

HIPOTEKA PREMA ZAKONU O STVARNIM PRAVIM REPUBLIKE SRPSKE

Dr Duško Medić*

Rezime

Hipoteka, koja je među svim oblicima založnog prava do sada bila najsavršenija, sa razvojem tržišne privrede nesumnjivo sve više dobija na značaju. Dosadašnja regulativa u pogledu ovog instituta nije bila adekvatna, jer je sadržavala samo načelne, lapidarne odredbe. Zbog toga je hipoteci u Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske posvećena posebna pažnja. U radu se analiziraju bitne novine koje u ovom pogledu predviđa pomenuti zakon.

Ključne riječi: hipoteka, nedjeljivost hipoteke, raspolaganje nezbrisanom hipotekom, zabilježba prvenstvenog reda, amortizacija hipoteke, ugovor o hipoteci.

1. Uvod

Založno pravo je stvarno pravo na tuđem objektu, a hipoteka je založno pravo na nekretnini.¹

Mi nemamo svoju riječ za hipoteku, pa koristimo ovu riječ grčkog porijekla, koja je nastala od riječi pod i staviti, što znači podstaviti odnosno opteretiti, čiji je zajednički smisao “staviti stvar pod nečiju vlast.”² Ovim pravom se može osigurati samo novčano potraživanje,³ za

* Sudija Ustavnog suda Republike Srpske

¹ T. Tumbri, *Založno pravo*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 1-2/81, str.137.

² Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru je za hipoteku upotrebljavao riječ zastava, ali ovaj termin nikada nije bio u široj upotrebi. U slovenačkom jeziku se riječ zastava upotrebljava za označavanje založnog prava uopšte. Srpski građanski zakonik hipoteku naziva i baštinskom ili miljačkom zalogom, a nastajala je upisom duga, odnosno pismene isprave o dugu u sudske knjige - ubaštinjenje (intabulacija) – v. Đ. Pavlović, *Baštinske knjige*, spis objavljen u knjizi *Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji*, Beograd, 1868; Ž. Perić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1922, str. 209; O. Stanojević, *Rimsko pravo*, Beograd, 1992, str. 206.

razliku od ostalih založnih prava kojima se može osigurati svaka tražbina.⁴

Hipoteka je stari institut građanskog prava koji predstavlja tekovinu civilizacije ljudskog društva. Ona je zahvaljujući stalnom prilagođavanju postala najrazvijeniji oblik založnog prava⁵ koji je do današnjih dana ne samo zadržao, nego i povećao svoj značaj. Svrha hipoteke je da osigura, ali i omogući izvršenje obaveze iz obligacionog odnosa koju dužnik nije dobrovoljno ispunio. Njeno postojanje vrši psihološki pritisak na dužnika, a ukoliko to ne bi imalo efekta, hipotekarni povjerilac se može namiriti iz vrijednosti založene nekretnine.

Hipoteka se odnosi na određeno potraživanje i određenu nekretninu, promjena vlasnika opterećene nekretnine nije pravno relevantna,⁶ a povjerilac je ovlašćen na način određen zakonom da traži namirenje svog potraživanja iz vrijednosti te nekretnine prije povjerilaca koji na njoj nemaju hipoteku, kao i prije povjerilaca koji su hipoteku stekli poslije njega, uključivši i stečajni postupak.^{7 8}

Savremeno hipotekarno pravo nastaje u XVIII i XIX vijeku kao produkt razvoja založnog prava u različitim sistemima prava, a težnja je bila da se stvori takav oblik obezbjeđenja koji će maksimalno osigurati

Termin hipoteka se koristi i u uporednom pravu (njemačkom, francuskom i italijanskom), a u engleskom pravu se koristi naziv "mortgage".

³ Po nekim pravima - npr. Švajcarski građanski zakonik, član 794, dovoljno je da se potraživanje može izraziti u novcu. Mišljenja smo da se može prihvatiti stav da je neophodno da potraživanje tek u fazi utvrđenja njegovog postojanja i dospelosti dobije novčani izraz. Slično i: M. Lazić, Sadržina hipoteke, magistarska teza, Niš, 1994, str. 49.

⁴ Vidi: D. Medić, *Založno pravo na nepokretnim stvarima (hipoteka)*, Glasnik pravde, br. 6/00, str. 88; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja* (I dio), Pravni savjetnik, br. 5/01, str. 17; Š. Erak, *Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja* (II dio), Pravni savjetnik, br. 6/01, str. 29; B. Čolić, *Pravo zaloge na nepokretnostima*, Pravni život, br. 12/87, str.1489; B. Točanac, *Hipoteka*, Izbor sudske prakse, br. 7-8/93, str. 24; M. Lazić, *Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede*, Pravni život, br. 10/96, str. 145.; D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja* (doktorska disertacija), Novi Sad, 2004; D. Klepić, *Hipoteka kao realno sredstvo obezbeđenja tražbine prema dužniku* (doktorska disertacija), Kragujevac, 2000.

⁵ Hipoteka osigurava potraživanje povjerioca, a dužnika ne lišava posjeda i mogućnosti korišćenja založene stvari. Vidi: M. Jankovec, *Hipoteka kao sistem obezbeđivanja potraživanja*, Pravni život, br. 10/04, str. 239.

⁶ M. Žuvela, *Zakon o osnovnim vlasničkopravnim odnosima*, Zagreb, 1987, str. 322,

⁷ ZOSPO, član 63 st. 1.

⁸ Ova odredba pretenduje da izrazi bitno ovlaštenje založnog povjerioca pravo namirenja i koncipirana je tako kao da se radi o obligacionopravnom ovlaštenju tražiti namirenje, a ne stvarnopravnom ovlaštenju namiriti se. Zbog toga u pogledu ovoga postoje primjedbe – v. T. Tumbri, op.cit., str. 137-138.

pravni položaj povjerioca, a što manje otežati faktički položaj dužnika do momenta realizacije zaloge.

