

Драгана Вујовић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.27
DOI: 10.46793/GP.1501.49V

ОДСТУПАЊА ОД НАЧЕЛА АКЦЕСОРНОСТИ ХИПОТЕКЕ У ПРЕСТАНКУ

Рад примљен: 08. 05. 2024.
Рад прихваћен за објављивање: 27. 09. 2024.

Доношењем Закона о хипотеци у домаће право су уведени институти по угледу на аустријско право којима се одступа од општег правила да хипотека престаје престанком потраживања које обезбеђује. У питању су правни институти који по својој правној природи имају функцију налик својинској хипотеци будући да власник непокретности по престанку потраживања хипотеку може пренети на треће лице, па тако посредно бити власник хипотеке на својој непокретности. У нашем праву под институтима заснивања нове хипотеке подразумевају се: располагање неписаном хипотеком, задржавање првенственог реда за нову хипотеку и предбележба нове хипотеке. Оваквим решењем наше право је сврстано у ред земаља које су законодавно регулисале и прихватиле одређене изузетке од акцесорности хипотеке по престанку обезбеђеног потраживања и тиме отвориле пут регулисању неакцесорним средствима обезбеђења за којима модерна тржишна привреда све више исказује потребу.

Кључне речи: хипотека, одступања од начела акцесорности, неакцесорна средства обезбеђења, својинска хипотека, располагање неписаном хипотеком, забележба првенственог реда, предбележба нове хипотеке.

I УВОД

Једно од основних начела заложног права је начело акцесорности. Заложно право је несамостално право, чије постојање зависи од постојања и пуноважности права потраживања. Акцесорност заложних права произилази из схватања да залога има једну сврху – сврху обезбеђења потраживања. Нема дилеме да је то њена најважнија, традиционална улога. Међутим, савремени правни системи који се базирају на тржишној привреди постављају пред

* Генерални секретар Универзитета у Новом Саду, draganaps@yahoo.com

зложно право још једну улогу – додатно активирање вредности имовине. Ова улога захтева бржи и једноставнији промет зложног права, што превазилази могућности концепта акцесорности хипотеке, заснованог на зависности хипотеке од потраживања које обезбеђује.

У складу са начелом акцесорности, престанком обезбеђеног потраживања престаје и хипотека, јер је престала њена обезбеђујућа сврха. Међутим, у правним системима у којима је развијен земљишно-књижни систем регистрације права на непокретностима, настанак хипотеке се везује за моменат уписа у регистар, из чега даље произилази да хипотека не престаје *ipso iure* престанком потраживања, већ након брисања из земљишне књиге. У сваком случају, после престанка потраживања неисписана хипотека постоји само формално, али даје могућност за извесна располагања, како власнику, тако и хипотекарном повериоцу. Поновно „активирање“ хипотеке кроз институте својинске (власничке, хипотеке на сопственој ствари) хипотеке, располагања неисписаном хипотеком, забележбе задржавања првенственог реда и предбележбе нове хипотеке представља одступања од овог дејства акцесорности.

II СВОЈИНСКА ХИПОТЕКА

Својинска хипотека је настала под утицајем германског обичајног права у XIX веку које није у потпуности прихватило римски концепт акцесорности хипотеке¹. У римском праву хипотека је имала чисто акцесорни карактер, није се могла засновати без личне обавезе, те је у случају престанка главне обавезе и престајала, а каснији повериоци померали су се у рангу. С друге стране, у немачким државама које су имале систем земљишне књиге, строга акцесорност хипотеке представљала је специфичан проблем, с обзиром да је потраживање било подложно неформалним променама, док је хипотека регистрацијом добијала извесну трајност и фиксираност садржине, из чега се развила идеја о самосталности стварноправних односа. Потребама сигурности промета и поуздања у регистар одговарало је решење фиксног ранга хипотеке. У основи те концепције стајала је идеја да сваки хипотекарни поверилац прибавља оно право које му с обзиром на ранг хипотеке припада. Када би се допустило да се каснији повериоци, у случају престанка хипотеке, померају у рангу, добијали би корист за коју нису дали никакав еквивалент. Уместо тог померања власник ступа на место досадашњег хипотекарног повериоца и прибавља његову хипотеку као власнику.²

¹ Опширније о историјском развоју својинске хипотеке, видети у: М. Живковић, *Акцесорност зложних права на непокретности*, Београд, 2010, 168-171.

