавац не преда добровољно предмет заложног права у државину, заложни поверилац може суду поднети захтев за доношење решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази и предаји тог предмета.

Од дана достављања обавештења заложног повериоца, залогодавац не може правно располагати предметом заложног права без дозволе заложног повериоца. Ипак, ако залогодавац продаје предмет заложног права у оквиру своје редовне делатности, савесни прибавилац стиче право својине без терета.

Само намирење поверилаца из вредности заложене ствари може бити уз посредовање суда (судско намирење) или без таквог посредовања (вансудско намирење).

³³⁹ В. чл. 38 ЗЗП.

Основни начин намирења, у складу с начелом официјелности, је судско намирење. Одмах након уписа почетка намирења у регистар поверилац може захтевати од суда доношење одлуке да се предмет заложног права прода на јавној продаји или по текућој цени кад ствар има тржишну или берзанску цену. Ипак, ако би трошкови јавне продаје били несразмерно велики према вредности предмета заложног права, суд може одлучити да га заложни поверилац прода по цени утврђеној проценом стручњака, или да га, ако хоће, задржи за себе по тој цени.

Намирење може бити и вансудско. Вансудско намирење је могуће ако је предвиђено уговором о залози. При томе је потребно разликовати привредне субјекте и друга правна лица од физичких лица.

Ако залогодавац има својство *привредног субјекта* тј. ако се професионално бави привредном делатношћу (привредно друштво, јавно предузеће, предузетник) уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској јавној продаји, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.

Уколико предмет заложног права има тржишну или берзанску цену, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени (дакле без јавне продаје), или да га по тој цени задржи за себе. Ако предмет заложног права нема тржишну или берзанску цену, заложни поверилац га може продати на начин на који би то учинио разуман и пажљив човек, чувајући интересе дужника и залогодавца, кад то није исто лице.

Наведена правила се примењују и на друга правна лица приватног или јавног права.

Међутим, ако је залогодавац *физичко лице* које уговор о залози закључује изван оквира привредне делатности, уговором о залози се не може предвидети да ће

предмет заложног права прећи у својину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости, нити да може предмет заложног права продати по унапред одређеној цени. Уговором о залози се само може предвидети да ће предмет заложног права прећи у државину заложног повериоца, ако његово потраживање не буде намирено о доспелости.

Али у тренутку доспелости потраживања, тј. када је положај залогодавца битно другачији него у тренутку закључења уговора о залози, заложни поверилац и залогодавац се могу споразумети да ће предмет заложног права прећи у својину повериоца уместо исплате дуга или да ће поверилац моћи да га прода по одређеној цени или да га по тој цени задржи за себе.

Вансудско намирење се остварује у поступку јавне продаје путем надметања (ако је такав начин предвиђен уговором о залози) или по тржишној или берзанској цени (ако је то предвиђено уговором о залози).³⁴⁰ Залогодавац може оспоравати право заложног повериоца да се намири вансудским путем, подношењем тужбе суду и подношењем доказа да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен. Међутим, подношење тужбе не спречава поступак намирења, изузев ако залогодавац поднесе јавну исправу или приватну исправу оверену на законом прописан начин која садржи доказ да повериочево потраживање или заложно право не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен.³⁴¹

Што се *редоследа намирења* тиче, основно је правило да се заложни поверилац намирује из вредности предмета залогe пре свих других, обичних поверилаца. Ако има више поверилаца који имају регистарско право залогe на истој ствари, редослед намирења се одређује према времену настанка сваког заложног права, тј. према времену њиховог уписа у регистар. Исто правило временског приоритета

³⁴⁰ В. чл. 46 и 47 ЗЗП.

³⁴¹ В. чл. 49 ЗЗП.

при одређивању редоследа намирења важи и у случају да је на истој ствари успостављена и ручна (државинска) залога и регистарско заложно право.

Посебно правило важи за законско заложно право. Такво право превозиоца, комисионара, отпремника и складиштара, настала отпремом или превозом ствари које су предмет залоге према закону којим се уређују облигациони односи, имају првенство у односу на заложно право уписано у регистар. Исто важи и за законско заложно право посленика за потраживања награде за рад, накнаде за утрошени материјал и остала потраживања у вези са његовим радом, настала на основу уговора о делу из закона којим се уређују облигациони односи, које има првенство у односу на заложна права уписана у регистар. За потраживања пореза и других дажбина, међутим, ред првенства одређује се према времену њиховог уписа у регистар.

3.1.2.7. Престанак заложног права

Регистарско заложно право престаје брисањем из регистра, као што је и настало уписом у регистар. При томе постоје различити правни основи за брисање из регистра, односно за престанак регистарског заложног права.

Као акцесорно право, регистарско заложно право ће тако престати када престане обезбеђено потраживање исплатом или на други начин на који престају потраживања. Ипак, пошто се ради о праву уписаном у регистар, престанак потраживања је само правни основ за престанак заложног права, али ће оно престати тек брисањем из регистра. Захтев за брисање могу поднети поверилац, дужник и залогодавац (када је он различит од дужника).

Регистарско заложно право престаје брисањем из регистра и када предмет залоге пропадне. Међутим, ако је предмет заложног права био осигуран, заложно право

се успоставља, по самом закону, на потраживању износа (или накнаде) осигурања.³⁴²

Надаље, регистарско заложно право престаје и на основу јавне и друге продаје предмета заложног права, извршене ради намирења потраживања заложног повериоца. Ако је у питању судско намирење суд је дужан да по правноснажности судске одлуке о намирењу решењем одреди да се заложно право брише из регистра. Ако се ради о вансудској продаји заложни поверилац је дужан да изда исправу на основу које залогодавац може захтевати брисање заложног права из регистра. Право да захтева овакву исправу од заложног повериоца има и купац који је предмет заложног права стекао на вансудској продаји.

По закону, брисање заложног права у регистру може се тражити и када се заложни поверилац одрекне заложног права у писменој форми, када се својство заложног повериоца стекне у истом лицу са својством дужника, као и када заложни поверилац стекне право својине на предмету заложног права.³⁴³ Како се види, брисање заложног права се у овим случајевима може, али не мора, тражити.

Пошто брисањем у регистру заложно право престаје, неопходно је, кад брисање тражи дужник или залогодавац, да се регистру поднесе писмена изјава заложног повериоца да пристаје на брисање или судска одлука којом се утврђује да је заложно право престало.

Заложно право не престаје застарелошћу потраживања. Заложни поверилац се може намирити из вредности предмета заложног права и после застарелости његовог потраживања.³⁴⁴

³⁴² В. ст. 2 чл. 52 ЗЗП.

³⁴³ В. чл. 54 ЗЗП.

³⁴⁴ В. чл. 51 ст. 2 ЗЗП.

3.1.3. Залого на правима

3.1.3.1. Појам, настанак и предмет

Већ је током претходних излагања наглашено да предмет залогe на покретним стварима (ручна залого, регистарска залого) могу бити не само ствари већ и потраживања и друга имовинска права. У том случају ради се о залози на правима. На залогy на правима се сходно примењују правила која важе за ручну залогy (односно за регистарску залогy) на покретним стварима.³⁴⁵ На овом месту ће се због тога указати само на неке посебности залогe на правима.

Код залогe на правима треба пре свега разликовати обезбеђено потраживање и заложно потраживање. Обезбеђено потраживање је потраживање из основног посла које поверилац жели да обезбеди залогом. Заложно потраживање је потраживање које служи као обезбеђење, јер је на њему успостављено заложно право.

Залого на потраживањима и другим правима настаје закључењем уговора о залози. Међутим, за стицање заложног права на неком потраживању неопходно је да дужник буде писмено обавештен о закљученом уговору о залози. Поред тога залогодавац је дужан предати залогопримцу исправу о заложеном потраживању.³⁴⁶ Ако се ради о стицању заложног права на потраживању уписаном на хартији од вредности на доносиоца, залогопримац ће стећи заложно право кад му та хартија буде предата. Код хартија од вредности по наредби давање у залогy потраживања из те хартије се врши индосаментом у коме је назначено да је предата у залогy.(заложни индосамент). Осим потраживања, у залогy се могу дати и друга права. Правило је да се давање у залогy тих права врши се на начин предвиђен за њихово преношење на другога, ако за одређени случај није прописано што

³⁴⁵ В. чл. 996 ЗОО.

³⁴⁶ В. чл. 989 ЗОО.

друго.³⁴⁷ Увек је, међутим, неопходно навести да се пренос врши ради стицања заложног права.

Предмет залогe може бити свако имовинско право које је преносиво. Банке, тако могу имати заложно право на средствима на рачуну дужника или другог даваоца залогe. Исто тако предмет залогe могу бити и хартије од вредности, посебно акције, разне врсте обвезница, менице и друге харије од вредности. За залагање права је некад довољан уговор о залози уз заложну цесију потраживања, а некад је потребан и пренос хартије (напр. залагање менице се остварује заложним индосаментом уз предају менице заложном повериоцу). Залагање права на основу уговора о залози уз цесију права (тзв. заложна цесија) је пандан преносу ствари у државину код ручне залогe на покретним стварима.

Као и код залогe на стварима, предмет залогe на правима могу бити не само постојећа већ и будућа права.

3.1.3.2. Правни односи до „зрелости“ заложног права

До „зрелости“ заложног права, тј. до доспелости обезбеђеног потраживања, залогопримац је дужан предузимати све мере потребне за очување заложног потраживања. Те мере подразумевају слање опомена, приговора, подизање протеста код хартија од вредности као и предузимање свих других потребних радњи којима се чува заложно потраживање.

Исто тако залогопримац је дужан да наплаћује повремена потраживања (ако заложено потраживање даје на то право) као што су камате и друга повремена потраживања. Кад наплати повремена потраживања добијени износи се најпре

³⁴⁷ В. ст. 2 чл. 995 ЗОО.

пребијају са трошковима на чију накнаду залогопримац има право, затим са каматом која му се дугује и најзад са главницом.³⁴⁸

Најважније питање које се у вези са заложеним потраживањем мора регулисати је питање ко има право (и обавезу) да га наплати. То се питање може уредити уговором, а ако се не уреди, важе законска правила.

У нашем праву залогопримац је не само дужан да чува заложено потраживање већ је дужан да га о доспелости и наплати. Наплаћивањем заложеног потраживања заложно право се не губи. Испуњењем заложеног потраживања заложно право прелази на ствар којом је потраживање испуњено. У питању је стварна или реална суброгација. Тако, ако је предмет заложеног потраживања новац, залогопримац је дужан на захтев залогодавца положити наплаћени износ код суда. Међутим, ако је предмет његовог потраживања такође новац, и ако је то потраживање (тј. обезбеђено потраживање) доспело за наплату, залогопримац може задржати за себе онолико новца колико му се дугује, а остатак новца је дужан предати залогодавцу.³⁴⁹

У упоредном праву постоје и другачија решења. У немачком праву тако залогопримац и залогодавац су саповериоци (солидарни повериоци) заложеног потраживања. Сваки од њих је овлашћен да до доспелости обезбеђеног потраживања самостално захтева исплату доспелог заложеног потраживања, али је исплата увек исплата залогопримцу и залогодавцу као саповериоцима. Због тога су они дужни да међусобно сарађују при наплати заложног потраживања.³⁵⁰

³⁴⁸ В. ст. 2 чл. 992 ЗОО.

³⁴⁹ В. чл. 993 ЗОО.

³⁵⁰ В. пар. 1285 BGB.

3.1.3.3. Правни односи након наступања „зрелости“ заложног права

Након наступања „зрелости“ заложног права, тј. након доспелости обезбеђеног потраживања, поверилац може захтевати намирење преко суда или се може сам намирити из заложеног потраживања, (или предмета који је настао након његове наплате реалном суброгацијом) без посредовања суда. Судско намирење подразумева да залогопримац добије судску пресуду и да се намирење остварује по правилима извршног поступка. Залогопримац се, међутим, може намирити и вансудски, по правилима које важе за вансудско намирење из покретних ствари (ручне залогe и регистарске залогe). Ако је заложно потраживање наплаћено, залогопримац се може намирити из остварене новчане суме³⁵¹ (у случају да је сума већа од износа потраживања преостали део новца залогопримац је дужан предати залогодавцу) а ако је потраживање измирено у покреним стварима, на тим стварима се успоставља заложно право, а залогопримац се намирује по правилима која важе за намирење из вредности покретних ствари.

Дужник заложеног потраживања може према залогопримцу истицати све оне приговоре које у случају уступања потраживања може дужник уступљеног потраживања истаћи према пријемнику.³⁵²

3.1.4. Упоредноправни поглед

У немачком праву залога на покретним стварима је уређена у Грађанском законнику на класичан начин. Заложно право има карактер стварног права намирења, тј. ограниченог стварног права које овлашћује његовог имаоца да се из вредности заложене ствари намири пре осталих (обичних) поверилаца. Може настати на основу закона и судске одлуке, али најчешће настаје на основу уговора. У немачком праву се при настанку заложног права доследно и јасно разликују два

³⁵¹ В. ст. 3 чл. 993 ЗОО. Исто пар. 1275 BGB.

³⁵² В. чл. 994 ЗОО.

уговора, уговор о давању залоге као средства обезбеђења и уговор о залози. Први уговор је облигационе природе и њиме се једна страна обавезује да ће другој дати неку ствар у залогу. Други уговор је стварноправне природе јер се кроз сагласност страна и предају ствари у државину повериоцу (залогопримцу) успоставља залога као стварно право намирења. У немачком праву је, дакле, код покретних ствари доследно изведен концепт државинске залоге. Заложни поверилац може заложу ствар користити само ако је тако уговорено. Поверилац се намирује из вредности заложене ствари у поступку јавне продаје. Ако предмет залоге има берзанску или тржишну цену могућа је и слободна продаја, али од стране овлашћених лица (берзанских посредника).

У *француском праву* за настанак залоге на покретним стварима је потребан писмени уговор о залози, као и предаја ствари у посед (државину) залогопримцу.³⁵³ Писмена форма није неопходна ако је обезбеђено потраживање настало из трговачких послова или ако је мале вредности. Заложно право је акцесорног карактера, а даје залогопримцу привилеговано право намирења из вредности заложене ствари, пре намирања обичних поверилаца. За намирење је начелно потребна судска одлука. Ипак, за залог у трговачком праву довољна је опомена залогодавцу. Поред државинске залоге у француском праву постоје бројни случајеви бездржавинске залоге (*nantissement*), код којих се заложно право уписује у одговарајуће регистре и на тај начин задовољава начело публицитета. Најважнији од тих случајева су бездржавинска залога на индустријским производима (*le warrant industriel*) заложно право на аутомобилима у корист продавца или финансирајуће банке (*le nantissement de vehicules automobiles*) као и заложно право на трговачком послу, предузећу (*le nantissement du fond de commerce*).

У *италијанском праву* залога на покретним стварима (*pegno*) је такође регулисана у Грађанском законнику.³⁵⁴ За настанак заложног права уз сагласност странака и пренос ствари у државину залогопримца потребан је и јавно оверен уговор, осим за

³⁵³ В. чл. 2074 Грађанског законика Француске.

³⁵⁴ В. чл. 2785 и сл. Грађанског законика Италије.

потраживања мале вредности. На основу заложног права залогопримац има право привилегованог намирења. Италијанско право такође познаје и бездржавинску залогу, под називом мобилијарна хипотека (хипотека на аутомобилима и др.) која се уписује у посебан регистар. Поред тога познаје италијанско право и привилегована права намирења поверилаца неких посебних потраживања, као што су кредитна потраживања банака на машинама трговачког друштва заложно право продавца на испоручене машине до њихове потпуне отплате и др.

У енглеском праву је такође за залогу на покретним стварима (*pledge*) начелно уз сагласност залогодавца и залогопримца потребан пренос заложене ствари у државину залогопримца. По доспелости потраживања заложни поверилац има привилеговано право да се кроз продају заложене ствари намири за своје потраживање. Поред тога постоји и бездржавинско заложно право које се уписује у регистар да би деловало према трећим лицима, као што је обезбеђење кредитног потраживања на целокупној имовини неког правног лица (*floating charges*). Ово специфично заложно право се може означити и као нека врста генералне хипотеке на целокупној имовини правног лица. Ималац оваквог заложног права се намирује пре обичних поверилаца, али после поверилаца који имају специјално заложно право на тачно одређеној ствари.

3.2. Залог на непокретностима

Поред заложних права на покретним стварима, постоје и заложна права на непокретностима. Кад је предмет залогe непокретност, заложно право има карактер *хипотеке*. У неким земљама уз хипотеку постоје и нека друга заложна права на непокретностима, као што су *земљишни дуг* и *рентни дуг*.

Хипотеци како заложном праву на непокретностима су посвећене наредне главе рада.

ХИПОТЕКА КАО ЗАЛОЖНО ПРАВО НА НЕПОКРЕТНОСТИ

1. О заложним правима на непокретностима уопште

Предмет заложног права, осим покретних ствари и права, могу бити и непокретности. Заложна права на непокретностима су позната од давнина, практично постоје од када се зна за заложна права уопште. У Римском праву хипотека као заложно право на непокретности је већ била јасно оформљени правни институт.

За заложна права на непокретностима важе општи принципи заложног права на које смо раније указали. Уз то, за ову врсту заложног права важе и нека посебна правила, по којима се она и правно, а не само фактички (с обзиром на карактер предмета залогa) разликују од заложних права на покретним стварима и правима. О тим посебностима ће бити више речи у наредним излагањима.

Заложна права на непокретностима имају у пракси велики значај. Она се јављају пре свега у банкарском пословању као сигурна средства обезбеђења кредитних потраживања банака према својим клијентима. Према неким подацима око 50% свих кредитних потраживања је у развијеним тржишним привредама обезбеђено заложним правима на непокретностима,³⁵⁵ док су преостала кредитна потраживања обезбеђена свим другим средствима обезбеђења (заложна права на покретним стварима и правима, јемства, авали, гаранције и друга персонална средства обезбеђења).

Који су разлози овакве популарности заложних права на непокретностима? Њих свакако има више, указаћемо само на најважније.

³⁵⁵ Wolf, op. cit. c. 372.

Пре свега, она се често користе због тога што пружају све оне предности намирења које пружају сва заложна права. Од тренутка стицања заложног права поверилац је додатно обезбеђен, сада му за намирење потраживања не одговара само дужник лично, већ се, поред тога, успоставља непосредно привилеговано право намирења на тачно одређеној ствари дужника (или трећег лица). На тај начин се заложни поверилац одваја од свих других (обичних) поверилаца којима дужник одговара само лично, и који су због тога у међусобној конкуренцији при намирењу своји потраживања. За заложног повериоца се, дакле, „резервише“ заложена ствар из чије вредности може да намири своје потраживање. При томе је без икаквог значаја ко је власник те ствари, да ли дужник, да ли интерцесионар (треће лице које је дало ствар у залог) или неко треће лице које је накнадно стекло право својине на тој ствари.

Поред овог општег разлога који важи и за заложна права на покретним стварима, постоје и други важни разлози честог коришћења заложног права на непокретностима.

Пре свега, непокретности су, по правилу ствари, велике вредности па су као такве погодан предмет заложног права при одобравању већих кредита, јер се на тај начин избегава успостављање мноштва заложних права на стварима мање вредности.

Надаље, пракса је показала да су непокретности најстабилније у погледу очувања своје вредности у дужем временском периоду. Извесна колебања у вредности се јављају додуше и код њих, зависно од општих привредних прилика (привредне коњунктуре, рецесије, ратна и друга политичка збивања) али су те осцилације мање него код покретних ствари и права. Поред тога, она се релативно лако могу компензовати успостављањем заложног права на непокретности веће вредности од вредности потраживања за одређени ризични проценат (напр. за 30-50%).

Важну предност заложним правима на непокретностима даје и принцип публицитета који се остварује преко уписа ових права у јавни регистар.³⁵⁶ Ови регистри се воде на одређеним начелима (тачности, конститутивности уписа, јавности и др.) којима се обезбеђује пуна заштита поверилаца. Свако ко намерава да одобри кредит или да зајам на основу залог на непокретности може, користећи се начелом јавности, да оствари увид у јавни регистар непокретности и да на тај начин утврди да ли конкретна непокретност постоји, каквих је карактеристика, у чијој је својини и да ли је већ оптерећена. Код персоналних средстава обезбеђења, напр. Јемства, такав степен заштите не постоји. Тешко је, ако не и немогуће, утврдити стварно имовинско стање и кредибилитет јемца, а то стање се може много пута изменити до доспелости потраживања кредитног повериоца. Због тога банке заложна права на непокретностима претпостављају личним средствима обезбеђења.

Предношћу хипотеке и других права на непокретностима се сматра и чињеница да код ње поверилац нема обавезу чувања непокретности, као ни обавезу управљања њоме, као што то има код државинске залог.³⁵⁷

Због наведених предности заложна средства на непокретностима се сматрају средствима обезбеђења која најбоље задовољавају потребу кредитних поверилаца за сигурношћу.³⁵⁸

Банке као опрезни привредници се редовно код заложних права на непокретностима још додатно обезбеђују на тај начин што траже да вредност заложене непокретности знатније премаши износ обезбеђеног потраживања (код тзв. првокласних хипотека и за 50-60%) као и да заложно право има што бољи ранг, по могућству да је заложно право првог реда.

³⁵⁶ Упор. Dörner и др. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden, 2002, Vorbemerkung zu par. 1113, с. 1278.

³⁵⁷ Dörner и др., *ibidem*.

³⁵⁸ Baur, Baur, Stürner, *op. cit.* с. 349.

2. Врсте заложних права на непокретностима

2.1. Хипотека

Најпознатије и најчешће коришћено заложно право на непокретностима је *хипотека*. Она је позната још од давнина, а данас је правно уређен институт у практично свим правним системима. Хипотека има све класичне карактеристике заложних права (пре свега акцесорни карактер) уз одређене специфичности на које се у даљим излагањима указује.

Међутим, хипотека ипак није једина врста заложних права на непокретностима. У неким правима, пре свега у тзв. германском правном кругу, поред хипотеке јављају се и земљишни дуг и рентни дуг. Како се хипотека као заложно право на непокретности и средство обезбеђења кредита обрађује у многим деловима овог рада, указаћемо овде само на неке карактеристике земљишног дуга и рентног дуга.

2.2. Земљишни дуг

Земљишни дуг је институт који је настао и развио се у немачком праву. То је заложно право на непокретностима које се може успоставити, а да за његов настанак уопште није потребно постојање неког потраживања.³⁵⁹ Он дакле, није правно везан за неко потраживање, па није ни акцесорног карактера. Земљишни дуг даје по себи право повериоцу да се намири из вредности непокретности.³⁶⁰ Сума (вредност) земљишног дуга је одређена у њему самом, не изводи се из вредности обезбеђеног потраживања, као што је то случај код хипотеке.

³⁵⁹ Према пар. 1191 BGB непокретност може бити оптерећена на тај начин да се оном у чију корист је установљен терет, исплати одређена сума новца.

³⁶⁰ Пар. 1191 BGB.

Због одсуства акцесорности неки аутори чак одричу земљишном дугу карактер заложног права.³⁶¹ Међутим, пошто суштина заложног права ипак није у акцесорности већ у ограниченом стварном праву намирења на туђој ствари, то убедљива већина аутора одбације овакав став.³⁶²

Земљишни дуг даје право његовом кориснику право да се за одређену суму намири из вредности непокретности, али се то право не заснива на доспелом потраживању повериоца (као код хипотеке). Захваљујући својој неакцесорности, земљишни дуг се може јавити као тзв. „изоловани“ или „примарни“ земљишни дуг и као „обезбеђујући“ земљишни дуг.³⁶³ За „изоловани“ земљишни дуг је карактеристично да поверилац има самостално право намирења, независно од било каквог потраживања које би земљишним дугом било обезбеђено. Овакав земљишни дуг је у пракси ипак редак.³⁶⁴ Много чешће се земљишни дуг јавља као „обезбеђујући“, тј. много чешће служи обезбеђењу одређеног потраживања. Међутим, пошто између њих не постоји законом одређен однос акцесорности (као кад хипотеке) то је неопходно земљишни дуг довести у правну везу са одређеним потраживањем путем уговора о обезбеђењу. На тај начин се између земљишног дуга и потраживања успоставља однос који је сличан законском односу акцесорности код хипотеке.³⁶⁵ Утолико је уговор о обезбеђењу код земљишног дуга изузетно значајан, док је код хипотеке мањег значаја и у суштини је допунског карактера у односу на законске норме, будући да прецизира уговорне стране и обезбеђено потраживање.

³⁶¹ В. напр. Punschart, Paul, Der Grundschuldbegriff des Deutschen Reichsrechtes in Gesetz und Literatur, Graz, 1900.

³⁶² В. Weber, Weber, op. cit. c. 277.

³⁶³ В. Gaberdiel, Heinz, Martin Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2008 c. 243.

³⁶⁴ V. Weber, Weber, op. cit. c. 277.

³⁶⁵ Gaberdiel Heinz, Gladenbeck, Martin, op. cit. c. 244.

Због својих карактеристика, земљишни дуг је све више предмет анализа и у земљама у којима није законски уређен, будући да због своје неакцесорности има одређене предности у односу на хипотеку.³⁶⁶

2.3. Рентни дуг

Рентни дуг је посебна, специфична врста земљишног дуга која се такође јавља пре свега у немачком праву.

Пошто је по својој правној природи посебан модалитет земљишног дуга, рентни дуг је такође самосталан, неакцесоран. Међутим, за разлику од земљишног дуга који се односи на једну одређену суму новца, рентни дуг се односи на континуирана новчана давања. Како се најчешће користи за обезбеђење плаћања неке дугогодишње ренте, то је овај облик заложног права на непокретностима по ренти и добио своје име.

3. Сличности и разлике између заложних права на непокретностима

3.1. Сличности

За сва заложна права на непокретностима, уз све разлике међу њима, важе и одређена јединствена правила. Сличности између хипотеке, земљишног дуга и рентног дуга се тако исказују у више нивоа.

³⁶⁶ У нашој теорији је изражен став да би земљишни дуг могао играти корисну улогу и у нашем праву, ако би на одговарајући начин био регулисан - в. Живковић, Милош, О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије, ", у: Зборнику радова *Актуелна питања грађанске кодификације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2008, с. 211.

3.1.1. Заложна права на непокретности као стварна права намирења

Пре свега сличност постоји у томе што су сва три права по својој природи стварна права и то стварна права на намирење. Корисник права је овлашћен да се за одређену новчану суму намири из непокретности на којој постоји заложно право. Власник непокретности је дужан да такво намирење трпи.

Право намирења је најпре латентно или потенцијално. Оно ће постати актуелно или ефективно тек са тзв. зрелошћу залогe, односно доспелошћу. Од тог тренутка поверилац може да се за своје обезбеђено потраживање намири из вредности непокретности у законом прописаном поступку.

За право намирења код свих заложних права на непокретностима је, такође, карактеристично да по своме обиму мора бити јасно одређено. Оно се односи на одређену новчану суму. Због тога код заложних права на непокретностима није допуштено да је обим одговорности неодређен, као што није допуштено ни да се он накнадно одређује од стране повериоца или трећег лица.³⁶⁷

Исто тако сва заложна права на непокретностима имају исти предмет, непокретност, која мора бити јасно одређена. При одређивању непокретности морају бити одређени и битни и небитни њени делови, припатци, плодови и др. Непокретност се код свих заложних права третира као јединствена економска целина и као целина подложна је намирењу заложног повериоца.

3.1.2. Начело специјалности

Пошто код свих заложних права на непокретности важи принцип да је неопходно одредити предмет залогe, тј. конкретну непокретност (одн. непокретности) то је

³⁶⁷ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 359.

јасно да истовремено за сва заложна права на непокретностима важи исто начело специјалтета. Наиме, заложно право се може односити само на тачно одређену, специјално идентификовану непокретност. Евентуално конституисање заложног права на целокупној имовини или целокупној непокретној имовини неког лица (тзв. генерална хипотека) није могуће. Од генералне хипотеке треба разликовати хипотеку на више тачно одређених непокретности, што је правно допуштено.

3.1.3. Начело јавности

Као и за сва друга органичена стварна права, тако и за заложна права на непокретностима важи принцип јавности или публицитета. За њихов настанак и правно дејство битно је уписивање у земљишне књиге одн. друге јавне регистре непокретности.

3.1.4. Ранг права

За све врсте заложних права на непокретностима важи надаље правило да се ранг права одређује према времену упису у регистар непокретности. Другим речима речено, привилегована права по неком другом основу не постоје. У модерним правима не постоје тзв. заложне привилегије.³⁶⁸

3.1.5. Могућност претварања једног права у друго

Коначно, сличност различитих облика заложних права на непокретностима је видљива и из чињенице да се свако од тих права може претворити у неко дуго

³⁶⁸ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 361.

заложно право на непокретности, а на основу сагласности власника непокретности и повериоца и уз упис у регистар непокретности.³⁶⁹

3.2. Разлике

Као што смо видели, заложна права на непокретностима, као права повериоца на намирење из вредности непокретности, имају бројне заједничке карактеристике. Уз сличности, међутим, између њих постоје и одређене разлике.

3.2.1. Хипотека и земљишни дуг

Основна разлика између хипотеке и земљишног дуга је у томе што хипотека претпоставља постојање потраживања које се обезбеђује, док је земљини дуг од постојања потраживања независан. Везаност хипотеке за обезбеђено потраживање је чврста, прецизно утврђена законом, а исказује се пре свега кроз правило да је за настанак хипотеке, за њено постојање као и за намирење из хипотековане непокретности неопходно постојање потраживања. Хипотека је нераздвојни „припадајући део“ потраживања.³⁷⁰ Она, дакле, нужно претпоставља постојање потраживања. Без обезбеђеног потраживања нема ни хипотеке. „Иzolована“ хипотека, без потраживања, правно није могућа.³⁷¹ Хипотека је у свом настајању, постојању и престанку правно зависна од обезбеђеног потраживања, док земљишни дуг није. Хипотека је акцесорно право зависно од потраживања. Она је и споредно право, главно право је потраживање. Хипотека је, правно посматрано, несамостално право.

³⁶⁹ B. Wolf. op. cit. c. 386.

³⁷⁰ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 359.

³⁷¹ Dörner и др. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Vorbemerkung za par. 1113, c. 1279.

С друге и земљишни дуг у пракси најчешће служи за обезбеђење неког потраживања, али је његов настанак и постојање од постојања тог потраживања правно независно. Земљишни дуг може постојати и без постојања потраживања. Другим речима речено, док је хипотека акцесорна, земљишни дуг је неакцесоран, од потраживања правно независан.

Земљишни дуг није ни изграђен као средство обезбеђења, али се ипак показује као одлично средство обезбеђења. Као самосталан, неакцесоран правни однос, земљишни дуг даје његовом имаоцу право да се за износ земљишног дуга намири из вредности одређене непокретности и без постојања било каквог потраживања. Међутим, ако се жели користити као средство обезбеђења, мора се закључити уговор о обезбеђењу којим се ствара правна веза између земљишног дуга и одређеног потраживања. То код хипотеке није неопходно (мада је корисно) јер однос акцесорне зависности између ње и потраживања постоји на основу самог закона. Ипак, из чињенице да се уговором о обезбеђењу ствара правна веза између земљишног дуга и потраживања не треба никако закључити да је тиме он изгубио своју правну самосталност. Он и даље остаје самостално право, овим уговором се не доводи у акцесорну зависност од обезбеђеног потраживања.

Због своје неакцесорности, земљишни дуг је као средство обезбеђења правно стабилнији. Он не зависи од потраживања, нити дели његову судбину. Због тога је у пословној пракси земаља у којима постоји много више у употреби од класичне хипотеке.³⁷² Најчешће се користи код као средство обезбеђења код уговора о кредиту, мада може служити и за друге привредне намене.³⁷³

У немачком праву, у којем је земљишни дуг као правни институт и настао, законским нормама се уређују само његове специфичности у односу на хипотеку,

³⁷² B. Wolf. op. cit. c. 385.

³⁷³ B. Dörner и др. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Vorbemerkung за пар. 1113, с. 1280.

док се у свим другим питањима на њега примењују правила која важе за хипотеку, осим оних која претпостављају постојање акцесорности.³⁷⁴

3.2.2. *Хипотека и рентни дуг*

Рентни дуг је посебна врста заложног права на непокретностима, али је по својој правној природи ипак специфична врста земљишног дуга. Због тога се разлике које постоје између хипотеке и земљишног дуга у потпуности односе и на њега.

3.2.3. *Посебности реалног терета*

У неким правима постоји и једно додатно стварно право намирења повериоца из непокретности, познато као реални терет.³⁷⁵

Реални терет је сличан рентном дугу по томе што такође служи за обезбеђење права повериоца на трајнија узастопна давања из непокретности. Битна разлика у односу на рентни дуг је, међутим, у томе што се реални терет односи на неовчане престације, на услужне и стварне чинидбе. Ако се ове чинидбе не изврше, поверилац има право на намирење из вредности непокретности, по правилима која важе за наплату камата код хипотеке,³⁷⁶ Поред тога поверилац има право и на принудно управљање непокретношћу, као и на принудну продају неких предмета са непокретности у поступку јавног надметања.

Реални терет се, надаље, од свих заложних права на непокретностима разликује и по томе што власник непокретности не одговара повериоцу само стварноправно (из

³⁷⁴ У Грађанском законнику Немачке (BGB) земљишни дуг је регулисан одредбама пар. 1191-1198, док је хипотека детаљно регулисана у пар. 1113-1190.

³⁷⁵ В. пар. 1105 BGB.

³⁷⁶ В. пар. 1118, у вези са пар. 1147 BGB.

вредности непокретности на којој је конституисано заложно право) већ и лично, што у крајњем значи и додатно целокупном својом имовином.

4. Компарација заложних права на непокретностима по карактеристичним критеријумима

4.1. *Компарација заложних права на непокретностима по основу акцесорности*

За правну анализу заложних права на непокретностима од изузетног је значаја јасно сагледавање принципа акцесорности. Акцесорност, међутим, није само од теоријског значаја већ има и веома важне практичне последице. Због тога у пракси не само банке већ и корисници кредита овом својству средстава обезбеђења кредита поклањају посебну пажњу.

Принцип акцесорности код средстава обезбеђења се у праву најпотпуније развио код јемства, као класичног персоналног средства обезбеђења. Када неко лице прихвати да одговара за обавезу главног дужника као јемац, то значи да он жели да ту одговорност сноси само ако обавеза постоји, и само дотле док она постоји. Другим речима речено, јемац жели да се његова одговорност потпуно веже за обавезу дужника. С друге стране, интерес је повериоца да се таква одговорност јемца одржи и у случају да он своје потраживање пренесе на треће лице (цесионара), јер ће потраживање са јемством више вредети. Дакле, његов интерес је да јемство буде везано за потраживање а не за личност дужника. Институт јемства је уважио оба интереса, али је увек обавеза јемца везана за обавезу главног дужника и дели њену правну судбину. Ако не постоји или је непуноважна обавеза главног дужника, не постоји одн. непуноважна је и обавеза јемца, ако се смањи основна обавеза смањује се у истој мери и обавеза јемца, ако застари главна обавеза застарева и обавеза јемца итд. Акцесорност, као трајна правна зависност

обавезе јемца од главне обавезе је неотклоњиво својство сваког јемства, независно од тога да ли је оно супсидијарног или солидарног карактера.

Код заложних права такође начелно важи принцип акцесорности. Код ручне залогне он важи без изузетка. Код заложних права на непокретностима овај принцип важи код хипотеке, док код земљишног дуга и рентног дуга не важи.

Хипотека је акцесорног карактера. Она је таква не само онда када је, као код јемства, даје треће лице, већ и онда када је даје сам дужник. Као и јемство, хипотека настаје само ако је настало потраживање које обезбеђује и постоји само док оно постоји. Ако се пренесе потраживање на треће лице, преноси се и хипотека. Потраживање и хипотека су, дакле, правно нераздвојиви.

Оваква правна везаност заложног права на непокретности и потраживања које обезбеђује не постоји код земљишног дуга. Земљишни дуг није акцесоран, већ је самосталан, од обезбеђеног потраживања независан правни однос. Како одступање од принципа акцесорности представља уједно и одступање од традиционалног концепта заложног права, то је земљишни дуг (као и рентни дуг) познат само у неким правима, док је у већини правних система не постоји. За настанак земљишног дуга није неопходан настанак потраживања, нити је за његово постојање нужно постојање тог потраживања. С обзиром на овакву самосталност, земљишни дуг се може и преносити потпуно независно од евентуалног преноса потраживања. Иста правила важе и за рентни дуг, као посебну врсту земљишног дуга.

Строга акцесорност хипотеке несумњиво значајно умањује њену преносивост. Нови стицалац потраживања обезбеђеног хипотеком мора увек бити сигуран да је потраживање пуноважно настало и да није престало. Правило да хипотека постоји док се не избрише из земљине књиге одн. другог регистра непокретности ништа стицаоцу потраживања не олакшава положај, јер без пуноважно насталог и постојећег потраживања он не може преко хипотеке остварити никакво намирење.

Због тога је у неким земљама настала тзв. прометна хипотека која се од обичне разликује по томе што се претпоставка о постојању хипотеке која је уписана у земљишну књигу протеже и на потраживање које обезбеђује, а на основу општег правног принципа јавног поверења у јавне књиге.³⁷⁷ На тај начин се кроз форму прометне хипотеке ублажила строга акцесорност хипотеке, што је у пракси довело до тога да се овај облик хипотеке најчешће користи. Ипак, уговорне стране могу искључити овакво ублажавање акцесорности, чиме своју хипотеку обликују као тзв. сигурносну хипотеку.³⁷⁸ Додуше и сигурносна хипотека се може преносити, али је стицалац може стећи само ако обезбеђено потраживање постоји.

Може се, дакле, закључити да заложна права на непокретностима, а с обзиром на принцип акцесорности, имају следеће карактеристике:

- хипотека (основни тип, сигурносна хипотека) – строго акцесорна;
- прометна хипотека - акцесорна, али је акцесорност ублажена за стицаоца који се поузда у постајање потраживање на основу података из земљишне књиге;
- земљишни дуг (укључујући и рентни дуг) – неакцесорно право залог на непокретностима.

С обзиром на овакве карактеристике појединих заложних права на непокретностима, јасно је да је за повериоца најбољи земљишни дуг, јер се на основу њега може намирити независно од тога да ли потраживање постоји, док је за дужника најповољнији основни тип хипотеке (сигурносна хипотека) јер до њене реализације може доћи само ако потраживање постоји, тј. само ако он још стварно дугује.³⁷⁹

³⁷⁷ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 363.

³⁷⁸ В. пар. 1184 BGB.

³⁷⁹ Упор. Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 365.

4.2. Компарација по основу способности за циркулацију

Сва заложна права на непокретностима су ограничена стварна права. За њих, као што је познато, важи правило да се преносе споразумом странака и уписом у регистар непокретности. Због тога се заложна права на непокретностима која се овако преносе називају и књишким (књижним) заложним правима (књишка хипотека, књишки земљишни дуг, књишки рентни дуг).

Међутим, у циљу побољшања преносивости, у упоредном праву постоји и други тип заложних права на непокретностима који се назива „писмоносним“ (или писмовним). То су писмоносна хипотека, писмоносни земљишни дуг и писмоносни рентни дуг (у немачком праву: Briefhypothek, Briefgrundschuld, Briefrentenschuld). За разлику од књишких заложних права, писмоносна заложна права се преносе споразумом (писменом изјавом) и преносом писмена у којем је утврђена хипотека, без уписа у земљишну књигу. Упис у земљишну књигу је неопходан само за искључење преноса путем преноса писмена. Ако таквог искључења нема, хипотека је по законској претпоставци „писмоносна“. Због тога су писмоносна заложна права правило, а књишка изузетак који постоји само ако се правило искључи и то искључење упише у земљишну књигу.

„Писмоносна“ заложна права су не само лакше преносива него имају и додатну предност да омогућавају истовременост стављања на располагање кредитне суме кориснику кредита са давањем обезбеђења („из руке у руку“) што је велика предност у пословним односима између банке и корисника кредита. На тај начин се избегава потреба претходног успостављања хипотеке или другог заложног права, што може бити за корисника кредита ризично, јер он може успоставити хипотеку а да му се кредитна сума не стави на располагање или да банка постави неке додатне услове за њено коришћење.

„Сигурносна“ хипотека, нужно мора бити „књишка“ хипотека. „Прометна“ хипотека је, напротив, по претпоставци „писмоносна“, а само изузетно „књишка“

(ако се у земљишну књигу упише искључење могућности сачињавања и преноса хипотеке путем хипотекарног писма). То значи да се „сигурносна“ хипотека додуше може преносити, али знатно теже од „прометне“ хипотеке, која је по законској претпоставци „писмоносна хипотека“. Због тога „прометна“ хипотека има апсолутни приоритет у односу на „сигурносну“ хипотеку у земљама у којима постоје оба ова модалитета хипотеке.

Јасно је по себи да је с обзиром на преносивост ситуација следећа:

- писмоносна заложна права – лако преносива;
- књишка заложна права – теже преносива, само уз упис у земљишну књигу.

4.3. Компарација према личности повериоца

Заложна права на непокретностима се редовно јављају као заложна права поверилаца на туђим непокретностима. Личност повериоца и личност власника непокретности су редовно различите.

Ипак, у систему заложних права на непокретностима није непозната ни ситуација постојања заложног права на сопственој непокретности. Наиме, пракса је по себи отворила бар два питања. Прво је било, шта бива са заложним правом на непокретности када сам власник непокретности (посебно ако није дужник из основног односа) измири дуг? И друго, како би правно требало третирати стање (посебно код хипотеке) у којем потраживање које се жели обезбедити није (или није пуноважно) настало или је настало уз одложни услов? Начелно, на ова питања могућа су два основна одговора.