U socijalizmu gotovo marginalizovana,⁹ hipoteka danas ponovo postaje veoma interesantna i doživljava svoju punu afirmaciju, kao najsigurniji instrument stvarnopravnog obezbjeđenja i ostvarivanja finansijske discipline. Za njen dalji razvoj i modernizovanje neophodno je što prije završiti svojinsku transformaciju kako bi se definisali titulari prava na nekretninama sa klasičnim svojinskopравnim ovlaštenjima, zatim ažurirati javne knjige koje vode evidenciju prava u pogledu nekretnina i uskladiti ih sa stvarnim stanjem¹⁰, te ustanoviti brz i efikasan postupak za njenu realizaciju. Restrukturisanje stvarnih prava posebno zahtijeva reformu hipotekarnog prava kao "poluge" razvoja kreditnih odnosa u društvu, koji su osnovna pretpostavka poboljšanja standarda građana i oživljavanja privredne aktivnosti.¹¹

Pošto je regulative hipoteke kod nas ranije sadržavala samo načelne, lapidarne odredbe, očito je da ona nije bila adekvatna i da nije mogla da odgovori zahtjevima moderne tržišne privrede.¹² U Republici Srpskoj u oblasti hipotekarnog zalaganja su postojale određene novine, koje su bile posljedica izmjene drugih propisa, a ne materijalnog hipotekarnog

⁹ Ovo zbog toga što je kod postojanja "društvene", dakle, ničije svojine zalaganje društvenog vlasništva drugom pravnom subjektu koji je, takođe, u društvenom vlasništvu bilo gotovo bez smisla. Hipoteka logično nije mogla doći do izražaja u uslovima nesvojinskog koncepta društvene svojine, ograničavanja privatne svojine i napuštanja tržišnih zakonitosti privrede i kredita – v. M. Lazić, *Sadržina hipoteke...* str. 2. U tim uslovima eliminisane su tekovine pravne civilizacije i pravo je u ovoj oblasti bilo pretvoreno u neku vrstu svoje suprotnosti.

Tokom osamdesetih godina prošlog vijeka počinje veće zanimanje za instrumente obezbjeđenja, pa se pojavljuju radovi koji pored ostalih instrumenata razmatraju i hipoteku – v. Z. Antonijević, M. Petrović i B. Pavićević, *Bankarsko pravo*, Beograd, 1982.

Vidi i R. Bijorac i P. Knežević, *Pravo u postupku realizacije realnih instrumenata obezbeđenja*, *Pravni život*, br. 11/1998, str. 32.

¹⁰ O tome: S. Dimitrijević, *Evidencije nekretnina i upisa založnih prava – preduslovi hipotekarnog kreditiranja*, *Finrar*, br. 8/04, str. 64.

Ustrojavanje efikasne i ažurne evidencije nepokretnosti i prava na nepokretnosti, kakvu čini sistem zemljišnih knjiga, predstavlja i garanciju svojine. Šire: M. Orlić, *Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga*, *Pravni život*, br. 12/00, str. 5 i M. Muslić, *Zemljišne knjige i njihovo mjesto u pravosudnom sistemu*, *Pravni savjetnik*, br. 9/01, str. 59.

¹¹ Vidjeti Poruke 16. susreta pravника Kopaoničke škole prirodnog prava održanog od 13-17.12.2003. koje su objavljene u Završnom dokumentu na str. 79.

¹² O problemima zalaganja nekretnina u BiH opširno: M. Povlakić, *Neki aktuelni problemi zalaganja nekretnina u entitetima BiH*, *Pravna riječ*, br. 8/06, str. 215.

prava.¹³ Tako je donesen novi propis o javnim registrima nekretnina,¹⁴ a reformisan je i izvršni postupak u cilju jednostavnije realizacije hipoteke.¹⁵ Pošto je u praksi počela implementacija zakona o notarima,¹⁶ postoji mogućnost izvršenja na osnovu izvršne notarske obrađene isprave, a to svakako treba da poboljša položaj hipotekarnih povjerilaca. Kod postojećeg stanja stvari neophodno je bilo izvršiti temeljitu reformu i materijalnog hipotekarnog prava, kako bi sve prednosti ovog instituta u odnosu na ostala sredstva obezbjeđenja došle do punog izražaja.¹⁷ Republika Srpska je nedavno donijela Zakon o stvarnim pravima (u daljem tekstu Zakon)¹⁸ i ovaj rad analizira bitne novine koje on u ovom pogledu predviđa.

2. Novine u pogledu hipoteke prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske

2.1. Sistematika

U Republici Srpskoj u pogledu hipoteke ranije su se primjenjivale odredbe Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO),¹⁹ a za založno pravo na pokretnim stvarima i zalaganje potraživanja i drugih prava Zakon o obligacionim odnosima (ZOO).²⁰ Oba zakona

¹³ Slična situacija je i u Federaciji BiH, a izuzetak je Brčko Distrikt BiH koji je donošenjem Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH br. 11/01, 8/03) reformisao stvarno pravo po ugledu na hrvatsko pravo.

¹⁴ Zakon o zemljišnim knjigama (Službeni glasnik RS br. 74/02) .

¹⁵ Zakon o izvršnom postupku (Službeni glasnik RS br. 59/03 i 85/03).

¹⁶ Zakon o notarima (Službeni glasnik RS br. 86/04)).

¹⁷ Komparacije radi, većina zemalja nastalih disolucijom SFRJ već je na nov način uredila hipotekarno pravo. Republika Hrvatska je to uradila 1996.godine, Republika Makedonija 2000.godine, Republika Slovenija 2002.godine, Republika Crna Gora 2004.godine, a Republika Srbija 2005.godine. Neke od njih su to učinile u okviru reforme stvarnog prava (Republika Hrvatska i Republika Slovenija), dok su neke donijele posebne zakone o hipoteci (Republika Makedonija, Republika Crna Gora i Republika Srbija).

¹⁸ Objavljen u Službenom glasniku RS br. 124/08, stupio na snagu 4.1.2009. godine, a počeo se primjenjivati 1.7.2009. godine.

¹⁹ Članovi 63-69.

Primjera radi, Njemački građanski zakonik (BGB) samo ekstenzivnosti hipoteke posvećuje čak 12 paragrafa (1120-1131).

²⁰ Članovi 966-996.

poticala su iz bivše SFRJ.²¹ Slična situacija je i u Federaciji Bosne i Hercegovine, s tim što je ovdje donesen Zakon o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima,²² ali između ovog zakona i ZOSPO-a nema suštinskih razlika. Priroda založnog prava kao jedinstvenog instituta sa mješovitim elementima svakako nameće potrebu za njegovim uređenjem na jednom mjestu, što je u svakom slučaju racionalnije i cjelishodnije. Postojanje više zakona u regulativi ovog instituta ukazuje na stihijnost u njegovoj dosadašnjoj razradi. Zbog toga je dobro rješenje da Zakon u cjelosti uređuje založno pravo,²³ jer je ono po svojoj pravnoj prirodi upravo stvarno pravo, mada je, kao što smo vidjeli, do sada bilo normativno razdvojeno.

Međutim, smatramo da je u Zakonu, zbog specifičnih karakteristika i razlika ipak trebalo odvojiti hipoteku od založnog prava na pokretnim stvarima i na potraživanjima i drugim pravima i da bi takvo normiranje sigurno bilo preglednije i jasnije, te smanjilo mogućnost eventualnih dilema.