² Немачко право је развило принцип „*der festen Stellen*“, по којем свака хипотека има да задржи онај ранг и ону вредност која јој припада према околностима под којима је заснована. Вид. опширније у: Л. Марковић, *Хипотекарно право*, Београд, 1911, 153.

Немачко заложно право које почива на концепту схватања хипотеке као неакцесорног права прихвата могућност да се заложно право заснује независно од потраживања које обезбеђује. Својинска хипотека у немачком праву може настати изворно или накнадно. У првом случају, говоримо о изворној својинској хипотеци, док поједини аутори користе и термин иницијална својинска хипотека или својинска хипотека у ужем смислу,³ хипотека која настаје на основу једностране изјаве власника непокретности да на њој заснива хипотеку. Хипотекарни поверилац је искључиви власник оптерећене непокретности већ у тренутку заснивања хипотеке, не зна се које је потраживање обезбеђено, познат је само износ оптерећења који се уписује у регистар, са дејством у поступку извршења и стечаја као право на део вредности непокретности и у том смислу ова врста својинске хипотеке представља основ за развој неакцесорног заложног права (земљишни и рентни дуг).

Накнадна својинска хипотека настаје као акцесорна, али током њеног трајања долази до консолидације, односно сједињења својства хипотекарног повериоца и власника хипотековане непокретности у једној личности (нпр. у случају када хипотекарни поверилац наследи оптерећену непокретност, или када власник хипотековане непокретности који није дужник обезбеђеног потраживања исплати хипотекарном повериоцу обезбеђено потраживање да би спречио намирење продајом непокретности и сл.). На овај начин хипотека накнадно постаје својинска и пружа могућност титулару да њоме располаже.

У Швајцарској је доношењем Грађанског закона такође усвојен фиксни ранг залоге непокретности, док је својинска залога непокретности резервисана за неакцесорно писмо о дугу и рентно писмо (*Schuldbrief* и *Gült*), а код хипотеке је могућа само изузетно, кад она обезбеђује обавезе из хартија на доносиоца.⁴

За разлику од регулатива земаља германског правног круга, аустријско право не допушта могућност изворног настанка својинске хипотеке. Хипотека је акцесорно право и може се уписати у регистар само уколико постоји потраживање. Међутим, још у XIX веку Врховни суд Аустрије је заузео став да власник може да располаже неисписаном хипотеком после исплате обезбеђеног потраживања, да би затим 1916. године Трећом делимичном новелом АГЗ (§469 ABGB) било омогућено власнику хипотековане непокретности чији је дуг престао, да на другом пренесе хипотеку, тј. располаже неисписаном хипотеком. Ово право власника назива се у аустријској теорији тзв. својинска хипотека без потраживања (*Forderungsentkleidete Eigentümerhypothek*). Власник до брисања хипотеке може, на основу признанице или друге исправе којом доказује престанак потраживања, пренети хипотеку на ново потраживање, чији износ не може бити већи од уписаног.

³ М. Живковић, *op. cit.*, 174; Д. Хибер, М. Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, 2015, 74.

⁴ М. Живковић, *op. cit.*, 172.

Тачније, овде се ради о располагању рангом неисписане хипотеке, јер власник нема право да захтева да се хипотека упише на његово име, као ни могућност да покреће извршење или да учествује у намирењу из вредности сопствене ствари.⁵ Поред овога, у Аустрији, као изузетак и ретка у пракси, постоји и тзв. својинска хипотека са потраживањем (*forderungsbekleidete Eigentümerhypothek*). До њеног настанка долази у ситуацији у којој консолидација није праћена престанком потраживања⁶, или у случају персоналне суброгације, односно када власник измири дужников дуг у циљу избегавања продаје непокретности.⁷ У овом случају, власник као уједно и хипотекарни поверилац учествује у намирењу ако се на захтев других продаје његова непокретност, али не може сам тражити извршење на својој непокретности. Код својинске хипотеке са потраживањем говоримо о располагању потраживањем, с обзиром да обезбеђено потраживање и даље постоји, а не о располагању рангом.

Наше право припада групи права која, по узору на аустријско право, не познају институт својинске хипотеке, а нарочито не могућност њеног изворног настанка као самостално право, сматрајући хипотеку акцесорним средством обезбеђења потраживања. Тек доношењем Закона о хипотеци 2005. године уведени су институти располагања рангом постојеће хипотеке по престанку потраживања, као примери одступања од акцесорности, али још увек помирљиви са овим начелом.