Први могући одговор је да сваком заложном праву на непокретности треба признати резервисани ранг (по принципу приоритета) и онда када дуг измири власник непокретности, с тим да на њега, заједно са потраживањем, прелази тада и

заложно право, које се сада јавља као сопствено заложно право на својој непокретности (сопствена хипотека, сопствени земљишни дуг).

Друга је могућност да при измирењу основног дуга заложно право престаје, па евентуална заложна права других поверилаца на истој непокретности побољшавају свој ранг.

Могућност постојања заложног права на сопственој непокретности је најдоследније развијена у немачком праву. Тако у низу случајева у којима заложно право другог лица још није настало (напр. код хипотеке ако још није настало потраживање које ће њоме бити обезбеђено) или је касније престало, због измирења дуга од стране власника непокретности, заложно право на непокретности има сам власник ствари (сопствена хипотека, сопствени земљишни дуг).³⁸⁰

Концепт сопственог заложног права на својој непокретности се заснива на принципу трајности ранга заложног права. Опште позната је чињеница да различито рангирана заложна права на некој непокретности имају различиту вредност. Прва хипотека је најсигурнија („највреднија“) за повериоца, затим долази хипотека другог реда, затим трећег реда итд. Наравно, на основу хипотеке првог реда услови банкарског кредита су повољнији, посебно у погледу каматне стопе, али често и у погледу дужине времена отплате и других услова. Ако би власник непокретности измирио дуг, а на њега не би, заједно с потраживањем прешла и хипотека, тада би хипотеке другог трећег и даљих редова напредовале у рангу за по једно место. У том случају би оне уживале предности сигурнијег ранга, што је повезано са нижим каматним стопама и другим погодностима. То не би било сасвим правично, па је немачки законодавац предвидео да у таквом случају „власник стиче хипотеку“³⁸¹ Ако, међутим, потраживање није ни настало или је престало тада власник постаје заложни поверилац на сопственој непокретности, али због принципа акцесорности не у облику сопствене хипотеке већ сопственог

³⁸⁰ В. Baur, Baur, Stürner, *op. cit.* с. 367.

³⁸¹ В. пар. 1163 ст. 1 BGB.

земљишног дуга³⁸² Као што се види, сопствено заложно право на својој непокретности у облику хипотеке постоји само ако још постоји и потраживање. У противном, ако потраживање није настало или је престало, то право се јавља само у облику сопственог земљишног дуга. Земљишни дуг није акцесорног карактера па за његово постојање није услов постојање самог потраживања.

4.4. Компарација према броју оптерећених непокретности

Редован је случај да се за једно потраживање конституише једна хипотека на једној непокретности. При томе је без значаја да ли је непокретност у својини дужника из основног односа или је у својини неког трећег лица. Конституисање више хипотека на истој непокретности за једно исто потраживање правно није могуће. Али, за обезбеђење једног потраживања се може конституисати једна хипотека на више непокретности. У питању је тзв. заједничка или скупна (симултана) хипотека.³⁸³

³⁸² В. пар. 1163 ст. 1 и пар. 1177 BGB.

³⁸³ В. о овоме више, *infra*, део трећи, глава четврта, под 3.

Глава трећа:

ПОЈАМ, ПРЕДМЕТ И ПРАВНА ПРИРОДА ХИПОТЕКЕ

1. Појам

Хипотека је класичан правни институт, познат још у Римском праву, који је током времена у законодавству и правној науци био много пута дефинисан на различите начине.

У наредним излагањима указаћемо на неке важније дефиниције хипотеке у легислативи, страниј и домаћој, као и у правној теорији.

1.1. Законско регулисање

1.1.1. Упоредно право

1.1.1.1. Немачко право

а) Законско дефинисање. Хипотека је у немачком праву регулисана Грађанским законом (Bürgerliches Gesetzbuch - скраћено: BGB). Хипотека је у овом закону детаљно регулисана посебним одредбама пар. 1113 до 1190, али се на њу примењују и опште одредбе пар. 1105 до 1112 овог законика, којима се уређују терети на непокретностима уопште.

Хипотека је у немачком праву законски дефинисана на следећи начин:

„Непокретност може бити оптерећена на тај начин да се оном, у чију корист је терет, мора из непокретности исплатити одређена сума новца, ради намирења његовог потраживања“.³⁸⁴ (превод-Ј.Ш.В.).

б) *Остала правила.* Хипотека је уређена као ограничено стварно право намирења повериоца из вредности хипотековане непокретности. Акцесорног је карактера већ на основу закона. Може постојати само уз главно потраживање, његовим преносом преноси се и хипотека као споредно право.

Хипотека настаје уписом у земљишне књиге. Поред уговора о обезбеђењу, који је облигационе природе и обавезује власника ствари да повериоцу омогући установљавање хипотеке на његовој непокретности, за настанак хипотеке је неопходан додатан стварноправни споразум (уговор) између власника непокретности и повериоца којим се успоставља хипотека, као и упис хипотеке у земљишне књиге.

У немачком праву хипотека се јавља као прометна хипотека (*Verkehrshypothek*) и као сигурносна или обезбеђујућа хипотека (*Sicherungshypothek*). Прометна хипотека опет може бити књижна (*Buchhypothek*) и писмовна (*Briefhypothek*). О овим врстама хипотеке је већ било помена и раније³⁸⁵

Хипотекарни поверилац се може намирити из вредности хипотековане непокретности када му потраживање о доспелости не буде намирено. Поступак намирења се остварује у поступку принудне наплате у извршном поступку. Он се спроводи на основу извршног наслова. Тај наслов може бити претходно исходована правоснажна судска одлука,³⁸⁶ али може бити и судски и нотаријално оверена

³⁸⁴ В. пар. 1113 BGB.

³⁸⁵ В. *supra*, део трећи, глава друга.

³⁸⁶ Пар. 704 I Закона о парничном поступку (*ZPO –Zivilprozessordnung*) Немачке.

исправа³⁸⁷ у којој се власник обавезао да ће се подвргнути принудном поступку наплате хипотеке.

1.1.1.2. Француско право

а) *Законско дефинисање.* Хипотека је у Грађанском законнику Француске дефинисана као право на непокретности установљено ради обезбеђења неке облигације.³⁸⁸

б) *Друга правила.* У француском праву хипотека је регулисана на класичан начин. Она је средство обезбеђења на непокретности, односно заложно право на непокретности у циљу обезбеђења потраживања. Хипотека је строго акцесорна, као што је напр. сигурносна хипотека у немачком праву. Хипотека са ублаженом акцесорношћу, као прометна хипотека у немачком праву, не постоји. Такође не постоји земљишни дуг нити било који други облик неакцесорног права намирења на непокретности. Не постоји ни разликовање на писмовну (Briefhypothek) и књишку (Buchhypothek) хипотеку.

По начину настанка разликују се уговорна, законска и судска хипотека. Уговорна хипотека (чл. 2124-2133 С.с.) захтева јавнобележничку (нотаријалну) форму. Законска хипотека настаје на основу закона (чл. 2121 С.с. С.с.), а судска на основу одговарајуће судске одлуке. (чл. 2123 С.с.).

Да би деловала према трећима, хипотека мора бити уписана у хипотекарни регистар.

Хипотека обухвата и саставне делове и припатке непокретности, као и неке специфичне правне захтеве, као напр. захтев за накнаду штете по основу осигурања

³⁸⁷ Пар. 794 I Бр. 5 Закона о парничном поступку (ZPO) Немачке.

³⁸⁸ В чл. 2114 ст. 1 Грађанског законика Француске (Code civile).

непокретности. Хипотека се може успоставити не само на непокретности већ и на неким стварним правима, као напр. на праву плодуживања.

Хипотекарни поверилац има тзв. право следовања или слеђења (*droit de suite*), тј. може да користи право да се намири из вредности непокретности и према свим каснијим стицаоцима хипотековане непокретности. Надаље, има право да се намири из вредности непокретности и то у поступку јавне продаје, само изузетно на основу слободне продаје. Такође има приоритетно или преференцијално право на намирење из остварене цене при продаји хипотековане непокретности.

Поред хипотеке, француско право познаје и антихрезу (чл. 2085 С.с.) као право коришћења код којег поверилац има право на државину и коришћење непокретности

1.1.1.3. Италијанско право

а) Законско дефинисање. Хипотека је дефинисана у Грађанском законнику Италије као право повериоца (зајмодавца) на непокретности, које га овлашћује, такође и наспрам стицаоца те непокретности, да се приоритетно намири из цене остварене продајом те непокретности ради задовољења свог захтева којем ово право служи као гаранција.³⁸⁹

б) Друга правила. Италијанско право такође познаје само акцесорно заложно право на непокретности, тј. само класичну хипотеку. При продаји непокретности, међутим, допуштено је и уговарање задржавања права својине.

Хипотека је регулисана у Грађанском законнику Италије. Слично француском праву, постоје и у италијанском праву законска хипотека, која пре свега служи намирењу продавца непокретности за купопродајну цену (чл. 2817 С.с.) судска

³⁸⁹ В.чл. 1808 ст. 1 Грађанског законика Италије (*Codice civile*).

хипотека (чл. 2818-2820 С.с.) и уговорна хипотека (чл. 2821-2826 С.с.). уговорна хипотека. Стицање хипотеке се може остварити само на основу јавне или приватне исправе, с тим да хипотека настаје уписом у земљишне књиге. Упис губи своје дејство након истека рока од двадесет година (чл. 2847 С.с.).

Хипотека се протеже и на сва побољашња, доградње и друга повећања непокретности (чл. 2811 С.с.) .) као и на припатке непокретности (чл. 2808 С.с.).

Хипотека даје право хипотекарном повериоцу да се приоритетно намири из цене која се оствари јавном продајом хипотековане непокретности.

1.1.1.4. Енглеско право

Енглеско право познаје хипотеку (*mortgage*) као право намирења на непокретности, ради обезбеђења новчаног потраживања.

Постоје различите врсте *mortgage*. Приликом настанка (успостављања) хипотеке разликују се *mortgage* која настаје преносом поседа (*demise*) и *mortgage* која настаје на основу исправе (*deed*). У погледу правне садржине разликују се *legal mortgage* и *equitable mortgage*.

Хипотекарни поверилац има различита права. При томе, међутим, постоје значајне разлике између *legal mortgage* и *equitable mortgage*.

Код *legal mortgage* хипотекарни поверилац има, пре свега, право да се намири из вредности хипотековане ствари у висини свог ненамиреног потраживања и то на тај начин што ће хипотековану непокретност продати (*right of sale*) и из остварене новчаног износа се намирити. Поред тога, у случају неплаћања дуга, може узети хипотековану непокретност у свој посед. Ово право, међутим, има само код *legal mortgage* не и код *equitable mortgage*. Такође може тражити од суда одузимање

права власника на непокретности, мада су овакве судске одлуке у пракси ретке. Коначно, хипотекарни поверилац може поставити и управитеља непокретности.

Код *equitable mortgage*, напротив, право на продају непокретности (*right of sale*) као и могућност постављања управитеља непокретности хипотекарни поверилац има само ако је хипотека установљена исправом (*deed*) или судском одлуком.

1.1.1.5. Право Европске уније

Јединствено тржиште, слободан проток робе, услуга, капитала и радне снаге захтева и слободно кредитно тржиште на простору целе Европске Уније. Због тога је хармонизацији правила о хипотеци, као битном средству обезбеђења кредита поклањана одговарајућа пажња већ од самог настанка Европске Економске Заједнице. Ипак, и поред више покушаја, напори до сада нису уродили плодом, у Европској Унији још увек нема хармонизованих прописа о хипотеци. То свакако не треба да чуди јер је од свих подручја приватног права подручје стварног права свакако једно од оних у којима су националне правне традиције најчвршће.

Ако би се сумарно представили досадашњи напори усмерени на хармонизацију и унификацију правила о хипотеци, односно тзв. „еврохипотеци“, неопходно би било указати бар на неколико момената. Први значајнији резултат почетних напора за хармонизацију правила о хипотеци представља тзв. Сегреов извештај из 1966. године о развоју европског тржишта капитала.³⁹⁰ У том извештају, поднетом Комисији Европске Економске Заједнице, група експерата, на чијем челу је био професор Клаудио Сегре, је уз друге предлоге за развој кредитног тржишта предложила да се проучи могућност регулисања средства обезбеђења који би био

³⁹⁰ EEC Commission, *The Development of a European Capital Market*, Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission, Brussels, 1966, доступно на http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documentation/chapter1/1966_1130en382develeurocapitm_a.pdf (tzv. *Segre Report*).

сличан немачком земљишном дугу (у облику писма) као погодном неакцесорном средству обезбеђења у пракси немачких банака.³⁹¹

Следећи важан моменат у развоју идеје о „еврохипотеци“ је предлог Међународне уније латинског нотаријата 1987. године³⁹² у којем се по први пут и употребљава назив „еврохипотека“. У овом предлогу се не предлаже хармонизација националних права о хипотеци (као у Сегреовом извештају) већ се, напротив, предлаже Комисији креирање једног новог, европског заложног права на непокретности, поред оних који постоје у државама чланицама. У креирању овог јединственог заложног права на непокретности овај предлог за узор узима швајцарско писмо о дугу, гилт (Gült).

Први конкретни нацрт правила о неакцесорном „европском“ заложном праву на непокретности је 1998. године сачинило удружење хипотекарних банака Немачке. Овај текст је био неформалног карактера а служио је, пре свега, као смерница при уређивању заложних права у новом законодавству у земљама централне и источне Европе. И овај документ предвиђа неакцесорно заложно право на непокретности као погоднији облик обезбеђења. Коначно, 2005. године група експерата је сачинила „Основне смернице за еврохипотеку“ у којима се такође еврохипотека види као неакцесорно заложно право на непокретности, односно као неакцесорно право на наплату одређене суме новца из непокретности. Ваља поменути и извештај Форум групе за хипотекарни кредит из 2004. године, Директората Европске Уније под називом „Интеграција тржишта хипотекарних кредита у

³⁹¹ Segre Report, 151 (Глава 7, тачка 15).

³⁹² Hans G. Wehrens, Hans (и други), *La cedula hypothecaire suisse et la dette fonciere allemande - Etude comparative base d'une future Eurohypothèque*, немачка верзија *Der schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld - Eine Rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek*, Union Internationale du Notariat Latin, умент је Amsterdam, 1988, овај документ у електронској форми је доступан на следећој адреси: [http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/CAEuropa/Legislatura%201988-2004%20-%20Estudios%20y%20trabajos%20de%20la%20CAUE%20\(actualmente%20denominada%20CAE\)/LA%20CEDULE%20HYPOTHE-CAIRE%20SUISSE.pdf](http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/CAEuropa/Legislatura%201988-2004%20-%20Estudios%20y%20trabajos%20de%20la%20CAUE%20(actualmente%20denominada%20CAE)/LA%20CEDULE%20HYPOTHE-CAIRE%20SUISSE.pdf).

ЕУ“.³⁹³ И у овом документу се наглашава потреба за флексибилним заложним правом на непокретности које не било строго акцесорно. На основу овог извештаја Комисија је 2005. године објавила Зелену књигу о хипотекарном кредиту у ЕУ, у којој је упутила на даље дискусије о могућности и потреби уређивања хипотеке у ЕУ.³⁹⁴

Остаје је да се види да ли ће и када доћи до хармонизације прописа о хипотеци, односно до креирања заложног права на непокретности у оквиру Европске Уније. Из досадашњег тока расправа и поднетих предлога реално је закључити да ће, ако до правног уређивања заложног права на непокретности дође, то по свој прилици бити неки облик неакцесорног заложног права.³⁹⁵

1.1.1.6. Права бивших југословенских република

У праву *Републике Словеније* хипотека је регулисана у Стварноправном закону из 2002 године.³⁹⁶

³⁹³ *The Integration of EU Mortgage Credit Markets, Report by the Forum Group on Mortgage Credit*, European Commission, European Communities 2004. Овај материјал је доступан на следећој адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf.

³⁹⁴ *The Integration of EU Mortgage Credit Markets, Report by the Forum Group on Mortgage Credit*, European Commission, European Communities 2004, документ је доступан на следећој адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf.

³⁹⁵ Због битно различитог уређивања заложних права на непокретности у државама чланицама (напр. принцип апстрактности и принцип одвојености облигационоправних и стварноправних промена у немачком и консенсуални принцип у француском праву, Bülow предлаже да се у хармонизацији законом у свим земљама чланицама уреди она садржина која се уређује уговором о обезбеђењу (в. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 44).

³⁹⁶ Урадни list Словеније, бр. 87/2002 од 17.10.2002.

Хипотека је дефинисана као заложно право на непокретности³⁹⁷ Може настати на основу правног посла, на основу непосредно извршног нотарског записа и на основу судске одлуке. У свим овим случајевима хипотека настаје уписом у земљишне књиге. Поред тога хипотека може настати и на основу закона. У том случају настаје у тренутку када су испуњене претпоставке из закона. Забрањена је антихреза. Право намирења се начелно остварује у судском поступку, тужбом код надлежног суда, али и вансудски, на основу непосредно извршног нотарског записа.

У праву *Републике Хрватске* хипотека је регулисана у Закону о власничким и другим правима.³⁹⁸ У њему је хипотека дефинисана као «добровољно заложно право које се на ствари оснива без предаје ствари вјеровнику у посјед и које га не овлашћује да држи залог у посједу...».³⁹⁹ Према овом закону на некретнинама је могуће основати заложно право једино као хипотеку.⁴⁰⁰ То значи да у хрватском праву нема места за земљишни дуг и друга, неакцесорна заложна права на непокретности.

Хипотека се стиче укњижбом у земљишну књигу а «на некретнинама које нису уписане у земљишне књиге, оснива се добровољно заложно право полагањем у суд овјеровљене исправе којом власник некретнине допушта укњижбу тога права на њој; за то се полагање узима да је укњижба, односно предбиљежба и на одговарајући се начин примјењују правила о стјецању тим уписима у земљишну књигу»⁴⁰¹ Право на намирење поверилац остварује у судском поступку.

³⁹⁷ „Hipoteka je zastavna pravica na nepremicninah“ (чл. 138 Стварноправног законика Словеније).

³⁹⁸ В. »Народне новине« Републике Хрватске, бр. 91/96., 68/98., 137/99., 22/00., 73/00., 114/01., 79/06. 141/06, 146/2008).

³⁹⁹ В. чл. 394 ст. 1 овог закона.

⁴⁰⁰ Чл. 384 ст. 2 истог закона.

⁴⁰¹ Чл. 309 ст. 3 овог закона.

У праву *Републике Македоније* хипотека је уређена Законом о уговорној хипотеци из 2000. године.⁴⁰² Хипотека се одређује као средство којим се обезбеђује намиривање одређеног новчаног потраживања или потраживања које може да се изрази у новцу из предмета хипотеке.⁴⁰³ Право на хипотеку се стиче закључењем уговора о хипотеци и њеним уписом у јавну књигу. Дозвољен је институт *lex commissoria*. Уговор о хипотеци се мора закључити у писаној форми. Реализација хипотеке се врши преко нотара или преко неког правног лица регистрованога за промет некретнина или преко суда у извршном поступку.⁴⁰⁴

У праву *Републике Црне Горе* хипотека је дефинисана у Закону о хипотеци⁴⁰⁵ на следећи начин: «Ради обезбеђења одређеног потраживања непокретна ствар може бити оптерећена правом залог у корист повјериоца (хипотека) који је овлашћен, на начин прописан законом, да тражи намирење свог потраживања из вриједности те непокретности прије повјерилаца који на њој немају хипотеку, као и прије повјерилаца који су хипотеку на њој стекли после њега, без обзира на промјену власника оптерећене непокретности.»⁴⁰⁶ Хипотека може настати на основу уговора, закона и судске одлуке, а заснива се уписом у катастар непокретности. Уговор о хипотеци мора бити закључен у писаној форми и оверен од надлежног органа. Намирење повериоца из вредности хипотековане непокретности се врши у вансудском и судском поступку продаје.

У праву *Републике Босне и Херцеговине* постоји Оквирни закон о залозима, а у Републици Српској и Закон о стварним правима у којем је регулисана и хипотека. Заложно право, као право којим може бити оптерећена одређена покретна или непокретна ствар се дефинише као „ограничено стварно право на одређеној ствари

⁴⁰² Закон за договорна хипотека ("Службен весник на Република Македонија" бр. 59/2000 од 22. јула 2000. године.

⁴⁰³ В. чл. 2 ст. 1 овог закона.

⁴⁰⁴ В. чл. 43 овог закона.

⁴⁰⁵ Службени лист Црне Горе бр. 52/04.

⁴⁰⁶ Чл. 1 овог закона.

или праву (залогу) које даје овлашћење свом носиоцу (заложном повјериоцу) да одређено потраживање, уколико му не буде испуњено након доспијећа, намири из вриједности те ствари, а власник ствари (заложни дужник) дужан је то да трпи“.⁴⁰⁷

1.1.2. Право Републике Србије

У нашем Закону о хипотеци хипотека је дефинисана као „*заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости, захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком (у даљем тексту: потраживање) из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца (у даљем тексту: поверилац), без обзира у чијој својини се непокретност налази.*“⁴⁰⁸

Из овакве легислативне дефиниције може се извући неколико битних карактеристика хипотеке.

Пре свега, хипотека је *право*. То је субјективно право које је приватноправног карактера, будући да регулише приватноправни однос између његовог имаоца и власника непокретности.

Друго, то право је *заложно право*, тј. право заложног карактера.

Треће, то право је *право на непокретности*, за разлику од ручне залоге која је право на покретним стварима или правима.

Четврто, то право даје његовом имаоцу само једно овлашћење напрам непокретности. То овлашћење је *овлашћење на наплату* одређеног његовог

⁴⁰⁷ В. чл. 139 ст. 1 и 2 Закона о стварним правима Републике Српске (Службени гласник Републике Српске, бр. 124/2008 и 58/2009).

⁴⁰⁸ В. чл. 2 ЗХ.

потраживања из вредности хипотековане непокретности. Друга права на тој непокретности, као што је напр. право коришћења, право плодуживања, право на припатке ствари и др. хипотекарни поверилац нема.

Пето, право (овлашћење) на наплату из вредности хипотековане непокретности је условљено неизмирењем обезбеђеног потраживања о његовој доспелости. То значи да је хипотека *акцесорно право*, право које је везано за основно потраживање из неког правног основа.

Шесто, хипотека је *приоритетно (преференцијално) право* (право првенства) јер овлашћује њеног имаоца да се из хипотековане непокретности намири пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази.

1.2. Теоријске дефиниције

У теорији постоје бројне дефиниције хипотеке.

У домаћој правној теорији постоји више дефиниција које би се, условно, могле сврстати у неколико група.

Првој групи припадају схватања која истичу државину на непокретности, као одлучујући елемент дефиниције. У том смислу карактеристична је дефиниција по којој се хипотека појмовно одређује као „зложно право на непокретним стварима које остају у државини зложног повериоца“⁴⁰⁹

Другој групи припадају дефиниције које наглашавају право намирења као суштину хипотеке, и њену акцесорну везаност за обезбеђено потраживање. Таква је напр.

⁴⁰⁹ Бабић, Илија: Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право, пето измењено издање, Београд, 2008. с. 294.

дефиниција по којој је хипотека стварно право намирења које обезбеђује потраживање према власнику непокретности или трећем лицу, при чему је потраживање главно а хипотека споредно право.⁴¹⁰

За трећу групу дефиниција је карактеристична целовитост и уравнотеженост елемената који је чине. У том смислу наводимо дефиницију према којој се хипотека дефинише као „стварно право на непокретној ствари које свом имаоцу, хипотекару, омогућава да своје доспело потраживање намири из цене добијене продајом те непокретне ствари и то пре осталих поверилаца власника те ствари“⁴¹¹

1.3. Одређење појма хипотеке

На основу изнетих законских и теоријских дефиниција мислимо да би се хипотека најприкладније могла дефинисати као **заложно право повериоца на непокретности, које га овлашћује да своје потраживање намири из њене вредности пре других поверилаца, укључујући и доцније хипотекарне повериоце, ако дужник не исплати дуг о доспелости.**

1.4. Битни елементи појма

1.4.1. Преглед битних елемената

Из оваквог појмовног одређења хипотеке јасно произилазе и битни елементи појма хипотеке.

Најпре, хипотека је *заложно право*, што значи да има све битне особине заложних права уопште.

⁴¹⁰ Rauch, Wolfgang, Zimmermann, Stefan, Grundschuld und Hypothek, с. 226.

⁴¹¹ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 50.

Као заложно право оно је *стварно право* са апсолутним дејством према свима, посебно према власнику непокретности.

Затим, хипотека је *право повериоца*, дакле оног лица које се јавља као поверилац у неком дужничко-поверилачком односу.

Надаље, хипотека је право *на непокретности*, свеједно да ли је она у својини дужника из дужничко-поверилачког односа или је у својини трећег лица.

Хипотека је, такође, *право намирења*, тј. право које повериоца, као њеног имаоца, овлашћује да своје потраживање намири из вредности хипотековане непокретности.

Исто тако, хипотека је *приоритетно (привилеговано) право*, јер овлашћује његовог имаоца да се из вредности хипотековане непокретности намири пре свих других поверилаца, укључујући и доцније хипотекарне повериоце на истој непокретности.

Коначно, хипотека је *условно право*, тј. право које се може реализовати само под условом да дужник не исплати дуг о доспелости.

1.4.2. Хипотека је заложно право

Хипотека је заложно право на туђој непокретности. Као такво, оно има све битне карактеристике заложног права уопште.

За заложно право уопште је карактеристично да се ради о таквом праву повериоца које му омогућује намирење потраживања из предмета залогe од тренутка наступања обезбеђеног случаја. Како ће се поверилац намирити, зависи од начина на који је поступак његовог намирења прописан у праву неке земље. У сваком

случају намирење се остварује из новчане масе остварене продајом предмета залогe. Право повериоца на намирење из вредности предмета залогe, међутим, никако не значи да се власнику предмета залогe ускраћује или ограничава право на његову продају. Власнику предмета залогe и даље остају сва овлашћења из права својине, укључујући и право на отуђење предмета залогe. Конституисањем заложног права власник се само обавезао да трпи постојање права намирења из предмета залогe, као и само то намирење када се за њега стекну потребни услови. Заложно право је, дакле, терет на предмету залогe.

Од правила да је хипотека заложно право на туђој непокретности постоји један изузетак. Наиме у неким правима постоји и тзв. сопствена хипотека, тј. хипотека власника непокретности на сопственој непокретности.⁴¹² У земљама у којима се јавља, сопствена хипотека по правилу настаје у тренутку када власник непокретности, као треће лице (интерцесионар) исплати хипотекарном повериоцу дуг из основног правног односа (уговора о кредиту) уместо дужника. У том случају на власника непокретности прелази потраживање према дужнику из основног уговора (легална цесија), а са преласком потраживања *ex lege* на њега прелази и хипотека. На тај начин он постаје хипотекарни поверилац на сопственој непокретности, тј. настаје стање тзв. сопствене хипотеке.⁴¹³ У нашем праву у таквој ситуацији може настати стање тзв. „неисписане хипотеке“. Наиме, ако власник непокретности намири потраживање (добровољно или принудно) од основног дужника, а то је код уговора о хипотекарном кредиту корисник кредита, или ако потраживање престане на други начин, он не мора захтевати испис хипотеке. Хипотека је у том случају „неисписана“ и власник непокретности може у року од три године од престанка потраживања располагати таквом хипотеком на сопственој непокретности. Он је тако може пренети на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца, до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком.

⁴¹² О власничкој хипотеци в. напр. Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 370 и сл.; Rauch/Zimmermann, op. cit. с. 232.

⁴¹³ В. Wolf, Manfred, Sachenrecht, с. 423.

Насупрот хипотеци, земљишни дуг може увек вољом власника непокретности настати као сопствени земљишни дуг, захваљујући чињеници да је он неакцесорног карактера и да, према томе, не претпоставља постојање потраживања.

1.4.3. Хипотека је стварно право

Као и друга заложна права, хипотека је стварно право посебне врсте. За заложна права је опет карактеристично да њиховом имаоцу признају право намирења из предмета залогe.⁴¹⁴ То право намирења заложног повериоца се квалификује као ограничено стварно право.⁴¹⁵ Оно настаје правним послом (уговорна залога) на основу закона (законска залога) или на основу судске одлуке (судска залога) и делује према свима, како према актуалном власнику предмета залогe тако и према евентуалним будућим његовим власницима, као и према трећим лицима. Према томе, оно је, као и друга стварна права апсолутно по своме карактеру, јер делује *erga omnes*. Као такво у себи садржи право следовања и право првенства. Право следовања значи да је хипотекарни поверилац овлашћен да се намири из хипотековане непокретности како у односу на лице које је било њен власник у тренутку успостављања хипотеке, тако и у односу на сваког новог власника.⁴¹⁶

⁴¹⁴ „Хипотека као стварно право везана је за непокретност, а не за личност.“ (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 5.3.2003. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 2/2003 - стр. 49).

⁴¹⁵ У једној судској одлуци хипотека се одређује на следећи начин:“... Хипотека је стварно право на туђој непокретности која овлашћује хипотекарног повериоца да ради наплате доспелог, а ненамиреног новчаног потраживања, захтева посредством суда продају хипотекарне непокретности и да наплати своје потраживање из вредности добијене продајом. Хипотеком се обезбеђује тачно одређено новчано потраживање, бројчано изражено и које је стварно правно везано за непокретност, а не личност. (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 938/2006(2) од 15.3.2007. године).

⁴¹⁶ „.....Хипотека је по својој правној природи стварно право и она прати ствар без обзира на то ко је власник ствари.....“ ((Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 257/2004 од 29.1.2004. године).

Својство хипотекарног повериоца не зависи, дакле од промене власника хипотековане непокретности.⁴¹⁷ Право првенства значи да је хипотека, као и друга стварна права, јача од облигационих права (потраживања према власнику непокретности). Истовремено она је по питању намирења из непокретности јаче право и од права својине њеног власника, а јаче је право намирења и од истоврсног права (хипотеке) на истој непокретности које је касније настало. На квалификацију хипотеке као стварног права нема никаквог утицаја чињеница да и после њеног настанка државину на ствари задржава њен власник.⁴¹⁸

Право намирења кроз реализацију заложног права (продаја и намирење у законом прописаном поступку на основу судске одлуке или без ње) је искључиво право заложног повериоца. Такво право на предмету залогѐ његов власник никада нема, ни пре, ни након конституисања заложног права. Због тога је нетачно тврдити да се залогом део власничких права са власника предмета залогѐ преноси на заложног повериоца, као што тврди тзв. теорија раздвајања права.⁴¹⁹ Ово мишљење би могло бити прихватљиво да је власник предмета залогѐ икада имао право намирења, какво је прописано за заложног повериоца. Такво право, међутим, никада није улазило у корпус његових власничких овлашћења. Према томе, оно што власник никада није имао, не може на заложног повериоца ни да пренесе.⁴²⁰ По томе се залага битно разликује од других стварних права, као напр. од права плодоуживања које је по свом карактеру такође ограничено стварно право на туђој ствари, али је

⁴¹⁷ “Својство хипотекарног повериоца је независно од власништва на непокретности.....Хипотекарни поверилац је овлашћен, на начин предвиђен законом, да тражи намирење свог потраживања из вредности те непокретности пре поверилаца који над њом немају хипотеку, као и пре поверилаца који су хипотеку на њој стекли после њега, без обзира на промену власника оптерећене непокретности.....Дакле, ако су спорне непокретности промениле власника, та чињеница не утиче, нити мења статус хипотекарног повериоца....“ (Из образложења пресуде Врховног суда Србије, Пзз. 72/01 од 12. 6. 2002. године).

⁴¹⁸ Исто: Бабић, *op. cit.* с. 294.

⁴¹⁹ Теорију раздвајања права (*Abspaltungstheorie*) заступају напр. Baur, Baur, Stürner (*op. cit.*, par. 3 II (с. 17) Schapp-Schur, *Sachenrecht*, RN. 384 и Wolf, *Sachenrecht*, с. 358.

⁴²⁰ Тако Bülow, *op. cit.* с. 28.

оно било једно од својинских овлашћења власника ствари које је пренето на плодоуживаоца.

Заложно право је по своје карактеру акцесорно, тј. правно зависно од потраживања чијем обезбеђењу служи. Ово опште правило важи и за хипотеку. Изузетак од овог правила су само заложна права на непокретностима у облику земљишног дуга, која су неакцесорног карактера.

1.4.4. Хипотека је право повериоца

Хипотека је стварно право повериоца. За постојање хипотеке, као акцесорног стварног права, неопходно је постојање потраживања које се њоме обезбеђује. Због тога се хипотека не може успоставити као право било којег лица. Напротив, оно се нужно јавља као право повериоца, дакле као право лица чије се потраживање залогом обезбеђује.

1.4.5. Хипотека је право на непокретности

Хипотека је право намирена које се у корист повериоца успоставља на некој непокретности.⁴²¹ Ова непокретност може бити у својини дужника, што је у пракси најчешћи случај, али и у својини неког трећег лица. Само изузетно, како смо навели, у неким правима је могуће постојање и тзв. сопствене хипотеке тј. хипотеке која постоји на непокретности у својини самог хипотекарног повериоца.

Код уговора о хипотекарном кредиту се такође хипотека најчешће конституише на непокретности корисника кредита, као дужника из уговора о кредиту, али нису ретки случајеви да се конституише и на непокретности неког трећег лица.

⁴²¹ У неким романским земљама хипотеком се називају сва бездржавинска заложна права.

1.4.6. Хипотека је право намирења

Хипотека, као заложно право на непокретности је, као и друга заложна права, ограничено стварно право на (туђој) ствари, које се искључиво своди на право намирења из вредности предмета залоге (само изузетно у неким земљама је могућа реализација хипотеке и преко принудне управе над непокретношћу). Ово право је апсолутно јер делује према свима, нарочито и према власнику предмета хипотеке. Међутим, ово право не овлашћује хипотекарног повериоца ни на каква друга права осим на право намирења из предмета хипотеке у прописаном поступку и под прописаним условима. Хипотекарни поверилац не може да предмет хипотеке користи нити да на било који други начин њиме располаже. Његово је једино право да се из вредности предмета хипотеке намири. Сва остала права остају код власника предмета хипотеке, укључујући и право на његово отуђење.

С обзиром да је хипотека искључиво право намирења, није допуштено ни другачије уговарање. Хипотекарни поверилац и власник хипотековане непокретности не могу уговорити да хипотекарни поверилац остварује још нека права на непокретности. Исто тако ништав је и сваки споразум о томе да се поверилац може намирити тако што ће му припасти непокретност или један њен део. Овакав став у науци⁴²² прате и одговарајућа правила у националним правима.⁴²³

Како се, међутим, намирење хипотекарног повериоца остварује кроз продају предмета хипотеке, то се његово овлашћење на продају и намирење јавља на неки начин као конкурентно право у односу на право власника да отуђује предмет хипотеке.⁴²⁴ Ипак, ова конкурентност права на отуђење предмета хипотеке (права хипотекарног повериоца на намирење кроз продају непокретности у прописаном поступку и права власника непокретности на отуђење) не угрожава хипотекарног

⁴²² В. Wolf, *op. cit.* с. 359.

⁴²³ Овакво правило постоји напр. у немачком праву (пар. 1229 BGB) а прихвата га и наше право (в. чл. 13 ст. 1 т. 2 ЗХ).

⁴²⁴ Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 29.

повериоца, будући да он може остварити поступак намирења увек, како онда када је предмет хипотеке остао у својини првобитног власника, тако и у случају да га је стекло друго лице.

1.4.7. Хипотека је привилеговано право

Право хипотекарног повериоца на намирење из вредности непокретности је привилеговано право. Из вредности непокретности се хипотекарни поверилац може намирити пре других поверилаца власника непокретности. У стечају хипотекарни поверилац има статус разлучног повериоца, што значи да му се признаје право одвојеног намирења из целокупне вредности хипотековане непокретности, пре свих других стечајних поверилаца.

1.4.8. Хипотека је условно право

Хипотека, као заложно право на непокретности настаје, дудуше, у тренутку њеног уписа у регистар непокретности, али се хипотекарни поверилац може намирити из вредности хипотековане непокретности тек од тренутка тзв. “зрелости“ хипотеке тј. од тренутка када је дужник из основног односа пао у доцњу у погледу испуњења своје обавезе према хипотекарном повериоцу.

Хипотека се, дакле, може реализовати, тј поверилац се на предмету хипотеке може намирити само под условом да дужник из основног посла није на време испунио своју обавезу.

Ипак, хипотека је условно право само у погледу намирења из вредности предмета хипотеке. Право хипотекарног повериоца да буде уписан као такав у регистар непокретности и да ужива статус хипотекарног повериоца је, међутим, безусловног карактера.

1.5. Принципи хипотеке

Хипотека, као заложно право на непокретности, заснива се на више принципа од којих су најзначајнији:

- принцип јавности,
- принцип акцесорности,
- принцип специјалности и
- принцип приоритета.

1.5.1. Принцип јавности (публицитета)

Пошто је хипотека ограничено стварно право на (туђој) непокретности с апсолутним дејством према свима, то је неопходно да се она учини јавном на такав начин да се сва трећа лица могу обавестити о њеном постојању. Код ручне залогe то није неопходно, будући да заложни поверилац има заложену ствар у државини, па свако савесно лице може претпоставити да је његова или бар да има неко стварно право на њој. Код хипотеке то, међутим, није случај. Непокретност, и после конституисања хипотеке на њој, остаје у поседу власника. Због тога је неопходно да се постојање хипотеке на посебан начин учини јавним, да би се сва трећа заинтересована лица могла обавестити о њеном постојању. То се у савременим правима остварује уписом хипотеке у земљишне књиге односно друге регистре непокретности.

Принцип јавности (публицитета) је у функцији намере законодавца да правне односе у вези са непокретностима учини транспарентним. Државина сама по себи још ништа не говори о правним односима који постоје у вези са неком непокретношћу, посебно не о својинским односима или о заложним правима. Све те и друге информације садрже земљишне књиге одн. други регистри непокретности. Због значаја ових регистара за јавност и правну сигурност уписи у њих имају

конститутивни карактер. То важи за упис хипотеке на непокретности, што значи да хипотека на постоји док се не уписе у одговарајући регистар непокретности.

1.5.2. Принцип акцесорности

За хипотеку, као и за ручну залогу, важи принцип акцесорности. Он значи да је настанак и постојање хипотеке непосредно зависно од постојања потраживања које се њоме обезбеђује. Хипотека настаје само ако постоји потраживање које се њоме обезбеђује. Исто тако она постоји као хипотека само док постоји обезбеђено потраживање. Хипотека је, дакле споредно право које дели судбину потраживања као главног права (*accessorium sequitur principale*). Такав однос између потраживања и хипотеке се изводи из циља хипотеке, тј. њеног обезбеђујућег карактера.⁴²⁵ Преносом потраживања на друго лице (нови поверилац) преноси се и хипотека.. Потраживање и хипотека су неодвојиви. Једно без другог се не могу преносити.

Хипотека је акцесорно право по самом закону. По томе се она суштински разликује од земљишног дуга који је самостално неакцесорно заложно право на непокретности. Због тога је за обезбеђење кредита земљишним дугом уговор о обезбеђењу од суштинске важности јер се у недостатку законске акцесорности, однос зависности са кредитним потраживањем (посебно утврђивање циља обезбеђења!) не претпоставља већ се може успоставити само уговорним путем. Код хипотеке, напротив, овај уговор има мању улогу јер њиме није неопходно одредити циљ обезбеђења, већ само потраживање чијем обезбеђењу хипотека служи. Због принципа акцесорности код хипотеке се стално мора пазити не само на стварноправни акт њеног заснивања (као што је то код земљишног дуга) већ и на потраживање из основног посла.⁴²⁶

⁴²⁵ Dörner, и др. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, коментар уз пар. 1112, с. 1280.

⁴²⁶ В. Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 376.

1.5.3. Принцип специјалности

Хипотека се може успоставити само на тачно одређеној непокретности (принцип специјалности).⁴²⁷ Није могуће хипотеком оптеретити укупност некретнина (тзв. генерална хипотека) већ само тачно одређену некретнину односно тачно индивидуално одређене некретнине неког лица. Принцип специјалности гарантује и регистар некретнина јер се тек на основу претходне катастарске идентификације некретнине може уписати хипотека на њој.

1.5.4. Принцип приоритета

За разлику од персоналних средстава обезбеђења, напр. јемства, код којих су сви повериоци према неком лицу као јемцу у истом положају, независно од тога када су стекли потраживање и када су са њим закључили уговор о јемству, код хипотеке важи принцип приоритета. Овај принцип значи да раније успостављена (у регистар непокретности уписана) хипотека има приоритет у односу на касније настале. Из вредности непокретности ће се најпре намирити хипотекарни поверилац првог реда, затим хипотекарни поверилац другог реда итд. Ред одређује време уписа у регистар непокретности при чему важи принцип да раније уписане хипотеке имају виши ранг од касније уписаних (*prior tempore potior iure*).

⁴²⁷ У једном судском решењу (Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7967/2004 од 25.11.2004. године) ово начело одређује на следећи начин: „.....Из цитираног законског прописа произилази да је Закон усвојио начело специјалитета хипотеке. У смислу овог начела хипотеком се може обезбедити само одређено потраживање једног повериоца, уз назначење износа тог потраживања, ранга хипотеке и да заложно право може постојати само на одређеној ствари а не на свим стварима залогодавца.“

Према томе, намирење поверилаца се одвија на један од следећих начина. Ако је на некој непокретности установљена само једна хипотека, намирење је једноставно. Хипотекарни поверилац ће се о доспелости („зрелости“) хипотеке намирити из њене вредности по прописаном поступку. Ако нешто од новца преостане, он се враћа (дотадашњем) власнику непокретности.