Inače, mišljenja smo da bi najbolje rješenje u oblasti građanskog prava bilo donošenje Građanskog zakonika, što bi nesumnjivo bio značajan korak ka uspostavljanju pravne sigurnosti na ovim prostorima. Ovakav zakonik ne predstavlja samo skup posebnih zakona, već harmoničnu cjelinu gdje se sistematizuju i pojedini propisi u pogledu istog pravnog odnosa i njegovo postojanje je svakako odraz pravne kulture određenog naroda. Zato se rad na izradi tog zakonika ukazuje kao potreba.

2.2. Izuzetak od načela nedjeljivosti

Založno pravo je po svojoj prirodi nedjeljivo.²⁴ Ovo načelo podrazumijeva da zalog (predmet) osigurava cijelo obezbijedeno potraživanje,²⁵ a da čitava založena stvar sa svim njenim sastavnim dijelovima i

²¹ O regulisanju založnog prava u bivšoj SFRJ v. B. Vizner, Komentar Zakona o osnovnim vlasničko-pravnim odnosima, Zagreb, 1980, str. 403.

²² Službene novine Federacije BiH br. 6/98.

²³ Članovi 139-185.

²⁴ Mada neki autori smatraju da nedjeljivost zaloge ne izvire iz same suštine založnog prava, kao što nedjeljivost privatne svojine izvire iz same suštine te svojine – v. A. Gams, Osnovi stvarnog prava, Beograd, 1980, str. 139.

²⁵ Pored potraživanja u cjelini, obezbjeđuju se i kamate i druga sporedna potraživanja, kao i troškovi prinudne naplate.

pripacima osigurava tražbinu povjerioca.²⁶ To se primjenjuje i na ručnu zalogu i na hipoteku. Po ovom načelu pravo zalogu ne prestaje sve dok njime osigurano potraživanje ne bude u cjelosti namireno.²⁷

Zbog toga dužnik nema pravo da zahtijeva ni vraćanje cijele založene stvari ni vraćanje njenog dijela u situaciji kada je isplatio samo dio duga, što je sasvim razumljivo ako je u zalogu data nedjeljiva stvar, pa bi vraćanje njenog dijela značajno umanjilo vrijednost dijela koji je preostao. Jasno je da se kod djelimične isplate ne može zahtijevati povraćaj čitavog založenog objekta niti nekog njegovog dijela ako to nije fizički moguće, a zaloga odgovara i za proširenje potraživanja koje nastaje zbog kamata usljed docnje u isplati ugovorenih kamata i troškova naplate tražbine. Ukoliko dođe do diobe založene stvari, ovo pravo postoji i dalje opterećujući sve njene dijelove.²⁸

Međutim, u nekim modernim građanskim zakonicima, a i u pravnoj teoriji, zauzeti su stavovi po kojima načelo nedjeljivosti ne treba tretirati tako strogo i kruto, jer dosljedna primjena dovodi i do apsurdnosti.²⁹

Po našem mišljenju načelo nedjeljivosti je u suštini opravdano i njegova svrha je da utiče na dužnika da u cjelosti ispuni svoju obavezu. Ali, isto tako, podržavamo stav da ono ne treba da bude pretjerano i da bi sud trebao da uvaži zahtjev dužnika za povraćaj dijela stvari ili jedne od založenih stvari, kad god je to fizički moguće, u slučaju da taj dio ili preostala stvar predstavljaju dovoljno obezbjeđenje za povjerioca (ovakvo rješenje je već prihvaćeno kao izuzetak u slučaju kada je u zalogu data izvjesna suma novca).³⁰ Naime, iako je nedjeljivost ustanovljena prevashodno radi oču-

²⁶ Nema razloga da se založno pravo ne uspostavi za dio potraživanja i tada ono prestaje kad prestane taj dio tražbine.

²⁷ Tako Đ. Pavlović, u djelu "Hipotekarno pravo u Kneževini Srbiji", Beograd, 1868, na str. 11 ističe: "Kad je jedna čest duga isplaćena, hipoteka celokupna ostaje da garantuje ostatak duga, kao da ništa nije plaćeno".

²⁸ Još u rimskom pravu spominje se nedjeljivost založnog prava. Na osnovu fragmenata iz Digesta uzetih iz Papijanove liber VIII quaestionum, u kojim pravnik primjećuje da je *causa pignoris indivisa*, razvija stara germanska doktrina dogmu o nedjeljivosti založnog prava – v. Z. Rašović, *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 360. Načelo nedjeljivosti usvajaju mnogi građanski zakonici. Primjera radi, Italijanski građanski zakonik - član 2799, Francuski građanski zakonik - član 2083. (ručna zaloga) i član 2114. (hipoteka); Švajcarski građanski zakonik - član 889. str. 2; Austrijski građanski zakonik, paragraf 457. itd.

²⁹ Prema mišljenju nekih autora, ovo načelo se može ograničiti ili odstupiti od njega sporazumom stranaka – npr. L. Marković, *Hipotekarno pravo*, Beograd, 1911, str. 499. Vidi i: Č. Rajačić, *Stvarno pravo – skripta*, Zagreb, 1956, str. 289. i 290.

³⁰ Slično i: O. Stanković i M. Orlić, *Stvarno pravo*, Beograd, 1982, str. 373., D. Stojanović i B. Pavićević, *Pravo obezbeđenja kredita*, Beograd, 1997, str. 257.

vanja interesa povjerioca, to nikako ne znači da ne treba voditi računa i o interesima druge strane (dužnika ili zalagodavca).³¹ Nema sumnje da uvijek, kada je to moguće, treba imati u vidu opravdane interese obje strane i odstupanje od načela nedjeljivosti svakako ima opravdanje kada su očuvani ekonomski interesi povjerioca, a vraćanje dijela stvari pogoduje dužniku ili zalagodavcu, ako se ne radi o istom licu.³²

Zakon je upravo ovo imao u vidu i predvidio je izuzetak od načela nedjeljivosti u slučaju smanjenja potraživanja, kada sud može, na prijedlog založnog dužnika, dopustiti da se založno pravo ograniči na jedan ili više predmeta zalog koji su dovoljni za osiguranje preostalog potraživanja.³³ Isto tako, prema Zakonu, ako se otuđi dio nekretnine čija je vrijednost manje od jedne petine tražbine, povjerilac se ne može protiviti otuđenju i oslobađanju tog dijela nekretnine od založnog prava, ukoliko dužnik daje odgovarajuće osiguranje za taj dio ili ostatak nekretnina pruža dovoljno obezbjeđenje.³⁴

Podržavamo ove novine, jer pravna teorija i praksa imaju obavezu da pronalaze rješenja za ovakve situacije, jasno uz očuvanje svih opravdanih interesa povjerilaca.