У старијој српској доктрини истичу се два аутора која су се бавила питањем својинске хипотеке, међусобно различитих ставова. Нарочито занимљивог става је Никола Огорелица,⁸ који долази до закључка, супротно владајућем мишљењу, да тадашње српско право познаје својинску хипотеку, да она није појмовно акцесорна, да и после престанка потраживања хипотека „и даље постоји као самостални јуристично релевантни фактор“,⁹ а полазећи од одредбе Грађанског законика која гласи: „Обавезе на непокретним добрима лежеће и у јавне књиге заложне уведене, не престају пре, док се не испишу, баш да би на ону исту особу прешле, којој право припада.“

Наиме, Огорелица је мишљења да ову одредбу треба тумачити у смислу да хипотека по престанку потраживања прелази на власника ако се не испише, те да се каснији повериоци не померају у рангу све док се хипотека не испише. Огорелица препознаје њене две тадашње врсте – „обнову хипотеке“, односно располагање рангом хипотеке тако што ће се на месту старе засновати нова истог ранга и „својинску хипотеку у ужем смислу“, где се хипотека може

⁵ Вид. опширније: *Ibid.*, 177.

⁶ Вид. пар. 1446 АГЗ

⁷ Вид. пар. 1358 АГЗ

⁸ Н. Огорелица, *Хипотека на сопственој ствари или тзв. власничка хипотека*, посебан отисак из Правника за 1893, Београд, 1893, стр. 31-33.

⁹ *Ibid.*, 15.

уписати на име власника који је после може пренети за обезбеђење новог дуга. На крају, Огорелица препоручује увођење земљишног дуга у српско право, односно алтернативно увођење својинске хипотеке у ужем смислу.

Не слажући се са Огорелицом, Лазар Марковић¹⁰ истиче да је овакво тумачење одредби Грађанског законика прешироко, не узимајући у обзир природу српског хипотекарног права, те да у наведеној одредби једино стоји да хипотека престаје тек пошто буде исписана, а да материјално престаје да постоји чим престане потраживање. Марковић истиче да разлози које Огорелица наводи у прилог својинске хипотеке имају вредности *de lege ferenda*, а да су непознати српском праву.

У новијој домаћој правној теорији истичу се аутори и са донекле другачијом ставом. Професор Лазић сматра да схватање да је Српски грађански законик (СГЗ) допуштао настанак власничке хипотеке се не може прихватити. Одредбом параграфа 911 СГЗ се регулише начин престанка права, а не и могућност да се хипотека задржи и пренесе на другог повериоца, што захтева додатну регулативу.¹¹ По њему, у случају консолидације се не ради о власничкој хипотеци, јер власник хипотековане непокретности нема законску могућност да формално необрисану хипотеку задржи као власничку или пренесе на другог повериоца у истом рангу без сагласности осталих хипотекарних поверилаца. Нови хипотекарни поверилац стиче ранг према моменту уписа, односно подношења новог захтева за упис и не може преузети ранг угашене хипотеке. Власничка хипотека представља једну правну конструкцију која, најпре постоји потенцијално као кинетичка енергија чију економску снагу може активирати или не само њен титулар. Професор Лазић заступа мишљење да је акцесорност хипотеке најзначајнија у тренутку реализације права намирења, док се од овог начела може одступити у „статичној фази“ хипотеке. У том смислу сматра да власничка хипотека може настати без потраживања, али се не може реализовати без потраживања. По професору Лазићу, институт власничке хипотеке, користан за власника хипотековане непокретности и новог повериоца, али не и штетан за постојеће хипотекарне повериоце, треба прихватити и у праву Србије.

У нашем новом хипотекарном праву није допуштена својинска хипотека, али по угледу на аустријско право постоје институти располагања неисписаном хипотеком. Реч је о правном транспланту института уведених Трећом делимичном новелом АГЗ из 1916. године, који су уређени, са извесним одступањима у односу на аустријски изворник, Законом о хипотеци, под насловом „Заснивање нове хипотеке“.¹² Ради се о три института: располагање

¹⁰ Л. Марковић, *op. cit.*, 156.

¹¹ М. Лазић, *Стварна права на сопственој ствари – теоријска конструкција или практична потреба*, Правни живот бр. 10, 2003, 89.

¹² Чл. 53-56 Закона о хипотеци, „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

неисписаном хипотеком, забележба задржавања првенственог реда и условни упис нове хипотеке.