У случају да је на истој непокретности уписано више хипотека, из њене вредности се најпре намирује поверилац који је први уписао хипотеку у целини свог потраживања (ако је део потраживања остао ненамирен, поверилац је за тај део у истој позицији као и сви други, непривилеговани повериоци) а ако је нешто преостало намирује се други хипотекарни поверилац (опет према времену уписа у регистар непокретности) и тако редом док се сви хипотекарни повериоци не намире. Ако неки не доспеју да се намире, они ће бити у истом положају као и повериоци који нису имали хипотеку одн. друго средство обезбеђења. Уколико се, међутим сви хипотекарни повериоци намире, а ипак нешто од новца преостане, он припада (дотадашњем) власнику непокретности.

Како се види, хипотекарни повериоци се не намирују равномерно, већ према рангу који се одређује према времену уписа хипотеке (хипотека првог реда или ранга, хипотека другог реда или ранга итд). Замислимо би било да се и хипотекарни повериоци из исте непокретности намирују равноправно, напр. као повериоци у стечају, што значи сразмерно вредности својих потраживања, независно од тога којим редом су хипотеке на непокретности настајале. Такав начин намирења би, међутим, за банке био неподношљив. При давању кредита банке морају тачно знати коју вредност свако средство обезбеђења има, код хипотекарног кредита то значи да мора знати каква је вредност успостављене хипотеке. Ако би изглед на намирење могли да се непрестано умањују успостављањем нових хипотека са равноправним третманом, банке кредитни ризик никад не би могле тачно проценити. Управо због потреба и захтева банака као главних кредитора, у кодификацијама је прихваћен принцип приоритета при намирењу хипотекарних поверилаца. Данас је овај принцип прихваћен у свим правима.

Из принципа приоритета произлази и вредност хипотеке. Ако вредност хипотеке првог реда (ранга) заједно са трошковима продаје непокретности износи колико и остварена цена при продаји хипотековане непокретности, хипотеке другог и даљних редова су практично безвредне. Међутим, ако то није случај, и остале хипотеке могу имати одређену вредност. При одређивању вредности сваке хипотеке одлучујући је наравно њен ранг. Зависно од вредности хипотеке банке могу да одређују услове кредита. Код хипотекарних кредита са хипотеком првог ранга камата под једнаким осталим условима може бити нижа него код кредита са хипотеком другог или трећег ранга.

Што се ранга тиче, ваља напоменути да начелно постоје два система уређивања ранга хипотека. Један је клизни а други фиксни ранг. Код клизног ранга престанком хипотеке вишег ранга хипотеке нижег ранга аутоматски напредују један ранг више, док код фиксног ранга то није случај, свака хипотека задржава свој првобитни ранг.⁴²⁸ У нашем ранијем праву је важило правило клизног ранга, али је Законом о хипотеци из 2005. године предвиђена могућност задржавања фиксног ранга.⁴²⁹

2. Правна природа хипотеке

Већ је речено да је хипотека заложно право повериоца на (туђој) непокретности, које га овлашћује да своје потраживање намири из њене вредности.

Као такво, оно је, најпре, субјективно право приватноправног карактера. Да се ради о субјективном праву јасно је из овлашћења која има хипотекарни поверилац.

⁴²⁸ В. о овоме више: Лазић, Мирослав, Ранг стварних права, Правни живот бр. 10/2002, с. 77 и сл.

⁴²⁹ Фиксни ранг се од неких аутора процењује и као правичнији јер код клизног ранга намирењем претходног повериоца остали повериоци напредују у рангу, а да за то нису дали никакви еквивалент. (Лазић, Мирослав, Правни положај повериоца по Закону о хипотеци, Правни живот, бр. 10/2006, с. 531).

Његово кључно овлашћење по наступању доспелости обезбеђеног потраживања (мада одређена права има и пре доспелости) се састоји у томе да своје имовинско потраживање намири из вредности (туђе) непокретности, што несумњиво сведочи о томе да се ради о субјективном праву приватноправног карактера.

По својој природи оно је заложно право на непокретности, које, уз опште карактеристике заложног права, има и своје специфичности.

О природи хипотеке као посебној врсти заложног права постоје различита мишљења. У правној науци се она углавном своде на два основна.

Према већинском схватању сва заложна права, па тако и хипотека, су по својој природи стварна права.

Насупрот томе, према другом, мањинском схватању, залога је облигационо а не стварно право. У прилог оваквом ставу наводи се да би стварноправни карактер могао бити прихватљив када би предмет залогe могла бити само ствар, покретна или непокретна. Међутим, у свим правима предмет залогe може бити и право, односно потраживање, а оно несумњиво припада облигационом праву. Према томе, залога није, или је само делимично, стварно право (када је предмет залогe ствар). Због тога би је требало третирати као апсолутно облигационо право, тј. облигационо право с дејством према свима.⁴³⁰ Ипак, оваква становишта су у правној теорији усамљена јер у себи садрже одређене вештачке конструкције (апсолутно дејство облигационог права и сл.) које нису у складу с општом концепцијом облигационих и стварних права у систему приватног права.

Надаље, хипотека је субјективно право повериоца које га овлашћује да се приоритетно (привилеговано) намири из вредности неке непокретности. Та

⁴³⁰ В. Вуковић, Обвезно право, Књига друга, Загреб, 1964, с. 274 и сл. В. и *supra*, део трећи, глава прва под 2.

непокретност је објект хипотекарне одговорности.⁴³¹ Само право намирења је стога израз стварноправног односа између хипотекарног повериоца и непокретности. Овај правни однос је објективног (реалног) а не персоналног карактера, као што је то случај и код других заложних права. Хипотекарни поверилац има само право намирења из вредности непокретности, али нема право да од власника непокретности захтева испуњење основног дуга.⁴³² Овај, додуше, има право да измири дуг који дужник није измирио, али нема у том погледу никакву обавезу. То право му је дато у циљу заштите његове непокретности од продаје ради намирења повериоца из остварене продајне суме.

Изложено становиште у погледу правне природе хипотеке је данас апсолутно владајуће.⁴³³ Супротно, мањинско мишљење, по којем власник непокретности има не само право већ и обавезу плаћања дуга⁴³⁴ вредношћу своје непокретности, није прихватљиво. Власник непокретности нема обавезу плаћања дуга, он има само *обавезу да трпи* намирење повериоца из вредности његове непокретности на којој је успостављена хипотека. Власник, дакле, не дугује, он је само одговоран, и то искључиво хипотекованом непокретношћу.⁴³⁵ Ако би имао обавезу плаћања дуга,

⁴³¹ Dörner и др. Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Vorbemerkung уз пар. 1113, с. 1279.

⁴³² Овај став је јасно исказан и у нашој судској пракси. Тако се у једном решењу Окружног суда у Суботици (Гж. 1237/94 од 6.10.1005.године) каже:Кад сопственик хипотекарне непокретности није истовремено и лични дужник, хипотекарни поверилац подноси тужбу против сопственика хипотековане стваре, али овом тужбом која се назива хипотекарна тужба, хипотекарни поверилац захтева да сопственик трпи намирење његовог потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности.Из тога следи да се захтев да је тужена дужна да плати утужену тражбину не може подносити против власника непокретности ако он није и лични дужник...“

⁴³³ В. Dörner и др. *ibidem*; Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 50 и сл.

⁴³⁴ В. Dörner и др. с. 1279.

⁴³⁵ Занимљиво је да је у овом погледу било у нашој судској пракси извесног лутања о чему сведочи и Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2419/2010(4) од 25.3.2010. године – (Судска пракса привредних судова - Билтен бр. 4/2010) у којој се између осталог наводи: „Уписом хипотеке на

он би нужно одговарао целокупном својом имовином, што се противи природи хипотеке и природи заложних права уопште. Однос дуга и (сваког) власника хипотековане непокретности је само посредан, он постоји само преко права својине власника на непокретности.

Због тога у праву хипотеке, као и у заложном праву уопште, важи тзв. апстракциони принцип, према којем су правни однос између повериоца и власника непокретности с једне стране, и правни однос између повериоца и дужника (код хипотекарног кредита између банке и корисника кредита) строго раздвојени.⁴³⁶

Коначно, хипотека је по својој природи увек акцесорно право, право хипотекарног повериоца је правно зависно од основног потраживања које се хипотеком обезбеђује. При томе је ово потраживање право из основног посла, док је право намирања по основу хипотеке право из споредног правног посла, односно споредног правног односа.

3. Предмет хипотеке

3.1. О предмету хипотеке уопште

Предмет хипотеке је непокретност. Најважнија непокретност је земљиште, али се поред земљишта под непокретношћу подразумевају и друге ствари, најчешће оне које су трајно спојене са земљиштем, као што у покретне ствари настале грађењем објекта (зграде), његовом реконструкцијом, доградњом, адаптацијом или санацијом, сејањем и сађењем.⁴³⁷ Поред тога непокретношћу се могу сматрати и

имовини, а ради обезбеђења потраживања према трећим лицима, постаје се хипотекарни дужник али не и солидарни дужник новчане обавезе из основног посла за чије обезбеђење је уписана хипотека.”

⁴³⁶ Dörner и др. *ibidem*.

⁴³⁷ Simonetti, Petar: Hipoteka (objekat, obujam, sticanje) Zakonitost, бр. 9-10/1990, с. 1115.

неке друге покретне ствари које се налазе у некој вези с непокретностима. Прописима националног права се детаљније прецизирају ствари које имају карактер непокретности, као и оне које, као такве, могу бити предмет хипотеке.

Према Закону о хипотеци Републике Србије предмет хипотеке може да буде:

- непокретна ствар (право својине на земљишту, грађевинском објекту и сл.);
- део непокретне ствари, у складу са одлуком о деоби;
- сусвојински удео у непокретној ствари;
- посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања (стан, пословне просторије, гаража, гаражно место и др.);
- право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини;
- објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража, и др.), без обзира да ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објеката.⁴³⁸

Предмет хипотеке не могу бити непокретности које су ван промета (напр. добра од општег интереса). Али, концесија као право коришћења добра од општег интереса може бити предмет заложног права. Исто тако право службености не може бити предмет хипотеке јер је оно установљено у корист сваког власника повласног добра.

3.2. *Непокретна ствар*

Предмет хипотеке је непокретност или непокретна ствар. Ствар може бити непокретност по својој природи (природна непокретност) или може бити

⁴³⁸ В. чл. 3 ЗХ.

непокретност по вољи законодавца (тзв. законска непокретност). У другом случају ради се о физички покретној ствари (напр. брод) која је у праву квалификована као непокретност.

Под непокретношћу се подразумевају и сви саставни делови неке непокретности који нису од ње одвојени,⁴³⁹ без обзира што би се они физички могли од ње одвојити.

Непокретност обухвата и све природне плодове под условом да нису одвојени од непокретности.⁴⁴⁰ Изузетно, природни плодови се неће сматрати непокретношћу и неће бити обухваћени хипотеком, ако је уговором о хипотеци тако одређено.⁴⁴¹

Конечно, предмет хипотеке је и свако побољшање и повећање вредности непокретности до којих је дошло после заснивања хипотеке.⁴⁴²

3.3. Део непокретне ствари

Предмет хипотеке може бити не само непокретност, као целовита ствар, већ и њен део. Међутим, да би се хипотеком оптеретио само део непокретности неопходно је да се тај реални део неке непокретности од ње отцепи и да се формира ново земљишнокњижно тело тј. нова катастарска парцела.

⁴³⁹ В. чл. 5 т. 1 ЗХ. Исто правило: чл. 140 ст. 1 Стварноправног законика Словеније.

⁴⁴⁰ Исто правило је садржано и у чл. 140 ст. 2 Стварноправног законика Словеније.

⁴⁴¹ В. Чл. 5 т. 2 ЗХ.

⁴⁴² В. Чл. 5 т. 3 ЗХ. Слично правило је садржано у чл. 140 ст. 1 Стварноправног законика Словеније („Hipoteka obsega tudi pritikline, ki so v lasti zastavitelja“).

3.4. Сувојински удео у непокретној ствари

Предмет хипотеке може бити и идеални део непокретне ствари у сувојини. У том случају власник идеалног дела заснива хипотеку без сагласности осталих сувласника.⁴⁴³

Изузетно, ако се хипотека заснива на идеалном делу објекта у изградњи, за заснивање хипотеке је потребна сагласност свих сувласника.

За разлику од удела у сувојини, хипотека на непокретној ствари у заједничкој својини може се засновати само на целој непокретној ствари и уз сагласност свих заједничара.⁴⁴⁴

3.5. Посебан део зграде

Предмет хипотеке може да буде и посебан део зграде. Услов је да на том делу зграде постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања. Такви делови зграде су стан, пословна просторија, гаража, гаражно место и др..⁴⁴⁵

3.6. Право на земљишту

Надаље, предмет хипотеке може бити и право на земљишту, под условом да то право садржи овлашћење слободног правног располагања.

Таква права су нарочито право грађења, затим право прече градње, али и право располагања земљиштем у државној, односно друштвеној својини.⁴⁴⁶

⁴⁴³ В. чл. 6 ст. 1 ЗХ.

⁴⁴⁴ В. чл. 6 ст. 3 ЗХ.

⁴⁴⁵ В. чл. 3 т. 4 ЗХ.

3.7. Објекат у изградњи

Коначно, предмет хипотеке може бити и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража, и др.), без обзира да ли је већ изграђен или не. Одређивањем објекта у изградњи као могућег предмета хипотеке, Закон о хипотеци је унео значајну новину у наше право.

Једини услов да би објекат у изградњи могао представљати предмет хипотеке је да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објекта.⁴⁴⁷

3.8. Други предмети

У неким правима могући су и други предмети хипотеке, поред побројаних. Тако се у неким правима хипотека може засновати и на неким другим стварним правима, као напр. на праву плодуживања ((француско право)

4. Обезбеђено потраживање и хипотека

4.1. Основна правила

Хипотека служи обезбеђењу потраживања. То је њена основна сврха и разлог њеног акцесорног карактера.

Хипотеком се може обезбедити свако потраживање.

⁴⁴⁶ В. чл. 3 т. 5 ЗХ.

⁴⁴⁷ В. чл. 3 т. 6 ЗХ.

За обезбеђење хипотеком подобно је не само постојеће већ и будуће потраживање, тј. потраживање које још није настало.⁴⁴⁸

Исто тако потраживање може бити и условно, и то како оно с одложним, тако и оно са раскидним условом.⁴⁴⁹

Хипотеком може, надаље, бити обезбеђено и потраживање у страниј валути⁴⁵⁰ као и потраживање с клаузулом валоризма.

Када је неко потраживање обезбеђено хипотеком, сматра се да су уз главно потраживање хипотеком обезбеђени и камата и трошкови наплате.⁴⁵¹

Хипотеком се може обезбедити цело потраживање или један његов део. Ако је обезбеђен само део потраживања, необезбеђени део не може да се наплати из хипотековане непокретности, већ само из остале имовине дужника.⁴⁵²

4.2. Постојање потраживања и хипотека

Већ је наведено да је хипотека средство реалног обезбеђења потраживања. С обзиром на овакву своју сврху, хипотека се јавља као зависно, акцесорно право у односу на потраживање које обезбеђује. С обзиром на то, правно-догматски посматрано, хипотека би могла настати само за потраживање које постоји, тј. за потраживање које је настало пре или најкасније истовремено са настанком хипотеке. Исто тако требало би да хипотека као акцесорно право престане са престанком потраживања. Такође ако је потраживање ништаво, требало би да буде ништава и хипотека, односно ако је потраживање рушљиво његовим поништењем

⁴⁴⁸ В. чл. 7 ст. 1 ЗХ.

⁴⁴⁹ В. чл. 7 ст. 1 ЗХ.

⁴⁵⁰ В. чл. 7 ст. 1 ЗХ.

⁴⁵¹ Ово правило, садржано и у чл. 7 ст. 2 ЗХ, уобичајено је у континенталном праву. Види о овоме више инфра, део четврти, глава 3, под 1.1.4. код разматрања изузетака од правила да се обим хипотеке одређује обимом обезбеђеног потраживања.

⁴⁵² В. чл. 7 ст. 3 ЗХ.

би требало да се поништи и хипотека. Сва ова правила произлазе из доследне, догматске примене начела акцесорности. Ипак, од ових правила постоје изузеци, чиме се донекле одступа и од начела акцесорности. На овом месту ће бити речи о одступањима од правила да је настанак хипотеке као акцесорног права могућ само ако (пуноважно) потраживање постоји, тј. ако је настало пре или најкасније са настанком хипотеке. О другим одступањима од начела акцесорности се у овом раду говори на другим местима.

Од правила да хипотека може настати само после настанка потраживања, или најраније заједно са његовим настанком, постоје одређени изузеци. Најзначајнији се односе на настанак хипотеке за будуће потраживање и за условно потраживање. Наиме, како је раније поменуто, у савременом хипотекарном праву је допуштено да се хипотека заснује и за будуће као и за условно потраживање.⁴⁵³

До ових одступања је дошло управо због односа који су се успостављали код уговора о хипотекарном кредиту односно хипотекарном зајму. Наиме, ако би се доследно применио принцип акцесорности, потраживање банке по основу уговора о хипотекарном кредиту би могло бити обезбеђено хипотеком тек у тренутку исплате кредитне суме кориснику кредита. Ово је разумљиво само по себи јер потраживање банке према кориснику кредита у погледу враћања кредитне суме и плаћања камате настаје тек након исплате кредитне суме кориснику кредита, независно од тога када је уговор о хипотекарном кредиту закључен.⁴⁵⁴ Евентуално

⁴⁵³ Занимљиво је да је у нашој судској пракси био заступани став да постојање хипотеке претпоставља постојање потраживања. Тако се у Решењу Округног суда у Чачку, Гж. 1452/2005 од 30.11.2005. године између осталог каже:"Наиме, заложно право на непокретности зове се хипотека, а залагање се постиже уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом. Хипотека представља оптерећење непокретности на основу кога једна непокретност одговара за намирење одређеног потраживања у корист повериоца. *Постојање хипотеке претпоставља постојање тражбине* (курзив Ј.Ш.В.)...."

⁴⁵⁴ Ваља нагласити да право на повраћај кредитне суме и на камату банка у свим правима стиче тек након исплате кредитне суме кориснику, независно од тога да ли је у неком праву уговор о

супротно правило би довело до апсурдних последица, између осталог и до могућности да банка захтева враћање кредитне суме и плаћање камате пре него што је она кориснику уопште исплатила кредитну суму. Према томе, потраживање банке у погледу повраћаја кредитне суме и камате може настати само након исплате кредитне суме кориснику кредита, до тада банка по уговору о хипотекарном кредиту само има обавезу да стави кредитну суму на располагање кориснику кредита као другој уговорној страни.

С друге стране, међутим, очигледно је да би заснивање хипотеке након исплате кредитне суме кориснику промашило своју сврху. Циљ банке је управо то да се хипотеком обезбеди од ризика невраћања кредита *пре* исплате кредитне суме кориснику, јер након исплате корисник односно интерцесионар можда више неће бити спреман на давање хипотеке. При таквом стању ствари банка би сигурно захтевала додатна средства обезбеђења, што би даље компликовало о поскупљивало кредит.

У сукобу догматске принципијености и реалних економских потреба, савремена права су дала предност овом другом. Уговори о хипотекарном кредиту се закључују тако да се хипотека најчешће заснива пре исплате кредитне суме, што значи да хипотека може настати пре настанка потраживања које обезбеђује.

Овакво одступање од начела акцесорности је суштинско само код будућих потраживања.⁴⁵⁵ Код условних потраживања одступање је само привидно. Наиме, код потраживања са раскидним условом потраживање већ постоји у тренутку заснивања хипотеке, а потраживање с одложним условом ће се наступањем услова третирати као да постоји од почетка (*ex tunc*).

хипотекарном кредиту, односно кредиту уопште, реалан (као напр. у немачком праву) или је консенсуалан (као у нашем праву).

⁴⁵⁵ Детаљну анализу о одступањима од акцесорности хипотеке при њеном настанку види код: Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 55-68.

Ако, међутим, постане извесно да потраживање неће настати, хипотека би такође морала престати. Ипак, за њен престанак неопходан је испис из регистра, о чему ће касније бити више речи. До исписа, оваква хипотека би у нашем праву могла имати статус тзв. «неисписане хипотеке» у складу с чл. 53 и 54 Закона о хипотеци.⁴⁵⁶

Признавање могућности да хипотека настане пре потраживања има још једну практичну димензију. На тај начин се већ у тренутку закључења уговора о хипотекарном кредиту (а не тек у тренутку исплате кредитне суме кориснику) обезбеђује одговарајући ранг хипотеке, будући да се њен ранг одређује према тренутку њеног настанка, а не према тренутку настанка потраживања које обезбеђује. Наравно, хипотека настала пре потраживања се никако не би могла реализовати (банчино потраживање наплатити из вредности хипотековане непокретности) пре његовог настанка.

Да би хипотека могла да се заснује за будуће потраживање, оно мора бити довољно одређено. Сматра се да је довољно одређено ако су јасно утврђене уговорне стране, вредност потраживања и правни основ његовог настанка.⁴⁵⁷ Све ово је у потпуности присутно код уговора о хипотекарном кредиту.⁴⁵⁸ С обзиром на овај принцип одређености, не би било с њим у складу успостављати хипотеку на сва будућа потраживања, али би се могла успоставити хипотека на више (скупу) одређених потраживања.

У нашем праву је данас изричито предвиђено правило да се хипотека може засновати и за будућа и условна потраживања.⁴⁵⁹ До доношења ЗХ то правило је важило за ручну залогу,⁴⁶⁰ али се аналогно примењивало и на хипотеку.

⁴⁵⁶ За овакав став се залаже и Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 85.

⁴⁵⁷ Тако напр. у члану 301 ст. 1 реченица прва Закона о власништу и другим стварним правима Хрватске се изричито каже следеће: „dovoljno je određena tražbina kojoj su određeni vjerovnik i dužnik, pravni temelj i visina, ili barem najviši iznos do kojega se osigurava zalogom.“

⁴⁵⁹ Чл. 7 ЗХ.

Питање утуживости обезбеђеног потраживања је код уговора о хипотекарном кредиту од малог практичног значаја, будући да се кредитно потраживање банке редовно обезбеђује већ приликом закључења тог уговора. Ипак, ако би се изузетно десило да је то банчино потраживање већ застарело, па је тек онда заснована хипотека, важило би опште правило да давање средства обезбеђења (ако га даје дужник) делује као одрицање од застарелости.⁴⁶¹

⁴⁶⁰ Такво правило је садржано у чл. 971 ЗОО.

⁴⁶¹ В. чл. 366 ст. 2 ЗОО.

Глава четврта:

ВРСТЕ ХИПОТЕКЕ

1. Основи разврставања

Постоје различите врсте хипотека. Најчешће се хипотеке деле према обухвату и начину настанка, али постоје и други основи разликовања и разврставања.

Према обухвату броја некретнина на којима се конституишу, хипотеке могу бити појединачне и заједничке.

Према начину настанка хипотеке се деле на уговорне, једностране, законске и судске.

Поред тога хипотеке се могу разликовати и по степену акцесорности, подобности за пренос и другим критеријумима.

2. Појединачна хипотека

Под појединачном хипотеком подразумевамо ону хипотеку која се конституише на једној непокретности. То је типична ситуација када се за једно потраживање као средство обезбеђења конституише једна хипотека на једној непокретности.

За постојање појединачне хипотеке није од значаја да ли се непокретност налази у својини једног лица или више лица, као ни дали је у сусвојини или заједничкој својини тих лица.

3. Заједничка хипотека

За разлику од појединачне, заједничка (скупна, симултана) хипотека је она која ради обезбеђења једног потраживања оптерећује више непокретности. Наиме, понекад није могуће понудити конституисање хипотеке на једној непокретности чија би вредност била довољно велика да покрије вредност потраживања (код кредитног потраживања по правилу још и да буде од њега већа за 30-50%). У таквом случају се поставља питање како обезбедити потраживање хипотеком.

Успостављање више хипотека за једно исто потраживање правно није могуће, због чврсте везаности потраживања и хипотеке (принцип акцесорности).⁴⁶² Због тога за хипотекарно обезбеђење потраживања у таквом случају остају друге две могућности.

Прва могућност се састоји у томе да се потраживање подели на више мањих потраживања и да се тада свако од њих обезбеди хипотекама на непокретностима мање вредности. У том случају за више потраживања постоји више хипотека. Ова могућност, због своје непрактичности се у пракси ређе користи. Поред тога поверилац тада мора рачунати са ризиком смањења вредности појединих некретнина испод вредности новонасталих потраживања.⁴⁶³

Друга је могућност да се успостави хипотека на више непокретности, тј. да се успостави заједничка или скупна (симултана) хипотека. За заједничку хипотеку је карактеристично да она не представља више хипотека за једно потраживање, већ *једну* хипотеку на *више* непокретности за *једно* потраживање. У том смислу је карактеристична дефиниција Немачког грађанског законика по којој је заједничка (скупна) хипотека „једна хипотека за једно потраживање на више непокретности“⁴⁶⁴

⁴⁶² Упор. Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 373

⁴⁶³ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 438.

⁴⁶⁴ Пар. 1132 BGB.

Непокретности се могу налазити у својини једног истог лица, у својини различитих лица, у сусвојини или заједничкој својини. Такође је без значаја да ли је власник непокретности дужник из основног односа или не.

За заједничку хипотеку је карактеристично да поверилац може да наплати потраживање по свом савесном избору из вредности једне или више непокретности.⁴⁶⁵ Због обимних овлашћења које има, хипотекарног повериоца заједничке хипотеке неки аутори означавају као „хипотекарног пашу“⁴⁶⁶ Наиме, он може према свом нахођењу да своје потраживање намири из свих хипотекованих непокретности, из само једне од њих, или из више њих, али не свих. Код заједничке хипотеке, дакле, свака непокретност „одговара“ за цело потраживање. Поред тога поверилац избегава ризик смањења вредности појединачне непокретности испод вредности једног (поделом ранијег потраживања) потраживања, будући да се евентуално смањење вредности једне непокретности може компензовати кроз задржавање вредности (тзв. резерва вредности) или повећавање вредности других непокретности.

Заједничка хипотека је, како се види, веома погодна за хипотекарног повериоца, али је много мање погодна за власника непокретности, па и касније ранжираних поверилаца⁴⁶⁷ управо због широких овлашћења хипотекарног повериоца заједничке хипотеке. Ипак, значај заједничке хипотеке у пракси није мали, је она јавља као погодно решење у свим оним ситуацијама у којима постоји једно потраживање велико по вредности, наспрам којег стоје више непокретности релативно мале вредности (као напр. у ситуацијама које настају након наслеђивања и сл.). Понекад заједничка хипотека настаје и због тога што се непокретност која је била оптерећена појединачном хипотеком својински дели на више самосталних непокретности истог или различитих лица (и ван случаја наслеђивања).

⁴⁶⁵ В. чл. 4 ст. 2 ЗХ.

⁴⁶⁶ В. Heck, пар. 94 I 4 (цит. према: Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 373).

⁴⁶⁷ В. Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 48.

4. Уговорна хипотека

4.1. Појам и форма

Уговорна хипотека настаје на основу правног посла (уговора) између повериоца неког потраживања и власника непокретности. Са уговором се изједначава и судско поравнање између ових лица.

У нашем праву уговор о хипотеци је дефинисан као „уговор између власника непокретности и повериоца којим се власник непокретности обавезује, ако дуг не буде исплаћен о доспелости, да поверилац наплати своје обезбеђено потраживање из вредности те непокретности, на начин прописан законом.“⁴⁶⁸ Доспелост дуга се одређује према основном послу, одн. послу на основу којег је настао. Уговор о хипотеци може да буде самосталан али и не мора. Он може бити и део уговора који уређује потраживање (уговора о кредиту, зајму и др.).

За закључење уговора хипотеци прописана је у нашем праву, као и у многим другим правима, обавезна писана форма и то квалификована писана форма. Наиме, уговор о хипотеци је пуноважан само ако се потписи уговорних страна овере у суду или код другог законом овлашћеног органа за оверу потписа на актима о промету непокретности.⁴⁶⁹

Уговор о хипотеци редовно закључује власник непокретности. Међутим, у нашем праву овај уговор може закључити и друго лице које има право располагања (напр. за непокретности у државној и друштвеној својини) као и инвеститор и купац објекта у изградњи или посебног дела објекта у изградњи.⁴⁷⁰

⁴⁶⁸ В. чл. 9 ст. 1 ЗХ.

⁴⁶⁹ В. чл. 10 ст. 1 ЗХ.

⁴⁷⁰ В. чл. 10 ст. 2 ЗХ.

4.2. *Битни елементи*

Уговор о хипотеци у нашем праву има прописану садржину. Према закону уговор о хипотеци треба да садржи нарочито следеће елементе:

1) име и презиме, пребивалиште или боравиште, односно пословно име и седиште повериоца, залогодавца, као и дужника, ако су то различита лица;

2) безусловну изјаву власника (залогодавца) да пристаје да поверилац упише хипотеку на његовој непокретности (цлаусула интабуланди);

3) прецизне податке о потраживању које се обезбеђује, валути обрачуна и валути плаћања, износу појединих рата и времену њихове доспелости и месту и начину плаћања, односно податке о главном потраживању, каматној стопи или другим елементима на основу којих се може одредити висина камате, месту и начину плаћања камате, као и износу других споредних давања ако су уговорена, роковима доспевања потраживања, односно начину на који се одређује доспелост, ако рок није одређен;

4) податке о хипотекованој непокретности, односно непокретностима, укључујући и доказ о власништву, односно о другом праву на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања (право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини)

5) податке о стварима које хипотека обухвата непокретност, и то: а) све саставне делове непокретности, природне плодове који нису одвојени од непокретности, осим ако је уговором о хипотеци друкчије одређено; б) припатке непокретности одређене уговором о хипотеци, али не и ствари у својини трећих лица; ц) сва побољшања и повећања вредности непокретности до којих је дошло после заснивања хипотеке.⁴⁷¹

⁴⁷¹ В. чл. 12 ЗХ.

4.3. Недопуштене клаузуле

Уз елементе предвиђене законом, уговорне стране могу у уговор о хипотеци унети и друге елементе. Ипак, слобода воље је ограничена, уговорне стране не могу уносити у уговор одредбе које су законом проглашене за ништаве.

Тако је, пре свега, ништава одредба на основу које, ако дуг не буде исплаћен о доспелости, поверилац може да прода непокретност супротно одредбама закона.⁴⁷²

Исто тако ништава је одредба на основу које, ако дуг не буде исплаћен о доспелости, непокретност по неодређеној или унапред одређеној цени прелази у својину повериоца или трећег лица (*lex commissoria*).⁴⁷³ Ово правило је судска пракса примењивала и пре доношења Закона о хипотеци, а на основу Закона о основама својинско-правних односа.⁴⁷⁴

Надаље, ништава је и одредба уговора о хипотеци на основу које поверилац има право да употребљава предмет хипотеке, односно да прибира плодове које даје

⁴⁷² В. чл. 15, ст. 1 т. 1 ЗХ.

⁴⁷³ В. чл. 15 ст. 1 т.2 ЗХ.

⁴⁷⁴ “Ништаве су одредбе уговора према коме су странке сагласне да давалац кредита стиче право својине на заложеној ствари уколико корисник у року утврђеном уговором не исплати доспеле рате. (Из образложења пресуде Вишег привредног суда, Пж. 199/97, од 5.3.1997. године).

Исти став је био присутан и у пресудама Врховног суда Србије. У образложењу једне пресуде из 1999. године (Рев. 6883/98 од 10. 6.1999. године) се тако каже да је: „.....ништава одредба уговора о хипотеци којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложену непокретност....“. Овакав став овај суд исказује и у следећим пресудама: Рев.. бр. 5709/00 од 18.1.2011. године; Гзз. Бр. 81/96 од 4. 9. 1996.године; Рев. 473/99 од 19.9.1999. године.

предмет хипотеке.⁴⁷⁵ У нашој судској пракси је изражено становиште да ова и претходно поменута клаузула имају и зеленашки карактер.⁴⁷⁶

Коначно, ништава је и одредба уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца.⁴⁷⁷

Ништавост недопуштене одредбе не доводи до ништавости уговора о хипотекарном кредиту, ако он може опстати и без те одредбе.

Важно је нагласити да су наведене недопуштене уговорне одредбе ништаве да би се заштитили интереси дужника. На тај начин законом се штити дужник који је у економској нужди па је спреман да прихвати и неправичне и зеленашке уговорне одредбе.

5. Једнострана хипотека

Једнострана хипотека је хипотека која настаје на основу заложне изјаве.⁴⁷⁸

Заложна изјава је исправа коју сачињава власник непокретности. У њој се он једнострано обавезује да поверилац може наплатити своје обезбеђено потраживање

⁴⁷⁵ В. чл. 15 ст. 2 ЗХ.

⁴⁷⁶ "Правилно је становиште првостепеног суда да је ништава одредба уговора о хипотеци, којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложену непокретност, убирањем плодова које та непокретност даје или искоришћавањем непокретности на други начин, јер такав уговор има зеленашки карактер" (Из образложења Решења Привредног апелационог суда, Пж. 1024/2010 од 10.3.2010. године.)

⁴⁷⁷ В. чл. 15 ст. 3 ЗХ.

⁴⁷⁸ В. чл. 16 ст. 1 ЗХ.

из вредности те непокретности, на начин прописан законом, уколико дуг не буде исплаћен о доспелости.⁴⁷⁹

Заложна изјава, иначе, по форми и садржини, одговара уговору о хипотеци.⁴⁸⁰ Потпис на њој такође мора бити оверен код суда или другог законом овлашћеног органа.

Захтев за упис хипотеке на основу заложне изјаве може поднети како власник непокретности, тако и поверилац.⁴⁸¹

На једнострану хипотеку се примењују правила која важе за уговорну хипотеку, уколико законом није нешто друго предвиђено.

6. Законска хипотека

Законска хипотека је она хипотека која настаје *ex lege*, већ по основу самог закона.

На законску хипотеку се такође примењују правила која важе за уговорну хипотеку, уколико законом није нешто друго предвиђено.

7. Судска хипотека

Хипотека може настати и на основу судске одлуке. У том случају ради се о тзв. судској хипотеци.

⁴⁷⁹ В. чл. 16 ст. 2 ЗХ.

⁴⁸⁰ В. чл. 16 ст. 3 ЗХ.

⁴⁸¹ В. чл. 16 ст. 4 ЗХ.

И на судску хипотеку се сходно примењују правила која важе за уговорну хипотеку, уколико законом нису предвиђена нека посебна правила.

8. Натхипотека

Већ је наглашено да је хипотека споредно право у односу на повериочево потраживање које је главно право. Кад поверилац своје потраживање обезбеђено хипотеком да у залогу свом повериоцу, настаје натхипотека. Натхипотека се може дефинисати и као залога на потраживању обезбеђеног хипотеком.⁴⁸²

За настанак натхипотеке неопходан је уговор закључен у писменој форми (са потписима оверним у суду или код другог овлашћеног органа одн. лица) између хипотекарног повериоца и натхипотекарног повериоца. Овај уговор мора садржавати безусловну изјаву повериоца (*clausula intabulandi*) да се натхипотекарни поверилац може као такав уписати у регистар непокретности. Натхипотекарни поверилац стиче хипотеку уписом у регистар непокретности.⁴⁸³

9. Потхипотека

На истој непокретности може бити установљено више хипотека различитих поверилаца за различита потраживања. Редослед првенства (ранг) хипотеке одређује се према тренутку уписа хипотеке у регистар непокретности, ако законом није другачије одређено. То значи да све хипотеке које су настале после првоуписане хипотеке (хипотеке првог реда) су потхипотеке.

⁴⁸² На овај начин је натхипотека дефинисана у чл. 148 ст. 1 Стварноправног законика Словеније („Nadhipoteka je zastavna pravica na terjatvi, zavarovani s hipoteko“).

⁴⁸³ Види и *infra*, део трећи, глава пета, под 1 и 2.

10. „Неисписана“ хипотека

У нашем праву се јавља и тзв. „неисписана“ хипотека. То је хипотека за коју се није тражио испис из регистра непокретности, иако је обезбеђено потраживање престало. Пошто хипотека престаје исписом, а не наступањем правног основа за њен престанак, то власник непокретности може оваквом неисписаном хипотеком располагати. Он тако може да је у року од 3 године од дана када је потраживање престало пренесе на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца, али само до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком.

Неисписана хипотека по правилу настаје када власник непокретности као треће лице исплати обезбеђено потраживање, па на њега оно пређе заједно с хипотеком. Ако потраживање затим престане (наплатом од основног дужника или на други начин) настаје стање неисписане хипотеке. Ову хипотеку власник непокретности може користити као средство обезбеђења при добијању новог кредита за себе или за друго лице. Основна предност неисписане хипотеке у односу на нову хипотеку која би се евентуално успостављала на истој непокретности је у томе што неисписана хипотека задржава свој првобитни ранг. Поред тога она је већ уписана у регистар непокретности. Сличан циљ (задржавање ранга) се може постићи и забележбом првенственог реда, али се мора спровести поступак уписа нове хипотеке

Неисписана хипотека у нашем праву је упоредива са сопственом хипотеком јер се њома практично постиже иста свха. Ипак, постоје и одређене разлике. Неисписана хипотека настаје само кад је обезбеђено потраживање престало, док сопствена хипотека настаје када је потраживање прешло на власника непокретности као интерцесионара.

Институт „неисписана хипотека“ представља извесно одступање од принципа акцесорности хипотеке, јер хипотека наставља да живи и после престанка

обезбеђеног потраживања и то тако да власник непокретности може њоме располагати.

11. Хипотека на највиши износ (максимална хипотека)

Хипотека на највиши износ (максимална хипотека) је хипотека код које се у регистар не уписује износ обезбеђеног потраживања (као код обичне хипотеке, хипотеке на одређени износ) већ се уписује максималан износ оптерећења непокретности том хипотеком. Пошто се обим оптерећености непокретности хипотеком не одређује висином обезбеђеног потраживања, то се ова врста хипотеке може сматрати изузетком од начела акцесорности.⁴⁸⁴

Максимална хипотека се јавља у многим правима, пре свега европско-континенталним. Познају је права Немачке,⁴⁸⁵ Швајцарске,⁴⁸⁶ Аустрије,⁴⁸⁷ али и Мађарске,⁴⁸⁸ Хрватске,⁴⁸⁹ Словеније,⁴⁹⁰ Црне Горе⁴⁹¹ и других земаља.

Ова врста хипотеке је омиљена у банкарском пословању, као тзв. кредитна хипотека која треба да обезбеди једно или више будућих потраживања банке из неког кредитног односа. Посебно је погодна за кредитирање кроз текући рачун

⁴⁸⁴ Детаљно о хипотеци на највиши износ као одступању од начела акцесорности видети у раду: Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 82 и сл.

⁴⁸⁵ В. пар. 1190 BGB. Према овој норми максимална хипотека (Höchstbetragshypothek) је могућа само код тзв. обезбеђујуће хипотеке (Sicherungshypothek) али не и код тзв. прометне хипотеке (Verkehrshypothek).

⁴⁸⁶ Хипотека на највиши износ је изричито регулисана чл. 813-815 Грађанског законика Швајцарске.

⁴⁸⁷ Занимљиво је да у праву Аустрије хипотека на највиши износ није регулисана у ABGB већ у пар. 14 ст. 2 Закона о земљишним књигама из 1871.

⁴⁸⁸ В. чл. 260 ст. 3 и 4 Грађанског законика Мађарске из 1959. године.

⁴⁸⁹ Чл. 301 Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године.

⁴⁹⁰ В. чл. 146 Стварноправног законика Словеније из 2002. године.

⁴⁹¹ В. чл. 7 ст. 3 и 5 Закона о хипотеци Црне Горе из 2004. године.

(контокорентни кредит). Специфичност је ове хипотеке у томе што може да обезбеди скуп потраживања, али и у томе што се њоме могу обезбедити и потраживања која у тренутку настанка хипотеке нису одређена по висини.

Код максималне хипотеке износи камата се урачунавају у уписани највећи износ, а у неким земљама (напр. Аустрија) у овај износ се урачунавају и трошкови.

Хипотека на највиши износ није погодна за самостално, савесно стицање, јер њен упис у регистар још не значи да је потраживање (односно потраживања) већ настало.

Од хипотеке на највиши износ треба разликовати тзв. „допуњиву хипотеку“ која се јавља у реформисаном праву Француске, као и у англосаксонским земљама. Ради се о уговорној хипотеци која може касније обезбедити потраживања различита од оних која су утврђена актом о њеном заснивању. Тако нешто је, међутим, могуће ако се оваква могућност изричито предвиђена у том акту. У том случају споразумом о допуни хипотеке (у нотаријалној форми) и уписом у регистар могу се обезбедити додатна потраживања истог или другог повериоца, све до износа утврђеног актом о заснивању хипотеке.

Максимална хипотека се под утицајем аустријског права јављала и у нашем предратном праву, посебно у Војводини.⁴⁹²

Пре доношења Закона о хипотеци био је важан Закључак са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Републике Црне горе, Вишег привредног суда у Београду и Привредног суда у Београду одржаног 16. и 17. новембра 1993. године. У овом закључку се између осталог наводи: „Заложним правом на покретној и непокретној ствари могу се обезбедити будућа потраживања само из истог правног односа. Када се заложним правом обезбеђују

⁴⁹² В. Богданфи, Глиша, Николић, Никола, Опште приватно право које важи у Војводини, I том, Панчево, 1925, с. 324.