2.3. Raspolaganje neizbrisanom hipotekom

Hipoteka, kao i uopšte založno pravo je nesamostalno pravo, čije postojanje zavisi od postojanja i punovažnosti prava potraživanja, a prestankom potraživanja, prestaje i hipoteka kao sporedno pravo, akcesorij.³⁵ Postojanje potraživanja je *conditio sine qua* za postojanje hipoteke.³⁶ Strogo akcesorni (zavisni) karakter hipoteke ogleda se za či-

³¹ Vidi: M. Bartoš, *Koncentracija hipoteke*, Arhiv za pravne i društvene nauke, knj. XXXV, br. 3/37, str. 245.

³² Šire o tome: D. Medić, *Hipoteka i ostala sredstva obezbjeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005, str. 58.

³³ Zakon o stvarnim pravima, član 141 tačka 9.

³⁴ Zakon o stvarnim pravima, član 141 tačka 6. Ovo je uvedeno po uzoru na član 811 Švajcarskog građanskog zakonika, prema kome hipotekarni dužnik može prodati parcelu hipotekom opterećenog zemljišta slobodnu od te hipoteke ako ona vrijedi manje od 1/5 duga, a isplati odgovarajući dio duga ili ako ostatak pruža dovoljno garancije za isplatu duga.

³⁵ Vidjeti: I. Babić, *Leksikon obligacionog prava*, Beograd, 1997. str. 387; S. Nikšić, *Akcesornost založnog prava*, Hrvatska pravna revija, br. 9/02, str. 147.

³⁶ M. Zobkow, *Akcesorna narav založnog prava*, Mjesečnik, br. 5/1898, str. 226. i br. 6/1898, str. 347.

tavo vrijeme njenog postojanja. Akcesornost se, inače, smatra temeljnim načelom založnog prava i ima svoje korijene još u rimskom pravu.³⁷

No, potpuna akcesornost je velika smetnja savremenoj tržišnoj privredi. Napuštanje načela akcesornosti založnog prava, a time i hipoteke,³⁸ otvara mogućnost da se to pravo samostalno kreće u prometu i da nasljeđivanjem pređe na lice koje je nasljednik založnog povjerioca, bez obzira na to prelazi li na nasljednika i potraživanje koje to pravo osigurava.³⁹

Tipičan slučaj odstupanja od načela akcesornosti je tzv. svojinska hipoteka. Ona predstavlja pravnu konstrukciju, čiju ekonomsku snagu može aktivirati po svojoj volji samo njen titular. Svojinska hipoteka je hipoteka na sopstvenoj stvari.⁴⁰ Ta hipoteka može postojati bez potraživanja, prenosi se samostalno, ali se ne može realizovati bez postojanja tražbine za čije obezbjeđenje služi.⁴¹

Zakon ne predviđa postojanje svojinske hipoteke, ali reguliše raspolaganje neizbrisanom hipotekom.⁴² Ova mogućnost postoji u situaciji kada je potraživanje prestalo, a hipoteka još nije brisana iz zemljišnih knjiga.⁴³ ⁴⁴ Dakle, radi se o ovlašćenju da se već isplaćena hipoteka prenese na novog povjerioca. Uslov je da nova tražbina nije veća od upisane hipoteke, koja još nije brisana.⁴⁵ Hipoteka sada pripada

³⁷ D. Stojanović i B. Pavićević, op. cit., str. 252.

³⁸ O odstupanju od načela akcesornosti hipoteke u zemljama bivše SFRJ v. M. Povelakić, *Zemljišni dug u usporednom pravu*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 26, br. 1/05, str. 214-223.

³⁹ N. Gavella, *Založno pravo*, Zagreb, 1992, str. 166.

⁴⁰ O tome: D. Medić, *Svojinska hipoteka*, ZIPS, br. 1027/05, str. 29; M. Lazić, *Hipoteka, nužnost njenog reformisanja kao zahtev tržišne privrede...* str. 151-154; M. Vedriš i P. Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb, 2004, str. 328.

⁴¹ M. Lazić, *Stvarna prava na sopstvenoj stvari*, *Pravni život*, br. 10/03, str. 87-92.

⁴² Zakon o stvarnim pravima, član 181.

⁴³ U ovoj situaciji njemačka doktrina ima u vidu vlasnički zemljišni dug.

⁴⁴ Prema III noveli na Austrijski građanski zakonik iz 1916. godine postoji mogućnost raspolaganja sa neizbrisanom hipotekom kao surogat za vlasničku hipoteku. Vidi: F. Čulinović, *Komentar zemljišno-knjižnih zakona*, Beograd, 1931, str. 206.

⁴⁵ Raspolaganjem mjestom u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke nosioci knjižnih prava koji su upisani s kasnijim prvenstvenim redom ne smiju biti oštećeni u ostvarivanju svojih prava pri namirenju osiguranih tražbina. Ukoliko bi nova tražbina bila veća od stare oni bi bili oštećeni, jer bi u slučaju namirenja iz vrijednosti nekretnine za namirenje njihovih potraživanja preostao manji iznos od onog koji bi ostao da se namirenje provodilo prije nego što je prestala stara tražbina.

vlasniku nekretnine i to za njega stvara mogućnost da to iskoristi kako bi osigurao neko drugo potraživanje.⁴⁶ Ovo je za njega očigledno korisno, jer ako on raspolaže visokim mjestom u redu prvenstva, veća mu je i kreditna sposobnost, a to mu otvara mogućnost dobivanja zajmova pod povoljnim uslovima.⁴⁷ Na mjestu u prvenstvenom redu neizbrisane hipoteke moguće je osnovati i više hipoteka radi osiguranja više potraživanja i to u korist različitih povjerilaca, ali njihov ukupan zbir ne smije prelaziti visinu tražbine koja je prestala. Na taj način vlasnik nekretnine ima mogućnost da bolje ekonomski iskoristi vrijednost svoje nekretnine raspolažući u korist novog hipotekarnog povjerioca boljim, vrednijim mjestom u prvenstvenom redu. U ovom slučaju se radi o osnivanju nove hipoteke na već postojećem mjestu u prvenstvenom redu, pa se za upis te hipoteke moraju ispuniti sve materijalne i procesne pretpostavke koje potpisuje zemljišnoknjižno pravo.⁴⁸ Potrebno je napomenuti da se hipoteka na prijašnjem mjestu u prvenstvenom redu ne briše već se samo prenosi na novu tražbinu.⁴⁹ Vlasnik se ne može odreći ovog svog prava unaprijed, ali ako se on nekome obavezao ishoditi brisanje određene hipoteke, i to je u zemljišnoj knjizi zabilježeno, on ipak ne može njome raspolagati.⁵⁰ Prema tome, to pravo nije svojinska hipoteka, mada joj je veoma slično.^{51,52} Naravno, raspolaganje neizbrisanom hipotekom može u praksi dovesti do određenih problema i štete za povjerioce sa kasnijim redom prvenstva. Naime, vlasnik može pred sam istek stare hipoteke, a prije pokretanja izvršnog postupka ili otvaranja stečajnog postupka⁵³

⁴⁶ Dok vlasnik ne ostvari svoje pravo raspolaganja neizbrisanom hipotekom u odnosu na treća savjesna lica djeluje neoboriva pretpostavka da postoji ona tražbina osigurana hipotekom upisanom u zemljišnoj knjizi.