III РАСПОЛАГАЊЕ НЕИСПИСАНОМ ХИПОТЕКОМ

Институтом располагања неисписаном хипотеком дато је овлашћење власнику непокретности да уколико је потраживање обезбеђено хипотеком престало, пренесе неисписану хипотеку на новог повериоца или за обезбеђење новог потраживања старом повериоцу, у року од три године од дана престанка потраживања, до износа потраживања уписаног за неисписану хипотеку.

Овај институт у суштини представља располагање рангом неисписане хипотеке. Располагање неисписаном хипотеком има ефекат располагања местом на којем се та хипотека налази, будући да је неисписана хипотека престала материјалноправно да постоји. Овај закључак изводи се из чињенице да власник нема право да захтева да се хипотека упише на његово име, као ни могућност да покреће извршење или да учествује у намирењу из вредности сопствене ствари.¹³ Основно правно дејство овог института, а уједно и његова сврха је задржавање првенственог реда за нову хипотеку. Пренос хипотеке на новог повериоца подразумева и испис односно брисање претходног хипотекарног повериоца. Стога, у овом случају се ради о заснивању нове хипотеке, па се за упис те хипотеке морају испунити све материјалне и процесне претпоставке.

У нашем праву и у земљама у окружењу које не познају својинску хипотеку у ужем смислу,¹⁴ институт располагања неисписаном хипотеком преузет је из аустријског права, по угледу на својинску хипотеку без потраживања.

У домаћем праву је до доношења Закона о хипотеци¹⁵ искључиво био прихваћен клизни ранг намирења. Тек 2005. године Законом су први пут прописани нови институти (између осталих и располагање неисписаном хипотеком) као могући начини обезбеђења фиксног ранга хипотеке, односно реда првенства. Према важећим одредбама Закона о хипотеци, у случају да је обезбеђено потраживање престало, а није извршен упис брисања хипотеке из

¹³ М. Живковић, *op. cit.*, 177.

¹⁴ Вид. чл. 347 и 348 Закона о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске, „НН“ бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17; чл. 181 Закона о стварним правима Републике Српске, „Сл. гласник РС“, бр. 124/2008, 3/2009 - испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015, 18/2016 - одлука УС, 107/2019, 1/2021 - одлука УС и 119/2021 - одлука УС; чл. 45 ст. 2 Закона за договорен залог Републике Македоније, „Службени весник на Република Македонија“ бр. 5/2003, 4/2005, 87/2007, 51/2011, 74/2012, 115/2014, 98/2015, 215/2015 и 61/2016.

¹⁵ Вид. чл. 53-55 Закона о хипотеци (ЗХ), „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015.

Драгана Вујовић, Одступања од начела акцесорности хипотеке
у престанку (стр. 49-60)

регистра непокретности, у наредном периоду од три године од дана када је потраживање престало, искључиво на захтев власника хипотековане непокретности, хипотека може да се пренесе на новог повериоца или на старог повериоца ради обезбеђења другог потраживања, до висине износа потраживања које је обезбеђено неисписаном хипотеком. Пренос хипотеке се врши на захтев власника, који у прилогу садржи доказ да је потраживање престало.

Може се уочити да је законодавац овде одступио од строге формалности *clausule intabulandi*, јер је дозволио да се упис изврши само на основу поднетог захтева власника, уз поднети доказ о престанку потраживања. Приликом преноса хипотеке, не врши се нови упис хипотеке, нити се спроводи упис брисања претходне хипотеке, већ се само врши измена хипотекарног повериоца уколико је у питању нови хипотекарни поверилац, односно измена ознаке потраживања (нпр. мења се број уговора о пласману и сл.) уколико хипотекарни поверилац остаје исти. У том контексту, постоје схватања да пренос хипотеке на новог повериоца истовремено подразумева и упис брисања претходног хипотекарног повериоца, што би требало да се врши по службеној дужности, а не по самом закону.¹⁶

Такође, власник се не може одрећи овог свог права унапред, али се уговором може обавезати трећем лицу, а нарочито каснијем хипотекарном повериоцу, да ће у његову корист тражити брисање одређене хипотеке, уз забележбу у регистру непокретности.¹⁷ У супротном, хипотекарни повериоци са каснијим редом првенства хипотека не могу да сеprotиве упису новог хипотекарног повериоца на упражњено место неисписане хипотеке, нити могу да задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе. Интересантно је приметити да наизглед, хипотекарни поверилац са првенственим рангом и нема интерес за уговарањем ове клаузуле. Ипак, оно је могуће због рачунања на касније кредитирање и установљавања нове хипотеке са каснијим рангом.¹⁸ Хипотекарни повериоци са каснијим рангом уговарају ову клаузулу како би

¹⁶ С. Јокић, *Коментар Закона о хипотеци*, Београд, 2006, 203.