тражбине које могу настати због одобреног кредита, преузетог пословодства, јемства или накнаде штете, онда се у исправи на основу које се врши упис наводи највећи износ који кредит може достићи“.⁴⁹³ Такав став је у суштини значао прихватање максималне хипотеке, посебно у кредитним односима. Карактеристичан је у том смислу позитиван став Вишег трговинског суда према максималној хипотеци изражен годину дана пре доношења Закона о хипотеци.⁴⁹⁴

Међутим, Закон о хипотеци из 2005. године уопште не познаје хипотеку на највиши износ, тако да у овом тренутку нема законских основа за другачију судску праксу. Због тога се изменила и пракса Вишег трговинског суда.⁴⁹⁵ Максимална

⁴⁹³ Цитирано према: Медић, Душко, Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања-стање и правци развоја, Бања Лука, 2005, с. 48 и сл.

⁴⁹⁴ “Заложно право се може уписати само на новчани износ који је бројчано одређен и то истицањем цифре своте која се потражује. Разлог томе је да се из јавних књига одмах може установити оптерећеност односног земљишно-књижног тела, а што је у вези са начелом публицитета. Код тражбина где се имају платити камате уписује се и висина камате, с тим што се у јавне књиге мора уписати највиши износ дуга до кога заложно право обезбеђује оваква потраживања. Из закљученог уговора о кредиту произилази да је износ главног дуга 1.800.000,00 динара, а да је заложна изјава дата у складу са напред наведеним начелом специјалитета хипотеке до износа од 3.000.000,00 динара. Из наведених чињеница и законских прописа произилази да се поверилац може намирити из хипотекарне ствари до износа од 3.000.000,00 динара.” (Решење Вишег трговинског суда, Пж. 7967/2004 од 25.11.2004. године).

⁴⁹⁵ Тако у једној пресуди из 2009. године Виши трговински суд износи следећи став:“..... Наиме, према параграфу 14 Закона о земљишним књигама у вези са чланом 4. Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације, заложно право се може уписати само за новчани износ који је бројно одређен, те се стога висина заложног права мора видно истаћи цифром своте која се потражује. Код тражбина за коју се имају платити камате уписаће се и висина камате, а ако камате нису уписане, не припадају заложно правном обезбеђењу. Из наведеног произилази да се хипотека заснива у циљу обезбеђења тачно одређеног потраживања, онако како оно гласи, а што је у складу са начелом специјалитета, на коме је засновано хипотекарно право. Како је у конкретном случају уписана хипотека за обезбеђење потраживања по приложеном Уговору о краткорочном кредиту број 360/94 од 10.5.1994. године, у износу од 57.000,00 динара, произилази сходно цитираном параграфу 14, да тужилац нема право да од туженог тражи намирење

хипотека, дакле, у овом тренутку у праву Републике Србије не постоји. Овакво стање је подложно критици јер не одражава стварне потребе, посебно у кредитном пословању банака.

свог потраживања из Уговора о краткорочном кредиту, преко износа од 57.000,00 динара, на који износ је уписана хипотека. Ревалоризација наведеног износа, применом односа курса динара у односу на немачку марку и еуро, није дозвољена, обзиром да је хипотека заснована и уписана искључиво на тачно одређеном динарском износу. Код таквог стања ствари, стекли су се услови за преиначење првостепене пресуде за наведени износ од 2.083.770,68 динара, и одбијања тужбеног захтева у том делу због неправилне примене материјалног права." (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 7235/2008 од 3.8.2009. године).

Овакав став исти суд је изнео и у једном решењу из 2008. године (Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9090/2007 од 20.5.2008. године - Судска пракса трговинских судова - Билтен бр. 2/2008) на следећи начин: „У складу са принципом специјалитета хипотеке, ради обезбеђења новчаног потраживања, заложно право се може засновати и уписати само на новчани износ који је бројчано одређен. Уколико се на уписани износ мора платити и камата мора се уписати и висина камате такође у одређеном новчаном износу односно суми. Мора се бројчано изразити и који је то износ камате да би се тачно знало до ког износа одговара хипотекарно добро. Само до тако тачно у поседовном листу означене укупне новчане суме хипотекарни тужилац може тужбом захтевати реализацију хипотекарног потраживања. Остало потраживање не може се сматрати обезбеђеним а може се намирити из стечајне масе под условима под којима се намирују и остала необезбеђена потраживања."

12. Амортизациона (ануитетска) хипотека

Амортизациона хипотека је врста хипотке која се јавља у кредитној пракси банака (ређе других субјеката) мада није посебно законски уређена ни у једном праву. Специфичност ове хипотеке је у томе што се кредитна сума враћа у ратама, ануитетима (отуд назив и ануитетска хипотека) по унапред утврђеном плану амортизације кредита. При враћању рате кредита урачунава се и припадајућа камата. При томе у пракси постоје различити методи обрачуна. Права амортизациона хипотека постоји ако су сви оброци при отплати једнаки, с тим да временом у сваком obroку сразмерно расте део који отпада на главницу а релативно опада део који се односи на камату. У пракси се јављају и хипотеке на рате код којих вредност рате временом све мања јер садржи фиксни износ рате и све мањи износ камате при свакој следећој рати.

Ова врста хипотекарног кредита је погодна за корисника јер враћа кредитну суму с каматом постепено, а не одједном, а банци доноси сталан плански прилив средстава по основу враћања кредита.

Амортизациона хипотека је по природи ствари фиксна (не може гласити на највиши износ). Међутим, ануитетском отплатом се смањује потраживање банке, а регистровани износ хипотеке остаје исти. Због тога временом долази до све веће разлике између хипотекарног обезбеђења и стварне вредности неотплаћене кредитне суме, што представља и својеврсно одступање од начела акцесорности. Излаз би могао бити у уписивању сваког смањења потраживања у регистар, али би то представљало додатни трошак и поскупљивало би кредит, па банке такво решење не практикују. Предности оваквих уписа би, међутим, за власника непокретности биле очигледне јер би се на тај начин повећавала његова кредитна способност.

Иначе, амортизациона хипотека ни на који начин не релативизује начело недељивости хипотеке. Без обзира колико је од основног дуга (кредитне суме)

плаћено, хипотека се и даље односи на непокретност у целини, као и што обезбеђује сваки део потраживања (ако напр. дође до дељења потраживања).

13. Кауциона хипотека

У литератури и судској пракси се сусреће и термин „кауциона хипотека“ под којом се разуме хипотека за обезбеђење одговорности по основу јемства или по основу накнаде штете. У Закону о хипотеци Црне Горе се, међутим, она одређује на следећи начин: “катастар непокретности може се уписати хипотека за потраживање које не мора настати (кауциона хипотека).”⁴⁹⁶

⁴⁹⁶ Чл. 8 ст. 1 овог закона.

УПИС ХИПОТЕКЕ У РЕГИСТАР НЕПОКРЕТНОСТИ

1. Основ уписа

За настанак хипотеке неопходно је да се између повериоца и власника непокретности закључи пуноважни уговор о хипотеци или да се заснује други ваљан основ за њен настанак као што је једнострана заложна изјава (код једностране хипотеке) законска норма (код законске хипотеке) или правоснажна судска одлука (код судске хипотеке). Међутим, мада је постојање неког од наведених аката неоподан услов за настанак хипотеке, он, изузев код законске хипотеке, није и довољан. Поред тога нужен је и упис хипотеке у регистар непокретности.⁴⁹⁷

Упис хипотеке се заснива на уговору или другом акту којим се успоставило право на хипотеку. На овај начин је право на хипотеку засновано (*iustus titulus*). Али, тек уписом у регистар непокретности хипотека је коначно настала (*modus acquirendi*), тек од тог тренутка она производи сва правна дејства, како између хипотекарног повериоца и власника непокретности тако и према трећим лицима. За настанак хипотека одлучујућа је чињеница уписа у регистар непокретности, а не доношење решења о том упису. Отуда се и обим хипотекарног права цени према сардини уписа у тај регистар, а не према решењу којима се дозвољава упис.⁴⁹⁸

⁴⁹⁷ „...Упис хипотеке у земљишне или њима одговарајуће књиге представља конститутивни елемент за стицање хипотеке...” (Пресуда Вишег трговинског суда, Пж. 257/2004 од 29.1.2004. године).

⁴⁹⁸ „Да би хипотека, међутим, настала није довољно да је у решењима којима се дозвољава укњижба наведен већи обим права од онога који је уписан у земљишне књиге. Ова решења могла су послужити жалиоцу као основ да захтева исправку извршеног уписа у земљишним књигама, али

Уговор, заложна изјава или судска одлука су правни основи уписа хипотеке у регистар непокретности. Да би се упис извршио неопходно је да се у овим актима налази *clausula intabulandi*, тј. клаузула којом се власник непокретности обавезује да допусти упис хипотеке у регистар непокретности. Правни основ мора бити пуноважан и правоваљан, у противном ако се поништи, ни упис хипотеке у регистар неће производити правна дејства.

2. Дејство уписа

Упис хипотеке у регистар непокретности уређује Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима (скраћено: ЗДП). Уписом у регистар поверилац је дефинитивно стекао право хипотеке. У том смислу, према ставу судске праксе, не може се стећи хипотека, ако упис тог права није извршен у јавну књигу која је била меродавна у тренутку одређивања заложног права.⁴⁹⁹

нису довољна за заснивање самих хипотека“ (Из образложења Пресуде Вишег привредног суда, Пж. 10226/06, од 14.2.2007. године.

⁴⁹⁹ У Пресуди Привредног апелационог суда, Пж. 11421/2011 од 17.8.2011. године се између осталог наводи: "Дајући разлоге за своју одлуку, првостепени суд је заузео став да упис хипотеке, као терета непокретности, је деклараторне природе и има за циљ да јавно обавештава свако заинтересовано лице о томе да се непокретност налази под теретом, те да тужилац није изгубио заложно право чињеницом да није исто уписано у катастар непокретности у прилогу "Г." листа непокретности. Привредни апелациони суд налази да се овакав закључак првостепеног суда не може прихватити. Основано се жалбом туженог указује да, у конкретном случају, није дошло до стицања разлучног права на предметним непокретностима од стране тужиоца, имајући у виду одредбе Закона, и чињеницу да је пре уписа заложног права у интабуалционе књиге већ био ступио на снагу катастар непокретности за катастарску општину Д., на чијој се територији налазе непокретности туженог, које су биле предмет заснивања заложног права од стране тужиоца.“ И даље: „Из напред наведеног следи да се нису стекли услови прописани чланом 64. Закона о основама својинскоправних односа, којим је прописано да се, на основу правног посла или судске одлуке, хипотека стиче уписом у јавну књигу, обзиром да је меродавна јавна књига за упис заложног права тужиоца у моменту његовог одређивања био катастар непокретности, па, како тужилац упис тог свог права није

Смисао уписа хипотеке у регистар је задовољавање принципа публицитета, који опет служи начелу правне сигурности. Од тренутка уписа у регистар нико се не може позивати на то да му та чињеница није била позната, будући да је регистар јавна књига у коју свако заинтересовано лице може остварити увид. Преласком са система земљишних књига и тапијског система на систем уписа уређен ЗДП (за катастарске општине за које је израђен катастар непокретности) хипотека се уписује у катастар који води Републички геодетски завод и то у Г лист непокретности. Претпоставка за упис хипотеке је да је власник непокретности уписан у катастар као такав.

Хипотека може настати само уписом у регистар, она никада не настаје предајом непокретности у државину, као што је то случај код државинске залогe на покретним стварима.

Упис опредељује и ранг хипотеке. Упис нових хипотека се не може ограничити, али нови хипотекарни поверилац не може захтевати упис хипотеке реда неке већ уписане хипотеке⁵⁰⁰

извршио у катастру непокретности, а што у току првостепеног поступка није било спорно, то исто није ни стекао."

⁵⁰⁰ Ово правило је јасно исказано у нашој судској пракси и пре доношења Закона о хипотеци. Тако се у образложењу Решења Окружног суда у Новом Саду, Гж. 5492/2006 од 22.11.2006. године каже: „Упис хипотеке на непокретности као средство обезбеђења потраживања дозвољено је без обзира на број раније уписаних хипотека и других права у корист трећих лица, односно у конкретном случају плодoуживања. Међутим, овде предлагач као хипотекарни поверилац тражи упис хипотеке првог реда за шта у тренутку доношења првостепеног решења нису испуњени услови, јер је параграфом 29. став 1. Закона о земљишним књигама од 18.5.1930. године који се и данас примењује..... одређено да се првенствени ред уписа рачуна од момента када је поднесен предлог земљишно-књижном суду, а параграфом 30. Закона о земљишним књигама је одређено да се укњижбом или предбележбом уступања првенственог реда може променити првенствени ред права, али је потребна сагласност лица које ступа назад и лица које ступа напред, а ако је право које ступа назад, хипотека, потребна је и сагласност власника непокретности, а уколико је некретнина оптерећена правом треће особе, потребан је и њен пристанак.

Део четврти:

ИЗВРШЕЊЕ И ПРЕСТАНАК УГОВОРА О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Глава прва:

**ПРАВНИ ОДНОСИ ДО ДОСПЕЛОСТИ ОБЕЗБЕЂЕНОГ ПОТРАЖИВАЊА
(ЛАТЕНТНА ФАЗА)**

**1. Права и обавезе уговорних страна из уговора о кредиту до доспелости
банчиног потраживања**

Од тренутка исплате кредитне суме, банка код новчаних кредита у суштини нема других уговорних обавеза. С друге стране, корисник кредита има обавезу да кредитну суму користи наменски (ако је у питању кредит с наменом) да пружи средство обезбеђења, да о доспелости врати кредитну суму и плати камату и друге накнаде.

Што се права тиче, банка до доспелости потраживања може имати само споредна права, пре свега право контроле наменског трошења кредита (ако је кредит с наменом). Корисник, с друге стране, има право несметаног коришћења кредитне суме. Ако је уговорено да ће се она исплаћивати оброчно (у траншама) корисник има право да захтева исплате доспелих оброка, у складу с уговором.

Банка не може да се намири из вредности хипотековане непокретности све док њено новчано потраживање према кориснику кредита не постане доспело. Доспелост новчаног потраживања је услов чијим наступањем хипотека постаје „зрела“ тј. банка као поверилац са доспелошћу потраживања стиче право намирења из вредности хипотековане непокретност у поступку и на начин прописан законом.

Оваква везаност права намирења по основу хипотеке и потраживања из уговора о кредиту произлази из акцесорног карактера хипотеке, тј. њене акцесорне везаности за потраживање банке из уговора о хипотекарном кредиту.

Доспелост новчаног потраживања банке се утврђује уговором о кредиту, али она може наступити и у случају отказа уговора од стране банке. Као што је раније наглашено, банка може отказати уговор о кредиту и због ненаменског коришћења кредита, инсолвентности и престанка постојања корисника кредита, под законом утврђеним условима.⁵⁰¹ У пракси, банке редовно у уговор о хипотекарном кредиту уносе клаузуле које овлашћују банку на моментални отказ уговора о кредиту за случај да корисник кредита повреди неке своје уговорне обавезе.⁵⁰²

Отказ уговора о кредиту производи правне последице не само у односима између банке и корисника кредита већ и између банке и власника хипотековане непокретности. Отказом уговора доспева право банке на враћање кредитне суме, као и на одговарајућу камату и друге накнаде. Али, тај отказ не само да доводи до доспелости банчиног потраживања према кориснику кредита, већ истовремено доводи до „зрелости“ хипотеке, тј. до настанка њеног права да се намири из вредности хипотековане непокретности. Због тога се отказ уговора мора саопштити не само кориснику кредита већ и власнику хипотековане непокретности, ако то није корисник кредита већ неко треће лице (интерцесионар). Ако би отказ био саопштен само кориснику кредита, он би према њему производио све правне последице (по основу уговора о кредиту) али не би производио правна дејства према власнику хипотековане непокретности, што значи да не би довео до „зрелости“ хипотеке. Обавеза обавештавања власника хипотековане непокретности (ако је он треће лице) у случају отказа уговора предвиђена је у другим правима.⁵⁰³

⁵⁰¹ В. *supra*, део други, глава друга, под 8.2.

⁵⁰² Упор. Baur, Baur, Stürner, *op. cit.* с. 421.

⁵⁰³ Упор. пар. 1141 Немачког грађанског законика (BGB).

У нашем праву није предвиђена обавеза истовременог упућивања изјаве о отказу кориснику кредита и власнику непокретности (већ само кориснику кредита) али је предвиђена обавеза истовременог слања опомене у писаној форми дужнику (кориснику кредита) и власнику непокретности (ако је он друго лице) у случају да дужник није о доспелости измирио своју обавезу.⁵⁰⁴

2. Права и обавезе у вези са коришћењем и одржавањем непокретности

За банку као хипотекарног повериоца је од прворазредне важности да хипотекована непокретност не губи на својој вредности због оштећења, неодржавања или других радњи или пропуштања власника непокретности. Заштити овог интереса банке, али и сваког другог хипотекарног повериоца, служе одговарајућа законска правила.

У том циљу законом су прописане обавезе и права власника непокретности као и права хипотекарног повериоца. Подсећамо да је поверилац по уговору о кредиту и истовремено хипотекарни поверилац увек банка. Дужник по потраживању из уговора о хипотекарном кредиту је такође увек корисник кредита. Али хипотекарни дужник може бити корисник кредита (што је у пракси редован случај) али то може бити и било које треће лице.

2.1. Права власника непокретности

Власник хипотековане непокретности задржава сва власничка овлашћења на непокретности и после настанка хипотеке.

⁵⁰⁴ В. чл. 29 и 30 ЗХ.

Пре свега, власник задржава *државину* на непокретности.⁵⁰⁵ Док код ручне залоге државина на ствари прелази на заложног повериоца, дотле код хипотеке она остаје код власника ствари. У новије време се, међутим, и код ручне залоге уписане у посебан јавни регистар дозвољава у неким правима, међу којима је и наше, да залогодавац задржи предмет залоге у својој државини.⁵⁰⁶ Међутим, за ручну залогу која није уписана у регистар и даље важи традиционално правило да државину на предмету заложног права има заложни поверилац.⁵⁰⁷

Затим, власник непокретности има право да *употребљава* предмет хипотеке, што значи да задржава право употребе хипотековане непокретности. Међутим, да би се заштитила права хипотекарног повериоца, посебно његово право да захтева одржавање несмањене вредности хипотековане непокретности, законом је прописано да је њен власник дужан да је користи према уобичајеној намени.⁵⁰⁸

Надаље, власник има право да и након настанка хипотеке прибира природне или грађанске *плодове* које предмет хипотеке даје.⁵⁰⁹ Посебно је питање заштите банке као хипотекарног повериоца у погледу припадака хипотекованој непокретности. У неким правима хипотекарни поверилац има иста права (право на отклањање оштећења, право на превремени отказ уговора о кредиту и намирење из вредности непокретности, право на тужбу са захтевом за пропуштање одређених радњи власника непокретности или трећег лица) као и у случају да се ради о угрожавању вредности саме непокретности. Поред тога, поверилац у случају одвајања припатка

⁵⁰⁵ Државина на непокретности је у ЗХ означена као право власника да „држи предмет хипотеке“ (чл. 16 т. 1 ЗХ).

⁵⁰⁶ Према чл. 20 ст. 1 нашег Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар (Сл. гл. РС 57/2003) „залогодавац и после уписа заложног права у Регистар залогe има право да држи предмет заложног права“. Ипак, „ако о доспелости не испуни обавезу према заложном повериоцу, залогодавац губи право на државину“ (чл. 20 ст. 2 истог закона).

⁵⁰⁷ В. чл. 1 ст. 3 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар Републике Србије.

⁵⁰⁸ Чл. 16 т. 2 ЗХ.

⁵⁰⁹ Чл. 16 т. 3 ЗХ.

(плода) од непокретности има право и да захтева његово враћање. Ово право има не само према власнику непокретности већ и према трећим лицима.⁵¹⁰ У нашем праву ова питања нису посебно законски уређена, али би слична права требало признавати хипотекарним повериоцима, јер то произлази и из природе хипотеке.

Коначно, власник има право да *отуђи* предмет хипотеке и пренесе право својине на прибавиоца. У том случају се не мења ништа у дужниковој обавези и у обезбеђеном потраживању.⁵¹¹ Међутим, кад је приликом отуђења неке непокретности на којој постоји хипотека уговорено између прибавиоца и отуђиоца да ће прибавилац преузети дуг према хипотекарном повериоцу, сматра се према одговарајућим одредбама Закона о облигационим односима да је хипотекарни поверилац дао пристанак на уговор о преузимању дуга ако га на писмени позив отуђиоца није одбио у року од три месеца од пријема позива. Ипак, у писменом позиву повериоцу се мора скренути пажња на ову последицу, иначе ће се сматрати као да позив није ни упућен.⁵¹²

Одавно је, међутим, уочено да при преносу својине на хипотекованој непокретности за банку као хипотекарног повериоца могу настати неки нови ризици које није имала на уму при прављењу процене ризика хипотекарног кредита. Наиме, нови власник непокретности можда неће бити тако одговоран и савестан у одржавању непокретности, због чега се њена вредност може знатније смањити, а тиме умањити и изгледи банке да се у случају невраћања кредитне суме намири у потпуности у поступку продаје хипотековане непокретности у складу са законом.⁵¹³ Због тога су банке у пракси покушавале да уговором о кредиту ограниче право корисника кредита на отуђење непокретности.⁵¹⁴ Овакве клаузуле су, међутим, у супротности са природом хипотеке и правом власника хипотековане

⁵¹⁰ Упор. за немачко право Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 70.

⁵¹¹ Чл. 16 т. 4 ЗХ.

⁵¹² В ст. 1 и 2 чл. 447 ЗОО.

⁵¹³ Упор. Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 250.

⁵¹⁴ Baur, Baur, Stürner, *op. cit.* с. 421.

непокретности да слободно отуђује или даље оптерећује непокретност. У нашем праву постоји и изричита законска норма којом се свака таква уговорна одредба сматра ништавом.⁵¹⁵ Слична је ситуација и у неким другим правима.⁵¹⁶

Посебан проблем представља покушај банака да на посредан начин заобиђу законску забрану уговорног ускраћивања права власника непокретности на отуђење и даље оптерећење хипотековане непокретности. То се обично чини на тај начин да се уговором о кредиту, додуше не забрањује власнику отуђење или даље оптерећење непокретности, али се предвиђа право банке да у тим случајевима могу одмах изјавити отказ уговора. Овакве уговорне одредбе нису, истина, у директној колизији са наведеном законском забраном, због чега је и судска пракса у неким земљама неуједначена, па и контрадикторна, у погледу оцене дозвољености оваквих уговорних клаузула.⁵¹⁷ У нашој судској пракси, колико је познато, није још било изјашњавања судова по овом питању. Ипак, мислимо да би и овакве уговорне одредбе требало третирати као ништаве јер се њима у суштини постиже исти циљ као онима које су законом изричито забрањене, због чега се могу третирати као одредбе којима се изиграва императивна законска норма.⁵¹⁸

2.2. Обавезе власника непокретности

Поред права, власник непокретности има и законом прецизно утврђене обавезе. Основна обавеза власника непокретности је да *трпи наплату потраживања* хипотекарног повериоца из предмета хипотеке у одговарајућем поступку намирења.

⁵¹⁵ Према чл. ст. 3 ЗХ „ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца“.

⁵¹⁶ В. напр. одредбу пар. 1136 BGB.

⁵¹⁷ В. код Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 421.

⁵¹⁸ Супротан став за немачко право заступају: Weber-Weber. Kreditsicherungsrecht, с. 250.

Поред те основне обавезе, власник предмета хипотеке има и неке споредне обавезе.

У праву Републике Србије власник предмета хипотеке има више таквих споредних обавеза.

Пре свега, власник *не сме физички мењати* предмет хипотеке (преграђивање, доградња, рушење, спајање, деоба, и др.) без писмене сагласности повериоца. Ипак, поверилац може одбити да да писмену сагласност само из оправданог разлога.⁵¹⁹

Затим, власник је дужан да *чува и одржава* предмет хипотеке као добар домаћин, односно добар привредник (зависно од сопственог својства), да не би својим поступцима или пропустима умањио вредност непокретности.⁵²⁰

Надаље, власник има *обавезу осигурања* предмета хипотеке од свих уобичајених ризика пре закључења уговора о хипотеци.⁵²¹ То, међутим, у многим правима није обавеза власника непокретности *ex lege*. Ипак и у тим земљама банке најчешће при закључивању уговора о хипотекарном кредиту захтевају да власник хипотековане непокретности прихвати и обавезу осигурања те непокретности.

Исто тако власник има обавезу да омогући повериоцу коришћење *права приступа* непокретности, укључујући и улазак у непокретност без обзира ко се у њој налази (власник, закупац и др.), ради контроле одржавања или из других оправданих разлога. Услов за коришћење права приступа је да је хипотека заснована у складу са законом (извршни уговор или извршна заложна исправа), односно ако је такво право изричито утврђено у уговору о хипотеци, односно заложној изјави.⁵²²

⁵¹⁹ Чл. 17 ст. 1 ЗХ.

⁵²⁰ Чл. 17 ст. 2 ЗХ.

⁵²¹ Чл. 17 ст. 3 ЗХ.

⁵²² Чл. 17 ст. 4 ЗХ.

Власник, купац и сваки други непосредни држалац непокретности такође има и обавезу да *сарађује са повериоцем у поступку продаје*, а нарочито да омогући приступ предмету хипотеке (улазак у стан и сл.), ако је хипотека заснована у складу са законом (извршни уговор или извршна заложна исправа) или ако је такво право изричито утврђено у уговору о хипотеци, односно заложној изјави.⁵²³

Последње две обавезе, тј. обавезу омогућавања приступа повериоца непокретности, као и обавезу сарадње са повериоцем у поступку продаје, власник непокретности има само ако је његова сагласност садржана у веродостојној или извршној исправи у складу са законом, односно у уговору о хипотеци или заложној изјави, у противном, за вршење одговарајућих права које стоје наспрам ових обавеза, повериоцу је потребна додатна сагласност власника непокретности.⁵²⁴

Питање заштите хипотекарног повериоца од погоршања стања непокретности, и тиме умањења његових изгледа на потпуно намирење, има велики значај у упоредном праву. У немачком праву тако постоји правило да хипотекарни поверилац, тиме и банка код хипотекарног кредита, има право да преко суда захтева одстрањење погоршања стања односно вредности непокретности и њених припадака,⁵²⁵ независно од тога да ли је за погоршање стања власник одговоран или не.⁵²⁶ Ако је власник крив за погоршање, хипотекарни поверилац има још и право на накнаду штете.⁵²⁷ Коначно, поверилац има право и на тужбу са захтевом за пропуштање одређених радњи, ако те радње прете оштећењем непокретности, независно од тога да ли радње предузима (или намерава да предузме) власник непокретности или неко трећи.⁵²⁸ Поред тога, због погоршања стања непокретности, поверилац може да захтева намирење основног потраживања пре

⁵²³ Чл. 17 ст. 5 ЗХ.

⁵²⁴ В. чл. 17 ст. 6 ЗХ.

⁵²⁵ Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 250.

⁵²⁶ В. пар. 1133 Грађанског законика Немачке (BGB).

⁵²⁷ Упр. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 69.

⁵²⁸ Пар. 1134 BGB.

његове доспелости, а након истека накнадног рока који је одобрио власнику непокретности за одстрањење угрожавања.⁵²⁹

2.3. Права банке као кредитног и хипотекарног повериоца

До доспелости потраживања, и тиме „зрелости“ хипотеке, банка као хипотекарни поверилац, има према власнику непокретности одређена права. Уз права која произлазе из раније поменутих обавеза власника непокретности, банка као кредитни и хипотекарни поверилац има и нека додатна, посебна права.

У праву Републике Србије банка као хипотекарни поверилац, као и сваки други хипотекарни поверилац, има нека посебна права

Та посебна права су:

- право да захтева додатно обезбеђење,⁵³⁰
- право приступа непокретности (улазак и контрола одржавања)⁵³¹
- право да захтева забрану одређеног понашања власника непокретности (тзв. судска забрана оштећења)

⁵²⁹ Параграф 1133 BGB то питање регулише на следећи начин: „Ist infolge einer Verschlechterung des Grundstücks die Sicherheit der Hypothek gefährdet, so kann der Gläubiger dem Eigentümer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Gefährdung bestimmen. Nach dem Ablauf der Frist ist der Gläubiger berechtigt, sofort Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen, wenn nicht die Gefährdung durch Verbesserung des Grundstücks oder durch anderweitige Hypothekenbestellung beseitigt worden ist.“ („Ако је због погоршања стања непокретности хипотека угрожена, поверилац може власнику одредити примерен рок за одстрањивање угрожавања. По истеку рока, поверилац је овлашћен да одмах захтева намирење из непокретности, ако угрожавање није одстрањено побољшањем стања непокретности или давањем друге хипотеке“ - превод Ј.Ш.В.)

⁵³⁰ Чл. 18 ЗХ

⁵³¹ В. чл. 17 ЗХ.

Прво посебно право банка има према дужнику, као кредитни поверилац, а друга два према власнику непокретности, као хипотекарни поверилац.

2.3.1. Права банке као кредитног повериоца

Банка као кредитни поверилац има *право на додатно обезбеђење*. Наиме, банка као кредитни поверилац има право да захтева да му дужник пружи додатно обезбеђење сличног степена сигурности ако:

- 1) је због понашања, односно радњи власника, односно непосредног држаоца, вредност предмета хипотеке смањена; или
- 2) због радњи које власник намерава да предузме прети опасност од смањења вредности предмета хипотеке.⁵³²

Ако дужник не пружи додатно обезбеђење сличног степена сигурности, банка као поверилац има право да захтева наплату целог потраживања из вредности хипотековане непокретности одмах, без одлагања.

Да ли је дошло до смањења вредности непокретности и ако јесте, колико то смањење износи, утврђује судски вештак, на захтев повериоца.⁵³³

2.3.2. Права банке као хипотекарног повериоца

Право приступа непокретности (улазак и контрола одржавања). Банка као хипотекарни поверилац има право приступа непокретности ради контроле уредног одржавања непокретности. Ово право банка може да оствари у уобичајено време и на уобичајени начин.

⁵³² Чл. 18 ст. 1 ЗХ.

⁵³³ В. чл. 18 ст. 2 т. 2 ЗХ.

Право на судску забрану оштећења. Поред права на додатно обезбеђење поверилац има и право да захтева да суд нареди власнику, односно непосредном држаоцу, да престане са одређеним понашањем, ако:

- 1) је због таквог понашања вредност предмета хипотеке смањена; или
- 2) због понашања које намерава да предузме, прети опасност од смањења вредности хипотековане непокретности.⁵³⁴

У наведним случајевима поверилац има одређена права у циљу заштите својих интереса.

Пре свега, поверилац може да захтева од суда да му дозволи да предузме потребне мере да се избегне смањење вредности хипотековане непокретности.

Поред тога, хипотекарни поверилац може, ако околности не трпе одлагање, да предузме потребне мере и пре него што добије дозволу од суда, ако је хипотека заснована у складу са одговарајућим одредбама закона (извршни уговор или извршна заложна исправа) или ако је то изричито предвиђено у уговору о хипотеци, односно у заложној изјави.

Коначно, поверилац има право да захтева од суда одлуку да власник плати накнаду за учињене трошкове.⁵³⁵

Према закону, потраживање накнаде за учињене трошкове обезбеђује се без уписа и ужива првенство у наплати у односу на све уписане терете.⁵³⁶

⁵³⁴ Чл. 19 ст. 1 ЗХ.

⁵³⁵ Чл. 19 ст. 2 ЗХ.

⁵³⁶ Чл. 19 ст. 3 ЗХ.

3. Пренос права и обавеза и друге промене

3.1. Уступање потраживања

3.1.1. Општа правила

Хипотековано потраживање поверилац може да пренесе на друго лице. Тај пренос се остварује уступањем потраживања (цесијом) на основу уговора између повериоца и лица коме се потраживање уступа.⁵³⁷ Према општим правилима за цесију потраживања, дужник према цесионару може да истиче све оне приговоре које је имао према цеденту, укључујући и приговоре личне природе, јер дужник не треба да буде стављен у неповољнији положај због промене поверилаца, на шта, иначе, није могао утицати.⁵³⁸ Пошто се од преноса потраживања (а тиме и хипотеке) није могао бранити, мора му се признати право да задржи исти статус, тј. да због овог преноса не буде оштећен.⁵³⁹ Начелно, ово правило важи и за власника непокретности.⁵⁴⁰

⁵³⁷ Чл. 20 ст. 1 ЗХ.

⁵³⁸ Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 248.

⁵³⁹ Baur, Baur; Stürmer, *op. cit.* с. 397.

⁵⁴⁰ Ипак, од овог правила постоји одређени изузетак који се тиче заштите савесног стицаоца који се ослањао само на податке из регистра непокретности, у погледу приговора које му може упутити власник непокретности. Ван овог изузетка, међутим, власник хипотековане непокретности може према цесионару такође истицати све оне приговоре које је могао истицати и према цеденту. (в. Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 248.) У том смислу је посебно карактеристична одредба ст. 1. пар. 892 Немачког грађанског законика (BGB) којом се штити јавна вера у тачност земљишних књига, због чега се власник непокретности не може позвати на непостојање хипотеке, ако је она уписана у земљишну књигу („Zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, gilt der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Ist der Berechtigte in der Verfügung über ein im Grundbuch eingetragenes Recht zugunsten einer bestimmten Person beschränkt, so ist die Beschränkung dem Erwerber gegenüber nur wirksam, wenn sie aus dem Grundbuch ersichtlich oder dem Erwerber bekannt ist“).

У банкарској пракси до преноса банчиног потраживања из уговора о хипотекарном кредиту најчешће долази када банка, ради побољшања своје ликвидности, део својих потраживања (део тзв. портфолиа) уступа другој банци уз одређени дисконт.

Уговором о уступању хипотекованог потраживања се на лице коме се потраживање уступа истовремено и заједно са потраживањем преноси и хипотека.⁵⁴¹ Заправо хипотека, као акцесорно потраживање, следи пренос потраживања које обезбеђује. То важи не само при уступању обезбеђеног потраживања цесијом, већ и у случају стицања тог потраживања суброгацијом (када потраживање измири треће лице).

Као што се види, пренос хипотеке се може остварити само заједно са преносом хипотекованог потраживања. Самостални пренос хипотеке није могућ. Уговор о преносу хипотеке који би се закључио одвојено од уступања потраживања не би производио правно дејство.⁵⁴² Овакво правило је логична последица акцесорности хипотеке. Ако би се од овог правила одступило то би у крајњем могло да доведе до ситуације да поверилац наплати потраживање од облигационог дужника (код хипотекарног кредита од корисника кредита) а да се хипотекар (титулар хипотеке) наплати из вредности хипотековане непокретности. Ако би дужник (корисник кредита) истовремено био и власник хипотековане непокретности, тада би он два пута плаћао дуг, једном по основу измирења кредитног потраживања, други пут по основу трпљења намирења титулара хипотеке из вредности његове непокретности. Због тога у свим правима постоји правило да је ималац потраживања увек и титулар хипотеке.⁵⁴³ Ипак, и од овог правила су могући изузеци. Они се посебно јављају у земљама у којима важи начело поуздања у регистар непокретности, што омогућује тзв. савесно самостално стицање хипотеке. У немачком праву постоји

⁵⁴¹ Чл. 20 ст. 3 т. 2 ЗХ. Исто: пар. 1153 II BGB;

⁵⁴² Чл. 20 ст. 2 ЗХ.

⁵⁴³ Оваква акцесорност, која значи да је поверилац обезбеђеног потраживања увек истовремено и титулар хипотеке се у теорији означава као акцесорност у припадању или акцесорност у преносу. У нашој теорији в. Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 124 и сл.

правило да је самостални пренос хипотеке, додуше могућ, али се тада сматра да је истовремено уговорен и пренос потраживања.⁵⁴⁴

Наиме, три су могућа решења проблема преноса обезбеђеног потраживања и хипотеке. Први је да се потраживање и хипотека преносе истовремено у тренутку закључења пуноважног уговора о цесији односно од тренутка исплате потраживања уз персоналну суброгацију. Друга је могућност да се закључењем уговора о цесији преноси обезбеђено потраживање, а да се пренос хипотеке на основу тог уговора остварује тек уписом новог хипотекара у регистар непокретности (земљишну књигу или други регистар непокретности). Коначно, трећа је могућност да се и пренос потраживања и пренос хипотеке остварује тек уписом у регистар непокретности.

3.1.2. Проблем савесног самосталног стицања хипотеке

Због своје акцесорности (као и због одговарајућих законских норми) хипотека се, дакле, не може самостално преносити, без преноса обезбеђеног потраживања. То је опште правило које је прихваћено и у упоредном праву. Ипак, с обзиром да се хипотека уписује у јавни регистар за који важи претпоставка тачности, јавио се проблем самосталног савесног стицања хипотеке.

Наиме, акцесорни однос хипотеке према потраживању може да произведе правне тешкоће ако обезбеђено потраживање не постоји, односно више не постоји, а хипотека није исписана из регистра непокретности. У нашем праву таква могућност је реална не само због тога што увек постоји извесна временска дискрепанца између престанка потраживања и завршетка поступка исписа хипотеке из регистра непокретности, већ и због тога што наше право познаје институт тзв. „неисписане хипотеке“.

⁵⁴⁴ Овакав став се заснива на одлуци Врховног суда Немачке (Reichgerichtshof) из 1938. године (В. Weber-Weber, Kreditsicherungsrecht, с. 233)

Овај проблем је нарочито наглашен у оним правним системима који инсистирају на релевантности јавних регистара (у овом случају регистра непокретности) и поузданости (истинитости) података који су у њима садржани, а ради обезбеђивања правне сигурности у промету. Због тога постоје посебна правила која штите савесног стицаоца права које је уписано у јавни регистар. Свако ко се поузда у наводе из јавног регистра, начелно, не би могао имати штетне последице, под условом да је био савестан, тј. да није знао нити је према околностима могао знати да је податак из јавног регистра нетачан.

На овај начин долази до колизије два важна правила. С једне стране постоји правило да се хипотека не може самостално преносити због њеног акцесорног карактера, а с друге стране постоји правило о претпоставци тачности података из регистра непокретности као јавне књиге (јавног регистра). Како решити ову колизију?

У немачком праву је изграђено правило које покушава да помири поменута два правила, али то чини уз помоћ правне фикције. Наиме, немачко право начелно полази од правила да се преносом потраживања преноси и хипотека, па није могуће пренети самостално ни хипотку ни потраживање.⁵⁴⁵ Изузетно, ипак, треће лице може стећи хипотеку, без стицања потраживања које не постоји, односно које је престало, на основу законске норме по којој постоји законска претпоставка да право које је уписано у земљишну књигу постоји и да припада његовом имаоцу који је уписан.⁵⁴⁶ Пошто потраживање не постоји, односно више не постоји, на основу ове законске претпоставке савесни стицалац може самостално стећи хипотеку, без потраживања. Савесно стицање непостојећег потраживања је и у немачком праву увек искључено.⁵⁴⁷ Како оваква могућност колидира са принципом

⁵⁴⁵ В. пар. 1153 BGB.

⁵⁴⁶ „Ist im Grundbuch für jemand ein Recht eingetragen, so wird vermutet, dass ihm das Recht zustehe.“
(Пар. 891 ст. 1 Немачког грађанског законика – BGB).

⁵⁴⁷ В. Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 387.

акцесорности хипотеке, створена је законска фикција према којој савесни стицалац такође стиче и потраживање али не“као такво“ већ „само за хипотеку“.⁵⁴⁸ То значи да савесни стицалац може на основу стечене хипотеке од власника непокретности тужбом захтевати трпљење намирења из вредности непокретности, али не може захтевати испуњење дуга од дужника, будући да потраживање (више) не постоји. Законска фикција из пар. 1138 BGB служи дакле само томе да власник непокретности не може према савесном стицаоцу хипотеке истицати приговор непостојања потраживања. Другим речима речено, савесни стицалац може тужбом према власнику хипотековане непокретности захтевати намирење из вредности непокретности, али не може од дужника (непостојећег) потраживања (свеједно да ли је он власник хипотековане непокретности или не) захтевати исплату дуга, што значи да је искључено намирење из целокупне имовине дужника, чак и ако је он уједно власник хипотековане непокретности.⁵⁴⁹

У аустријском праву се разликују две ситуације. Ако се ради о уговорном преносу обезбеђеног потраживања, тада се сматра да је и пренос потраживања и пренос хипотеке остварен тек уписом у земљишну књигу. Упис у земљишну књигу је, дакле, у овом случају конститутивног карактера.⁵⁵⁰ Ако се, међутим, пренос потраживања врши на основу персоналне суброгације (испуњењем од стране трећег лица) тада се потраживање и хипотека преносе већ у тренутку исплате, па је упис хипотеке у земљишну књигу у корист новог хипотекара декларативан.⁵⁵¹

У швајцарском праву, напротив, и обезбеђено потраживање и хипотека прелазе на цесионара у тренутку закључења уговора о цесији.⁵⁵²

⁵⁴⁸ В. Weber-Weber, Kreditsicherungsrecht, с. 236.

⁵⁴⁹ Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 389.

⁵⁵⁰ В. Ehrenzweig, Adolf у: Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, erster Band, zweite Hälfte, Das Sachenrecht, zweite Auflage, Wien 1957, с. 440.

⁵⁵¹ V. Ehrenzweig, Adolf у: Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, erster Band, zweite Hälfte, Das Sachenrecht, Zweite Auflage, Wien 1957, s. 439.

⁵⁵² В. чл. 835 ZGB (Грађанског законика) и чл. 170 OR (Закона о облигацијама) Швајцарске.

Какво би решење било прихватљиво у нашем праву? По нашем мишљењу, проблеми које изазива наведена правна фикција су такви да не оправдавају њено постојање, бар не у погледу могућности самосталног савесног стицања хипотеке, ако потраживање не постоји, односно ако више не постоји. Поред тога у нашем праву постоји и изричита законска норма према којој (сваки) самостални пренос хипотеке без преноса потраживања не производи правна дејства. Надаље, при оваквом законском решењу тешко је говорити о савесном стицаоцу хипотеке који зна да би по законској норми морао истовремено стећи и потраживање, да би пренос хипотеке производио правна дејства. Коначно, нејасно је да ли у нашем праву уопште важи принцип поуздања у тачност земљишних књига, односно регистара непокретности.⁵⁵³

3.1.3. Самосталан пренос потраживања?