⁴⁷ Slično rješenje postoji i u pravu Hrvatske i Srbije. Vidi: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 821; R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 391. Uporediti: M. Powlakić, *Moderne tendencije u razvoju sredstava obezbjeđenja potraživanja s posebnim osvrtom na bezposjedovnu (registriranu) zalogu*, doktorska disertacija, Sarajevo, decembar 2001, str. 147-148.

⁴⁸ O tome: T. Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo*, Zagreb, 2001, str. 262-263.

⁴⁹ G. Mihelčić, *Upis hipoteke i fiducijarnog vlasništva u zemljišne knjige*, u *Nekretnine i zemljišne knjige*, Zagreb, 2005, str. 33.

⁵⁰ Inače, pravo vlasnika da raspolaže neizbrisanom hipotekom nastaje u momentu prestanka potraživanja koje je hipoteka obezbjeđivala, a traje sve dok ne dođe do brisanja hipoteke.

⁵¹ Slično i N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *op.cit.*, str. 822.

⁵² Vlasnik nekretnine nije sam sebi povjerilac, pa ne može biti ni svoj hipotekarni povjerilac.

⁵³ Prava hipotekarnog povjerioca posebno dolaze do izražaja u ovim postupcima.

upisati novu hipoteku, a to može dovesti do toga da će povjerioci nerado davati kredite koji bi bili obezbijeđeni hipotekom drugog ili kasnijeg ranga. Sve ovo može dovesti do gotovo trajnog nepomicanja unapred prvenstvenog reda ovih povjerilaca.

2.4. Zabilježba zadržavanja prvenstvenog reda

Vlasnik može u slučaju brisanja hipoteke istodobno ishoditi u zemljišnoj knjizi zabilježbu⁵⁴ s kojom je za upis nove hipoteke do visine izbrisane zadržan prvenstveni red za vrijeme od tri godine od odobrenja te zabilježbe.⁵⁵ Ako bi došlo do promjene vlasništva, to bi djelovalo i u korist novog vlasnika, ali se u slučaju prisilne javne dražbe⁵⁶ te nekretnine ovo zadržavanje ne bi uzelo u obzir, ukoliko ne bi bilo iskorišteno prije zabilježbe rješenja kojim je dopuštena pljenidba na toj nekretnini radi naplate nečije novčane tražbine. Vlasnik nekretnine ima mogućnost zahtijevati upis hipoteke za novu tražbinu u prvenstvenom redu i do visine hipoteke kojom je nekretnina opterećena, ali s ograničenjem da će nova hipoteka imati pravni učinak jedino ako se brisanje stare hipoteke uknjiži u roku od godine dana od odobrenja upisa nove hipoteke.^{57,58} Ukoliko ne bude zatraženo brisanje stare hipoteke ili ono ne bude dopušteno u navedenom roku, nova hipoteka prestaje čim ovaj rok protekne, te će se zajedno sa svim upisima koji se na nju odnose brisati po službenoj dužnosti. Hipoteka koja je upisana na mjestu starije opterećene hipoteke u prvenstvenom redu imaće pravni učinak samo ako se taj teret izbriše ili se s pristankom sudionika prenese na novu hipoteku. U slučaju da starija hipoteka tereti više nekretnina zajednički, nova će proizvoditi pravne učinke samo ako se starija hipoteka izbriše na svim nekretninama koje tereti. Ove odredbe će se primjenjivati i u

⁵⁴ Zabilježba je takva vrsta zemljišno-knjižnog upisa kojom se evidentiraju i čine javnim izvjesne pravne činjenice koje su od uticaja na predmet zemljišno-knjižnih prava.

⁵⁵ O rangu hipoteka po ZOSPO-u v. D. Stojanović i D. Pop-Georgiev, Komentar Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima, Beograd, 1980, str. 147-148.

⁵⁶ Taj termin nije najbolje rješenje, jer bi se moglo zaključiti da se ova odredba neće primjeniti u slučaju prodaje nekretnine u izvršnom postupku neposrednom pogodbom.

⁵⁷ U ovom slučaju se raspolaže mjestom u prvenstvenom redu stare hipoteke iako se još nisu stekli uslovi za njeno brisanje. Zbog toga je ovo raspolaganje uslovno.

⁵⁸ Brisanje stare hipoteke ovlašćeni su da traže hipotekarni dužnik i povjerilac u čiju korist je upisana nova hipoteka.

slučaju da nova tražbina stupa na mjesto dvije ili više hipotekarnih tražbina koje u prvenstvenom redu dolaze neposredno jedna iza druge.⁵⁹ Na ovaj način, kao i kod raspolaganja neizbrisanom hipotekom, vlasnik ostvaruje uslove za bolje ekonomsko iskorišćavanje vrijednosti svoje nekretnine, jer će ostvariti povoljnije uslove kreditiranja ponudom novom povjeriocu za osiguranje osnivanjem hipoteke na zadržanom mjestu u prvenstvenom redu. Zabilježba djeluje prema svakom licu, pa ukoliko kasnije budu izvršeni neki upisi, sud će po prijedlogu sve te upise izbrisati.

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

Napominjemo da je Zakonom o zemljišnim knjigama Republike Srpske predviđena mogućnost zabilježbe prvenstvenog reda⁶⁰ bilo kojeg zemljišnoknjižnog prava, pa tako i hipoteke.⁶¹ Bilo bi poželjno da se regulativa u vezi ovog instituta nalazi u okviru jednog zakona, što bi sigurno dovelo do bolje preglednosti i smanjenja dilema koje u vezi toga mogu da nastanu.