¹⁷ Вид. чл. 54 ЗХ

¹⁸ Стручни савет Јавнобележничке коморе Србије објавио је 2017. године мишљење у којем се између осталог наводи да се заложни дужник не може приликом заснивања прворангиране (једине) хипотеке одрећи права на располагање неисписаном хипотеком у смислу чл. 53. и 54. Закона о хипотеци. Клаузула којом се власник непокретности одриче права на располагање неисписаном хипотеком према хипотекарном повериоцу као титилару те хипотеке, која је у исто време уписана као једина и као хипотека првог реда, манифестовала би неједнакост и несразмеру давања уговорних страна. Хипотекарни поверилац прворангиране и једине хипотеке нема никакав интерес од одрицања власника у његову корист, будући да корист од одрицања могу имати само доцнији хипотекари. Мишљење је објављено и доступно на интернет страници: <https://beleznik.org/vesti/strucni-savet-javnobelesnicke-komore-srbije>, датум посете 8. 9. 2023. године.

након отплате ранијег дуга са првенственом хипотеком обезбедили стицање повољнијег ранга и побољшали положај без накнаде. У банкарској пракси, уговор о хипотеци или заложна изјава садрже и клаузулу којом се власник непокретности одриче од права на располагање неисписаном хипотеком у корист тог истог повериоца у чију корист се уписује хипотека. У захтеву за упис хипотеке најчешће се истовремено траже оба уписа, али постоји могућност и накнадног уписа забележбе. Према мишљењу појединих аутора, с обзиром на чињеницу да се у пракси институт одрицања власника непокретности од располагања неисписаном хипотеком користи пре као правило, а не као изузетак, како је то законодавац прописао, дешава се обесмишљавање једног правног института и укидања принципа фиксног ранга у пракси.¹⁹

Доношењем Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова 2018. године²⁰ дошло је до значајних промена у поступку уписа права на непокретностима који се од тада одвија *ex officio*²¹ и то достављањем исправа подобних за упис између одређених правних субјеката који су означени законом као обвезници доставе путем електронског шалтера. У случајевима када хипотека престаје једностраном изјавом хипотекарног повериоца којом пристаје на упис брисања хипотеке, датој у форми јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе, као и у форми јавнобележничке овере потписа, јавни бележник као обвезник доставе такву исправу прослеђује по службеној дужности надлежној служби за катастар непокретности. Служба за катастар непокретности ће по пријему исправе подобне за упис права по службеној дужности извршити упис брисања хипотеке. На тај начин, посредно, овај закон је ограничио право власника непокретности на спровођење права на располагање неисписаном хипотеком. Наиме, власник непокретности не долази у посед наведених исправа и не може својом вољом засновати нову хипотеку на месту неизбрисане хипотеке, односно не може се користити правом на располагање неисписаном хипотеком.

Узимајући ово у обзир, у хрватском законодавству прописано је да је за спровођење уписа брисања хипотеке по предлогу заложног повериоца потребна сагласност власника некретнине.²² Без сагласности власника

¹⁹ М. Јеремић, *Заснивање нове хипотеке са посебним освртом на располагање неисписаном хипотеком*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3, 2017, 945.

²⁰ Вид. о начелу официјелности: чл. 3 ст. 1 тач. 2 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водова, „Сл. гласник РС“, бр. 41/2018, 95/2018, 31/2019 и 15/2020.

²¹ Опширније о разлозима за реафирмацију начела официјелности у поступку уписа у катастар непокретности: М. Живковић, С. Дабић, *Поступак уписа у катастар непокретности*, Ревизија копаоничке школе, бр. 1, 2022, 12.

²² Чл. 103 ст. 3 Закона о земљишним књигама Републике Хрватске (33К), „Народне новине“, бр. 63/19, 128/22.

предмета хипотеке са уписом брисања хипотеке, он губи овлашћење да располаже неисписаном хипотеком.