На основу претходно изложеног јасно произилази да се хипотека не може преносити одвојено од преноса потраживања. Поставља се, међутим, питање да ли је самосталан пренос обезбеђеног потраживања, без истовременог преноса хипотеке, правно могућ. Да самосталан пренос хипотеке не производи правна дејства јасно је већ из акцесорног карактера хипотеке у односу на обезбеђено потраживање. Законско правило које такав евентуални пренос лишава правног дејства само следи ову правну логику. Међутим, обезбеђено потраживање није акцесорног карактера. Да ли то може значити да је његов самостални пренос, без истовременог преноса хипотеке, правно могућ? Питање се утолико пре може поставити што ова ситуација у закону није правно уређена.

⁵⁵³ О слабљењу овог начела у нашем праву до његовог ишчезавања види: Орлић, Миодраг у: Станковић, Обрад, Орлић, Миодраг, Стварно право, Београд, 1993, с. 332 и сл.; Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 137. Насупрот томе, постоји одлука Врховног суда Србије Рев. 230/2003 од 5. марта 2003. година (Билтен судске праксе Врховног суда Србије, 2/2003, с. 49.) која се заснива на принципу поуздања у земљишну књигу и савесног стицања.

По нашем мишљењу самосталан пренос обезбеђеног потраживања такође не би смео производити правно дејство. Смисао законске норме по којој пренос хипотеке није могућ без преноса потраживања је у ширем правилу да су потраживање и хипотека, управо због принципа акцесорности, нераскидиво повезани, тако да се ниједно од њих не може одвојено преносити. Дубљи смисао овог правила је, опет, у томе да оно елиминише ризик евентуалног удвостручавања поверилачких права. Наиме, тако нешто би се могло догодити ако би се допустило самостално преношење потраживања и хипотеке. Тако би напр. корисник кредита, који је истовремено и власник хипотековане непокретности, могао новом повериоцу пренетог потраживања бити одговоран из уговора о кредиту, а (старом) хипотекарном повериоцу по основу хипотеке. Дужник (власник непокретности) мора бити заштићен од ризика двоструке исплате.⁵⁵⁴

Према томе, уступање потраживања никада не може бити такво да дође до одвајања потраживања и хипотеке. Другим речима речено, поверилац обезбеђеног потраживања и хипотекарни поверилац увек морају бити исто лице.⁵⁵⁵ При закључењу уговора о хипотекарном кредиту то лице је банка, али касније, то може бити и било које друго лице на које се потраживање и хипотека заједнички пренесу. Насупрот томе, дужник по потраживању и хипотекарни дужник увек могу бити различита лица, како при закључењу уговора о хипотекарном кредиту тако и касније. Тако напр. ако је корисник кредита истовремено и власник хипотековане непокретности, њеним преносом на треће лице то лице постаје хипотекарни дужник.

⁵⁵⁴ Baur, Baur, Stürner, op. cit. c. 394.

⁵⁵⁵ Weber-Weber, Kreditsicherungsrecht, c. 234.

Занимљиво решење је предвиђено у праву Словеније. Начелно је и у овом праву усвојено правило да се хипотека и обезбеђено потраживање заједно преносе. Ипак, могућ је и другачији договор.⁵⁵⁶

3.1.4. Форма преноса и друга правила

За уговор о уступању потраживања је, иначе, законом прописана писана форма и то специјална (квалификована) писана форма. Наиме, уговор се мора закључити у писаној форми и са потписима странака који су оверени од стране суда, односно другог законом овлашћеног органа.⁵⁵⁷ Писана форма се на различите начине захтева и у другим правима.⁵⁵⁸

Уговор о уступању потраживања производи дејство према трећим лицима уписом у регистар непокретности.⁵⁵⁹ Исто правило важи и у немачком праву, које такође поред уговора захтева и упис у регистар непокретности (земљишну књигу).

Да ли се уступање обезбеђеног потраживања може уговором искључити? У нашем праву нема експлицитног одговора на ово питање. Ипак, према општим правилима би то било могуће, као што је могуће и код необезбеђених потраживања. У немачком праву је такво уговорно искључење преноса потраживања пуноважно⁵⁶⁰ али мора бити уписано у земљишне књиге да би деловало према трећем лицу, савесном стицаоцу.⁵⁶¹

⁵⁵⁶ У чл. 148 ст. 1 Стварноправног законика Словеније је предвиђено да се с преносом обезбеђеног потраживања преноси и хипотека, ако није другачије уговорено (“S prenosom zavarovane terjatve se prenese tudi hipoteka, če ni dogovorjeno drugače”).

⁵⁵⁷ Чл. 20 ст. 3 т. 1 ZX.

⁵⁵⁸ За немачко право види пар. 126, 129 и 1154 BGB.

⁵⁵⁹ Чл. 20 ст. 3 т. 3 ZX. Исто правило: пар. 873 Немачког грађанског законика (BGB)

⁵⁶⁰ В. пар. 398 Немачког грађанског законика (BGB).

⁵⁶¹ Westermann, Harm Peter, Verhaltenspflichten der Kreditinstitute bei der Vergabe von Verbraucherdarlehen, ZHR, 1989, с. 123 и сл.

3.1.5. Законски прелаз потраживања и хипотеке

Уз пренос (уступање) обезбеђеног потраживања правним послом, постоји и пренос *ex lege*. То ће бити случај у свим ситуацијама у којима је обезбеђено потраживање измирило неко друго лице, а не дужник. Најчешће ће потраживање измирити хипотекарни дужник (власник хипотековане непокретности) да би спречио намерење повериоца из вредности те непокретности, али то може учинити и неко друго лице.

У свим овим ситуацијама банка као поверилац из уговора о хипотекарном кредиту је намирена, али обезбеђено потраживање не престаје већ прелази на лице које је дуг испунило по самом закону. Заједно са потраживањем на испуниоца прелази и хипотека. У нашем праву ово је изражено следећим правилом: „уколико хипотекарни дуг исплати лице које није дужник, оно ступа на место хипотекарног повериоца према дужнику и трећим лицима“.⁵⁶²

Посебно је питање шта бива са хипотеком које се хипотекарни поверилац одрекао. У правима у којима постоји земљишни дуг ситуација је релативно јасна, хипотека припада власнику непокретности⁵⁶³ али се преображава у земљишни дуг и то сопствени земљишни дуг власника непокретности.⁵⁶⁴ У нашем праву, будући да земљишни дуг не постоји, настаје ситуација тзв. „неисписане хипотеке“ која стоји на располагању власнику непокретности (сопствена неисписана хипотека).

⁵⁶² Чл. 28 ЗХ.

⁵⁶³ У пар. 1168 ст. 1 Немачког грађанског законика је садржано следеће правило: „Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer.“ (Ако се поверилац одрекне хипотеке, она припада власнику – превод: Ј.Ш.В.)

⁵⁶⁴ Претварање хипотеке у земљишни дуг се остварује према правилу из пар. 1177, ст. 1 прва реченица Немачког грађанског законика (BGB) који гласи: „Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne dass dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld.“ (Ако се стекну хипотека и власништво код једног лица, а власник нема и потраживање, хипотека се преображава у земљишни дуг – превод: Ј.Ш.В.)

3.2. Залагање хипотекованог потраживања (надхипотека)

Хипотековано потраживање се не само може уступити, већ и заложити. Залагање потраживања се остварује на основу уговора између хипотекарног повериоца и натхипотекарног повериоца.⁵⁶⁵

Овај уговор је такође формалан. Обавезна је писана форма, са потписима странака овереним од стране суда, односно другог законом овлашћеног органа.⁵⁶⁶

Да би овај уговор уписом у регистар непокретности могао да произведе правно дејство према трећима, неопходно је да садржи изричиту и безусловну изјаву повериоца да се натхипотекарни поверилац може уписати у том својству у регистар непокретности (*clausula intabulandi*).⁵⁶⁷

Уговор о залагању хипотекованог потраживања производи правно дејство према трећим лицима од дана уписа у регистар непокретности.⁵⁶⁸

Према дужнику овај уговор производи правно дејство од дана када му стигне писмено обавештење о залагању потраживања. Од тог тренутка па надаље, дужник обавезу може испунити само према натхипотекарном повериоцу или по његовом писменом налогу.⁵⁶⁹

3.3. Преузимање дуга

Поред уступања и залагања хипотекованог потраживања, допуштено је и преузимање дуга према хипотекарном повериоцу.

⁵⁶⁵ Чл. 21 ст. 1 ЗХ.

⁵⁶⁶ Чл. 21 ст. 2 т. 1 ЗХ.

⁵⁶⁷ Чл. 21 ст. 2 т. 2 ЗХ.

⁵⁶⁸ Чл. 21 ст. 2 т. 4 ЗХ.

⁵⁶⁹ Чл. 21 ст. 2 т. 3 ЗХ.

Преузимање дуга се остварује уговором о преузимању дуга обезбеђеног хипотеком између власника и прибавиоца предмета хипотеке, односно уговором између власника, прибавиоца предмета хипотеке и дужника ако власник није хипотекарни дужник.⁵⁷⁰

Овај уговор се закључује приликом отуђења предмета хипотеке, у виду посебног уговора или у виду одредбе, односно дела уговора о отуђењу предмета хипотеке.⁵⁷¹

Да би уговор о преузимању дуга производио правна дејства, неопходно је да поверилац да свој пристанак у писменом облику.⁵⁷²

3.4. Спајање и деоба предмета хипотеке

Може се десити да власник, уз сагласност повериоца, изврши деобу предмета хипотеке или спајање предмета хипотеке са другом непокретношћу. У том случају хипотека се по службеној дужности уписује на тим непокретностима, с тим да свака хипотека обезбеђује целокупно потраживање, осим ако је другачије уговорено са повериоцем.⁵⁷³

⁵⁷⁰ Чл. 22 ст. 1 ЗХ.

⁵⁷¹ Чл. 22 ст. 2 т. 1 ЗХ.

⁵⁷² Чл. 22 ст. 2 т. 2 ЗХ.

⁵⁷³ Чл. 23 ЗХ.

ПРАВНИ ОДНОСИ ОД ДОСПЕЛОСТИ ДО НАМИРЕЊА ОБЕЗБЕЂЕНОГ ПОТРАЖИВАЊА

1. Враћање кредитне суме

Корисник хипотекарног кредита је обавезан да о доспелости врати кредитну суму, под условима и на начин како је то уговором предвиђено. Ако уговором није другачије предвиђено, претпоставка је да се кредитна сума враћа о доспелости одједном и у целини.

Већ је раније наглашено да су код сваког новчаног кредита, па тако и код хипотекарног кредита, за враћање кредитне суме везане две претпоставке. Наиме, корисник кредита ће бити дужан да врати кредитну суму само ако му је она у целини исплаћена и ако је његова обавеза враћања доспела.⁵⁷⁴

2. Плаћање осталих кредитних потраживања (камате и друге накнаде)

Поред враћања кредитне суме корисник кредита је дужан да плати и камату и друге накнаде, такође на начин предвиђен уговором. Ову обавезу корисник је дужан да измири о доспелости. Важно је напоменути да доспелост обавезе плаћања камате и других накнада не мора да се поклопи са доспелашћу обавезе враћања кредитне суме. Ипак, ако уговором није другачије предвиђено, корисник је дужан да плати камату и друге трошкове заједно са испуњењем обавезе враћања кредита.

⁵⁷⁴ В. о овоме више супра, део други, глава друга, под 6.2.

Као и обавеза враћања кредитне суме, и обавеза плаћања камате условљена је двема претпоставкама. Да би корисник хипотекарног кредита био дужан да изврши ову обавезу неопходно је да је банка претходно извршила своју обавезу плаћања кредитне суме, као и да је обавеза плаћања камате доспела. Тек од тог тренутка почиње важити обавеза корисника у погледу плаћања камате. Међутим треба имати на уму да се обавеза плаћања камате не завршава истеком времена на који је уговор о кредиту закључен, већ се одређује према времену испуњења корисникове обавезе враћања кредитне суме.

Што се тиче других накнада, корисник је дужан да их измири о доспелости, али оне могу доспети и пре плаћања кредитне суме кориснику кредита, ако је тако уговорено.

3. Престанак уговора о хипотекарном кредиту

Када корисник о доспелости врати кредитну суму и измири све своје друге обавезе (камате, друге накнаде) уговор о хипотекарном кредиту престаје. Престанак уговора о хипотекарном кредиту испуњењем је редован начин његовог престанка за који важе општа правила о престанку уговора о новчаном кредиту испуњењем, односно општа правила о престанку испуњењем двостраних и теретних уговора уопште.

Поред тога уговор о хипотекарном кредиту може престати и на све друге начине на који престају уговори о новчаном кредиту уопште.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ В. *supra*, део други, глава друга, под 8.

4. Правни односи након редовног намирења банке

4.1. Потраживање измирио корисник кредита

Ако је корисник кредита измирио све своје обавезе према банци о доспелости, уговор о хипотекарном кредиту престаје, а тиме и обезбеђено потраживање.

Посебно је питање шта се дешава са хипотеком после уредног измирења обавеза корисника према банци. Пошто је обавезу измирио корисник кредита као дужник, то потраживање банке не прелази на њега, већ се дефинитивно гаси. По начелу акцесорности хипотеке, престанком обезбеђеног потраживања је нестала и нужна претпоставка за постојање хипотеке. Ипак, хипотека не престаје *ipso facto*, самим престанком потраживања, већ престаје исписом у законом прописаном поступку, о чему ће бити више речи касније.

У случају да је корисник кредита истовремено и давалац хипотеке (власник хипотековане непокретности) стекли су се услови за престанак хипотеке. У сваком случају банка након уредног намирења њених потраживања, не може више користити своје право намирења из вредности хипотековане непокретности.

Ипак, пошто хипотека не престаје самим престанком потраживања, корисник кредита у нашем праву, као власник непокретности, стиче право располагања том хипотеком у наредном року од три године од дана престанка потраживања. Настаје правно стање тзв. "неисписане хипотеке". Корисник кредита, као власник хипотековане непокретности, може у овом временском периоду захтевати да се хипотека пренесе на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца. При томе је без значаја да ли се пренос хипотеке врши ради обезбеђења неке нове обавезе корисника кредита или неког другог лица. У сваком случају ново потраживање може бити обезбеђено пренетом хипотеком само до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком.⁵⁷⁶

⁵⁷⁶ В. Чл. 53 ст. 1 ЗХ.

Ако је потраживање измирио корисник кредита као дужник, а власник хипотековане непокретности је треће лице, обезбеђено потраживање се гаси, а хипотека постаје „неисписана хипотека“ и припада власнику непокретности. Он је може у наредном периоду од три године од дана престанка потраживања пренети на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца, као и у претходном случају.

Судбина хипотеке након престанка обезбеђеног потраживања се у упоредном праву различито решава. У немачком праву хипотека престаје у тренутку престанка обезбеђеног потраживања, али тако да губи своје својство хипотеке и трансформише се у сопствени (власнички) земљишни дуг.⁵⁷⁷ Овакво решење је правно-теоријски доследно, јер не дозвољава даље постојање хипотеке, као акцесорног средства обезбеђења, након престанка главног потраживања. С друге стране, пошто је земљишни дуг неакцесорне природе, нема правних проблема да се престанком обезбеђеног потраживања по основу испуњења обавезе од стране корисника кредита као дужника и као власника непокретности, хипотека преобрази у његов сопствени (власнички) земљишни дуг. Након тога власнику непокретности остаје земљишни дуг и након евентуалног отуђења непокретности, али тада он постаје редовни (туђи) земљишни дуг. Ипак, у пракси, редовно се са преносом својине на непокретности преноси на прибавиоца и земљишни дуг.⁵⁷⁸

4.2. Потраживање измирило треће лице – власник непокретности

Ако корисник хипотекарног кредита не измири своје доспеле обавезе, а хипотеку је за њега дало треће лице, настаје реална опасност за то лице да ће се банка за своја потраживања намирити из вредности хипотековане непокретности. Због тога је дато право власнику непокретности да сам измири обезбеђено банчино

⁵⁷⁷ В. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, с. 71.

⁵⁷⁸ В. Rauch, Wolfgang -Zimmermann, Steffen, *Grundschuld und Hypothek*, München, 1998, с. 232.

потраживање. Изузетно, у неким правима се томе може успротивити корисник кредита, као персонални дужник.⁵⁷⁹ У нашем праву такво право дужника на противљење није предвиђено.

Начин измирења од стране трећег лица – власника непокретности је небитан. То може бити плаћање новчане обавезе, али и компензација са обавезом коју банка према њему има.

Ако је обезбеђено потраживање измирило треће лице – власник непокретности, то потраживање не престаје већ прелази на њега по закону (*cessio legis*). Са потраживањем на њега прелази и хипотека, као акцесорно право.

На основу оваквог преласка потраживања, власник непокретности има право да од корисника хипотекарног кредита, као дужника, захтева исплату потраживања. Поред тога власник непокретности може захтевати од корисника кредита исплату потраживања и по другом основу. Најчешће ће то бити по основу налога који је од њега добио при давању хипотеке, али може бити и захтев за намирење трошкова по основу пословодства без налога.

Што се тиче хипотеке, она је такође, заједно са потраживањем, прешла на треће лице, власника непокретности. Пошто потраживање није престало, хипотека наставља да постоји и представља својеврсну сопствену хипотеку. Сопствена хипотека, додуше, за разлику од неких других права, није изричито предвиђена у нашем праву, али ово стање фактички представља стање сопствене хипотеке. Наиме, власник непокретности, може сада, као нови поверилац, захтевати наплату потраживања од корисника кредита као дужника, али може потраживањем и на други начин располагати.

Уколико наплати потраживање од корисника кредита као дужника (кроз добровољно испуњење или принудном наплатом) власник непокретности не мора

⁵⁷⁹ В. пар. 267 Грађанског законика Немачке (BGB).

захтевати испис хипотеке већ је, за своје или туђе будуће потребе, може три године држати у статусу тзв. „неисписане хипотеке“. На тај начин власник непокретности унапред има хипотеку одређеног ранга коју може као средство обезбеђења користити при новим (својим или туђим) кредитима.

Власник непокретности, међутим, не мора захтевати исплату потраживања од корисника кредита као дужника. Уместо тога он може потраживање продати (пренети) трећем лицу. У том случају са потраживањем поново прелази и хипотека, која се сада изнова преображава у редовну (туђу) хипотеку.

У немачком праву исплатом обезбеђеног потраживања од стране власника хипотековане непокретности који није дужник (корисник кредита) на њега прелази потраживање а са преносом потраживања и хипотека као акцесорно право, и то по самом закону. Хипотека постаје сопствена хипотека која је у овом праву посебно уређена.⁵⁸⁰

⁵⁸⁰ В. пар. 1177 Грађанског законика Немачке.

НАМИРЕЊЕ БАНКЕ ИЗ ВРЕДНОСТИ ХИПОТЕКОВАНЕ НЕПОКРЕТНОСТИ

1. Општа и посебна правила

1.1. Општа правила

1.1.1. „Зрелост“ хипотеке као претпоставка намирења

Основно право хипотекарног повериоца је право да се за своје потраживање намири из вредности хипотековане непокретности, ако дужник не измири дуг о доспелости. Да је неизмирење дуга од стране корисника кредита неопходан услов за намирење из вредности хипотеке јасно је како из њене правне природе, тако и из њене сврхе. Кроз хипотеку банчино потраживање треба само да буде обезбеђено, не и испуњено.⁵⁸¹

Начелно, хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности само ако су испуњене претпоставке за такво намирење. То у основи значи да он има хипотеку која је подобна за коришћење права намирења из ње и да такво право у међувремену није изгубио.⁵⁸²

Поверилац има хипотеку ако ју је правоваљано стекао, а накнадно није престала, односно није пренета на друго лице.⁵⁸³

Хипотека је начелно спремна за намирење када постане „зрела“ (тј. када је хипотекована непокретност „зрела“ за наплату). Она редовно постаје „зрела“ када наступи доспелост обезбеђеног потраживања, тј. у време у којем је корисник

⁵⁸¹ Упор. Rauch-Zimmermann, op. cit. 244.

⁵⁸² Wolf, op. cit. 376.

⁵⁸³ Ibidem.

хипотекарног кредита као дужник био обавезан да измири банчино кредитно потраживање. Ово правило јасно произлази из акцесорности хипотеке. Хипотека је право намирења одређеног потраживања,⁵⁸⁴ а не право на одређену суму новца из вредности некретнине, као што је то случај код земљишног дуга.

Обезбеђено потраживање, опет, постаје доспело у два случаја: кад по уговору о хипотекарном кредиту истекне временски период на који је кредит уговорен (напр. после 10, 15 или 20 година) и када банка откаже уговор о кредиту. Прецизније одредбе о томе када ће потраживање банке бити доспело (цело потраживање, отплатне рате и сл.) би требало да садржи уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита,⁵⁸⁵ који је, у пракси, најчешће кроз неколико одредаба уграђен у сам уговор о хипотекарном кредиту. Ипак, то је могуће само ако је корисник кредита истовремено и власник хипотековане непокретности.

Отказ уговора о кредиту банка може изјавити ако јој је то право дато уговором о хипотекарном кредиту (уговор окредиту са уговореном отказним роком) или ако корисник кредита не извршава своје битне уговорне обавезе.

Ако „зрелост“ хипотеке наступа због доспелости потраживања изазване отказом уговора о кредиту, потребно је да банка као хипотекарни поверилац упути отказ не само кориснику кредита као дужнику, већ и власнику хипотековане непокретности, ако то није корисник кредита. На тај начин се избегава ситуација да власник непокретности буде изненађен захтевом за намирење из вредности хипотековане непокретности, иако време за измирење кредитног потраживања из уговора о хипотекарном кредиту још није доспело.⁵⁸⁶

⁵⁸⁴ У том смислу се у члану 2 ЗХ тако изричито наводи: „Хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости, захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком (у даљем тексту: потраживање) из вредности непокретности..“.

⁵⁸⁵ Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 249

⁵⁸⁶ В. Baur, Baur, Stürner, *op. cit.* с. 419-420; Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 249.

Изузетно, пре доспелости потраживања банка може наплатити потраживање из вредности хипотековане непокретности ако му дужник у законом предвиђеним ситуацијама не пружи додатно обезбеђење сличног степена сигурности⁵⁸⁷ као и када се спроводи продаја те непокретности на захтев других поверилаца.⁵⁸⁸

1.1.2. Право на намирење

Банка као хипотекарни поверилац може, дакле, вршити своје право привилегованог намирења из вредности хипотековане непокретности само ако је њен захтев према кориснику кредита, као облигационом дужнику основан и ако је доспео.

За коришћење права на намирење из вредности хипотековане непокретности без значаја је у чијој својини или државини се она налази у том тренутку.

Сам поступак намирења зависи од тога да ли уговор о хипотеци односно заложна изјава, имају карактер веродостојне исправе или извршне исправе предвиђене законом или не.

Ако су уговор о хипотеци односно заложна изјава сачињени у облику веродостојне исправе или извршне исправе, намирење повериоца се остварује у вансудском поступку који је утврђен законом.⁵⁸⁹

Уговор о хипотеци односно заложна изјава ће имати карактер извршне исправе ако садржи следеће одредбе:

1) јасно назначену одредбу, односно изјаву, којом власник непокретности неопозиво овлашћује повериоца да, ако дуг не буде плаћен о доспелости,

⁵⁸⁷ В. чл. 18 ЗХ.

⁵⁸⁸ Према правилима извршног поступка (чл. 136 ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу из 2011. године) заложни поверилац се намирује у поступку извршења на непокретности и ако није предложио извршење, односно није пријавио своје потраживање.

⁵⁸⁹ Чл. 24 ст. 1 ЗХ.

поверилац може да наплати потраживање из цене добијене продајом у складу са вансудским поступком продаје утврђеним овим законом, без подношења тужбе суду, као и да ће непокретност принудним путем да буде испражњена и предата купцу у посед у року од 15 дана од дана закључења уговора о продаји, осим ако се хипотека уписује на сувласничком уделу;

2) изричиту одредбу, односно изјаву власника да је упозорен о последицама неизмирења дуга о доспелости те да, свестан тих последица, пристаје на могућност извршења уговора о хипотеци продајом његове непокретности у складу са одредбама овог закона о вансудском поступку намирења, без права на вођење парнице, као и да ће његова непокретност принудним путем бити испражњена и предата купцу у посед у року од 15 дана од дана закључења уговора о продаји, ако је власник не преда добровољно, осим ако се хипотека уписује на сувласничком уделу;

3) јасно назначену одредбу, односно изјаву власника да је сагласан да поверилац има право приступа непокретности, укључујући и улазак у непокретност без обзира ко се у њој налази (власник, закупац и др.), ради контроле одржавања или из других оправданих разлога, као и да је дужан да сарађује са повериоцем у поступку продаје, а нарочито да омогући приступ хипотекованој непокретности (улазак у стан и сл.);

4) изричиту изјаву трећег лица, ако такво лице постоји, које има непосредну државину, а није власник хипотековане непокретности (закупац и др.), да је свесно последица до којих уговор о хипотеци може довести, укључујући и исељење из непокретности и губљења државине на њој, као и да је сагласно са правима и обавезама из тачке 3. овог става.⁵⁹⁰

У противном, ако уговор о хипотеци није сачињен, односно заложна изјава није дата, у облику веродостојне исправе или извршне исправе, намирење повериоца се остварује у извршном поступку, према одредбама закона којим се уређује извршни

⁵⁹⁰ В. ст. 3 чл. 15 ЗХ.

поступак⁵⁹¹ односно у поступку у којем се остварује наплата пореских потраживања на непокретностима.⁵⁹²

Ако је хипотека заснована на извршном уговору или извршној заложној изјави, уписује се у регистар непокретности као „извршна вансудска хипотека“ што значи да ће се поступак намирења из вредности хипотековане непокретности водити као вансудски поступак у складу са Законом о хипотеци.

1.1.3. Избор намирења

Када се стекну услови да хипотекарни поверилац захтева намирење свог доспелог а ненамиреног потраживања, она има право избора предмета намирења.

Користећи своје право избора намирења, поверилац може да захтева намирење свог доспелог потраживања:

- 1) најпре из вредности хипотековане непокретности, а затим из остале имовине дужника;
- 2) истовремено из вредности хипотековане непокретности и из дужникове имовине; или
- 3) најпре из дужникове имовине, па тек потом из вредности хипотековане непокретности.⁵⁹³

С обзиром да је намирење банке као хипотекарног повериоца из вредности хипотековане непокретности само њено право али не и обавеза, она уопште не

⁵⁹¹ Закон којим се уређује извршни поступак је Закон о извршењу и обезбеђењу из 2011. године (Службени гласник РС бр. 31/2012).

⁵⁹² Чл. 24 ст. 2 ЗХ. Оваква законска норма, према ставу израженом у теорији, у суштини значи да се хипотека не само не може реализовати у форми вансудског извршења, већ није ни непосредно извршива, па се мора водити парнични поступак ради прибављања извршне исправе (Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 162).

⁵⁹³ Чл. 25 ЗХ.

мора користити своје право хипотеке да би намирила потраживања из уговора о хипотекарном кредиту, већ се може ограничити на коришћење права у наплати обичног (хирограферног) повериоца или користити неко друго средство обезбеђења ако јој стоји на располагању (заложно право на ствари или праву, на новцу на рачуну залогодавца, јемство или гаранцију и др.).

1.1.4. Обим намирења из вредности хипотековане непокретности

Једно од кључних питања у хипотекарном праву уопште је питање обима хипотеке, тј. обима „одговорности“ хипотековане непокретности. Другим речима речено, постаља се питање у ком износу односно висини постоји хипотека у односу на обезбеђено потраживање.

С обзиром на принцип акцесорности који је суштински принцип хипотеке, основно је правило да се повећањем обезбеђеног потраживања повећава и хипотека (обим „одговорности“ хипотековане непокретности). Исто тако смањивањем потраживања смањује се и хипотека. То заправо значи да хипотека и нема сопствени обим већ њен обим одређује обезбеђено потраживање.⁵⁹⁴ Наравно, то такође значи да обим хипотеке не може бити већи од обима (вредности) обезбеђеног потраживања, али може бити мањи, будући да се хипотеком може обезбедити и само део потраживања. При томе, међутим, овакво деловање акцесорности ни на који начин не угрожава правило да се право на уновчење вредности хипотековане непокретности ради намирења обезбеђеног потраживања увек односи на целу непокретност на којој је успостављена хипотека. Али, када се вредност непокретности уновчи, од висине обезбеђеног потраживања зависи у којој мери хипотекар може добити део продајне цене.

⁵⁹⁴ Тако Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 69. Овакав израз акцесорности хипотеке аутор назива акцесорношћу хипотеке у обиму и детаљно га обрађује у овом свом раду (стр. 69-123).

Од правила да висина новчаног износа који хипотекар добија по продаји непокретности зависи од висине обезбеђеног потраживања постоје, међутим и одређени изузеци.

Прво одступање се односи на камате и трошкове.⁵⁹⁵ Ово одступање је код хипотекарног кредита значајније него у другим ситуацијама, будући да је камата основни мотив банке при давању кредита.⁵⁹⁶ У већем броју континенталних права хипотекар има право да из вредности хипотековане непокретности наплати не само номинални износ потраживања (евентуално увећан применом неке уговорене клаузуле валоризма) већ и камате и трошкове наплате.⁵⁹⁷ Овакво правило је изричито предвиђено и нашим ЗХ из 2005. године.⁵⁹⁸

Ипак, у вези са каматом и трошковима појављују се и извесне дилеме. Тако се постављају питања да ли се законска норма о каматама односи само на законске камате или и на уговорне камате, да ли је потребно да камате буду уписане у регистар или не и да ли се у погледу камата примењује норма из Закона о извршењу и обезбеђењу према којој ранг главнице имају само заостале

⁵⁹⁵ У погледу камате наводимо став Врховног суда Србије изражен у једној пресуди (Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4384/2003 од 10.6.2004. године - Билтен судске праксе Округног суда у Краљеву, бр. 2/2005 - стр. 100) „Како је главно потраживање обезбеђено хипотеком, то је потпуно разумљиво да се хипотека мора протезати и на камату на то главно потраживање, односно на износ дуга и камате у целини, а да ли ће вредност заложене непокретности достићи износ потраживања је друго питање које ће се расправити у поступку реализације, односно продаје непокретности.“

⁵⁹⁶ За одређеност хипотеке у погледу камате довољно је позивање на број уговора и време његовог закључења, како је учињено у заложним изјавама и решењима суда којима је обезбеђено потраживање тужиоца." (Решење Врховног суда Србије, Рев. 2790/2007 од 2.7.2008. године).

⁵⁹⁷ Такво правило важи напр. у Немачкој (пар. 1118 BGB) Француској (чл. 2423 Француског грађанског законика) Швајцарској (чл. 818 ZGB) Хрватској (чл. 301 Закона о власништву и другим стварним правима из 1996. године) Словенији (чл. 128 Стварноправног законика из 2002. године) Црној Гори (чл. 7 Закона о хипотеци из 2004. године) као и неким другим правима.

⁵⁹⁸ Према чл. 7 ст. 2 ЗХ обезбеђено потраживање „обухвата главно потраживање, камату и трошкове наплате“. Оваква норма, иначе, није постојала у Закону о основама својинскоправних односа (ЗОСПО). Закон о облигационим односима садржи исто правило за ручну залогу (чл. 984 ЗОО).

трогодишње камате.⁵⁹⁹ Став Врховног суда Србије пре доношења Закона о хипотеци из 2005. године је био либералан. Према овом ставу, израженом у једној одлуци, захтев у погледу камата се не ограничава на трогодишње заостале камате, а не захтева се ни да камате буду уписане у регистар.⁶⁰⁰ У једној другој одлуци овај суд потврђује и донекле прецизира свој став.⁶⁰¹ Након доношења ЗХ Врховни суд је у суштини задржао свој ранији став.⁶⁰² Међутим, запажена је и једна одлука Вишег трговинског суда у којој се у суштини износи супротан став. Наиме, овај суд је је једном предмету заузео став да „.....уколико се на уписани износ мора платити и камата, мора се уписати и висина камате такође у одређеном новчаном износу односно суми. Мора се бројчано изразити и који је то износ камате да би се тачно знало до ког износа одговара хипотековано добро“.⁶⁰³

У правној теорији се ставови о овоме такође разилазе. Према једном ставу камате треба без икаквих услова и ограничења укључити у износ који покрива хипотека.⁶⁰⁴ Према другом ставу, који нам се чини аргументованијим, треба водити рачуна не само о заштити интереса повериоца већ и власника непокретности и трећих лица. У том смислу се заузима став да се одговорност хипотеком протеже и на неуписане

⁵⁹⁹ В. чл. 138 ст. 4 ЗИО.

⁶⁰⁰ Пресуда Рев. 4384/03 од 10.06.2004. године (Избор судске праксе, бр. 5/2006, с. 46.)

⁶⁰¹ „...Поред главнице, хипотеком се може обезбедити и будуће потраживање (камата, штета), али се и такво потраживање мора бројчано исказати као највиши износ који кредит може да износи и за које одговара хипотекарно добро...“ ((Пресуда Врховног суда Србије, Рев. број 5212/2001 од 16.5.2002. године - Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2002 - стр. 114).

⁶⁰² У Решењу Врховног суда Србије, Рев. 2790/2007 од 2. јула 2008. године (база Параграф лек, <http://www.параграфнет.нет/индекс.хтмл>) се тако наводи: „...у погледу камате довољно је позивање на број уговора о краткорочном кредиту који садржи одредбе о уговореној камати и време његовог закључења у zaloжној изјави и решењима суда којима је извршен упис хипотеке у земљишне књиге и обезбеђено потраживање повериоца“.

⁶⁰³ Решење Вишег трговинског суда Пж 9090/2007 од 25.5.2008. године (правна база Paragraf lex, <http://www.paragrafnet.net/indeks.html>).

⁶⁰⁴ Боровац, Јелена, Хипотека и камата, Правни живот бр. 11/2008, с. 281 и сл.

законске камате, укључујући и затезне, будући да су оне опште познате, али не и на уговорене камате, које су више од законских.⁶⁰⁵ Овакве камате би се, дакле, морале уписати у регистар. Према истом мишљењу првенство као главница би требало да уживају само трогодишње заостале камате (као и текуће камате).⁶⁰⁶ На тај начин се чува преостала кредитна способност власника непокретности, а уједно се поштује начело публицитета, јер трећа лица увек могу да рачунају с јасним обимом хипотеке на одређеној непокретности.

Код тзв. варијабилних каматних стопа, које се у банкарској пракси често уговарају (напр. EURIBOR увећан за два процента) је проблематично то што се неодређени уписи начелно не уписују у регистар, јер одредива камата не пружа довољно информација трећим лицима о обиму хипотеке на некој непокретности. Ипак, одредиве камате су прихваћене у неким правима.⁶⁰⁷ Према једном мишљењу требало би за наше право прихватити решење да је неопходно уписати највећи дозвољени износ камате.⁶⁰⁸ Нема сумње да би се тиме значајно допринело афирмацији начела публицитета, као и уравнотеженој заштити интереса поверилаца, власника непокретности и трећих заинтересованих лица.

У погледу евентуалних других накнада банци морало би важити правило да уговорене друге накнаде морају бити уписане у регистар, да би се по основу хипотеке могле наплатити.

Што се тиче трошкова, ЗХ не садржи прецизније норме али би по свој прилици требало сматрати да се по основу хипотеке могу наплатити само трошкови који су били неопходни у парничном и извршном поступку (признати судским одлукама),

⁶⁰⁵ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 80.

⁶⁰⁶ Ibidem.

⁶⁰⁷ Тако је напр. у праву Хрватске (в. Josipović, Tatjana, Založno pravo na nekretnini, u: Josipović, Tatjana (ur.) Zaštita vjerovnika-stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina, Загреб, 2005, с. 156.

⁶⁰⁸ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 81.

а код вансудског намирења само трошкови до износа који би био уписан у регистар.⁶⁰⁹

1.1.5. Застарело потраживање

Застарелост потраживања обезбеђеног хипотеком не утиче на могућност његове наплате из вредности хипотековане непокретности. Хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности и после наступања застарелости обезбеђеног потраживања.⁶¹⁰

Овакво правило представља одређено одступање од акцесорности хипотеке у односу на основно потраживање. Одступање није кардиналног карактера, будући да застарелошћу потраживање не престаје већ се преображава у природну облигацију.

Ипак, при наплати застарелог потраживања из вредности хипотековане непокретности, поверилац може наплатити само основни дуг.⁶¹¹ Камате и друга повремена давања, што је за банку код уговора о хипотекарном кредиту изузетно значајно, се не могу намирити из предмета хипотеке, ако је потраживање банке по основу уговора о кредиту застарело.⁶¹² Овакво правила постоје и у неким другим правима.⁶¹³

⁶⁰⁹ Живковић, Милош, *ibidem*.

⁶¹⁰ Чл. 26 ст. 1 ЗХ.

⁶¹¹ Ово правило је предвиђено како нормом члана 26 ст. 2 Закона о хипотеци: „Хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања“, тако и Законом о облигационим односима. Наиме, ставом 1 члана 368 ЗОО је предвиђено следеће: „Кад протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи.“

⁶¹² Према ставу 2 члана 26 Закона о хипотеци „камата и друга повремена давања не могу се намирити из предмета хипотеке.“ Исто тако у ставу 2 члана 368 ЗОО је садржано правило да

1.1.6. Накнадни уговор

Хипотекарни поверилац и власник непокретности могу да по доспелости хипотекованог потраживања закључе посебан уговор којим може да се уговори:

1) делимични или потпуни пренос права својине, односно другог стварног права на предмету хипотеке, на повериоца, уместо испуњења дуга;

2) сваки други посао којим се постиже брисање хипотеке са непокретности.⁶¹⁴

Овај уговор, који се у нашем праву назива “накнадни уговор”, мора бити закључен у писаној форми, са потписима странака овереним у суду, односно од стране другог законом овлашћеног органа.

О закључењу овог уговора поверилац је дужан да без одлагања обавести дужника.⁶¹⁵

1.1.7. Лична суброгација

Може се десити да хипотекарни дуг исплати неко лице које није дужник код хипотекарног кредита (није, дакле, корисник кредита). Најчешће ће то бити власник хипотековане непокретности који није корисник кредита, већ је треће лице (интерцесионар) који је са банком закључио уговор о хипотеци ради обезбеђења њеног кредитног потраживања према кориснику кредита. То, међутим, може бити и неко друго лице, нарочито ако поред хипотеке постоји и неки дужник по основу персоналног средства обезбеђења (напр. јемац, менични авалиста и сл.). У свим

„застарела потраживања камата и других повремених давања не могу се намирити ни из оптерећене ствари.“

⁶¹³ В. Пар. 216 BGB; чл. 339 Закона о власништву и другим стварним правима Хрватске.

⁶¹⁴ Чл. 27 ст. 1 ЗХ.

⁶¹⁵ Чл. 27 ст. 2 ЗХ.

овим случајевима ово треће лице након испуњења дуга ступа на место хипотекарног повериоца према дужнику и трећим лицима.⁶¹⁶

Ради се о личној суброгацији која настаје *ex lege*.

1.2. Посебна правила када је предмет хипотеке објекат у изградњи

Ако је предмет хипотеке објекат у изградњи, намирење повериоца се остварује по посебним правилима.

Продаја објекта у изградњи ради намирења врши се уступањем права градње утврђеног правноснажним одобрењем за градњу, уз накнаду, и продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи.⁶¹⁷

Поред тога, орган који је издао одобрење за градњу, на захтев купца објекта у изградњи, дужан је да без одлагања купцу да истоветно одобрење за градњу на његово име, као и да поништи старо одобрење за градњу.⁶¹⁸

У оваквом случају, купац по самом закону ступа у сва права и обавезе продавца по основу одобрења и пре издавања одобрења купцу.⁶¹⁹

⁶¹⁶ Према чл. 28 Закона о хипотеци „уколико хипотекарни дуг исплати лице које није дужник, оно ступа на место хипотекарног повериоца према дужнику и трећим лицима“.

⁶¹⁷ Чл. 39 ст. 1 ЗХ.

⁶¹⁸ Чл. 39 ст. 2 ЗХ.

⁶¹⁹ Чл. 39 ст. 3 ЗХ.

2. Намирење у судском или вансудском поступку?

Намирење из вредности хипотековане непокретности се може остварити на традиционалан начин. Он подразумева да се најпре води парнични поступак с циљем да се добије судска одлука као извршна исправа, а затим да се намирења оствари у судском извршном поступку (односно у поступку принудне наплате пореских потраживања). Овакав начин намирења је у складу са класичним начелом официјелности залог уопште, па тако и хипотеке. Овај пут намирења хипотекарни поверилац може увек користити, чак и када су испуњени услови за вансудски поступак намирења.

Међутим, дуготрајност судског поступка је мотивисала неке законодавце да уз судски начин намирења или уместо њега промовишу и друге, непосредне начине намирења који су знатно бржи и за хипотекарне повериоце повољнији. У упоредном праву данас тако имамо три додатне врсте хипотеке, с обзиром на начин њене реализације. То су извршна судска хипотека, извршна јавнобележничка (нотаријална) хипотека и извршна вансудска хипотека.

Наш Закон о хипотеци је у суштини напустио принцип официјелности и определио се за вансудски начин намирења хипотекарног повериоца из хипотековане непокретности, као основни начин намирења. Судски начин намирења је тако постао изузетак. Он ће бити неопходан само ако хипотекарни поверилац нема веродостојну исправу или релевантну извршну исправу. Иначе, за судски начин намирења важе општа правила намирења у извршном поступку, односно за намирење јавних дажбина правила принудне наплате пореза.