Inače, nužno je konstatovati da su i raspolaganje neizbrisanom hipotekom, kao i zabilježba zadržavanja prvenstvenog reda mogući samo uz provođenje odgovarajućih postupaka pred zemljišnoknjižnim sudom, što dovodi do gubitka vremena i prouzrokovanja određenih troškova. Međutim, najvažnije je da su nova rješenja kod hipoteke donekle odstupila od načela akcesornosti, a to će nužno dovesti do bolje prometnosti ovog instituta, jer je očito da praksa treba ovakva fleksibilna sredstva osiguranja. Pogotovo ovdje imamo u vidu da u Republici Srpskoj nije uveden zemljišni dug, kao neakcesorno i apstraktno sredstvo obezbjeđenja, koji posebno u njemačkom pravu ima široku primjenu .

⁵⁹ Zakon o stvarnim pravima, član 182.

⁶⁰ Zakon o zemljišnim knjigama , član 2 tačka 4.

⁶¹ O zabilježbi prvenstvenog reda u zemljišno-knjižnom pravu v. T. Josipović, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama, Zagreb,1998, str.178. Vidi i: J. Weike i L. Tajić, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2005, str. 21-22.

2.5. Postupak amortizacije i brisanje hipoteke

Zakon predviđa i postupak amortizacije i brisanje hipoteke pod sljedećim uslovima:

- ako je proteklo najmanje 30 godina od uknjižbe hipotekarne tražbine, a u slučaju kada ima daljih upisa koji se odnose na nju od posljednjeg od tih upisa,
- ako nije moguće pronaći lica koja su prema upisima ovlašćena, a ni njihove pravne sljednike, i
- ako u proteklom periodu nije došlo do promjene ni glavnice ni kamata, niti se pravo na drugi način ostvarivalo.

Ukoliko zemljišnoknjižni sud nađe da ovom prijedlogu treba udovoljiti, pozvaće oglasom da se prijave sva zainteresovana lica i odrediti rok od godinu dana za prijavu. Oglas će se objaviti u odgovarajućem službenom glasniku i na oglasnoj ploči suda, a može i na drugi prikladan način. Po proteku roka sud će dopustiti amortizaciju hipotekarne tražbine, te odrediti brisanje hipoteke i drugih upisa koji se na nju odnose. Ako u ostavljenom roku bude podnesena prijava u pogledu prava čija se amortizacija zahtijeva, sud će o tome obavijestiti lice koje zahtijeva amortizaciju, te ga uputiti na parnicu o postojanju hipotekarne tražbine i obustaviti postupak amortizacije.⁶²

Ova novina je u svakom slučaju korisna i služi usaglašavanju zemljišnih knjiga sa stvarnim stanjem.⁶³ Naime, u praksi je poznato da su mnoge hipoteke upisane u javnim knjigama iako su tražbine za čije obezbjeđenje služe već odavno prestale. Zbog toga je poželjno da se radi pravne sigurnosti i zaštite svih onih koji učestvuju u prometu nekretnina provede ovaj postupak i takve hipoteke izbrišu.⁶⁴ Sličnu odredbu sadrži i član 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o zemljišnim knjigama⁶⁵, kojim je između ostalog propisano da se, ako

⁶² Zakon o stvarnim pravima, član 184.

⁶³ Amortizacija hipoteke bila je kod nas nekada regulisana i Zakonom o zemljišnim knjigama iz 1930. godine.

⁶⁴ Poređenja radi, amortizacija i brisanje starih hipotekarnih tražbina u Republici Hrvatskoj su regulisani odredbama članova 141-144. Zakona o zemljišnim knjigama (Narodne novine br. 91/96). O tome: T. Josipović, Komentar Zakona o zemljišnim knjigama... str. 252-254. U Republici Srbiji ovaj institut je propisan u članu 52 Zakona o hipoteci (Službeni glasnik Republike Srbije br.115/05).

⁶⁵ Službeni glasnik RS br. 109/05.

ugovorom o hipoteci nije drugačije određeno, hipoteke kod kojih je od dana zadnjeg upisa proteklo 30 i više godina smatraju brisanim (dakle, bez provođenja bilo kakvog postupka), a da se hipoteke kod kojih je od dana dospjeća obaveze proteklo 5 i više godina, brišu na zahtjev zainteresovanih lica. I ovdje bi trebalo doći do usaglašavanja navedenih odredbi, a svakako najbolje rješenje bi bilo da institut amortizacije hipoteke bude normiran u jednom zakonu.

Takođe, Zakon u prelaznim odredbama predviđeno je da se brišu i hipoteke upisane u zemljišne knjige prije prenosa opterećene nekretnine u državnu svojinu.⁶⁶ Imajući u vidu da je u Republici Srpskoj 1993. godine donesen Zakon o prenosu sredstava društvene u državnu svojinu⁶⁷, doslovnim tumačenjem proizilazilo bi da se brišu sve hipoteke upisane prije njegovog donošenja. Međutim, mislimo da to nije bila namjera zakonodavca i da se na ovaj način željelo izbrisati hipoteke koje su nastale prije uspostave društvene, a ne državne svojine i to bi trebalo doprinijeti istinitosti i potpunosti zemljišnih knjiga.⁶⁸ Ovdje može da se postavi pitanje da li će to zemljišnoknjižni uredi uraditi po sopstvenoj inicijativi odnosno po službenoj dužnosti ili će za to biti potrebno podnijeti poseban zahtjev za brisanje. Smatramo da bi sudovi trebali ove postupke provoditi bez zahtjeva zainteresovanih lica, a obaveza bi im bila samo da ih o tome obavijeste.⁶⁹

2.6. Ugovor o hipoteci

Ugovor o hipoteci je pravni osnov za osnivanje hipoteke.⁷⁰ To je ugovor između vlasnika nekretnine, odnosno imaoca drugog prava i povjerioca, kojim se vlasnik nekretnine obavezuje da, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti, trpi da povjerilac naplati svoje obezbijeđeno potraživanje iz vrijednosti hipotekovane nekretnine, na način propisan za-

⁶⁶ Zakon o stvarnim pravima, član 329.

⁶⁷ Službeni glasnik RS broj 4/93.

⁶⁸ Vidi: L. Velić, Prelazne odredbe Zakona o stvarnim pravima, u Problemi primjene prelaznih i završnih odredbi Zakona o stvarnim pravima, materijal za savjetovanje, Sarajevo, 2009, str.24-25.

⁶⁹ U tom smislu i E. Hašić i N. Kovačević, Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske - sa registrom pojmova, maj 2009, str. 23-24.