IV ЗАБЕЛЕЖБА ПРВЕНСТВЕНОГ РЕДА

Институт забележбе првенственог реда преузет је такође из аустријског права, заједно са институтом располагања неисписаном хипотеком. У аустријском праву установа задржавања првенственог реда за нову хипотеку регулисана је Законом о земљишним књигама. Према одредбама овог закона,²³ власник брише хипотеку, али истовремено с уписом брисања уписује и забележбу којом за неку будућу хипотеку задржава првенствени ред уписа избрисане хипотеке, до износа који је имала хипотека која се брише. У аустријском праву погодност тог другог института у односу на први јесте у томе што у случају задржавања првенственог реда нема ризика од стицања неисписане хипотеке на основу поуздања у регистар.²⁴

У домаћем праву, у складу са Законом о хипотеци, власник предмета хипотеке може, у року од три године након престанка потраживања, да пренесе хипотеку на новог или старог повериоца, ради обезбеђења новог потраживања. Забележка делује и према каснијим стицаоцима оптерећене непокретности, а могућа је и ситуација задржавања првенственог реда када нова хипотека треба да ступи на место две или више хипотека које у првенственом реду долазе једна иза друге.

Према професору Живковићу, назив овог института није исправан, чини се да учињена термилошка измена у Закону о хипотеци у односу на нацрте Закона припремане од стране професора Орлића представља очигледну омашку, јер се овде заправо ради, по угледу на аустријско право, о забележби задржавања првенственог реда, која се разликује сврхом од института забележбе првенственог реда, предвиђеног предатним правним правилима.²⁵

Забележка задржавања првенственог реда има за сврху да власник за будући упис резервише првенствени ред хипотеке коју управо с уписом ове забележбе брише, што значи да ново право нема првенство од тренутка чињења забележбе, већ од ранијег тренутка укњижбе избрисане хипотеке. Такође, услови за упис нове хипотеке не морају постојати у време подношења молбе за упис забележбе, већ се цене према тренутку захтева за укњижбу те нове хипотеке. На крају, може се закључити да овај институт фактички врши функцију својинске хипотеке у српском праву. Ипак не у потпуности, јер ова могућност је условљена, временски је ограничена, није изворна – већ је накнадна.

²³ Пар. 58 Закона о земљишним књигама (GBG).

²⁴ Д. Хибер, М. Живковић, *op. cit.*, 270.

²⁵ М. Живковић, *op. cit.*, 187.

V ПРЕДБЕЛЕЖБА НОВЕ ХИПОТЕКЕ

И овај институт је унет у Закон о хипотеци по угледу на аустријско право, уз неколико непрецизности приликом његовог нормирања. Пре свега, назив института је погрешан, исправнији назив био би услован упис нове хипотеке, јер се нова хипотека не предбележује, већ се књижи, врши се упис права. Према одредбама Закона, нова хипотека може на захтев власника да се упише на месту већ уписане хипотеке, са истим првенственим редом и до износа потраживања обезбеђеног већ уписаном хипотеком, с тим да упис производи дејство ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке.²⁶ У правној теорији заступљено је становиште да ова предбележба по свом правном дејству заправо представља условни упис или условну укњижбу.²⁷ Приликом уписа предбележбе нове хипотеке, исправа која представља основ за упис права хипотеке испуњава све услове за коначан упис. Не постоје недостаци у исправи на основу које се уписује предбележба, који би били сметња за укњижбу права и које би било потребно отклонити у одређеном року, што по правилу јесте одлика исправе на основу које се предбележава књижно право. Предбележба је упис чија је коначност условљена накнадним оправдањем предбележбе односно испуњењем раскидног услова. Условна укњижба је упис без потребе да се врши њено касније оправдање. Дејство условног уписа (укњижбе) везано је за испуњење одређеног услова или рока, али не и за накнадно оправдање. Најзад, Нацрт Законика о својини и другим стварним правима,²⁸ као и Преднацрт Грађанског законика за Републику Србију за овај институт исправно користе назив условни упис хипотеке.

Основна сврха предбележбе нове хипотеке је резервисање реда првенства за нову хипотеку на месту већ уписане хипотеке. Предбележба нове хипотеке је заправо укњижба нове хипотеке која је додатно условљена брисањем старе у року од годину дана од дана када је дозвољен упис нове хипотеке, или како Закон непрецизно прописује „од дана када је дата дозвола за упис“. Ако се постојећа хипотека не избрише у року од годину дана, нова хипотека се брише по службеној дужности. Закон о хипотеци и овде терминолошки погрешно прописује „по самом закону“.