Раније општеважеће начело официјелности је ублажено и у неким другим правима. Тако у немачком праву, које је у основи задржало овај принцип, за намирење из вредности хипотековане непокретности је битно да постоји извршни наслов. Тај наслов, међутим, не мора бити судска одлука, довољна је и судски односно

нотаријално сачињена оверена исправа, којом власник непокретности изјављује да се добровољно саглашава са намирењем повериоца из хипотековане непокретности.⁶²⁰ Чак је допуштено да се у оваквој исправи актуелни власник непокретности обавезе на њену извршност и у име будућих власника непокретности, ако дође до њеног отуђења.⁶²¹

3. Уговорно-нотаријално намирење (извршна нотаријална хипотека)

Намирење на основу извршне нотаријалне хипотеке у нашем праву још не постоји. Суштина овог начина намирења се састоји у томе да се власник оптерећене непокретности споразумом пред нотаром (јавним бележником) подвргне непосредном извршењу хипотеке. На основу овог споразума, а за случај да дужник не изврши своју обавезу о доспелости, нотар потврђује извршност хипотеке, па се затим приступа судском извршењу хипотеке (наплатом потраживања из вредности хипотековане непокретности) без претходног вођења парничног поступка.

4. Уговорно-судско намирење (извршна судска хипотека)

Уговорно-судско намирење је слично уговорно-нотаријалном. Разлика је у томе што се споразум о подвргавању непосредном извршењу хипотеке не закључује пред нотаром већ пред судом, чиме добија карактер и снагу судског поравнања.

⁶²⁰ В. Weber-Weber, *Kreditsicherungsrecht*, с. 251.

⁶²¹ В. пар. 800 Закона о парничном поступку (*Zivilprozessordnung*).

За разлику од уговорно-нотаријалног намирења, уговорно-судско намирење постоји у нашој земљи још од 1990. године, а на основу измена Закона о извршном поступку из 1978. године.⁶²²

Суштина овог начина намирења је у томе да се споразум о непосредно извршивом намирењу из предмета заложене ствари закључује пред судом, због чега добија снагу судског поравнања.⁶²³ Када би суд накнадно констатовао да је овај споразум постао извршан, јер је потраживање доспело, доносио би решење о извршењу без претходног вођења парнице, а затим би и спроводио извршење. Овакав уговорно-судски начин намирења су задржали и Закон о извршном поступку из 2000. године⁶²⁴, Закон о извршном поступку из 2004. године,⁶²⁵ као и важећи Закон о извршењу и обезбеђењу.⁶²⁶

Процењује се да је уговорно-судска хипотека још увек преовлађујући облик хипотеке у пракси, мада је извршна вансудска хипотека, након њеног увођења у правни систем Законом о хипотеци, све више потискује.⁶²⁷

У вези са извршном судском хипотеком поставило се питање да ли се споразум са снагом судског поравнања може третирати као извршни наслов за намирење на целокупној имовини власника непокретности или само за намирење из вредности хипотековане непокретности. Према ставу наше судске праксе поверилац се код извршне судске хипотеке може намирити само из вредности хипотековане непокретности, али не и из остале имовине власника непокретности. За тако нешто

⁶²² Овим изменама је у Закон о извршном поступку уведена посебна глава (глава 22а) под називом „Заснивање заложног права на непокретним и покретним правима на основу споразума странака“ (Сл. л. СФРЈ бр. 27/1990 од 25. маја 1990. године).

⁶²³ Чл. 251 в. ст. 2 Закона о извршном поступку из 1978. године.

⁶²⁴ В. глава 24, чл. 232-237 овог закона.

⁶²⁵ В. чл. 268-273 овог закона.

⁶²⁶ Б. чл. 13 ст. 1 т. 1 и чл. 16 ЗИО.

⁶²⁷ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 157.

би морао водити парницу и у редовном поступку се намиривати.⁶²⁸ У теорији је, међутим, изражена сумња у исправност оваквог става.⁶²⁹ По нашем мишљењу одлучујући би морао бити сам садржај споразума о поравнању. Ако у њему не би било никаквих других назнака већ само навођење обезбеђеног потраживања и предмета хипотеке која га обезбеђује, требало би прихватити став садашње судске праксе.

Иначе, у извршном судском поступку се може остварити и намирење из извршне вансудске хипотеке.

5. Намирење у вансудском поступку (извршна вансудска хипотека)

Поред намирења у извршном поступку и поступку принудне наплате јавних дажбина, хипотекарни поверилац се може намирити и у посебном вансудском поступку, на који га закон овлашћује.

Хипотекарни поверилац се, међутим, може намирити у вансудском поступку само ако има веродостојну исправу или релевантну извршну исправу у складу са законом.⁶³⁰ У том случају банка као поверилац не само да не би морала водити парнични поступак, већ не би морала ни да се намирује у судском извршном

⁶²⁸ Карактеристично је у том смислу решење Окружног суда у Београду Гж. 4067/06 од 21.03.2006 (објављено у књизи Шаркић, Небојша, Николић, Младен, Коментар Закона о извршном поступку, Београд, 2006, ком. уз члан 273) у којем се, између осталог наводи следеће „...Наиме, како се извршење одређује на основу извршне исправе у овом случају поравнања то предлог за извршење мора у свему да буде у складу са извршном исправом. Како је извршни поверилац тражио да се извршење ради наплате његовог новчаног потраживања спроведе на непокретности којом потраживање према садржини судског поравнања није обезбеђено, то је правилно поступио првостепени суд када је донео ожалбено решење...“ (тј. решење којим је одбио захтев извршног повериоца – прим. Ј.Ш.В.).

⁶²⁹ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 159 и сл.

⁶³⁰ У питању су веродостојне, односно релевантне исправе из чл. 15 ЗХ.

поступку. Овакав, вансудски поступак намирења, често означава и као приватни пут намирења, карактеристичан је за англосаксонско право. Од континенталних правних система прихваћен је за сада само у праву Србије и Украјине.

5.1. Започињање и вођење поступка до продаје непокретности

5.1.1. Прва опомена

Поступак вансудског намирења почиње слањем опомене дужнику и власнику хипотековане непокретности.

Опомену хипотекарни поверилац шаље ако дужник не исплати дуг о доспелости.

Опомена мора бити сачињена у писаној форми. Ова форма је битна, и без њеног поштовања неће се сматрати опоменом у смислу закона.

Према закону, опомена мора да садржи следеће елементе:

- 1) податке о уговору о хипотеци и хипотекованој непокретности;
- 2) опис повреде уговора о хипотеци на основу кога се захтева реализација хипотеке;
- 3) радње које дужник мора да предузме да би исплатио дуг и избегао продају непокретности;
- 4) рок у коме дужник мора да исплати дуг да би избегао продају непокретности;
- 5) опомену да уколико дужник не предузме те радње и тиме исплати дуг, поверилац ће потраживати целокупан износ потраживања и продајом хипотековане непокретности изгубити државину на непокретности;
- 6) име и неопходне податке о представнику повериоца коме се дужник може обратити за добијање више информација;
- 7) друге информације за које поверилац сматра да су од значаја.⁶³¹

⁶³¹ В. чл. 29 ст. 2 ЗХ.

5.1.2. Друга опомена: Опомена о продаји непокретности

Ако у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац ће дужнику и власнику непокретности упутити нову опомену, опомену о продаји непокретности.

Ова опомена би такође требало да се сачини у писаном облику, мада закон то не предвиђа изричито. Ипак, из стилизације законске одредбе у којој се говори о томе да ће поверилац “упутити” ову опомену, а нарочито одредбе у којој се говори о “копији опомене” може се закључити да се претпоставља да ће она бити сачињена у писаном облику.⁶³²

Опомена о продаји непокретности има следећу, законом прописану садржину:

- 1) податке о уговору о хипотеци и хипотекованој непокретности;
- 2) опис повреде уговора о хипотеци на основу кога се захтева реализација хипотеке;
- 3) обавештење да је целокупан дуг доспео на наплату;
- 4) износ дуга који је доспео на наплату;
- 5) радње које дужник или власник мора да предузме да би исплатио дуг и избегао продају непокретности;
- 6) рок у коме дужник или власник мора да испуни обавезе да би избегао продају непокретности;
- 7) опомену да уколико дужник или власник не предузме те радње и тиме испуни дуг, поверилац ће продајом хипотековане непокретности прекинути државину на непокретности;
- 8) обавештење о избору начина продаје непокретности;
- 9) име и неопходне податке о представнику повериоца коме се дужник може обратити ради одржавања састанка;

⁶³² В. чл. 30 и чл. 31 ст. 1 ЗХ.

10) друге информације за које поверилац сматра да су од значаја.⁶³³

5.1.3. Забележба хипотекарне продаје

Истовремено са упућивањем опомене о продаји непокретности, поверилац је дужан да пошаље регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје у корист повериоца.

Уз овај захтев поверилац подноси регистру непокретности и:

- 1) копију опомене о продаји непокретности;
- 2) копију уговора о хипотеци;
- 3) изјаву да дужник до тог дана није испунио дуг;
- 4) доказе да су прва опомена и опомена о продаји послате дужнику и власнику непокретности.⁶³⁴

Након пријема захтева за забележбу, регистар непокретности је дужан да у року од седам дана од дана његовог пријема изврши забележбу хипотекарне продаје у корист повериоца, као и да достави повериоцу, дужнику и власнику непокретности решење о забележби хипотекарне продаје.⁶³⁵

Забележба хипотекарне продаје, као и решење хипотекарне продаје обавезно садрже:

- 1) изричито овлашћење да хипотекарни поверилац, када решење постане правоснажно, али не пре истека рока од 30 дана од дана издавања решења, може као хипотекарни поверилац у своје име продати непокретност, у складу са законом;
- 2) забрану продаје хипотековане непокретности од стране власника.⁶³⁶

⁶³³ В. чл. 30 ЗХ.

⁶³⁴ В. чл. 31 ст. 1 ЗХ.

⁶³⁵ Чл. 31 ст. 2 ЗХ.

⁶³⁶ Чл. 31 ст. 3 ЗХ.

На решење о забележби хипотекарне продаје, власник, дужник и поверилац имају право жалбе надлежном органу у року од 15 дана од дана пријема тог решења. Другостепено решење надлежни орган мора донети у року од 15 дана од дана подношења жалбе.⁶³⁷ Ако је решење о забележби донео општински суд другостепени орган је окружни суд, а ако је решење донео орган управе који води катастар непокретности другостепени орган је Републички геодетски завод.

Законом је прописано када ће надлежни орган уважити жалбу. То ће бити случај ако дужник или власник достави регистру непокретности неспорне писмене доказе о томе да:

- 1) потраживање не постоји;
- 2) хипотека не постоји;
- 3) потраживање није доспело за наплату; или
- 4) је дуг исплаћен.⁶³⁸

Ово другостепено решење је коначно и извршно. Против њега није дозвољена тужба или правни лек.⁶³⁹

5.1.4. Право на састанак

Закон признаје дужнику, односно власнику непокретности посебно право да захтева састанак са повериоцем, након добијања опомене о продаји непокретности. Наиме, дужник, односно власник непокретности може, у року од 10 дана од дана добијања те опомене, затражити састанак са повериоцем односно његовим представником.⁶⁴⁰

⁶³⁷ Чл. 31 ст. 4 и 5 ЗХ.

⁶³⁸ Чл. 31 ст. 6 ЗХ.

⁶³⁹ Чл. 31 ст. 7 ЗХ.

⁶⁴⁰ Чл. 32 ст. 1 ЗХ.

Поверилац је дужан да дужника односно власника непокретности прими у својим просторијама у току радног времена. Међутим, право повериоца да приступи продаји хипотековане непокретности неће ни на који начин бити ограничено или одложено ако не прихвати предлог за договор који му дужник да на овом састанку.⁶⁴¹

5.1.5. Правила о слању писмена

Због изузетног значаја сигурног утврђивања чињеница у вези са слањем писмена у вансудском поступку намирења хипотекарног повериоца, законом су прописана посебна правила у вези са тим.

Према закону, сматра се да је писмено (опомена, обавештење и др.) уручено дужнику ако је послато препорученом поштом на адресу:

- 1) хипотековане непокретности;
- 2) дужника, наведену у уговору о хипотеци, ако је адреса дужника другачија од адресе хипотековане непокретности;
- 3) власника непокретности, ако власник није дужник.⁶⁴²

Такође, у смислу закона, сматра се да је писмено уручено повериоцу ако је послато препорученом поштом на адресу повериоца из уговора о хипотеци или на адресу из повериочеве опомене у којој се захтева одговор дужника.⁶⁴³

⁶⁴¹ Чл. 32 ст. 2 ЗХ.

⁶⁴² Чл. 33 ст. 1 ЗХ

⁶⁴³ Чл. 33 ст 2 ЗХ.

5.2. *Поступак продаје непокретности*

5.2.1. *Право на продају и на избор начина продаје*

Хипотекарни поверилац стиче право на продају хипотековане непокретности у нашем праву ако дужник не исплати дуг до дана правоснажности решења о забележби хипотекарне продаје, а од дана издавања тог решења прође рок од 30 дана.⁶⁴⁴ То значи да је право на продају двоструко временски условљено. С једне стране, оно се може користити тек када решење о забележби хипотекарне продаје постане правоснажно. С друге стране, међутим, неопходно је и да је од издавања тог решења прошло најмање 30 дана.

Када стекне право продаје, поверилац може бирати начин продаје. Поверилац може бирати између два начина продаје, предвиђених законом. Један је продаја путем аукције (јавног надметања) а други је путем непосредне погодбе. Право избора начина продаје поверилац има и ако је непокретност остала непродата после првог избора начина продаје. Поверилац тада може у поновљеном поступку изабрати други начин продаје.⁶⁴⁵

Законом је прописана обавеза повериоца да пре приступања продаји утврди оријентациону тржишну вредност непокретности ангажовањем овлашћеног судског вештака.⁶⁴⁶

5.2.2. *Аукцијска продаја*

Први начин продаје је продаја путем аукције (јавног надметања).

Продају аукцијом може организовати сам поверилац, а може је поверити и лицу које се тиме професионално бави.⁶⁴⁷

⁶⁴⁴ Чл. 34 ст. 1 ЗХ.

⁶⁴⁵ Чл. 34 ст. 2 ЗХ.

⁶⁴⁶ Чл. 34 ст. 3 ЗХ.

Продаја хипотековане непокретности аукцијом се врши на основу огласа о одржавању аукцијске продаје. Овај оглас мора бити на видан начин објављен у дневном листу који се продаје у региону у коме се налази хипотекована непокретност и то најмање 45 дана пре заказане продаје.⁶⁴⁸

Јавни оглас има прописану садржину. Према закону, јавни оглас садржи:

- 1) опис непокретности;
- 2) име и презиме, односно назив повериоца;
- 3) податке о томе како контактирати повериоца;
- 4) почетну цену на аукцији;
- 5) време и место аукције;
- 6) друге информације за које поверилац сматра да су од значаја.⁶⁴⁹

Поверилац је обавезан да о објављеном огласу пошаље обавештење дужнику, власнику непокретности, односно трећим лицима која имају права на хипотекованој непокретности.⁶⁵⁰ Тим лицима обавештење се шаље како закон каже „истовремено“ што би по нашем мишљењу требало да значи да се оно шаље не само свим тим лицима истовремено, већ и истовремено са објављивањем огласа, или бар непосредно по објављивању. Иначе, обавештење о огласу, по закону, садржи:

- 1) све елементе огласа;
- 2) изјаву у ком року се може исплатити целокупан дуг да би се избегла продаја.⁶⁵¹

⁶⁴⁷ Чл. 35 ст. 1 ЗХ.

⁶⁴⁸ Чл. 35 ст. 2 ЗХ.

⁶⁴⁹ Чл. 35 ст. 3 ЗХ.

⁶⁵⁰ Чл. 35 ст. 4 ЗХ.

⁶⁵¹ Ibidem.

Рок за исплату целокупног дуга у овом обавештењу поверилац одређује према сопственој процени.

Након јавног оглашавања и слања обавештења, може се приступити самој аукцијској продаји.

За аукцијску продају је од посебне важности утврђивање почетне цене непокретности која се продаје. У циљу заштите интереса власника непокретности, законом је прописано да почетна цена на аукцији не може бити нижа од 75% процењене вредности непокретности (тзв. цена прве аукције).⁶⁵² Уколико, међутим, прва аукција не успе, почетна цена на другој аукцији може бити нижа, али не нижа од 60% од процењене вредности непокретности (тзв. цена друге аукције).⁶⁵³

Изузетно, поверилац и власник, односно дужник могу, приликом организовања аукцијске продаје, уговорити да се непокретност може продати и по нижој цени од 75% процењене вредности, односно од 60% процењене вредности. За овакав уговор неопходна је, међутим, писана форма.⁶⁵⁴

Посебно је, такође, и питање да ли поверилац може дати сопствену понуду на аукцији. Према нашем закону, тако нешто је могуће, без испуњавања посебних услова.⁶⁵⁵

5.2.3. Продаја непосредном погодбом

Продаја хипотековане непокретности се може извршити и непосредном погодбом.

Да би поверилац могао да непокретност прода непосредном погодбом неопходно је, пре свега, да постоји правоснажно решење о забележби хипотекарне продаје.

⁶⁵² Чл. 35 ст. 5 ЗХ.

⁶⁵³ Чл. 35 ст. 6 ЗХ.

⁶⁵⁴ Чл. 35 ст. 7 ЗХ.

⁶⁵⁵ Чл. 35 ст. 8 ЗХ.

Поред тога неопходно је и да протекне рок од 30 дана од дана издавања тог решења.⁶⁵⁶ Ако су обе претпоставке испуњене, поверилац може продати непокретност непосредном погодбом.

За разлику од продаје аукцијом, поверилац може непосредном погодбом продати хипотековану непокретност само по цени која је тржишна, односно која је “приближна тржишној”⁶⁵⁷ Под тржишном ценом се, иначе сматра “уобичајена цена која се може постићи продајом те непокретности у доброј вери, у време хипотекарне продаје”.⁶⁵⁸

Продају непосредном погодбом поверилац врши у своје име. Такву продају поверилац може извршити сам, или преко адвоката, односно преко агенције за промет непокретности.⁶⁵⁹ Ако се продаја врши преко адвоката или преко агенције за промет непокретности, у продајну цену се може укључити и уобичајени хонорар, односно провизија тих посредника.⁶⁶⁰

Као и код аукцијске продаје, тако је и код продаје непосредном погодбом поверилац обавезан да о продаји обавести дужника, власника непокретности и лица која имају друга права на непокретности. Ова лица поверилац мора обавестити о продаји најмање 15 дана пре закључења уговора о продаји. Иначе, ово обавештење, које по природи ствари такође мора бити писмено, по закону садржи садржи:

- 1) износ целокупног потраживања;
- 2) процењену вредност непокретности;
- 3) битне елементе уговора о продаји непокретности;
- 4) датум за када се предвиђа заључење уговора о купопродаји;
- 5) начин на који ће се средства добијена од продаје расподелити;

⁶⁵⁶ Чл. 36 ст. 1 ЗХ.

⁶⁵⁷ Ibidem.

⁶⁵⁸ Чл. 36 ст. 2 ЗХ.

⁶⁵⁹ Чл. 36 ст. 3 ЗХ.

⁶⁶⁰ Чл. 36 ст. 4 ЗХ.

- б) датум када непокретност мора бити исељена и испражњена;
- 7) изјаву у ком року може да се испуни целокупна обавеза, да би се избегла продаја непокретности.⁶⁶¹

Важно је запазити да законом није предвиђена могућност да сам поверилац купи хипотековану непокретност у поступку непосредне погодбе, као што је то могуће у поступку аукције.

5.2.4. Намирење када је предмет хипотеке објекат у изградњи

Ако је предмет хипотеке објекат у изградњи, намирење се остварује уступањем права градње утврђеног правноснажним одобрењем за градњу уз накнаду, као и продајом ствари које су уграђене у објекат у изградњи. У том случају орган који је издао одобрење за градњу је дужан да на захтев купца објекта у изградњи изда том купцу без одлагања истоветно одобрење за градњу на његово име и поништити старо одобрење за градњу. Купац, *ex lege*, ступа у сва права и обавезе продавца по основу одобрења и пре издавања одобрења купцу.⁶⁶²

5.3. Ометање вансудског поступка продаје

Поверилац има законом гарантовано право намирења у вансудском поступку. Па ипак, у пракси се понекад дешава да власник или други држалац непокретности омета овај поступак. Због тога је законом прописана обавеза надлежних државних органа да повериоцу пруже сву потребну помоћ ради несметаног сповођења вансудског поступка продаје.

⁶⁶¹ Чл. 36 ст. 5 ЗХ.

⁶⁶² Чл. 39 ст. 3 ЗХ.

Наиме, ако се у току вансудског поступка продаје деси да власник, односно други држалац непокретности у поступку њене продаје, не дозвољава приступ непокретности, односно одбија да се добровољно исели из непокретности, у року који је одређен законом⁶⁶³ или уговором о продаји (овим уговором се може одредити дужи рок од законом прописаног), надлежни орган унутрашњих послова дужан је да без одлагања хипотекарном повериоцу, односно његовом заступнику, пружи сву помоћ неопходну за спровођење поступка намирења.⁶⁶⁴

Надлежни орган пружа законом предвиђену помоћ повериоцу на основу увида у решење о забележби хипотекарне продаје, односно на основу увида у уговор о продаји непокретности.⁶⁶⁵

5.4. Рачунање намирности повериоца у вансудском поступку продаје

На крају вансудског поступка намирења могуће су две ситуације: а) хипотекарни поверилац се намирио у целини свог потраживања б) хипотекарни поверилац се намирио само у делу свог потраживања.

За рачунање степена намирности повериоца у вансудском поступку продаје важе нека посебна правила.

Најједноставнија је ситуација ако је цена за хипотековану непокретност добијена у вансудском поступку продаје (аукцијом или непосредном погодбом) једнака вредности потраживања. У том случају поверилац се једноставно у целини свог потраживања намирује из остварене цене.

Једноставна је и ситуација ако је цена за хипотековану непокретност добијена у вансудском поступку продаје већа од вредности потраживања. У том случају

⁶⁶³ То је рок од 15 дана од дана закључења уговора о продаји из чл. 15 ст. 3 т. 1 ЗХ.

⁶⁶⁴ Чл. 37 ст. 1 ЗХ.

⁶⁶⁵ Чл. 37 ст. 2 ЗХ.

поверилац се намирује у целини свог потраживања, а преостали износ новца је дужан да исплати хипотекарном дужнику.⁶⁶⁶

Међутим, ако је да цена остварена на аукцијској продаји или непосредном погодбом мања од потраживања повериоца, дужник остаје дужан повериоцу преостали дуг у износу разлике између целокупног потраживања и остварене цене.⁶⁶⁷ При томе, преостали дуг се умањује за износ разлике између 75% процењене цене непокретности и остварене цене, ако је остварена цена нижа од 75% процењене цене, код оба начина продаје.⁶⁶⁸

Посебно правило важи ако је поверилац у вансудском поступку продаје стекао право својине на хипотекованој непокретности. У том случају сматра се да је његово потраживање намирено у тренутку стицања права својине.⁶⁶⁹

6. Намирење у судском поступку

Већ је речено да хипотекарни поверилац не мора да користи вансудски поступак намирења чак и када су испуњени услови за то, већ да може одабрати судски поступак. Међутим, када ти услови нису испуњени, судски поступак намирења је једини који хипотекарном повериоцу стоји на располагању.

Кад хипотекарни поверилац може захтевати намирење искључиво у судском поступку? То је случај када нису испуњени услови за вансудски поступак из чл. 15 ст. 3 Закона о хипотеци, тј. када уговор о хипотеци (односно заложна изјава) није сачињен у облику веродостојне исправе или извршне исправе (не садржи све

⁶⁶⁶ Чл. 38 ст. 4 ЗХ.

⁶⁶⁷ Чл. 38 ст. 1 ЗХ.

⁶⁶⁸ Чл. 38 ст. 2 ЗХ.

⁶⁶⁹ Чл. 38 ст. 3 ЗХ.

потребне елементе прописане законом). Тада се, према закону, намирење „спроводи у складу са законом којим се уређује извршни поступак“⁶⁷⁰

Законом о хипотеци се, иначе, не уређује судски поступак намирења хипотекарног повериоца, већ поменутом одредбом упућује на примену Закона о извршењу и обезбеђењу.

Из законске одредбе да се испис хипотеке врши и на основу „правоснажне судске одлуке о намирењу хипотекарних поверилаца“⁶⁷¹ може се закључити да хипотекарни поверилац мора поднети тужбу суду, ради добијања судске извршне исправе.⁶⁷²

Ако је дужник истовремено и власник хипотековане непокретности тужба се управља против њега. Тужбени захтев се при томе односи како на исплату обезбеђеног потраживања тако и на обавезивање туженог као власника непокретности на трпљење намирења из вредности хипотековане непокретности. Када поверилац стекне извршну судску исправу он подноси предлог за извршење у складу са правилима извршног поступка.

У случају да је власник непокретности треће лице (интерцесионар) банка као хипотекарни поверилац поднеси тужбу против корисника кредита, као дужника по основу уговора о кредиту, и хипотекарну тужбу против власника непокретности, по основу успостављене хипотеке, захтевајући да се власник обавезе да трпи извршење на непокретности ради намирења обезбеђеног потраживања. Пошто основаност овог тужбеног захтева зависи од основаности тужбеног захтева за исплату потраживања, то се ово питање јавља као претходно (прејудицијелно) у поступку.

⁶⁷⁰ Чл. 15 ст. 4 ЗХ.

⁶⁷¹ Чл. 48 ст. 2 ЗХ.

⁶⁷² Исто Бабић, *op. cit.* с. 313.

Ако продају хипотековане непокретности не захтева хипотекарни поверилац већ обични повериоци, хипотекарни поверилац не губи право првенственог намирења. Он ће се и у том случају намирити пре обичних поверилаца. Исто тако ако продају захтевају други привилеговани повериоци на истој непокретности, хипотекарни поверилац има право намирења и ако његово потраживање није доспело.

Иначе, извршење на непокретности се по правилима извршног поступка спроводи забележбом решења о извршењу или закључка извршитеља о спровођењу извршења у јавну књигу, утврђењем вредности непокретности, продајом непокретности и намирењем извршних поверилаца из износа добијеног продајом.

Судски поступак је неповољнији за повериоца јер је дуготрајнији. За власника непокретности он је, међутим, сигурнији јер испуњеност свих претпоставки за намирење утврђује суд као непристрасан судски орган.

Судски поступак намирења је и даље основни поступак у многим земљама. Ипак, најчешће се он допуњује алтернативним поступком намирења на основу извршне исправе којом се власник непокретности унапред обавезује да ће трпети намирење повериоца из вредности те непокретности.⁶⁷³

7. Средства одбране власника непокретности

7.1. Средства одбране у редовном судском поступку

Ако банка као хипотекарни поверилац покрене судски поступак намирења, дужнику, односно другом власнику хипотековане непокретности стоје на расплогању одређена средства одбране. Она се једним делом односе на саму хипотеку, а другим делом на обезбеђено потраживање.

⁶⁷³ В. напр. за немачко право пар. 794 Закона о парничном поступку (Zivilprozessordnung) Немачке.

Што се тиче приговора корисника хипотекарног кредита као дужника, њему стоје на располагању сви они приговори који стоје на располагању дужнику из двостранообавезних уговора, посебно кориснику уговора о кредиту уопште. То су пре свега приговори да банчино потраживање није пуноважно ни настало, да није доспело, да је застарело или да је престало. Осим тога, против њега банка мора да води парницу с циљем да дође до извршне исправе, без обзира што према власнику непокретности има вансудску извршну хипотеку. Ако је дужник (корисник кредита) истовремено и власник хипотековане непокретности онда банка може да води вансудски поступак извршења на основу вансудске извршиве хипотеке на хипотекованој непокретности, али за намирење из остале имовине дужника мора водити парницу и намиривати се у судском извршном поступку.

7.1.1. Приговори који се тичу хипотеке

Власнику хипотековане непокретности стоји, пре свега, на располагању приговор да хипотека не постоји. Он тако може доказивати да хипотека није пуноважно ни настала, јер напр. није настало или је престало потраживање које је требало да обезбеђује.⁶⁷⁴ Исто тако власник непокретности може истицати да је хипотека престала да постоји.

Надаље, власник непокретности може истицати приговор да хипотека не припада лицу које је у регистар непокретности уписано као хипотекарни поверилац.⁶⁷⁵

Исто тако власник непокретности може истицати приговор да хипотека није „зрела“ тј. да у конкретном случају код уговора о хипотекарном кредиту потраживање банке још није доспело.

⁶⁷⁴ Dörner и др. Bürgerliches Gesetzbuch, коментар уз пар. 1137, с. 1296.

⁶⁷⁵ Weber-Weber, op. cit. с. 246.

Коначно, власник непокретности може истицати приговор да хипотека више не стоји на располагању лицу које је покренуло поступак намирења, јер је она, заједно са потраживањем, пренета на друго лице.

7.1.2. Приговори који се тичу обезбеђеног потраживања

Кориснику кредита као дужнику, као и сваком другом власнику хипотековане непокретности, стоје на располагању и приговори који се тичу самог обезбеђеног потраживања.

Власник непокретности као треће лице има право да према хипотекарном повериоцу истиче и приговоре које може да истиче корисник хипотекарног кредита као дужник из основног посла. Међутим, одрицање корисника кредита, као дужника, од приговора (као и његово признање потраживања) без дејства су према власнику непокретности, када је он друго лице. Ово правило, које постоји у упоредном праву, није изричито регулисано у нашем праву. Оно је изричито предвиђено за јемство⁶⁷⁶ али се због акцесорности и обезбеђујуће сврхе може, по мишљењу изражаном у нашој правној науци, применити и на хипотеку.⁶⁷⁷ Овакав став је изражен и у нашој судској пракси, у једној одлуци Врховног суда Србије.⁶⁷⁸

⁶⁷⁶ В. чл. 1009 ЗОО.

⁶⁷⁷ У том смислу: Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 139 и сл.; као и Локић, Стојан, Коментар Закона о хипотеци, Београд, 2006, с. 89. Исти став је заузео и Окружни суд у Ваљеву у једном свом решењу у којем наводи: „Хипотекарни дужник има право да у поступку покренутом хипотекарном тужбом истиче све приговоре који се односе на пуноважност правног посла на основу којег је настало потраживање обезбеђено хипотеком“–решење Гж.1526/2007 од 27. септембра 2007. године (цитирано према бази података Paragraf lex (<http://www.paragrafnet.net/index.html>)).

⁶⁷⁸ У пресуди Врховног суда Србије, Рев. 2313/07 од 8.11.2007. године се у том смислу истиче: „Смрћу пореског дужника иза кога је решењем оставинског суда обустављен оставински поступак због непостојања заоставштине, не гаси се обавеза његовог законског наследника као хипотекарног дужника за неизмирени порески дуг обезбеђен хипотекованом имовином“

Тако сваки власник хипотековане непокретности може истицати приговор да је потраживање непостојеће, ништаво или да је престало. Међутим, он не може истицати приговор застарелости, јер због застарелости обезбеђеног потраживања право на намирење хипотекарног повериоца из хипотековане непокретности не престаје.

Исто тако сваки власник непокретности може истицати приговор неизвршења уговора⁶⁷⁹ код уговора о хипотекарном кредиту приговор неиспуњења уговора од стране банке, напр. да кредитна сума по том уговору никада није стављена на располагање кориснику кредита.

Такође, ако кориснику кредита, као дужнику, стоји на располагању приговор пребијања (јер има доспело потраживање према банци) овај приговор може користити и сваки власник хипотековане непокретности.⁶⁸⁰

Сваки власник непокретности такође може истицати приговор да потраживање није онолико колико тврди банка као хипотекарни поверилац. Ово се у пракси нарочито јавља ако банка покуша да зарачуна вишу камату од уговорене, односно законом предвиђене.⁶⁸¹

С друге стране, у случају савесног стицања хипотеке, власник хипотековане непокретности не може према савесном стицаоцу хипотеке (према првобитном хипотекару, наравно, може) истицати приговор да је потраживање престало. Корисник кредита, као дужник, може међутим истицати овај приговор јер се правило о савесном стицању односи само на хипотеку а не и на обезбеђено потраживање.⁶⁸²

⁶⁷⁹ Упор. Ваг, Ваг, Стјурнер, оп. cit. с. 396.

⁶⁸⁰ У том смислу и Вебер-Вебер, оп. cit. с. 247.

⁶⁸¹ В. Раух-Зиммерманн, оп. cit. с. 234 и сл.

⁶⁸² Упор. Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 142.

Уколико је обезбеђено потраживање умањено после настанка хипотеке, због одређених околности, дужник може истицати приговор смањења потраживања. То се пре свега односи на смањење потраживања због стечаја и у случају наслеђивања. Ове ситуације у нашем праву нису посебно уређене за потраживања обезбеђена хипотеком и залогом, већ само јемством,⁶⁸³ али се ова правила могу аналогно применити и на хипотеку и ручну залогу због акцесорности и обезбеђујуће сврхе ових института.⁶⁸⁴ Овакав приговор, међутим, не може истицати власник непокретности, који није облигациони дужник.

7.2. Средства одбране код извршне судске хипотеке

Пошто је споразумом пред судом потврдио постојање и висину потраживања, чиме је тај споразум добио снагу судског поравнања, власник хипотековане непокретности (као и дужник) се у погледу могућности стављања приговора нашао у битно другачијем положају од оног који има у парници. Основна разлика је у томе што се не може истицањем приговора доводити у питање постојање обезбеђеног потраживања и његова висина јер је то неспорно утврђено споразумом са снагом судског поравнања. Због тога је за приговор у извршном поступку неопходно претходно тужбом оспоравати тај споразум. Иначе, према правилима извршног поступка, за успех приговора по овом основу, неопходно је најпре у парничном поступку издејствовати пресуду којом се утврђује да је поравнање на основу ког је одређено извршење ништаво.⁶⁸⁵

⁶⁸³ У нашем праву су ова смањења потраживања предвиђена за јемство. Тако се у чл. 1007 ст. 2 ЗОО наводи: „Смањење обавезе главног дужника у стечајном поступку или у поступку принудног поравнања не повлачи са собом и одговарајуће смањење јемчеве обавезе, те јемац одговара повериоцу за цео износ своје обавезе.“ Исто тако у чл. 1008 ЗОО је предвиђено: „Јемац одговара за цео износ обавезе за који је јемчио и у случају кад би се од дужниковог наследника могла захтевати исплата само оног њеног дела који одговара вредности наслеђене имовине.“

⁶⁸⁴ В. Живковић, Милош. Акцесорност заложних права на непокретности, с. 143.

⁶⁸⁵ В. чл. 42 ст. 1 т. 3 Закона о извршењу и обезбеђењу (ЗИО).

Ако се ради о извршењу на основу веродостојне исправе, Законом о извршењу и обезбеђењу је предвиђено право извршног дужника на приговор против решења о извршењу, али искључиво из следећих разлога: 1) ако потраживање из веродостојне исправе није настало; 2) ако је у веродостојну исправу унет неистинит садржај; 3) ако потраживање из веродостојне исправе није доспело; 4) ако је обавеза извршена или на други начин престала; 5) ако је потраживање застарело.⁶⁸⁶

7.3. Средства одбране у вансудском поступку

Могућности одбране власника хипотековане непокретности су код извршне вансудске (као и код извршне судске) хипотеке знатно уже. Власник хипотековане непокретности (поред њега и дужник) има законом предвиђено право жалбе надлежном органу на решење о забележби хипотекарне продаје.⁶⁸⁷ Жалба ће бити уважена ако власник (или дужник) достави регистру непокретности неспорне писмене доказе да потраживање не постоји, да хипотека не постоји, да потраживање није доспело за наплату или да је дуг исплаћен. Решење по жалби је коначно и извршно и против њега није дозвољена тужба или правни лек. Поред тога што је круг приговора ограничен, посебно је отежавајуће што се за доказивање чињеница од значаја за основаност допуштених приговора могу користити само „неспорни писмени докази“ чиме закон ограничава и круг доказних средстава.⁶⁸⁸ Нема сумње да је на овај начин у великој мери занемарена ефикасна заштита интереса власника непокретности, а ради ефикасности наплате потраживања из вредности хипотековане непокретности, као и ради брзине поступка наплате. Ипак, овакво сужавање могућности одбране власника непокретности може у пракси довести и до злоупотреба, па и до неоправданог намирења повериоца из вредности

⁶⁸⁶ В. чл. 46 ЗИО.

⁶⁸⁷ В. чл. 31 ст. 4-7 ЗХ.

⁶⁸⁸ Овакве рестрикције у сфери одбране власника хипотековане непокретности су по свом карактеру такве да се по једном мишљењу израженом у теорији „може рећи да је власник остављен, мање-више на милост и немилост повериоца“. (Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 164 и сл.)

хипотековане непокретности. Власнику би у том случају остала само могућност да тужбом доказује неоснованост наплате и да тражи повраћај наплаћеног⁶⁸⁹ али и накнаду штете, до које најчешће долази при продаји непокретности ради намирења.

8. Редослед намирења

8.1. Редослед намирења у случају више хипотекарних поверилаца

Ако је на непокретности више поверилаца конституисало право хипотеке, тада се редослед намирења поверилаца из цене добијене продајом предмета хипотеке одређује по хронолошком реду настајања хипотека. Редослед намирења се у том случају одређује према дану, часу и минути настајања хипотеке, рачунајући од момента прве уписане хипотеке.⁶⁹⁰

Кад је један предмет хипотеке заложен неколицини хипотекарних поверилаца, редослед по коме се исплаћују њихова потраживања из цене добијене продајом предмета хипотеке одређује се према дану, часу и минути настајања хипотеке, рачунајући од момента прве уписане хипотеке.

8.2. Расподела средстава

Након вансудске продаје непокретности поверилац је дужан да у року од седам дана од дана наплате продајне цене непокретности остварени износ новца расподели на начин и по редоследу одређеним законом.⁶⁹¹

Најпре се подмирују трошкови продаје непокретности укључујући трошкове и хонораре трећих лица.

⁶⁸⁹ Исто: Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 165.

⁶⁹⁰ Чл. 40 ЗХ.

⁶⁹¹ Чл. 41 ст. 1 ЗХ.

Затим се намирује потраживање хипотекарног повериоца.

Након тога се намирује потраживање хипотекарног повериоца нижег реда или другог повериоца са једнаким редом обезбеђења.

На крају, преостали износ припада дужнику.

Након расподеле средстава поверилац је дужан да у року од седам дана од дана извршене расподеле достави дужнику и свим трећим лицима која имају права на непокретности коначни обрачун расподеле средстава.⁶⁹²

8.3. *Разлучно право хипотекарног повериоца у стечају*

Хипотекарни поверилац има разлучно право, као право одвојеног намирења, из вредности непокретности, ако је предмет хипотеке у стечајном поступку.⁶⁹³ При томе на положај и разлучно право хипотекарног повериоца се примењују сва она правила која важе за сваког разлучног повериоца у стечају.

9. Правни односи након намирења

9.1. *Потраживање намирено из хипотеке на непокретности корисника кредита*

Ако је потраживање намирено из вредности хипотековане непокретности корисника кредита као дужника, хипотека престаје да постоји. Уколико је на тај начин потраживање измирено у целости, престаје и оно.

⁶⁹² Чл. 41 ст. 2 ЗХ.

⁶⁹³ Чл. 42 ЗХ.

За случај да је потраживање намирено само делимично, ненамирени део потраживања банка има и даље према кориснику кредита, али такво преостало потраживање није више обезбеђено хипотеком. Корисник кредита, дакле, као дужник остаје дужан банци као повериоцу преостали дуг у износу разлике између целокупног потраживања и остварене цене. Према закону тај преостали дуг „биће умањен за износ разлике између 75% процењене цене непокретности и остварене цене, ако је остварена цена нижа од 75% процењене цене“ и то како код аукцијске продаје тако и код продаје непосредном погодбом.⁶⁹⁴

Уколико се, међутим, при продаји хипотековане непокретности оствари цена која превазилази висину потраживања, хипотекарни поверилац је дужан да хипотекарном дужнику исплати ту разлику.

9.2. Потраживање намирено из хипотеке на непокретности трећег лица

Ако је банка своје потраживање намирила у целини из вредности хипотековане непокретности трећег лица (интерцесионара) хипотека такође престаје да постоји, а евентуални вишак новца, преостао након намирења потраживања, припада власнику хипотековане непокретности. Ако је потраживање намирено само делимично, за ненамирени део потраживања банка се јавља као обичан, непривилегован поверилац. Ако је, напротив, при продаји хипотековане непокретности остварена цена која превазилази висину потраживања, хипотекарни поверилац је дужан да након намирења свог потраживања исплати хипотекарном дужнику ту разлику.

После оваквог намирења банке треће лице, као власник непокретности из чије вредности се потраживање намирило, има право регреса према кориснику кредита као дужнику, за наплаћени износ.

⁶⁹⁴ В. ст. 2 чл. 38 ЗХ.

Правни основ регесног права према кориснику кредита као дужнику може бити различит. То ће, по правилу, бити налог (уговор о налогу) који је корисник кредита упутио власнику непокретности да омогући успостављање хипотеке на својој непокретности, као средство обезбеђења за кредитне обавезе корисника кредита. Прихватањем и извршењем оваквог налога власник непокретности је стекао права која му по основу налога прихватају, између осталог и право на накнаду трошкова и право на накнаду штете.

Поред тога, ако однос по основу налога из било ког разлога није успостављен, основ за регресни захтев може бити и пословодство без налога, мада је у пракси тешко замислити ситуацију у којој би неко лице без налога успостављао хипотеку на сопственој непокретности за туђи дуг. Ипак, ако би оваква ситуација настала, пословођа без налога би имао право на накнаду нужних и корисних издатака као и праву на накнаду штета коју је претрпео.