⁷⁰ Hipoteka koja je osnovana ugovorom o hipoteci je ugovorna hipoteka, a ako je osnovana nekim drugim pravnim poslom koji ima isti cilj, radi se o dobrovoljnoj, a ne ugovornoj hipoteci.

konom. Radi se o dvostranoobaveznom, kauzalnom⁷¹ i naplatnom ugovoru. Ovaj ugovor može da bude samostalan ili dio ugovora koji uređuje potraživanje (ugovora o zajmu, kreditu i dr.).⁷² Imajući u vidu da je hipoteka akcesorne prirode, pravna sudbina ovog ugovora zavisi od valjanosti onog ugovora koji je pravni osnov potraživanja koje se osigurava hipotekom.⁷³

Zakon predviđa da ugovor o hipoteci mora biti sačinjen u obliku koji je propisan za pravne poslove čiji je predmet prenos ili sticanje svojine na nepokretnostima.⁷⁴ Kada se imaju u vidu odredbe Zakona o notarima koje predviđaju obaveznu notarsku obradu isprava koje se, između ostalog, odnose i na prenos ili sticanje svojine ili drugih stvarnih prava na nekretninama,⁷⁵ nesumnjivo je da i taj ugovor zahtijeva adekvatnu notarsku obradu. Forma notarski obrađene isprave nije samo uslov izvršnosti notarske isprave već i valjanosti pravnog posla kojim se zasniva hipoteka. Radi se o formi *ad solemnitatem*, a pri tome nije od značaja da li se dužnik odnosno vlasnik nekretnine želi podvrgnuti prinudnom izvršenju. Prilikom zasnivanja hipoteke notar mora u potpunosti utvrditi pravu volju stranaka i formulisati odredbe ugovora prema tome, a imajući u vidu obavezu poučavanja i zaštite neuke stranke.⁷⁶ Pravni poslovi koji ne zadovoljavaju ovaj uslov su ništavi i ne proizvode pravne posljedice.⁷⁷ Ugovor o hipoteci se ispunjava upisom i to uknjižbom založnog prava u zemljišne knjige.⁷⁸ Osnova za odobrenje tog upisa može biti samo isprava koja zadovoljava pretpostavke za taj upis. Dakle, ona mora zadovoljavati uslove za valjanost i tabularne

⁷¹ Kauza mu je realno osiguranje određenog potraživanja.

⁷² Z. Rašović, Komentar Zakona o hipoteci, Podgorica, 2007, str. 90. Vidi i :T. Josipović, Založno pravo na nekretnini, u V. Belaj, M. Dika, A. Eraković, H. Ernst, M.A.Giunio, O. Jelčić, T. Josipović, J. Matko Ruždjak, B. Vukmir, Zaštita vjerovnika – stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina, Zagreb, 2005, str. 159.

⁷³ O tome: N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op.cit., str. 813.

⁷⁴ Zakon o stvarnim pravima, član 147 tačka 5.

⁷⁵ Zakon o notarima, član 68.

⁷⁶ M. Povelakić, Transformacija stvarnog prava u Bosni i Hercegovini, Sarajevo, 2009, str. 240-241.

⁷⁷ Za razliku od toga ugovor o zalaganju pokretnih stvari, prema Zakonu, ne mora imati pisani oblik, s tim što je registarsko založno pravo normirano posebnim zakonom (Okvirnim zakonom o zalozima BiH, Službeni glasnik BiH br. 28/04 i 54/04).

⁷⁸ Uknjižba hipoteke u zemljišne knjige je moguća i bez provođenja izvršnog postupka kada postoji ugovor sa hipotekarnom klauzulom –analogno i Kantonalni sud u Sarajevu, Gž-90/97 od 6.8.1997., u D. Medić i H. Tajčić, Sudska praksa iz stvarnog prava, III izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Sarajevo, 2008, str.696-697.

исправе, али то су захтеви за упис, а не за ваљаност уговора. Уговор о хипотеци уколико буде саčinjen у поменутој форми ће обавезивати дућника и у случају да нема облик књићне исправе.⁷⁹

Иначе, истићемо да уговор о хипотеци раније није био посебно урећен законом, па су у погледу његове форме постојала различита мићлjenja.⁸⁰ Мећутим, мада овај уговор није уговор о преносу права на некретнинама, он се у сваком случају приблићава оваквим уговорима и закључивао се у форми коју су прописивали ваћећи прописи о промету некретнина за пренос права власнићтва.⁸¹ Јасно је да се укњићба хипотеке у корист хипотекарног повјериоца није могла испунити на основу усменог

⁷⁹ О форми уговора о хипотеци у хрватском праву в. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, op.cit., str. 813-814, а о судској пракси везаној за тај уговор в. M. Žuvela, Vlasniћkopравни односи, Закон о власнићtvу и другим стварним правима, Закон о земљићним књигама, Zagreb, 2004, str. 463-466. О форми уговора о хипотеци у Србији в. D. Živković, Komentar Zakona о хипотеци, Beograd, 2006, str. 20-21; A. Gloginiћ, Komentar Zakona о хипотеци, Beograd, 2007, str. 38. О форми уговора о хипотеци у Црној Гори в. Z. Rašović, Komentar Zakona о хипотеци... str. 127-129.

⁸⁰ О форми уговора о хипотеци в. Š. Erak, Hipoteka sredstvo osiguranja potraživanja (I dio)... str. 21; T. Tumbri, op.cit., str. 152; P. Simonetti, Hipoteka (objekt, обujам, стјeцање), Zakonitost, br. 9-10/90, str. 1124-1125; P. Simonetti, *Hipotekarno zalaganje nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine (s osvrtom na zalaganje prava građenja de lege ferenda)*, Pravna misao, br. 1-2/99, str. 44-45.

На савјетовању из имовинско-правне области, које је одрћано у Neumu (BiH) 2.10.1997 године, образложено је становиће да се за уговор о хипотеци не траћи квалићкована писмена форма, с овјером потписа уговорних странака, већ да је довољна обична писмена форма. У прилог том мићлjenju изнесени су слједећи аргументи:

- у правном поретку Федерације БиH ваћи начело неформалности уговора, ако законом није друкћије одрећено, а у праву се изузечи уско тумаче, па се не моће правило о форми уговора о отућенju права власнићтва на некретнини протегнути и на мање значајан уговор о њеном хипотекарном оптерећенju;

- не моће се за уговор о хипотеци траћити строћа форма, него што је прописано за уговор о кредиту, а то је обична писмена форма (ћлан 1066, став 1 ZOO);

- некретнина оптерећена хипотеком одрећује се у судском поступку на јавној продаји ћиме се пружа већа заћтита њеном власнику, него што је овјера потписа на уговору о оснивању хипотеке.