Закон регулише и питање постојања надхипотеке на старој хипотеци, за коју такође важи обавеза брисања у року од годину дана, или пренета на нову хипотеку уз сагласност надхипотекарног повериоца и повериоца нове хипотеке.²⁹ У случају да је постојећа хипотека уписана на више непокретности

²⁶ Чл. 56 ЗХ

²⁷ М. Јеремић, *op. cit.*, 952.

²⁸ Вид. чл. 557 Нацрта Законика о својини и другим стварним правима и чл. 2175 Преднацрта Грађанског законика за Републику Србију.

²⁹ Опширније о правилима о надхипотеци: Д. Хибер, М. Живковић, *op. cit.*, 271.

(заједничка хипотека), нова хипотека производи правно дејство уколико се постојећа хипотека избрише из свих регистара непокретности у којима је била уписана. Исти принцип се примењује и када нова хипотека треба да ступи на место две или више хипотека које у првенственом реду долазе једна или друге.³⁰

VI ЗАКЉУЧАК

Сврха увођења у домаће право института хипотекарног права којима се одступа од акцесорности хипотеке у престанку, а који су приказани у овом раду, јесу побољшање кредитне способности власника хипотековане непокретности и омогућавање лакшег рефинансирања постојећих зајмова и кредита. Уговарањем ових правних института, који су налик својинској хипотеци, олакшава се рефинансирање кредита, као и стварају услови за развијање секундарног тржишта реалног кредита, те су значајни за развој привреде.

Поредећи ова три института, може се закључити да је институт предбележбе нове хипотеке најпогоднији за рефинансирање кад власник већ зна која ће га банка рефинансирати, док располагање неисписаном хипотеком и забележба првенственог реда тек омогућавају власнику да у периоду од три године тражи новог финансијера којем може као обезбеђење да понуди хипотеку с погодним редом првенства.

Међутим, иако уведени још 2005. године, до данас у пракси нису пронашли довољну практичну примену и нису препознати у привреди као инструменти којима власник хипотековане непокретности може обезбедити бољи ранг новом или постојећем хипотекарном повериоцу. Штавише, у банкарској пракси се свесно одступа од његове примене уговарањем одрицања власника од права на располагање неисписаном хипотеком, док је уговарање института забележбе задржавања првенственог реда за нову хипотеку и предбележбе нове хипотеке веома ретко.

Чини се да је узрок недовољне примене ових института непознавање и неразумевање функција које могу да врше, где би кључну улогу могла да преузме правна теорија, да на садржајнији и правилан начин приближи домаћој правној и стручној јавности ове правне институте.

Српско законодавство се креће у правцу увођења флексибилнијих облика обезбеђења и све већег одступања од начела строге акцесорности. На то указују и одредбе у Нацрту Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије којим је предложено увођење и потпуно неакцесорних средстава обезбеђења, као што је право реалног дуга, чијим би озакоњењем по први пут у српском праву било омогућено изворно конституисање својинске хипотеке и отворен пут неакцесорним средствима обезбеђења.

³⁰ Вид. чл. 56 ст. 5 и 6 ЗХ

Dragana Vujović*

DEVIATION FROM THE PRINCIPLE OF ACCESSIBILITY TO THE TERMINATION OF THE MORTGAGE

Summary

In this paper, author analyzes legal institutes (disposal of unwritten mortgages, priority order notation, new mortgage prenotation) that deviate from the principle of accessibility to the termination of the mortgage. In accordance with the regulations of the Mortgage Law, the owner of a real estate has the right to transfer the mortgage that was not erased from the real estate registry to the registered amount to a new or the same mortgage creditor for the purpose of securing other claims, with the evidence that the claim has ceased. The paper is specifically focused on the limitation of the autonomy of will of the owner of real estate in case of exercising the rights to the disposal of the unwritten mortgage, as well as the right on the reservation of the priority order for the new mortgage. Autonomy of will in case of institute of the disposal of mortgage that was not erased is not only limited by the principle of officiality which is defined by the Law on the Registration Procedure with the Cadaster of Real Estate, but also the practical application of this institute.

Key words: *deviation from the principle of accessibility to the termination of the mortgage, disposal of unwritten mortgages, priority order notation, new mortgage prenotation.*

* General Secretary of the University of Novi Sad.