Коначно, правни основ за регресни захтев власника непокретности према кориснику хипотекарног кредита као дужнику може бити и обогаћење без основа, будући да се наплатом потраживања из вредности хипотековане непокретности трећег лица обезбеђено потраживање гаси, чиме настаје неосновано увећавање имовине корисника кредита.

ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ

1. О престанку хипотеке уопште

Више пута је наглашено да је хипотека споредно (акцесорно) право које је везано за судбину обезбеђеног потраживања као главног (основног) права. Из таквог односа акцесорности логично би било закључити да престанком обезбеђеног потраживања, као главног права, престаје и хипотека, као акцесорно право. Ово утолико пре што престанком обезбеђеног потраживања нестaje и циљ обезбеђења, па је опстанак средства обезбеђења без предмета и циља обезбеђења постао илузоран. И заиста, ако се доследно поштује принцип акцесорности у класичном смислу, престанком обезбеђеног потраживања би морала престати и хипотека, јер хипотека која „надживи“ престало потраживање престаје да буде акцесорна.⁶⁹⁵ Овакав став је без изузетка важио у римском праву, а и данас важи у једном броју земаља, пре свега романског правног круга.⁶⁹⁶

Међутим, у већем броју земаља ситуација ни издалека није тако једноставна. Решења проблема статуса хипотеке након престанка обезбеђеног потраживања, а пре њеног брисања из регистра, су различита, али им је заједничко да хипотека не престаје престанком потраживања већ тек њеним исписом (уписом брисања) из регистра непокретности. Уз законска решења, за став да хипотека не престаје престанком потраживања се може навести и важан теоријски аргумент. Наиме, хипотека није ни настала закљученем уговора о хипотеци, тим уговором је само створен правни основ за њен настанак. Она је настала уписом у регистар

⁶⁹⁵ В. Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 167. Овај вид акцесорности хипотеке аутор означава као акцесорност хипотеке у престанку, детаљно га анализирајући, посебно са упоредноправног аспекта (в. стр. 167-191 овог дела).

⁶⁹⁶ Овакво решење постоји и у савременом праву Француске, уз незнатан изузетак у погледу тзв. допуњиве хипотеке, о којој је било говора раније.

непокретности. У складу с тим, правно је консеквентно решење по којем ће хипотека и престати уписом њеног престанка, тј. исписом из регистра непокретности у који је била уписана. Овој другој групи земаља припадају све оне земље у којима је развијен систем регистара непокретности као јавних књига (земљишне књиге и други јавни регистри непокретности). Овим земљама припада и Република Србија, мада је у судској пракси, нарочито пре доношења Закона о хипотеци, било и пресуда у којима се изражавао став да хипотека као акцесорно право не може постојати без потраживања⁶⁹⁷ Због тога је и у нашој земљи неопходно разликовати правни основ за престанак хипотеке од акта њеног престанка. Ово правно разликовање није, међутим, увек присутно у судској пракси.⁶⁹⁸

Основи за престанак хипотеке су у праву Републике Србије утврђени законом. Када настане неки од тих основа, хипотека ће престати исписом из регистра непокретности, и то на захтев овлашћеном лица и у законом прописаном поступку.

Ако потраживање престане, по правилу на основу измирења али и на било који други начин, хипотека се не исписује аутоматски из регистра непокретности. Напротив, она ће и даље постојати, а власник непокретности може њоме располагати у наредном року од три године од дана престанка обезбеђеног потраживања. Она је у том временском периоду у статусу тзв. “неисписане хипотеке”.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ Тако се напр. у образложењу Решења Окружног суда у Чачку, (Гж. 1452/2005 од 30.11.2005. године) између осталог каже: ..“ Наиме, као акцесорно право хипотека не може постојати сама за себе без потраживања као главног дуга...”.

⁶⁹⁸ Карактеристична је у том смислу пресуда Окружног суда у Београду (Гж. 8156/99 од 16.6.1999. године) у којој се између осталог наводи: „... Хипотека је, према својој правној природи, акцесорног карактера, односно зависна у односу на потраживање, а ако је потраживање из било ког разлога ништаво или још није настало, онда не настаје ни хипотека. Исто важи и у случају накнадног поништаја тражбине и гашења тражбине услед њене исплате.....“

⁶⁹⁹ В. више *infra*, део четврти, глава четврта, под 3.

Начелно, хипотека увек престаје ако се банка као хипотекарни поверилац намири из вредности хипотековане непокретности.

Ако се, међутим, банка као хипотекарни поверилац намири на неки други начин, хипотека не престаје, већ заједно са потраживањем прелази на неког новог повериоца. Тако ће у случају да је дуг измирило треће лице, хипотека заједно са потраживањем, прећи на њега, а у случају да је потраживање измирио власник непокретности који није уједно и корисник кредита (дужник), тај власник ће стећи сопствену (власничку, својинску) хипотеку (у правима у којим она постоји)⁷⁰⁰ односно „неисписану“ хипотеку у нашем праву.⁷⁰¹

2. Испис хипотеке

Хипотека је стварно право на туђој непокретности које је настало уписом у регистар непокретности. До исписа хипотеке, опет, може доћи ако је хипотековано потраживање престало да постоји на начин дозвољен законом. Такво правило произлази из акцесорне природе хипотеке.

Испис хипотеке може захтевати дужник, власник непокретности или поверилац, у складу са законом.

2.1. Испис на захтев власника непокретности

Испис се најчешће врши на захтев власника непокретности, будући да он има и највећи интерес да се непокретност ослободи терета.

⁷⁰⁰ Упор: Weber-Weber, Kreditsicherungsrecht, с. 255.

⁷⁰¹ Статус тзв. „неисписане“ хипотеке је уређен чл. 53-56 ЗХ.

До исписа хипотеке на захтев власника непокретности, међутим, може доћи само ако је дуг исплаћен у потпуности.

Због тога захтев за испис хипотеке власника непокретности мора бити пропраћен:

- или писменом изјавом хипотекарног повериоца да пристаје на испис хипотеке,
- или правноснажном судском одлуком којом се утврђује да је потраживање хипотекарног повериоца престало.⁷⁰²

Међутим, да би се избегла опструкција хипотекарног повериоца и избегла потреба вођења судског спора, законом је прописана обавеза хипотекарног повериоца да дозволи брисање хипотеке уколико му је потраживање у целости исплаћено.⁷⁰³

Исто тако хипотекарни поверилац је након измирења дуга дужан да без одлагања изда дужнику и власнику хипотековане непокретности потврду о измиреном дугу, као и да власнику непокретности да сагласност за брисање хипотеке.⁷⁰⁴ Како је у судској пракси истакнуто, хипотекарни поверилац не би могао да опструира брисање хипотеке истицањем приговора да дужник није прихватио предложени анекс (измену) основног уговора, већ је обавезу измирио према првобитном тексту тог уговора.⁷⁰⁵

⁷⁰² Чл. 44 ст. 2 ЗХ.

⁷⁰³ Чл. 44 ст. 3 ЗХ.

⁷⁰⁴ Чл. 44 ст. 4 ЗХ.

⁷⁰⁵ Тако се у сентенци Пресуде Окружног суда у Новом Саду, Гж. 4443/92 од 23.3.1994. године каже: „Исплатом остатка дуга и ревалоризацијом остатка дуга за 1992. годину тужитељ је испунио своју обавезу према одредбама уговора који је закључио са туженим о откупу стана из друштвене својине, па се из тих разлога стекао услов да тужитељ тражи брисање хипотеке, јер је као хипотекарни дужник исплатио потраживање осигурано хипотеком.“ Став је образложен на следећи начин: "Позивање туженог да је тужитељ одбио да са туженим закључи анекс уговора по коме ће се ревалоризација вредности остатка дуга вршити квартално, а не годишње, како је то прописано основним уговором, те да из тих разлога нема услова да се брише хипотека, потпуно су неосновани, јер је одредбама основног уговора прописано да се ревалоризација вредности остатка дуга врши једанпут годишње у складу са тада важећим прописима, а накнадна жеља туженог да се ревалоризација врши квартално од стране тужитеља из сасвим разумљивих разлога није прихваћена,

2.2. *Испис због пропасти непокретности*

Поред исплаћености дуга у целости, основ за престанак хипотеке је и пропаст предмета хипотеке.

Ако предмет хипотеке пропадне у целости, власник хипотековане непокретности може да захтева испис хипотеке.⁷⁰⁶ Уколико, међутим, предмет хипотеке пропадне само делимично, хипотека се своди на преостали део предмета, а исправка уписа се врши по самом закону и по службеној дужности.⁷⁰⁷

Међутим, ако власник обнови предмет хипотеке, хипотека се поново успоставља, а њен упис се врши *ex offio*, по самом закону.⁷⁰⁸

У случају потпуне или делимичне пропасти хипотековане непокретности, интереси хипотекарног повериоца се штите на тај начин што он по самом закону стиче заложно право на потраживању накнаде из осигурања, односно на исплаћеној накнади из осигурања (уколико осигурање непокретности постоји).⁷⁰⁹ Накнада из осигурања се међу хипотекарним повериоцима расподељује према временском приоритету, односно редоследу уписа њихових хипотека.

јер би тужитељ закључивањем оваквог анекса био стављен у далеко неповољнији положај у односу на одредбе основног уговора, што он није хтео да прихвати, па тужени неосновано одбија да му изда брисовну дозволу на име хипотеке на предметном стану. Из ових разлога усвојен је тужбени захтев тужитеља и наложено је туженом да изда брисовну дозволу, односно уколико он то одбије, тужитељ ће на основу ове пресуде моћи да захтева брисање хипотеке на предметном стану."

⁷⁰⁶ Чл. 45 ст. 1 ЗХ.

⁷⁰⁷ Чл. 45 ст. 3 ЗХ.

⁷⁰⁸ Чл. 45 ст. 2 ЗХ.

⁷⁰⁹ Чл. 46 ст. 1 и 2 ЗХ.

2.3. *Испис по основу општег интереса*

Основ за престанак хипотеке може да буде и прелазак права власника на предмету хипотеке на треће лице у циљу задовољења општег интереса (експропријација и сл.). Такав прелазак, међутим, мора бити заснован на закону и одлуци надлежног органа.⁷¹⁰

Захтев за испис хипотеке у овом случају подноси нови власник непокретности.

Хипотекарни поверилац стиче законско заложно право на потраживању накнаде коју дотадашњи власник непокретности добија, односно на самој накнади, ако је она већ исплаћена.⁷¹¹ Ако, међутим, дотадашњи власник уместо накнаде добија другу непокретност, хипотекарни поверилац има право уписа хипотеке на тој другој непокретности.⁷¹²

Иначе, накнада која се за одузету непокретност у општем интересу добија расподељује се међу хипотекарним повериоцима према редоследу уписа њихових права хипотеке.⁷¹³

2.4. *Испис по основу судске јавне продаје*

Судска јавна продаја непокретности је такође основ за престанак хипотеке.

У том случају испис хипотеке се врши на основу правноснажне судске одлуке о намирењу хипотекарних поверилаца.⁷¹⁴

⁷¹⁰ Чл. 47 ст. 1 ЗХ.

⁷¹¹ Чл. 47 ст. 2 т. 2 ЗХ.

⁷¹² Ibidem.

⁷¹³ Чл. 47 ст. 3 ЗХ.

⁷¹⁴ Чл. 48 ст. 2 ЗХ.

2.5. Испис у случају вансудске продаје и накнадног уговора

Хипотека престаје и када се непокретност прода вансудским путем и кад је поверилац на тај начин намирен или кад је намирен на основу накнадног уговора, у складу са законом. Овакав начин намирења се остварује на основу веродостојне исправе или извршне исправе.

Када хипотека престаје на овакав начин, испис хипотеке захтева купац предмета хипотеке.

Код оваког начина престанка хипотеке права доцнијих поверилаца остају резервисана.⁷¹⁵

2.6. Испис због конфузије и консолидације

Хипотека престаје и у случају конфузије и консолидације, тј. када се у истом лицу стекне својство хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника, односно када хипотекарни поверилац стекне право својине на хипотекованој непокретности.⁷¹⁶

Ипак, хипотека не престаје у овим ситуацијама *ipso facto*, напротив, то су само правни основи за њен престанак, који ће наступити исписом из регистра непокретности.

У овом случају испис хипотеке може захтевати власник, дужник или поверилац.⁷¹⁷

2.7. Испис по основу одрицања од хипотеке

Поверилац се у сваком тренутку може одрећи хипотеке. Основ за испис хипотеке је у том случају његова једнострана писмена изјава, са потписом овереним у суду или код другог органа овлашћеног законом.⁷¹⁸

⁷¹⁵ Чл. 49 ст. 2 т. 2 ЗХ.

⁷¹⁶ Чл. 50 ст. 1 ЗХ.

⁷¹⁷ Чл. 50 ст. 1 ЗХ.

Одрицање од хипотеке нема никакав утицај на обезбеђено потраживање. Оно наставља да постоји.⁷¹⁹ Банка као поверилац по уговору о хипотекарном кредиту је, међутим, од тог тренутка обичан, непривилегован поверилац.⁷²⁰

Захтев за испис у случају одрицања од хипотеке подноси власник непокретности, с тим да уз захтев мора да поднесе и ту писмену изјаву повериоца.⁷²¹

2.8. Испис у случају амортизације обезбеђеног потраживања

Специфичан начин престанка хипотеке је престанак због амортизације обезбеђеног потраживања.

Наиме, на предлог власника, сувласника или титулара заједничке својине хипотека на непокретности ће престати на основу правоснажне судске одлуке којом се утврђује амортизација обезбеђеног потраживања под условом да:

1) је протекло двадесет година од доспелости обезбеђеног потраживања (старе хипотеке);

2) уписани хипотекарни поверилац више не постоји или се не може пронаћи, ни његови наследници (универзални сукцесори), ни лица која су доцније уписана као пријемници (цесионари) потраживања обезбеђеног хипотеком;

3) за протекло време уписани хипотекарни поверилац није захтевао, нити примио исплату ни главног потраживања ни камате нити је то захтевало било које овлашћено лице уписано у регистар непокретности.⁷²²

⁷¹⁸ Чл. 51 ст. 1 ЗХ.

⁷¹⁹ В. Weber-Weber, Kreditsicherungsrecht, с. 256.

⁷²⁰ У немачком праву одрицање повериоца од хипотеке не доводи до њеног престанка већ се она трансформише у сопствени земљишни дуг власника непокретности (v. Baur, Baur, Stürner, op. cit. с. 430).

⁷²¹ Чл. 51 ст. 2 ЗХ.

⁷²² Чл. 52 ст. 1 ЗХ.

У овом случају испис хипотеке се остварује на захтев власника, сувласника или заједничара.⁷²³

3. Правни статус неисписане хипотеке и власничка хипотека

Посебан проблем у поступку престанка хипотеке је проблем правног третмана хипотеке од тренутка престанка обезбеђеног потраживања до тренутка њеног исписа из регистра непокретности. Наиме, како је раније наглашено, у свим правним системима у којима хипотека настаје уписом у регистар непокретности, она не може престати простим престанком обезбеђеног потраживања, већ тек исписом из тог регистра. Пошто не престаје по аутоматизму с престанком обезбеђеног потраживања, поставља се питање шта бива с хипотеком од тог тренутка па до евентуалног исписа, коме она припада и каква овлашћења има хипотекарни поверилац по основу ње. Оваква хипотека се може означити као „неисписана хипотека“.

Неисписана хипотека, као хипотека код које је обезбеђено потраживање престало, се у различитим правима третира на различите начине. У основи, она се може јавити као квази власничка хипотека (алтернатива је институт задржавања ранга заложног права на непокретности, уз могућност располагања тим рангом) али и као права власничка (својинска) хипотека.⁷²⁴

Проблем неисписане хипотеке се усложњава могућношћу њеног савесног стицања. Наиме, у правима у којима је поуздање у истинитост (тачност) земљишних књига и других регистара непокретности један од основних принципа земљишно-књижног права, могуће је савесно стицање хипотеке од стране трећег лица и после престанка

⁷²³ Чл. 52 ст. 2 ЗХ.

⁷²⁴ Квази власничку хипотеку Живковић означава као својинску хипотеку у ширем смислу, а праву власничку (својинску) хипотеку као својинску хипотеку у ужем смислу (Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 174).

обезбеђеног потраживања. Оправдање за овакву могућност стицања лежи у чињеници да је треће лице поклонило поверење стању које је уписано у регистар непокретности као јавној књизи, због чега не би требало да трпи штетне последице. Ако је напр. стекло већ цедирано обезбеђено потраживање, или потраживање које је престало, а није знало нити је према уписима у регистар могло знати за ту чињеницу, треће лице се сматра савесним и може у тим правима на овај начин стећи хипотеку. У таквој ситуацији власник хипотековане непокретности може бити изложен ризику да поново плати већ исплаћени дуг, односно да трпи намирење из његове непокретности.

У погледу третмана неисписане хипотке посебно је занимљиво указати на одговарајућа решења у аустријском праву које је одлучујуће утицало на хипотекарно право у Републици Србији.

Према Уредби о трећој делимичној новели ABGB (Општег грађанског законика Аустрије)⁷²⁵ уређено је у аустријском праву овлашћење власника да располаже неисписаном хипотеком. У том смислу је предвиђено да за престанак хипотеке није довољно измирење дуга. Предмет хипотеке остаје толико дуго одговоран док се дуг не избрише из јавних књига. До тада може власник предмета хипотеке, на основу признанице или неке друге исправе која доказује престанак дуга, пренети заложно право на ново потраживање, које не превазилази износ уписаног заложног права.⁷²⁶

Оваква неисписана хипотека се у аустријској теорији назива власничком хипотеком без потраживања (*forderungsentkledete Eigentümerhypothek*). Питање које се у вези с оваквом хипотеком поставило је да ли је она остала права хипотека или је уствари

⁷²⁵ Ова царска уредба је донета 19.03.1916. године а објављена је у RGBl br. 69/1916.

⁷²⁶ „Zur Aufhebung einer Hypothek ist die Tilgung der Schuld allein nicht hinreichend. Ein Hypothekargut bleibt so lange verhaftet, bis die Schuld aus den öffentlichen Büchern gelöscht ist. Bis dahin kann der Eigentümer des Gutes auf Grund einer Quittung oder einer anderen, das Erlöschen der Pfandschuld dartuenden Urkunde das Pfandrecht auf eine neue Forderung übertragen, die den Betrag der eingetragenen Pfandforderung nicht übersteigt.“ – пар. 469 ABGB.

то квази-хипотека, која у суштини значи само право расплагања рангом заложног права и после престанка обезбеђеног потраживања. У савременој аустријској правној теорији преовладава став да је у питању ово друго,⁷²⁷ што значи да се не ради о правој својинској хипотеци (власник не може да тражи упис хипотеке на своје име, не може да захтева извршење нити може да се намири из вредности те сопствене ствари).⁷²⁸

При успостављању заложног права није дозвољено одрицање од поменутог права располагања. Међутим, ако је у јавну књигу уписано правним послом стечено заложно право које је истог или нижег ранга у односу на хипотеку, власник може располагати хипотеком само ако је такво право уговором задржао према овлашћеницима из јавних књига и такво задржавање права уписао у јавну књигу код хипотеке.⁷²⁹

Ипак, у аустријском праву, као изузетак, постоји и права власничка (својинска) хипотека. Она настаје када власник оптерећене непокретности измири дужников дуг, да не би дошло до намирења повериоца из вредности те непокретности. У том случају обезбеђено потраживање не престаје већ прелази на власника непокретности као исплатиоца (по основу персоналне суброгације)⁷³⁰ а хипотека, као акцесорна, прати прелаз тог потраживања. Слично се дешава и ако консолидација не доведе до престанка потраживања.⁷³¹ За разлику од раније описане ситуације оваква хипотека се означава као хипотека са потраживањем (*forderungsbekleidete Eigentümerhypothek*). На основу овакве, праве власничке

⁷²⁷ В. напр. Iro, Gert, Bürgerliches Recht, Band IV, Sachenrecht, Wien, 2000, с. 137.

⁷²⁸ В. пар. 460 ABGB.

⁷²⁹ „Bei Bestellung des Pfandrechtes kann auf dieses Verfügungsrecht nicht verzichtet werden. Ist jedoch im öffentlichen Buch ein der Hypothek im Rang nachfolgendes oder ihr gleichrangiges, rechtsgeschäftlich bestelltes Recht eingetragen, so kann der Eigentümer über die Hypothek nur dann verfügen, wenn er sich das Verfügungsrecht gegenüber dem Buchberechtigten vertraglich vorbehalten hat und dieser Vorbehalt im öffentlichen Buch bei der Hypothek angemerkt ist.“ – пар. 469а ABGB.

⁷³⁰ В. пар. 1358 ABGB.

⁷³¹ Пар. 1446 ABGB.

хипотеке власник, као хипотекар, учествује у намирењу ако се његова непокретност продаје на захтев других лица.⁷³² Исто тако и његови повериоци се могу намирити из вредности потраживања и хипотеке која то потраживање обезбеђује. Власник једино не може захтевати извршење на сопственој непокретности.

Поред наведеног, у аустријском праву постоји и забележба задржавања првенственог реда на основу које власник непокретности може уписати нову хипотеку на исто место (исти ранг) на којем је била стара у року од три године, која га уједно штити од ризика да по основу савесног стицања хипотеке буде изложен обавези плаћања односно трпљењу намирења из вредности непокретности.

Од земаља бивше Југославије располагање неисписаном хипотеком познаје право Хрватске и право Македоније (углавном према решењима аустријског права), али не и право Словеније и Црне Горе.

⁷³² Начелно при намирењу трећих из непокретности, хипотекару хипотеке чије је потраживање измирено односно код које је дошло до консолидације без престанка потраживања, не припада право да учествује у намирењу. Међутим, ово правило трпи изузетак из – пар. 460, друга реченица ABGB који гласи: „Nur insoweit die durch das Pfandrecht gesicherte Forderung gegen einen Dritten noch fortbesteht oder dem Eigentümer der Ersatz für deren Tilgung gebührt (§ 1358), wird der darauf entfallende Teil dem Eigentümer zugewiesen.“ („Само ако потраживање обезбеђено заложним правом још постоји, или је власнику призната накнада за његово измирење, власнику припада одговарајући део“ - прев. Ј.Ш.В.).

4. Располагање неисписаном хипотеком и заснивање нове у праву Републике Србије

До доношења Закона о хипотеци 2005. године у нашој земљи није постојала могућност располагања неисписаном хипотеком. О томе је било, додуше, помена у правној теорији,⁷³³ али није постојала законска могућност оваквог располагања.

Решења која у погледу располагања неисписаном хипотеком садржи Закон о хипотеци суштински одговарају решењима аустријског права након треће новеле ABGB, уз незнатне разлике.⁷³⁴

У даљем тексту ће се указати на могућности располагања неисписаном хипотеком према Закону о хипотеци.

4.1. Располагање неисписаном хипотеком

Ако је обезбеђено потраживање престало, хипотека која није исписана може се у року од 3 године од дана када је потраживање престало пренети на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца, до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком.⁷³⁵

Пренос неисписане хипотеке врши се у овом случају на захтев власника, који у прилогу садржи доказ да је потраживање престало.⁷³⁶ Наравно, уз захтев се мора

⁷³³ В. Орлић, Миодраг у: Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, Стварно право, с. 241. Посебно су значајни у том смислу нацрти Закона о хипотеци професора Орлића, чија су решења о располагању неисписаном хипотеком пренета у Закон о хипотеци.

⁷³⁴ В. Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 186.

⁷³⁵ Чл. 53 ст 1 ЗХ.

⁷³⁶ Чл. 53 ст. 2 ЗХ.

доставити и исправа којом се заснива нова хипотека, да би се видело које ће ново потраживање она обезбеђивати.

Шта је суштина оваквог решења? Ако је код хипотекарног кредита кредитна сума (заједно са каматама и другим накнадама) враћена, неисписана хипотека се може пренети на друго лице, напр. на другу банку с којом ће корисник првог хипотекарног кредита закључити нови уговор о хипотекарном кредиту. Предност оваквог преношења је у томе што друга банка стиче хипотеку истог ранга. По себи се разуме да то важи и у случају да се прва банка поново јави као поверилац по новом потраживању (напр. по новом хипотекарном кредиту који је одобрила истом кориснику). Суштина располагања неисписаном хипотеком је заправо очување ранга хипотеке.⁷³⁷ Кроз очување ранга се спречава напредовање у рангу хипотекарних поверилаца другог и каснијих редова, што је повољно не само за банку већ и за корисника кредита јер ће на основу хипотеке првог ранга добити веће кредитне погодности (нижа камата и друге накнаде и др.).

Власник непокретности се не може одрећи права на располагање неисписаном хипотеком, односно такво одрицање не производи правно дејство. Изузетно, овакво одрицање ће произвести правно дејство ако:

1) се власник уговором обавезе према трећем лицу, а нарочито према хипотекарном повериоцу са доцнијим редом првенства, да ће у његову корист захтевати испис одређене хипотеке;

2) се у регистар непокретности упише забележба такве обавезе код те хипотеке.⁷³⁸

Хипотекарни повериоци са доцнијим редом првенства хипотека се не могу противити упису новог хипотекарног повериоца на упражњено место неисписане хипотеке, али задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе.⁷³⁹

⁷³⁷ Тако: Живковић, Милош, *ibidem*.

⁷³⁸ Чл. 54 ст. 1 ЗХ.

⁷³⁹ Чл. 54 ст. 2 ЗХ.

Важно је истаћи да је могућност преноса неисписане хипотеке у нашем праву ограничена на рок од 3 године од дана када је обезбеђено потраживање престало, док таквог рока у аустријском праву нема.⁷⁴⁰

4.2. Забележба задржавања првенственог реда

Поред права на располагање неисписаном хипотеком, власник непокретности има право да уз захтев за испис хипотеке истовремено захтева и забележбу задржавања првенственог реда⁷⁴¹ за упис нове хипотеке на месту које је имала стара (ранија) хипотека, али само до износа потраживања које је било обезбеђено старом (ранијом) хипотеком. На тај начин власник непокретности чува ранг будућој хипотеци према рангу старе. Овај ранг му може бити од непосредне практичне користи при закључивању новог хипотекарног кредита, будући да виши ранг хипотеке под једнаким осталим условима редовно значи повољније услове кредитирања односно рефинансирања (узимањем новог кредита код исте или друге банке).

Ово резервисано право за упис нове хипотеке важи три године од дана када је забележба била дозвољена.⁷⁴² Ако се у том року не искористи, право на упис нове хипотеке на месту који је имала стара престаје.

⁷⁴⁰ У пар. 469 ABGB је само предвиђено да пренос хипотеке може остварити до њеног брисања из регистра, а да при томе није утврђен никакав рок.

⁷⁴¹ У Закону о хипотеци се овај институт недоследно назива. У називу изнад чл. 55 као и у ст. 1 овог члана се означава као „забележба првенственог реда“ а у ст. 2 истог члана као „забележба задржавања права првенственог реда“. Живковић, Милош упозорава на непрецизност, па и нетачност назива „забележба првенственог реда“ као и на могући ризик довођења у питање примене ранијих правних правила. (в. Живковић, Милош, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 187).

⁷⁴² Чл. 55 ст. 1 ЗХ.

Ако се непокретност пренесе, забележба задржавања права првенственог реда производи правно дејство у корист новог носиоца права.⁷⁴³

Ова правила се сходно примењују и на ситуацију када нова хипотека треба да ступи на место две или више хипотека које у првенственом реду долазе једна иза друге.⁷⁴⁴

4.3. Предбележба нове хипотеке

На захтев власника може се уписати нова хипотека на месту већ уписане хипотеке, са истим првенственим редом и до износа потраживања обезбеђеног већ уписаном хипотеком.⁷⁴⁵ Овај упис производи правно дејство ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке. У том случају испис старе хипотеке врши се на захтев власника или повериоца у чију корист је уписана нова хипотека.⁷⁴⁶ Како се види, предбележба нове хипотеке је, уствари укњижба нове хипотеке, с тим да се она остварује уз услов да се стара хипотка избрише у року од годину дана.⁷⁴⁷

Ако се стара хипотека не испише у предвиђеном року, тада се нова хипотека исписује „по самом закону“⁷⁴⁸ како каже закон, односно по службеној дужности, како се исправно констатује у теорији.⁷⁴⁹

У случају да је на старој хипотеци заснована натхипотека, законом је предвиђено да нова хипотека производи правно дејство ако се избрише и натхипотека, или ако

⁷⁴³ Чл. 55 ст. 2 ЗХ.

⁷⁴⁴ Чл. 55 ст. 3 ЗХ.

⁷⁴⁵ Чл. 56 ст. 1 ЗХ.

⁷⁴⁶ Чл. 56 ст. 2 ЗХ.

⁷⁴⁷ Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 188.

⁷⁴⁸ Чл. 56 ст. 3 ЗХ.

⁷⁴⁹ Живковић, Милош, *ibidem*.

натхипотекарни поверилац и поверилац у чију корист се уписује нова хипотека дају пристанак да се натхипотека пренесе на нову хипотеку.⁷⁵⁰

Код старе заједничке (скупне, симултане) хипотеке (тј. ако је стара хипотека заснована на више непокретности), нова хипотека производи правно дејство ако се стара хипотека испише из свих регистара непокретности у којима је уписана.⁷⁵¹

Предбележба омогућава конституисање нове хипотеке с првенственим рангом и пре отплате потраживања чији се ранг преузима, али је питање како ће ово бити прихваћено у пракси.⁷⁵²

Наведена правила се сходно примењују кад нова хипотека треба да ступи на место двеју или више хипотека које у првенственом реду долазе једна иза друге.⁷⁵³

Располагање рангом постојеће хипотеке након престанка обезбеђеног потраживања представља одређено одступање од начела акцесорности хипотеке.⁷⁵⁴

⁷⁵⁰ Чл. 56 ст. 4 ЗХ.

⁷⁵¹ Чл. 56 ст. 5 ЗХ.

⁷⁵² Лазић, Мирослав, Правни положај повериоца по Закону о хипотеци, с. 533.

⁷⁵³ Чл. 56 ст. 6 ЗХ.

⁷⁵⁴ Ово одступање Живковић Милош означава као одступање од акцесорности у престанку, до којег долази због тога што се предност даје економским разлозима, пре свега, могућностима рефинансирања дужника, као и повећању његове кредитне способности. (Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, с. 189).

ЗАКЉУЧАК

1. Модерна привреда је ван сваке сумње кредитна привреда. Без кредита је тешко и замислити савремени привредни живот. Када кредита не би било, слободна новчана средства би у великој мери била имобилисана, а обрт капитала и укупна привредна активност у истој тој мери успорени. Не мању важност кредит има и у свакодневном животу грађана. Путем кредита се слободна новчана средства субјеката којима тренутно нису потребна усмеравају према субјектима којима су неопходна. На тај начин обе категорије субјеката стичу одговарајуће имовинске користи, уз општу корист коју има укупна привреда и земља у целини.
2. Усмеравање слободног новца према субјектима којима је потребан не остварује се непосредно, већ преко кредитног механизма банака. У многим земљама, укључујући и нашу, ова делатност је чак искључиво резервисана за банке. Оне депозитним пословима прикупљају слободна новчана средства, а затим их кроз разне облике кредита пласирају привреди и грађанима, остварујући при томе одговарајућу добит на разлици између пасивних (депозитних) и активних (кредитних) камата.
3. Давање кредита је, међутим, скопчано са бројним ризицима. Они су једним делом везани за саму личност корисника кредита (његову солидност, ликвидност и солвентност) а другим делом за ризике објективног карактера (елементарне непогоде, привредне кризе, ратове, грађанске немире и друге политичке ризике). Због тога је озбиљна и стручна процена кредитног ризика претпоставка сваког успешног банкарског пословања. Па ипак, и поред пажљиве процене кредитних ризика, неки од њих може наступити, тако да се угрози враћање кредита. Да би се што боље осигурале од ових ризика, банке уз пажљиву и професионалну процену ризика додатно

прибегавају уговарању посебних средстава обезбеђења. Та средства по своје карактеру могу бити персонална (лична) и стварна (реална).

4. Међу средствима обезбеђења посебан значај имају стварна (реална) средства обезбеђења. Основна предност ових средстава је у томе што банка на основу њих конституише привилеговано право намирења свог потраживање из неке, тачно одређене, имовинске вредности (објект или предмет привилегованог права). Другим речима речено, код кредита са реалним средствима обезбеђења банка се више не ослања само на бонитет корисника кредита, и евентуално бонитет неког другог лица које за њега преузима одговорност, као што је то случај код персоналних средстава обезбеђења, већ се ослања и на неку „реалну вредност“ као што су заложна права на непокретности, покретним стварима или правима. Међу реалним средствима обезбеђења се, опет, хипотека (као и земљишни дуг у правима у којима постоји) се сматра најсигурнијим средством. Осцилације у вредности непокретности током кредитног периода су најмање, због чега и хипотека, као заложно право на њима, има најстабилнију вредност.
5. Када је банчино потраживање обезбеђено хипотеком, уговор о кредиту има карактер уговора о хипотекарном кредиту. Овај уговор има све карактеристике општег уговора о новчаном кредиту, с тим да је банчино кредитно потраживање у погледу враћања кредитне суме, плаћања камате и евентуалних других накнада обезбеђено хипотеком. Овакав начин обезбеђења банчиног потраживања показује значајне предности у односу на његово обезбеђивање неким персоналним средством обезбеђења. Наиме, персоналним средством обезбеђења банка не може да себи обезбеди привилеговано намирење на имовини или делу имовине трећег лица као даваоца средства обезбеђења. Она је изложена конкуренцији других обичних поверилаца са доспелим потраживањима, без обзира када су доспела потраживања појединих поверилаца настала. Код хипотекарног кредита, међутим, суштина је управо у томе да је банка хипотеком стекла

- право на привилеговано намирење свог потраживања из вредности хипотековане непокретности (свеједно да ли је она у својини корисника кредита или трећег лица) и да је то потраживање обезбеђено рангом у намирењу, зависно од времена уписа хипотеке у одговарајући регистар.
6. Уговор о хипотекарном кредиту се најједноставније може дефинисати као *уговор о кредиту у којем су потраживања банке као даваоца кредита обезбеђена хипотеком*. Први елемент појма је да је овај уговор по своме карактер уговор о кредиту. Други елемент се тиче карактера предмета уговора. Наиме, уговор о хипотекарном кредиту је увек уговор о новчаном кредиту. Трећи битан елемент је обезбеђеност банчиног потраживања посебним уговорним средством обезбеђења. Коначно, четврти елемент чини хипотека као то средство обезбеђења.
 7. Уговор о хипотекарном кредиту нема јединствену правну природу, он представља сложен правни посао. Анализа показује да у оквиру њега, теоријски посматрано, постоје три правна односа.
 8. Први од њих је уговор о кредиту, прецизније, уговор о новчаном кредиту. То је основни правни однос, уједно и разлог због којег су банка и корисник ушли у кредитни однос. Уговор о кредиту је од кључног значаја и за целину правних односа који се код хипотекарног кредита јављају. Наиме, хипотека је акцесорно средство обезбеђења, што значи да је оно правно везано за обезбеђено потраживање. Из тога прилази да је пуноважност уговора о кредиту, тиме и обезбеђеног потраживања, претпоставка одговорности даваоца хипотеке. Ако је уговор о кредиту ништав, ако потраживање банке није настало, нема ни одговорности даваоца хипотеке. С друге стране, према висини обезбеђеног потраживања одређује се одговорност даваоца хипотеке. Ако је обезбеђено потраживање увећано напр. због доцње корисника кредита (додатне камате и др.) увећава се и одговорност даваоца хипотеке.

9. Сам уговор о новчаном кредиту, као основни правни посао, не садржи у себи обавезу корисника на давање средства обезбеђења. За то је потребно закључити нови уговор, којим ће се корисник кредита или треће лице обавезати на давање, односно прибављање одређеног средства обезбеђења. Тај нови уговор је уговор о обезбеђењу. Његовим закључењем настаје други правни однос између банке као даваоца кредита и корисника кредита или трећег лица као даваоца средства обезбеђења. Тако се основни посао, уговор о кредиту, на својеврсни начин допуњује. Овај уговор о обезбеђењу се може закључити као самосталан уговор, али може бити и само клаузула у уговору о кредиту (ако средство обезбеђења даје сам корисник кредита). Такође уговор о обезбеђењу се може закључити и конклюдентном радњом. Ипак, без обзира у ком виду се закључи, уговор о обезбеђењу је важан јер он представља каузу посла извршења тј. правног посла на основу којег настаје средство обезбеђења. Он постоји како код уговора о кредиту са личним тако и са реалним средствима обезбеђења.
10. Код реалних средстава обезбеђења, какво је хипотека, уговор о обезбеђењу може настати не само у интерном односу између банке и корисника кредита већ и у спољашњем односу између интерцесионара и банке као повериоца. У првом случају се давање средства обезбеђења може јавити као реална уговорна обавеза корисника кредита, ако сам даје стварноправно средство обезбеђења, али и као уговорно обећање чинидбе, ако обећава да ће стварноправно средство обезбеђења дати неко треће лице. И у овом другом случају кауза је такође у уговору о кредиту као основном односу, у виду обећања чинидбе прибављања средства обезбеђења. Доста често се, међутим, дешава да се у спољашњем односу уопште не заснивају обавезе давања средства обезбеђења, већ је поменуто обећање чинидбе као кауза само по себи довољно. Код основног типа уговора о обезбеђењу преузима се, дакле, обавеза прибављања средства обезбеђења према повериоцу у основном послу, али ова обавеза може бити преузета и у спољашњем односу

између интерцесионара и повериоца. Када се уговор о обезбеђењу закључи, потребно је код реалних средстава обезбеђења додатно закључење стварноправног уговора (уговора о залози одн. хипотеци) којим се заснива право обезбеђења (заложно право). При томе је код ручне залоге још потребна предаја ствари повериоцу (односно код бездржавинске залоге упис у одговарајући регистар) а код хипотеке упис у регистар непокретности.

11. Уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита је неименовани облигациони уговор. Може се дефинисати као *уговор којим се једна страна обавезује да банци, као даваоцу кредита, пружи хипотеку као средство обезбеђења уредног извршења обавеза корисника (примаоца) кредита*. Како се из дефиниције види, уговор о обезбеђењу хипотекарног кредита је једностранообавезан, бестеретан уговор.
12. Уговор о обезбеђењу има код хипотекарног кредита одговарајући значај. Ипак, он није ни изблиза онолики колики је код уговора о кредиту на бази земљишног дуга као средства обезбеђења. Наиме, хипотека је већ по самом закону акцесорна у односу на основно потраживање, па додатно уговорно повезивање хипотеке са банчиним кредитним потраживањем није неопходно. Земљишни дуг, у правима које га познају је, напротив, самосталан, од основног потраживања независан правни институт. Да би могао да послужи као средство обезбеђења кредитног потраживања банке апсолутно је неопходно закључење уговора о обезбеђењу, да би се преко циља овог уговора успоставила веза између банчиног кредитног потраживања и одговорности даваоца земљишног дуга.
13. Код уговора о хипотекарном кредиту тај посао извршења, на основу којег се конституише средство обезбеђења (тј. хипотека) је уговор о хипотеци. То је уједно трећи правни однос. Он настаје закључењем уговора о хипотеци и успостављањем хипотеке на непокретности корисника кредита или трећег

лица. Овај правни однос свој правни основ (каузу) има у уговору о обезбеђењу, а не у уговору о кредиту, као основном послу.

14. Анализа је показала да су односи ког уговора о хипотекарном кредиту не само сложени већ и да се временом мењају. Односи код уговора о обезбеђењу пролазе временски кроз различите фазе, које следе једна другу, с тим, да су те фазе подешене према уговору о кредиту и трају док траје и тај уговор. Однос обезбеђења настаје успостављањем средства обезбеђења, што значи закључењем уговора о обезбеђењу и испуњењем посла његовог извршења. Та фаза је фаза настанка. Од тог тренутка па до доспелости банчиног кредитног потраживања постоји тзв. латентна фаза. Даље промене односа зависе од тога шта ће се десити у тренутку те доспелости. Ако је корисник кредита уредно испунио своју обавезу, циљ обезбеђења је испуњен, па настаје тзв. ликвидациона фаза у којој се средство обезбеђења ослобађа, тј. хипотекована непокретност се ослобађа терета. Непокретност се, додуше, ослобађа хипотеке исписом, али и пре исписа власник хипотековане непокретности може по основу акцесорности хипотеке истаћи приговор намирности обезбеђеног потраживања и тиме спречити евентуалне злоупотребе хипотеке. Уколико, међутим, корисник кредита као дужник из уговора о кредиту не измири своју доспелу обавезу о року, латентна фаза прелази у фазу намирења тј. банка посеже за средством обезбеђења у циљу намирења свог доспелог потраживања. Суштина ове фазе је у томе да се банка, након остављеног накнадног рока за измирење њеног кредитног потраживања, намири из вредности хипотековане непокретности.

15. Ако је хипотеку дао сам корисник кредита као дужник, банка може да започне са намирењем из вредности хипотековане непокретности, без икаквих даљих услова. У том случају, ако се потраживање намири из хипотеке коју је дао сам корисник кредита, као дужник, фаза намирења се окончава. Ако треће лице (интерцесионар) као власник хипотековане

непокретности измири потраживање, он стиче право да захтева брисање хипотеке као и право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику, за исплаћено. За случај да интерцесионар не исплати дуг банци, а банка се из вредности његове хипотековане непокретности намири, он ће имати право да од банке захтева евентуални преостали вишак од продате непокретности, као и право на регресни захтев према кориснику кредита, као дужнику, за исплаћено. У случају да је потраживање измирило треће лице (интерцесионар) на њега, дакле, прелази повратни захтев према кориснику кредита за исплаћено. Након измирења овог захтева фаза намирења се завршава и код уговора о кредиту код којег је средство обезбеђења дао интерцесионар. Наравно, ако је продајом средства обезбеђења које је дао (непокретност) остварен већи износ од износа банчиног потраживања, интерцесионар, а не корисник кредита, има право да од банке захтева исплату разлике.