Мећутим, мићлjenja смо да се ово становиће не би могло прићватити. Прије свега, начело неформалности уговора, не искључује аналогну примјену прописа о форми уговора о преносу права власнићтва на некретнинама на уговор о хипотеци, јер реализација хипотеке значи и губљjenje права власнићтва на некретнини која је zaloћена. Уговором о кредиту се заснива само obligacionopravни однос, док се уговором о хипотеци ствара основ за заснивање стварног права. Судски поступак јавне продаје, ћиме се спрећава продаја испод трћићне цијене, нема превашодну ваћност за власника zaloћене некретнине, него је за њега битно да се она продаје. Имајући у виду да стичање хипотеке моће довести до губитка права власнићтва на предмету хипотеке пропис о форми уговора о отућенju некретнина треба примјенити и за уговор о хипотеци. О томе и: P. Simonetti, *Hipotekarno zalaganje nekretnina u Federaciji Bosne i Hercegovine*... str. 45-47.

⁸¹ С друге стране, уговор о рућној zaloћи је неформалан правни посао.

О уговору о залогу в. T. Tumbri, Уговор о залогу, Informator, br. 4064/93.

ugovora i u pogledu toga nije moglo da bude posebnih dilema.⁸² Uknjižba hipoteke vršila se na osnovu isprava sastavljenih u propisanoj formi za njihovu punovažnost koje nemaju očiglednih nedostataka.⁸³ Prema tome, ugovor o hipoteci je formalni pravni posao koji ukoliko nije zaključen u propisanoj formi ne proizvodi pravne učinke.⁸⁴

3. Zaključak

Hipoteka je klasični institut građanskog prava koji u današnje vrijeme u uslovima tržišne privrede i razvoja privatne svojine ima sve veći značaj. Zbog toga hipotekarno pravo zahtijeva stalno usavršavanje i višedimenzionalnu transformaciju, jer je njegov razvoj u direktnoj proporciji sa progresom ekonomskih i kreditnih odnosa u jednom društvu. Zakon, i pored izvjesnih nedorečenosti, mnogo cjelovitije i sveobuhvatnije reguliše ovaj institut i pruža potpuniji pravni okvir za ovu vrstu zalaganja. Međutim, mišljenja smo da je ovo bila prilika i za još neke novine u reformi hipoteke. Po nama, bilo je poželjno preciznije regulisati ekstenzivnost hipoteke, posebno u pogledu prenošenja obezbjeđenja na sva povećanja potraživanja nastala zbog dužnikove docnje, a trebalo je detaljno urediti i prava hipotekarnog povjerioca u slučaju smanjenja vrijednosti predmeta hipoteke. Ukazivala se potreba i da se detaljnije reguliše institut zajedničke hipoteke. Ukoliko je predmet zajedničke hipoteke istovremeno i objekt druge hipoteke, moglo se predvidjeti da se namirenje najprije pokuša iz ostalih predmeta. Isto

⁸² “Upis založnog prava (hipoteke) ili brisanje ovog založnog prava u zemljišnoj knjizi, može se zahtevati samo na osnovu isprava, sastavljenih u obliku koji je propisan za njihovu valjanost, a to su javne isprave ili one pisane isprave na koje je potpis overio sud... Pored ovih uslova, privatna isprava na osnovu koje se ima vršiti uknjižba treba da sadrži tačnu oznaku nepokretnosti ili prava u pogledu koje se uknjiženje ima izvršiti i izričitu izjavu onoga čije se pravo ograničava, opterećuje, ukida, ili prenosi na drugu osobu da pristaje na uknjiženje (clausula intabulanti, clausula extabulanti)” -Vrhovni sud Srbije Rev-3279/99, u Gzz-100/99 od 21.10.1999. godine, Sudska praksa, br. 7-8/00.

⁸³ Vidi odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev-1342/99 od 25.11.1999, u D. Medić i H. Tajić, op. cit., str.705

⁸⁴ Ugovor o hipoteci može u ime i za račun dužnika potpisati i punomoćnik sa specijalnom punomoći. U tom smislu ide i sudska praksa: “Pravni posao na temelju kojega se osniva hipoteka predstavlja posao koji ne ulazi u redovno poslovanje pa takav posao punomoćnik može poduzeti na temelju punomoći koja se odnosi na poduzimanje toga posla, odnosno određene vrste poslova među koje on spada” – Vrhovni sud Republike Hrvatske, Gzz-1/99 od 15.4.1999. godine, Informator, br. 4788/00 od 26.1.2000.

tako, ovo je bila prilika da se jasnije odredi rang zakonske hipoteke, jer nije poželjno da se narušava istinitost i potpunost javnih registara u pogledu nekretnina koji služe za evidentiranje prava na njima.⁸⁵ Naravno, ima još značajnih segmenata ovog instituta za koje bi bilo dobro da budu primjerenije normirani. No, bez obzira na to, dalja afirmacija hipoteke je nužnost koja se kod nas sigurno ne može izbjeći. Primarni zadatak je ipak stvaranje takvog ekonomskog ambijenta i stabilnih tržišnih uslova privređivanja da bi sistem kreditiranja, a sa njim i hipoteka kao najsigurnije sredstvo obezbjeđenja, došli do punog izražaja.

⁸⁵ Privilegije koje uživa država treba svesti u racionalne okvire kako one ne bi štetile interesima ostalih povjerilaca. Nesumnjivo je da treba voditi računa i o opštim interesima, ali i o interesima pojedinca, jer tek kada se oba zadovolje stvaraju se pretpostavke za funkcionisanje vladavine prava i postojanje pravne države. Ovim problemom se ranije bavio Ž. Perić u knjizi *O prvenstvenom pravu naplate između države i hipotekarnih povjerilaca*, Beograd, 1901, a sada o tome v. D. Vuksanović, *Pravna priroda privilegovanih potraživanja*, magistarski rad, Beograd, 2005.

Prof. dr Duško Medić
Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

Mortgage in the upcoming legislation of Bosnia and Herzegovina

Summary

Mortgage is a standard institute of the civil law that holds a growing importance nowadays, predominantly along with the expansion of market economy and private property. On account of all mentioned, mortgage law needs to be permanently upgraded and transformed in conjunction with new economic and credit conditions in the open society. Draft bill, although associated with some shortcoming, regulates this Institute in fairly comprehensive and inclusive way. We are of the opinion that this was an opportunity to present some new data related to the reorganization of the mortgage. We also think that it is more appropriate to regulate the extensive approach of action related to the mortgage, especially concerning the transfer of guarantee to all increasing claims in consequence of the debtor's lateness and it should also work out the rights of the mortgage creditor in case of the lesser value of the mortgage. Moreover, there is an obvious need to standardize the Institute of the common mortgage in detail. This was also an opportunity to define more clearly the rank of the legal mortgage, because it is not recommendable to violate the reliability and completeness of the public records related to the real estate property. There are also some other segments of this Institute that call for more adequate standardization in the upcoming legislation. On account of all mentioned, most important task will be to create more stable economic and market conditions in which the mortgage, being the safest way of assurance, will reach its full peak.