16. Хипотека се може дефинисати као *заложно право повериоца на непокретности, које га овлашћује да своје потраживање намири из њене вредности пре других поверилаца, укључујући и доцније хипотекарне повериоце, ако дужник не исплати дуг о доспелости*. По своме карактеру хипотека је стварно право, прецизније, заложно право на непокретности акцесорног типа. Она је субјективно право приватноправног карактера које повериоца овлашћује на привилеговано право намирења потраживања из хипотековане непокретности.
17. Савесно стицање хипотеке, независно од преноса обезбеђеног потраживања, није у нашем праву могуће. Исто правило би требало да важи и у погледу самосталног преноса обезбеђеног потраживања.
18. Ако је корисник кредита измирио све своје обавезе према банци о доспелости, уговор о хипотекарном кредиту престаје, а тиме и обезбеђено потраживање. Када обавезу измири корисник кредита као дужник, то

потраживање банке не прелази на њега, већ се дефинитивно гаси. Пошто је хипотека акцесорна, престанком обезбеђеног потраживања је нестала и нужна претпоставка за постојање хипотеке, али она ипак не престаје *ipso facto*, самим престанком потраживања, већ исписом. У сваком случају банка након уредног намирења њених потраживања, не може више користити своје право намирења из вредности хипотековане непокретности, а корисник кредита у нашем праву, ако је власник непокретности, стиче право располагања том хипотеком у наредном року од три године од дана престанка потраживања. Тако настаје правно стање тзв. „неисписане хипотеке“ у којем корисник кредита, као власник хипотековане непокретности, може у наведеном року захтевати да се хипотека пренесе на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца. Ако је потраживање измирио корисник кредита као дужник, а власник хипотековане непокретности је треће лице, обезбеђено потраживање се такође гаси, а „неисписана хипотека“ припада власнику непокретности. Ако је обезбеђено потраживање измирило треће лице – власник непокретности, оно прелази на њега по закону (*cessio legis*). Са потраживањем на њега прелази и хипотека, као акцесорно право.

19. Ако се банчино потраживање не измири о доспелости, банка стиче право да се намири из вредности хипотековане непокретности, на начин прописан законом. Поједностављен поступак намирења из тзв. извршне вансудске хипотеке (хипотека на бази веродостојне или извршне исправе) која је у наш правни систем уведена тек важећим Законом о хипотеци из 2005. године, може се позитивно оценити. Исто важи и за вансудски поступак намирења.
20. Располагање неисписаном хипотеком и заснивање нове, као и забележба задржавања првенственог реда за упис нове хипотеке су нови институти нашег хипотекарног права који са становишта банкарског пословања имају пуно оправдање. Иста оцена важи и за предбележбу нове хипотеке. Задржавање ранга хипотеке омогућује правилно одмеравање услова за нове

кредитне уговоре, што је не само предност за банке, већ и повољност за кориснике хипотеканих кредита.

21. Хипотека са карактеристика које јој даје Закон о хипотеци из 2005. године је несумњиво погодно средство за обезбеђење уговора о кредиту на бази залог на непокретности. Ипак, због своје неакцесорности земљишни дуг пружа одређене додатне предности у обезбеђењу, због чега би, *de lege ferenda*, требало размотрити могућности његовог увођења и у наш правни систем.

ЛИТЕРАТУРА

Abel, Walter, Teilabtretung von Briefgrundschulden und vorläufigen Eigentümergrundschulden aus Briefhypotheken, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 44/1966, 2044.

Антић, Оливер, Облигационо право, Београд, 2007; 2. измењено и допуњено издање, Београд, 2008.

Антонијевић, Зоран, Петровић, Милан, Павићевић, Божидар, Банкарско право, Београд, 1982.

Аврамовић, Б. Сима, Станимировић, Војислав, Упоредна правна традиција, Београд, 2008.

Бабић, Данило Р, Заложно право на непокретним и покретним стварима и правима и евиденција залогe и тражбине, Београд, 2008.

Бабић, Илија, Основи имовинског права, Увод у грађанско право и стварно право 5. издање, Београд, 2008.

Bächler, H. Bankgeschäfte, Zürich, 1972.

Baltzer, Andreas, Die Grundsätze der Specialität und der Bestimmtheit im Hypothekenrecht, Dissertation, Rostock, Weimar, 1932.

Bamberger, Heinz Georg, Roth, Herbert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, München, 2008, 2. Auflage 2008.

Baur, Fritz, Baur, Jürgen, Stürner, Rolf, Lehrbuch des Sachenrechts 16. neubearbeitete Auflage, München, 1992.

Bayer, Walter, Zinsen für die Eigentümergrundschuld? Ein Beitrag zur Dogmatik des § 1197 Abs. 2 BGB, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 2/1989.

Berden, Andrej i dr., Novo stvarno pravo, Maribor, 2002.

Бијорац, Радомир, Кнежевић, Предраг, Реализација хипотеке у извршном поступку, Правни живот, бр. 10/2000, 580.

Бијорац, Р. Кнежевић, Предраг, Право у поступку реализације реалних инструмената обезбеђења, Правни живот, бр. 11/1998.

Bitterich, A., Das bankmäßige Lombardgeschäft, Frankfurt am Main, 1932.

Благојевић, Борислав, Круљ, Врлета, Коментар Закона о облигационим односима, 1 том, Београд, 1980.

Богданфи, Глиша, Николић, Никола, Опште приватно право које важи у Војводини, II том, Панчево, 1925.

Bohn, A, Die Sicherung von Forderungen und Krediten durch Bürgschaft, Verpfändung, Sicherungsübereignung, Sicherungsabtretung, Eigentumvorbehalt, Baden-Baden, 1962.

Боровац Јелена, Хипотека и камата, Правни живот. Бр.1/2008.

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), BBl 2007, 5283 i dalje, dostupno na adresi: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/5283.pdf>.

Böttcher, Christina, Das abstrakte Schuldversprechen in der Kreditsicherung, Frankfurt a. M., 2007.

Brox, Hans, Walker, Wolf-Dietrich, Besonderes Schuldrecht, 27. Auflage, München, 2002.

Buchholz, Stephan, Abtretung der Grundschuld und Wirkungen der Sicherungsvereinbarung - Zur Anwendbarkeit der § 1157 BGB auf die Sicherungsgrundschuld, u: Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 2/1987,107.

Buchholz, Stephan, Sicherungsvertraglicher Rückgewähranspruch bei Grundschulden, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZfWR), 14/1987, 891.

Bukljaš, Ivan, Vizner Boris, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, knjiga 4, Zagreb, 1979.

Bülow, Die These von der Doppelcausa im Kreditsicherungsverhältnis-ein Holzweg, NJW, 1997.

Bülow, Peter, Der Grundsatz der Subsidiarität im Kreditsicherungsverhältnis, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZfWR), 24/1999.

Bülow, Peter, Der Sicherungsgrundschuld als gesetzliches Tatbestand, Zeitschrift für das juristische Studium (ZJS), 1/2009.

Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten, 7. Auflage, Heidelberg, 2007.

Büschgen, Hans: Bankbetriebslehre, Wiesbaden, 1972.

- Васиљевић, Мирко, Трговинско право, Београд, 1991, посл. издање 2011.
- Васиљевић, Мирко, Пословно право, Београд, 2004.
- Von Gierke, Justus Wilhelm, Deutsches Privatrecht, Band II, Sachenrecht, Leipzig, 1905.
- Von Wilmowsky, Peter, Europäisches Kreditsicherungsrecht, Tübingen, 1996.
- Вучковић, Милош, Банкарство, Београд, 1967.
- Vuković, Mihajlo, Obvezno pravo, Zagreb, 1964.
- Вуксановић, Драгиња, Вансудско намирење хипотекарног повјериоца, Правни живот, бр. 10/2006
- Вуксановић, Драгиња, Право намирења хипотекарног потраживања у поступку вансудске продаје, Правни живот, бр. 11/2008.
- Вуксановић, Драгиња, Значај уписа хипотеке за право намирења потраживања, Правни живот, бр. 11/2009.
- Wachter, Thomas, Die Eurohypothek - Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt, u: Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (WM), 2/1999.
- Weber, Hansjörg, Weber, Jörg-Andreas, Kreditsicherungsrecht, 8. Auflage, München, 2006.
- Wehrens, H. Real Security Regarding Immovable Objects –Reflections on a Euro-Mortgage, in Hartkamp i dr. (edit.) Towards a European Civil Code, Nijmegen, 2004.
- Wehren, Hans G. s, et al, La cedula hypothecaire suisse et la dette fonciere allemande - Etude comparative base d'une future Eurohypothèque, nemačka verzija Der schweizer Schuldbrief und die deutsche Briefgrundschuld - Eine Rechtsvergleich als Basis für eine zukünftige Eurohypothek, Union Internationale du Notariat Latin, Amsterdam, 1988, доступно на интернет адреси: <http://www.uinl.net/DOCUMENTOS/CAEuropa/Legislatura%201988-2004%20->.
- Weimar, Wilhelm, Die Sicherung von Krediten, 2. Auflage, Köln, Marienburg, 1972.
- Weimar, Wilhelm, Kreditsicherung, Bielefeld, 1978.
- Wenner, Christian, Gleitender und fester Rang der Grundpfandrechte im deutschen, schweizerischen und österreichischen Recht, Dissertation, Frankfurt a. M, 1990.

- Wieling, Hans Josef, Sachenrecht, 5. Auflage, Berlin, Heidelberg, 2007.
- Wilhelm, Jan, Sachenrecht, 2. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 2002; 3. Auflage, de Gruyter Recht, Berlin, 2007.
- Wolf, Ernst, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 3 Auflage, Carl Heymanns, Berlin, 1982.
- Wolf, Manfred, Sachenrecht, 19. Auflage, München, 2003.
- Gaberdiel, Heinz, Gladenbeck, Martin, Kreditsicherung durch Grundschulden, 8. neu bearbeitete Auflage, Berlin, 2008.
- Gaberdiel, Heinz, Kreditsicherung durch Grundschulden, 7 neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 2004.
- Гамс, Андрија са Ђуровић, Љиљаном, Увод у грађанско право, 14. измењено и допуњено издање, Београд, 1991.
- Гамс, Андрија, Основи стварног права, 5. издање, Београд, 1968.
- Gernhuber, Joachim, Bürgerliches Recht, 3 Auflage, München, 1991.
- Güthe, Georg, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, Berlin, 1914.
- Глогинић, Александар, Коментар Закона о хипотеци, Београд, 2007.
- Глогинић, Александар, Начин настанка и врсте хипотеке, Правни живот, бр. 10/2006.
- Gschnitzer, Franz, Österreichisches Sachenrecht, 2. Auflage, Wien, 1985.
- Gsell, Emil, Banken und Bankgeschäfte in der Schweiz, Bern, 1969.
- Guhl, Theo, Die Pfandhaft für Zinse bei Grundpfandforderungen nach dem Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ), 16/1914.
- Guhl, Theo, Ueber das System der festen Pfandstelle, Schweizerische Juristenzeitung (SJZ), 3/1914.
- Guse, Jörg, Grundschuld und Übersicherung, Berlin, 2002.
- Güthe, Georg, Die wirtschaftlichen und rechtlichen Grundlagen des modernen Hypothekenrechts, 1914, Berlin.

Дежман, Аљоша, Земљишни дуг, Правни живот 10/1995.

Dörner, Heinrich, i drugi, BGB, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 2. Auflage, Baden-Baden, 2002.

Ђорђевић, Живомир, Станковић, Владан, Облигационо право - општи део, Београд, 1986.

Ebner, Wolfgang, Balasz, Illa, Grundeigentum und Sicherheiten in Ungarn, vdp/ CEC, Berlin, Wien, 2007.

EEC Commission, The Development of a European Capital Market, Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission, Brussels, 1966, http://ec.europa.eu/economy_finance/emu_history/documentation/chapter1/1966_1130en382deveurocapitm_a.pdf (tzv. Segre Report).

Ehrenzweig, Adolf, Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band I, zweite Hälfte: Das Sachenrecht, 2. Auflage, Wien, 1957.

Eickmann, Dieter, Pinger, Winifried, Westermann Sachenrecht, Band. II - Immobilien-Sachenrecht, 6 Auflage, Heidelberg, 1988.

Ekkehard, Becker-Eberhard, Die Forderungsgebundenheit der Sicherungsrechte, Bielefeld, 1993.

Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Том 1-3, Београд, 1978.

Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank-und Börsenwesen, Band II, 3. Auflage, Frankfurt am Main, 1967/68.

Erwig, Josef, Das Hypothekenrecht am Schweige, Essen, 1955.

European Commission Internal Market and Services DG, Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit, Brussels, 23 May 2006, MARKT/H3/JRD(2006), видети: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-re-tail/docs/home-loans/feedback_gp-en.pdf.

Живковић, Драгослав, Коментар Закона о хипотеци, Београд, 2006.

Живковић, Милош, Акцесорност заложних права на непокретности, Београд, 2010.

Живковић, Милош, О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије, у Зборнику радова „Актуелна питања грађанске кодификације” Ниш, 2008.

Златковић, Т. Упис хипотеке у јавне књиге, Правни живот, бр. 10/1998.

Zahn, Joachim, Grenzen der Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung, Berlin, 1937.

Zusammenstellung der Vernehmlassungen, Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), 2005, доступно на: www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachenrecht.Par.OOO.1.File.tmp/ve-ber.pdf.

Iro, Gert, Bürgerliches Recht, Band IV Sachenrecht, Wien, 2000.

Jackle, Wolfgang, Die Sicherungsgrundschuld bei Störungen des Kreditverhältnisses, Juristenzeitung (JZ), 2/1982.

Jährig, Alfred, Handbuch des Kreditgeschäfts, Wiesbaden, 1973.

Jakoby, Florian, Befriedigung aus dem Grundschulderlös, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 5/2003, 664.

Јанковец, Ивица, Привредно право, 4. издање, Београд, 1999.

Јанковец, Маја, Хипотека као систем обезбеђења потраживања, Правни живот бр. 10/2004.

Jauernig, Othmar, i dr., Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. neubearbeitete Auflage, München, 2007.

Јокић, Стојан, Реализација потраживања обезбеђеног заложним правом - хипотеком из члана 63. став 1. Закона о основама својинско-правних односа, Билтен судске праксе ВСС, 3/2002, 203.

Јокић, Стојан, Коментар закона о хипотеци, Привредни саветник, Београд, 2006.

Josipović, Tatjana, Njemački model refinanciranja hipotekarnih kredita izdavanjem vrijednosnih papira s pokrićem u hipotekarnim tražbinama, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, poseban broj, Zagreb, 2006.

Josipović, Tatjana, Založno pravo na nekretnini, u: Josipović, Tatjana (ur.), Zaštita vjerovnika - stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina, Narodne novine, Zagreb, 2005.

Josipović, Tatjana, Zemljišnoknjižno pravo, Zagreb, 2001.

Juhart, Miha, Tratnik, Matjaž, Vrenčur, Renato, (ur.), Stvarnopravni zakonik s komentarjem, Ljubljana, 2004.

Kalveram-Günther, Bankbetriebslehre, Wiesbaden, 1962.

Kerl, Volkher, Bankaufsichtliche Anforderungen an der Realkredit, 2. Auflage, München, 2002.

Kiesgen, Christof, Ein Binnenmarkt für den Hypothekarkredit - Der Vorschlag zur Einführung einer Eurohypothek unter besonderer Berücksichtigung des Sicherungsvertrages, Köln, 2004.

Kircher, Stephan, Grundpfandrechte in Europa, Berlin, 2004.

Klang, Heinrich, Gschnizer, Franz, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. neubearbeitete Auflage, Band IV, zweiter Halbband, Wien, 1978.

Klauninger, Johannes, Der Widerruf von Sicherungsgeschäften nach deutschem und europäischem Recht, Berlin, 2001.

Клепић, Драган, Хипотека као реално средство обезбеђења тражбине према дужнику, Београд, 2004.

Koch, A., Banken und Bankgeschäfte unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsverhältnisse, Jena, 1931.

Kohlhaas, G. Peter, Sicherung von Forderungen, 13. Auflage, Stuttgart, München, Hannover, 1982.

Константиновић, Михаило, Облигације и уговори - Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1969.

Константиновић, Михаило, Стара 'правна правила' и јединство права, Анали Правног факултета у Београду, 3-4/1982.

Ковачевић-Куштримовић, Радмила, Грађанско право - општи део, Ниш, 1991.

Ковачевић-Куштримовић, Радмила, Уговорна хипотека - Стицање хипотеке, Правни живот, бр.10/1993

Ковачевић-Куштримовић, Радмила, Лазић, Мирослав, Стварно право, 2. издање, Ниш, 2006.

Ковачевић-Куштримовић, Радмила, Лазић, Мирослав, Увод у грађанско право, Ниш, 2008.

Koziol, Helmut, Welser, Rudolf, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I und II, 10 Auflage, Manz, Wien, 1996.

Kramer, Gunter, Grundschuld und Schuldgrund, Ein Beitrag zu der Lehre von den Beziehungen zwischen einer Grundschuld und einem ihrer Bestellung zugrunde liegenden Schuldverhältnisse, Dissertation, Göttingen, 1932.

Krasensky, Hans: Kurzgefaßte Bankgeschichte, Stuttgart, 1968.

Krsmanović, T., Krvavica, M., Sudska praksa iz oblasti stvarnog prava, Beograd, 1999.

Kuntz, Thilo, Angemessenheit weiter formularmäßiger Zweckerklärungen bei Globalbürgschaften, Grundschulden und anderen Sicherungsrechten, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 2/2009.

Larenz, Karl, Allgemeiner Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, 7 Auflage, München, 1989.

Lassen, Tim, Die Hypothek nach Russischem Recht als Kreditsicherungsmittel, Berlin, 2007.

Лазић, Мирослав, Хипотека - нужност њеног реформисања као захтев тржишне привреде, Правни живот, бр. 10/1996.

Лазић, Мирослав, Права реалног обезбеђења, Ниш, 2009.

Лазић, Мирослав, Садржина хипотеке, магистарски рад, Ниш, 1994.

Лазић, Мирослав, Стварна права на сопственој ствари - теоријска конструкција или стварна потреба, Правни живот, бр. 10/2003.

Лазић, Мирослав, Тенденције у развоју реалних права обезбеђења: неакцесорна права обезбеђења и тзв. еурохипотека, Правни живот 11/2009.

Лазић, Мирослав, Ранг стварних права, Правни живот, бр. 10/2002.

Лазић, Мирослав, Правни положај повериоца по Закону о хипотеци, Правни живот, бр. 10/2006.

Leemann, Hans, Über das Inkrafttreten des Systems der festen Pfandstelle und die Anwendung dieses Systems bei Kollision von altem und neuem Recht, u: Schweizerische Juristenzeitung (SJZ) 3/1913.

Лексикон грађанског права, Београд, 1996.

Lopau, Eberhard, Die Rechtstellung des Schuldners bei der Kreditsicherung durch Grundschulden, u: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 50/1972.

Lwowski, Hans-Jürgen, Merkel, Helmut, Kreditsicherheiten, 8. Auflage, Berlin, 2003.

Lwowski, Hans-Jürgen, Scholz, Hellmut, Das Recht der Kreditsicherung, 8. Auflage, Berlin, 2000.

Makowics, Bartosz, (Hrsg), Immobilienerwerb in Mittel-und Osteuropa, Wien, 2009.

Марковић, Лазар, Хипотекарно право, Београд, 1911.

Медић, Душко, Стицање заложног права на некретнинама (хипотеке) Правни живот, бр. 10/2002.

Медић, Душко, Хипотека и остала средства обезбеђења потраживања - стање и правци развоја, Бања Лука, 2005.

Медић, Душко, Хипотека према Нацрту Закона о стварним правима Републике Српске/Федерације БИХ, Правни живот 7-8/2007.

Медић, Душко, Расправе из грађанског и пословног права, Бања Лука, 2007.

Медић, Душко, Стицање хипотеке на основу спосразума пред судом, Правни живот, бр. 10/2005.

Медић, Душко, Заложно право, Бања Лука, 2002.

Medicus, Dieter, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Auflage, Heilderberg, 2002.

Medicus, Dieter, Schuldrecht I: Allgemeiner Teil, 13. Auflage, München, 2002.

Megrah, Maurice, Pagets Law of Banking, London, 1966.

Meznerics, Ivan, Law of Banking in Ist-West Trade, Budapest, 1973.

Meyer, Andre, Die Regelung der Sicherungsgrundschuld in § 1192 Abs. 1 a BGB - ein nicht durchdachter Schnellschuss des Gesetzgebers, Wertpapier Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankenrecht (WM), 2/2010.

Mihelčić, Gabrijela, Hipoteka i upis hipoteke u zemljišne knjige, у: Bankovni i finansijski ugovori, (urednik: Slakoper, Zvonimir) Rijeka, 2007.

Mihelčić, Gabrijela, Nekretnina kao sredstvo osiguranja tražbine prijenosom prava vlasništva, у: Bankovni i finansijski ugovori, (urednik: Slakoper, Zvonimir) Rijeka, 2007.

Милановић, Славица, Примена Закона о хипотеци, Правни живот, бр. 10/2006.

Милетић, Славица, Хипотекарни кредити и хипотекарне хартије у развијеним земљама и земљама у транзицији, Београд, 2004.

Милошевић, Мирослав, Римско право, 3. издање, Београд, 2008.

Mincke, Wolfgang, Die Akzessorität des Pfandrechts, Berlin, 1987.

Mortgage credit in the European community [ed. by] European Community Mortgage Federation, Brussels, 1987.

Mühl, Dorothee u: Walther Hadding, Schneider Uwe H. (ur.), Recht der Kreditsicherheiten in den Vereinigten Staaten von Amerika, Teil II: Immobiliarsicherheiten und persönlichen Sicherheiten, Berlin, 1985.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Teilband I, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München, 2006.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 5. Auflage, München, 2009.

Nacrt izmena ZGB od 27. јuna 2007. (регистровано писмо о дугу и даље измене стварног права), ВВl 2007, 5347 и даље, објављен на <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2007/5347.pdf>.

Nasarre-Aznar, Sergio, Eurohypothes & EurotrusU ZERP Diskussionspapier 7/2008, Bremen, 2008, доступно на http://www.zerp.uni-bremen.de/deutsch/pdf dp7_2008.pdf.

Nasarre-Aznar, Sergio, Looking for a model for a Eurohypothes, European University Institute, Firenze, 2004, доступно на интернет адреси: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypothes.pdf>.

Neef, Andreas, Zur Eintragungsfähigkeit sicherungsvertraglicher Einreden bei der Grundschuld, Dissertation, Marburg, 2003.

Obst/Hintner, Otto: Geld -, Bank-, und Börsenwesen, 36. vollständig neu bearbeitete Auflage, Stuttgart, 1967.

Oertmann, Paul, Recht der Schulverhältnisse, Kommentar, 2. Abteilung, 5. Auflage, Berlin 1929.

Quandt, K. Friedrich, Die schlichte Sicherungshypothek nach Deutschem Reichrecht, Berlin, 1904.

Oftinger, Karl, Rolf Bar, Rolf, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV Band: Das Sachenrecht, Abteilung 2/c, Die beschränkten dinglichen Rechte, Dreiundzwanzigster Titel: Das Farnispfand, Schulthess, Ziirich, 1981.

Орлић, Миодраг, Нацрт Закона о хипотеци, Правни живот, бр. 10/2002.

Palandt i dr., Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auflage, München, 2008.

Париводић, Милан, Предговор, у: Закон о хипотеци, Београд, 2006.

Pawlowski, Hans-Martin Allgemeiner Teil des BGB, 2. Auflage, Heildelberg, 1983.

Перовић, Слободан (гл. ур.), Коментар Закона о облигационим односима, књига, Београд, 1995.

Перовић, Слободан, Облигационо право - књига прва, 5. издање, Београд, II 1981.

Петровић, Милан, Хипотекарни и ломбардни кредити у новим условима, ЈИК банка Београд, 1990.

Петровић, Здравко, Козар Владимир, Средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди, Београд, 2009.

Pfleiderer, Tilmann, Schmutz, Alain, Einführung in das französische Immobilienrecht, München, 2003.

Pfau, Juliane, Hypothekenpfandbriefe und Mortgage-backed securities in Vergleich unter Berücksichtigung des Bedarfes an selbst bewohntem Eigentum, Hamburg, 2002.

Планојевић, Нина, Право страног правног лица на хипотеку, Правни живот, бр. 10/2006.

Попов, Даница, Грађанско право - општи део, 4. четврто измењено и допуњено издање, Београд, 2005.

Pottschmidt, Günter, Rohr, Ulrich, Kreditsicherungsrecht, Band IV, 2. Auflage, Bonn, 1976.

Povlakić, Meliha, Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu, doktorska disertacija, Sarajevo, 2001.

Povlakić, Meliha, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009.

Povlakić, Meliha, Zemljišni dug u usporednom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1, Rijeka, 2005.

Познић, Боровоје, Грађанско процесно право, 8. издање, Београд, 1982.

Правна енциклопедија, Том 1 и 2, Београд, 1985.

Prütting, Hans, Wegen, Gerhard, Weinreich, Gerd (ur.), BGB Kommentar, 4. Auflage, Luchterhand, Köln, 2009.

Rabel, Hans, Rechtsfragen zur Kreditsicherungsgrundschuld, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 34/1953,1248.

Радишић, Јаков, Облигационо право - општи део, 4. издање, Београд, 1990.

Радованов, Александар, Начелни ставови Савезног суда, Врховних судова и Врховног војног суда, Правна схватања Врховног суда Србије, Право, Нови Сад, 2000.

Raiser, Otto Ludwig, Sachenrecht, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1957.

Рашовић, Зоран Р, Стварно право, 3. издање, Подгорица, 2008.

Rauch, Wolfgang, Zimmermann, Steffen, Grundschuld und Hypothek, Der Realkredit in der Bankenpraxis, 2. Auflage, München, 1998.

Redeker, Philipp, Renaissance der Hypothek durch Abschaffung des gutgläubigen einredefreien Erwerbs bei der Grundschuld, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 5/2009, 208.

Reinicke, Dietrich, Tiedtke, Klaus, Kreditsicherung, 5. Auflage, Neuwied, 2006.

Reithmann, Christoph, Die Grundpfandrechte in der Rechtswirklichkeit, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 15/1977.

Reithmann, Christoph, Die Grundschuld in Recht und Praxis, Neue Juristische Wochenschrift (.NJW), 20/1970.

Rey, Heinz, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band I: Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3. Auflage, Bern, 2007.

Riemer, Hans Michael, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, 2. Auflage, Bern, 2000.

Rimmelspacher, Bruno, Kreditsicherungsrecht, 2. Auflage, München, 1987.

Ристић, Вукашин, Стварна права на туђим стварима - хипотека, Правни живот, бр. 10/2003.

Röver, Jan-Hendrik, Vergleichende Prinzipien dinglicher Sicherheiten, München, 1999.

Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Band, 3 Auflage, Wien, 2000.

Rummel, Peter (Hrsg.), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 3 Auflage, Wien, 2002.

Seckelmann, Helmut, Die Grundschuld als Sicherungsmittel, Berlin, 1963.

Simonetti, Petar, Prava na nekretninama, Rijeka, 2009.

Simonetti, Petar, Hipoteka (objekat, obujam, sticanje), Zakonitost, br. 9-10/1990.

Simonijs, Pascal, Sutter, Thomas, Schweizerisches Immobiliarsachenrecht, Band II: Die beschränkten dinglichen Rechte, Basel, 1990.

Slakoper, Zvonimir, Ugovor o zajmu, y: Bankovni i financijski ugovori, (urednik: Slakoper, Zvonimir) Rijeka, 2007.

Slakoper, Zvonimir, Ugovori o kreditu u Zakonu o obveznim odnosima, y: Bankovni i financijski ugovori, (urednik: Slakoper, Zvonimir) Rijeka, 2007.

Stessl, Michaela, Real Property Rights in the Slovak Republic, vdp/MJE/CLC, Berlin, 2008.

Steven, Christine, Immobiliarsicherheiten in englischen und deutschen Recht, Frankfurt a. M., 2002.

Solmecke, Katrin, Die Haftung für den Rückgewähranspruch bei der Sicherungsgrundschuld, Bonn, 1996.

Станимировић, Војислав, Обезбеђења извршења уговора у архаичним и старим правима магистарски рад, Београд, 1993.

Станковић, Г. Заснивање заложног права на непокретности у поступку обезбеђења, Правни живот, бр. 11-12/1991.

Станковић, Обрен (приређивач), Стварно право и стамбено право у пракси, Београд, 1972.

Станковић, Обрен, Орлић, Миодраг, Стварно право, 6. издање, Београд, 1993.

Станковић, Обрен, Водинелић, Владимир, Увод у грађанско право, 3. измењено и допуњено издање, Београд, 1996.

Станојевић, Обрад, Римско право, 6. издање, Београд, 1993.

Стојановић, Драгољуб, Антић, Оливер, Увод у грађанско право, 2. измењено и допуњено издање, Београд, 2004.

Стојановић, Драгољуб, Павићевић, Божидар, Право обезбеђења кредита, Београд, 1997.

Стојановић, Драгољуб, Поп-Георгијев, Димитар, Коментар Закона о својинскоправним односима, 3. издање, Београд, 1986.

Стојановић, Драгољуб, Уговорна хипотека у француском и немачком праву, Правни живот, бр. 11-12/1991.

Стојановић, Драгољуб, Стварно право, 9. издање, Крагујевац, 1998.

Suchsland, Olaf, Die zwecksmässige Regelung von Grundpfandrechten und Darlehen in Grundstückskaufverträgen, Köln, 2003.

Stauffer, Peter-Emsch Urs: Das schweizerische Bankgeschäft, Thun, 1972.

Stocker, Otmar, Die Eurohypothek, Berlin, 1992.

Stocker, Otmar, Die Eurohypothek, u: Jahresheft der Internationalen Juristenvereinigung Osnabrück (IJVO) 14/2007.

Schäfer, Karl-Josef, Bankkontokorrent und Bürgschaft, Köln, 1971.

Schleiffer, Guido, Verfassungsrechtliche Aspekte der Sparererschutzzvorschriften im Rahmen der Realkreditreform, Köln, 1973.

Schapp, Jan, Sachenrecht, 2. Auflage, München, 1995.

Schapp, Jan, Zum Wesen des Grundpfandrechts, Giessen, 1990.

Schinnerer, Erich, Bankverträge, II Teil, Wien, 1958.

Schleiffer, Guido, Verfassungsrechtliche Aspekte der Sparererschützungsregeln im Rahmen der Realkreditreform, Köln, 1973.

Schmid, Cristoph U., Hertel, Christian Real Property Law and Procedure in the European Union, General Report, European University Institute, Florence, 2005, доступно на адреси <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>.

Schmid, Jorg, Hurlimann, Bertina, Sachenrecht, 3. Auflage, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2009.

Schmid-Tschirren, Christina, Der Register-Schuldbrief: Neues Instrument für die Banken, y: Susan Emmenegger (ur.), Kreditsicherheiten, Basel, 2008.

Schneidler, Michael, Hypothek und Grundschuld als Sicherungsmittel im Rahmen des organisierten Realkredits, Versicherungswirtschaft (VersW), 6/1970.

Schobi, Christian, Die Akzessorität der Nebenrechte von Forderungen, Zürich, 1990.

Schönle, Herbert, Bank-und Börsenrecht, München, 1971.

Schulze, Reiner, Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Auflage, Baden - Baden, 2007.

Schwab, Ulrich Das Recht der Hypothekenzinsen und der sonstigen Nebenleistungen einer Hypothek, Dissertation, Tübingen, 1968.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Register-Schuldbrief und weitere Änderungen im Sachenrecht), Änderung vom 11. Dezember 2009 u BBl 2009, 8779, доступно на <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2009/8779.pdf>.

Teichmann, Horst, Wegfall der Eigentümergrundschuld oder Lösungsanspruch als gesetzlicher Inhalt der Hypothek, Köln, 1968.

Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Bericht zum Vorentwurf, Vernehmlassungsvorlage, März 2004, <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachenrecht.Par.0005.File.tmp/vn-veber-d.pdf>.

Teilrevision des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Immobiliarsachen- und Grundbuchrecht), Ergebnis der Vernehmlassung, <http://www.ejpd.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/immobiliarsachenrecht.Par.0002.File tmp/veres-d.pdf>.

Тешић, Ненад, Фидуцијарни пренос својине као средство обезбеђења, Правни живот, бр. 10/2002.

Тешић, Ненад, Регистрована залога, Београд, 2007.

The Integration of EU Mortgage Credit Markets, Report by the Forum Group on Mortgage Credit, European Commission, European Communities 2004, доступно на интернет адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf.

Точанац, Б. Хипотека, Избор судске праксе, бр. 7-8/1993.

Точанац, Б. Хипотека -Услови и начин конституисања, Правни живот, бр. 5-6/1993.

Тодоровић, Неда, Хипотекарна секуритизација, Правни живот бр. 10/2005.

Tuor, Peter, Schnyder, Bernhard, Schmid, Jorg, Rumo-Jungo, Alexandra, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Schulthess, Zürich, 2002; 13 Aufl, Schulthess, Zürich, 2009.

Falter, Manuel, Die Praxis des Kreditgeschäfts, Stuttgart, 1971.

Feil, Erich, Österreichisches Hypothekarrecht, Prugg, Eisenstadt, 1975.

Fikentscher, Wolfgang, Schuldrecht, 6. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin, 1976.

Fornasier, Mateo, Europäisches Kreditsicherungsrecht - Tagung zu Ehren von Ulrich Drobnig aus Anlass seines 80. Geburtstages, 12. 12. 2008, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP), 2/2009.

Friedrich, Rüdiger, Die Eintragungsfähigkeit der bei der Bestellung einer Grundschuld vereinbarten Sicherungsabrede, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 36/1968, 1655.

Haas, Michael J.H., Materielle rechtliche Einreden gegen die Sicherungsgrundschuld und ihre Drittwirkung bei rechtsgeschäftlichem Grundschuldübergang, Dissertation, Frankfurt a. M. 1992.

Habersack, Mathias, Die Akzessorität - Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrecht, Juristen Zeitung (JZ) 18/1997.

Hagelberg, Ernst, Entwicklung und Probleme der neueren Hypothekenpraxis, Tübingen, 1926.

Hagenmüller, Karl, Der Bankbetrieb, Band II 3. Auflage, Wiesbaden, 1970.

Hager, Johannes, Ablösung der Grundpfandrechten und redlicher Erwerb, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP), 4/1997.

Hahn, Oswald, Bankbetriebslehre, Stuttgart-Düsseldorf, 1967.

Heck, Philipp, Grundriss des Sachenrechts, Tübingen, 1930.

Henseler, Karl Heinrich, Abtretung vorrangiger Grundschulden, Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 5-6/1966.

Hermann, Herold, Das Kreditgeschäft der Banken, 15. Auflage, Hamburg, 1964.

Хибер, Драгор (уред.) „Основи грађанског права“, у: Специјалистичке последипломске студије за кадрове Републичке управе јавних прихода, књига III, Београд, 1994. стр. 80-146.

Hofmann, Carsten, Mortgage und Charge, Gestaltungsmöglichkeiten im englischen Kreditsicherungsrecht, Berlin, 2002.

Hofmann, Walter: Handbuch des gesamten Kreditwesens, Frankfurt am Main, 1965.

Honsell, Heinrich, Vogt, Nedim Peter, Geiser, Thomas Basler, Kommentar zum schweizerischem Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2003; 3. Auflage 2007.

Huber, Eugen, Betrachtungen über die Vereinheitlichung und Reform des Schweizerischen Grundpfandrechtes, Basel, 1898.

Huber, Eugen, Die Sicherungsgrundschuld, Band XV, Heidelberg, 1965.

Huber, Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechtes, Band III, 1889., Band IV, Basel, 1893.

Hübner, Heinz, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, Walter de Gruyter, Berlin, 1985.

Hurni, Christoph, Markus Reber (red.), Materialien zum Zivilgesetzbuch, Band II: Die Erläuterungen von Eugen Huber, Text des Vorentwurfes von 1900, Stampfli Verlag, Bern, 2007.

Canaris, Claus Wilhelm, Bankvertragsrecht y: Staub, Hermann, Handelsgesetzbuch, Großkommentar, dritter Band, 3. Teil, 2. Bearbeitung, Berlin New York, 1981,

Царић, Славко, Банкарски послови и хартије од вредности, 6. издање, Нови Сад, 2000.

Cigoj, Stojan, Obligacijska razmerja - Zakon o obligacijskih razmerjih s komentarjem, Ljubljana, 1978.

Clemente, Clemens, Die Sicherungsgrundschild in der Bankpraxis, Köln, 1985.

Clemente, Clemens, Die Sicherungsabrede der Sicherungsgrundschild - eine Bestandaufnahme, u: Zeitschrift fiir Wirtschaftsrecht (ZIP), 15/1990.

Clemente, Clemens, Die Zweckerklärung der Sicherungsgrundschild in der Bankpraxis - eine kritische Bestandaufnahme, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 1-2/1983.

Clemente, Clemens, Recht der Sicherungsgrundschild, 4. Auflage, Köln, 2008.

Clemente, Clemens, Recht der Sicherungsgrundschild, 4. neu bearbeitete Auflage, Köln, 2008.

Commission of the European Communities, Green Paper Mortgage Credit in the EUi Com(2005) 327 Final, dostupno na internet adresi: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/Lex-UriServ.do?uri=COM:2005:0327:FIN:EN:PDF>.

Commission of the European Communities, White Paper on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, Com(2007) 807 Final, доступно на интернет адреси: http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/com_2007_807_en.pdf.

Чолић, Б: Право залоге на непокретностима, Правни живот, бр. 12/1987.

Čulinović-Herc, Edita, Ugovorno osiguranje tražbine zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika, Rijeka, 1998.

Čulinović-Herc, Edita, Zalaganje pokretnih stvari određenih po rodu prema Zakonu o upisniku sudskih i javnobilježničkih osiguranja tražbina vjerovnika na pokretnim stvarima i pravima, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, (2006).

Шаркић, Небојша, Николић, Младен, Коментар Закона о извршном поступку, Београд, 2006.

Шогоров, Стеван: Банкарска гаранција, Београд, 1985.

Шогоров, Стеван: Банкарско право, треће измењено и допуњено издање, Београд, 2009.

Шогоров, Стеван. Арсић, Зоран, Уговори трговинског права, Нови Сад, 2011.

БИОГРАФИЈА

Мр Јелена Шогоров Вучковић је рођена 28.07.1975. године у Новом Саду. Завршила је Карловачку гимназију - смер класичне филологије и Средњу музичку школу "Исидор Бајић" - одсек клавир, обе са одличним успехом. На Академији уметности у Новом Саду, музички одсек, дипломирала 2000.г, са општом просечном оценом 9,18. Основне (осмосеместралне) студије завршила на Правном факултету у Новом Саду јуна 2003.г са општом просечном оценом 9,46. Специјалистичке студије "Deutsche Rechtsschule zum deutschen und europäischen Zivil - und Wirtschaftsrecht" (Школа немачког и европског грађанског и привредног права), у трајању од два семестра, похађала и завршила школске 2002/2003. године. Након тога, директно наставља (као студент са оствареним најбољим резултатима на писменим испитима) последипломске студије на Правном факултету Универзитета у Минстеру (СР Немачка). После завршетка другог семестра магистарских студија, успешно одбранила магистарски рад са темом "Die Einpersonen-Gesellschaft im europäischen, deutschen und serbischen Recht" (Једноперсонално друштво у европском, немачком и српском праву). Нострификовала је магистарску диплому 2006. године на Правном факултету Универзитета Унион у Београду.

Активно се користи немачким и енглеским језиком, а пасивно старогрчким и латинским.

Као асистент ради на Факултету за европске правно-политичке студије у Новом Саду, Универзитет Сингидунум, Београд и на Факултету пословне економије, Универзитет ЕДУЦОНС Сремска Каменица. У периоду 2005-2008. изводила је везбе на Правном Факултету, Универзитет Унион, Београд.

Објавила више научних и стручних радова.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписана Јелена Шогоров Вучковић

број индекса _____ / _____

Изјављујем

да је докторска дисертација под насловом

УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 14.05.2012. године



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора Јелена Шогоров Вучковић

Број индекса _____ / _____

Студијски програм _____ / _____

Наслов рада УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

Ментор Проф. др Мирко Васиљевић, академик

Потписана Јелена Шогоров Вучковић

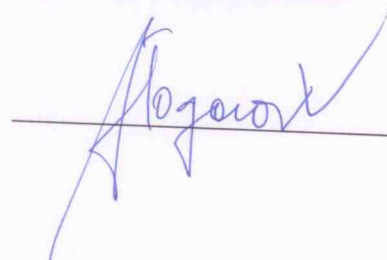
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предала за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

У Београду, 14.05.2012. године

Потпис докторанда



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

УГОВОР О ХИПОТЕКАРНОМ КРЕДИТУ

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предала сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

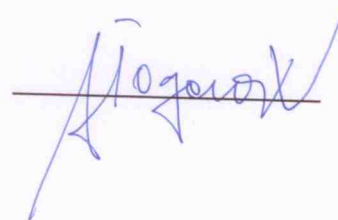
Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучила.

1. Ауторство
2. Ауторство - некомерцијално
3. Ауторство – некомерцијално – без прераде
4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима
5. Ауторство – без прераде
6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

У Београду, 14.12.2012. године

Потпис докторанда



1. Ауторство - Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.