

*Др Даница Појов, редовни професор
Правног факултета у Новом Саду*

НАСТАНАК ХИПОТЕКЕ У СРБИЈИ С ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ НА ХИПОТЕКУ ПРЕМА ГРАЂАНСКОМ ЗАКОНИКУ ЗА КНЕЖЕВИНУ СРБИЈУ ИЗ 1844 ГОДИНЕ¹

Сажетак: *Настајак хипотекарног права везује се за прву половину деведнаестог века доношењем Уредбе о интитулацији од 14 септембра 1839. године. Овом Уредбом било је предвиђено да сваки поверилац има право на интитулацију, тј. специјално обезбеђење у виду залога на непокретном добру. Хипотека је могла настати и на захтев повериоца без обзира да ли дужник присијаје или не присијаје на њу. За хипотеку је према Уредби важило начело следовања, што значи да се поверилац могао налажити из хипотековане непокретности без обзира на промену власника непокретног добра. Ова Уредба била је два пута допуњена, односно измењена. Први пут Указом од 6. марта 1842. године, а други пут Уредбом о интитулацији из 1853. године. Обе уредбе имају недостатак јер не познају принцип специјалности хипотеке већ доушљају унос генералних хипотека. Поред овог недостатака обе уредбе су имале низ недостатака, иако да се осетила потреба за ипсунијим и прецизнијим регулисањем хипотеке доношењем нове уредбе. То је учињено доношењем Уредбе о интитулацији од 19. новембра 1854. године која је постала саставни део Грађанског законика за Кнежевину Србију из 1844. године, додавањем параграфа 326. Предмет овог рада је анализа Уредбе о интитулацији из 1854. године која је ступила на снагу 1. јануара 1855. године и као део Грађанског Законика за Кнежевину Србију из 1844. године важила до доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године и за време непријатељске окупације из 1946. године.*

¹ Рад представља резултат истраживачког рада у оквиру пројекта, *Теоријски и практични проблеми у стварању и примени права (ЕУ и Србија.)* који се финансира из изворних средстава Правног факултета у Новом Саду.

Кључне речи: *Хипотека, предмет хипотеке, начело акцесорности, начело специјалности, право ирвенстивеної намирена, право следовања, рані хипотека, иресијанак хипотеке.*

Историја српског хипотекарног права у рудиментарном облику датира од прве половине деветнаестог века. Прве одредбе о хипотеци налазимо у Уредби о интабулацији од 14. септембра 1839. године. У уводу Уредбе излаже се да законодавац сматра кредит великом потпором сваке корисне радње и трговине којима би се дугови могли сигурно обезбедити. Ради тога је законодавац увођењем посебних јавних књига које воде судови, а у које се евидентирају права својине, прописао и посебне књиге у којима би се евидентирали и терети на непокретностима. Овом Уредбом из 1839. године законодавац је предвиђао увођење баштинских књига, «али пошто се баштинске књиге нису могле створити простим наређењем законским, то је намера законодавчева остала неостварена.»²

Чланом 1. Уредбе, било је предвиђено да сваки поверилац има право на интабулацију, тј. на специјално обезбеђење у виду залоге на непокретном имању. Као посебан облик обезбеђења, чланом 2. предвиђала се хипотека, која је настајала на захтев повериоца, без обзира на то, да ли дужник пристаје на њу или не. При томе се правила разлика, да ли је тражбина, која је требала бити обезбеђена хипотеком, настала на основу приватне или јавне исправе. У првом случају, ће суд, кад прими молбу за хипотеку, позвати дужника и саслушати га о томе, да ли он признаје дуг за свој или не. У случају да призна одмах се стављала хипотека, а у случају непризнавања одобравала се само прибелешка, а поверилац је био упућен на редовни спор. У другом случају, интабулација је бивала одмах одобрена, а дужник се само извештавао, да би се евентуално могао жалити.

За хипотеку је према Уредби важило начело следовања, што значи да је заложни поверилац могао да се наплати из вредности заложене непокретности, без обзира на промену власника ствари. На основу права следовања хипотекарни поверилац има право да се наплати из хипотековане ствари, иако се она не налази више у својини првобитног дужника, него на основу потраживања, које је хипотеком обезбеђено, може да се наплати и од личног дужника. Према Уредби «хипотека је била тако везана за добро, да је важила увек, ма у чије руке то добро дошло.»(чл.12). И Грађански законик за Кнежевину Србију из 1844. године (у даљем тексту СГЗ) је регулисао право следовања, на следећи начин:» Кад је дуг какав у књиге судске уведен, и на непокретно добро уписан или убаштињен (интабулиран),

² Л. Марковић, Хипотекарно право, Београд, 1911.године, стр. 20.

он је онда тако за оно непокретно добро везан, да ово свагда за подмирење истога дуга служити мора, без призрења на особу, чије је или у чијим се рукама налази исто добро. Ако се такво, под баштинском залогом, налазеће добро на другом пренесе, то оно и дуг уписан са собом носи.»³ Пренос права врши се искључиво уписом у баштинске књиге, тако да прибавилац постаје власник, тек уписом у књиге. Хипотека се може уписати само на непокретности оног лица које је у књигама означено као власник. С обзиром да у српском праву тог доба није било баштинских књига, било је потребно тачно одредити до ког момента се може извршити упис хипотеке, да би важио према прибавиоцу добра. Према параграфу 291. СГЗ, пренос својине на непокретностима врши се путем преноса својинске исправе или тапије на преносиоца, по правилима која важе за издавање тапије, а затим да пренесе тапију на прибавиоца у првостепеном суду. Првостепени суд ће на самој тапији да утврди, да је преносилац изјавио да преноси тапију на прибавиоца. Са предајом тапије у руке прибавиоцу, прибављало се и право својине.

»Овакав систем српског права одговара потпуно намери законодавчевој, да уместо уписа у баштинске књиге, пренос по тапији буде једини модус за прибављање својине не непокретним добрима.»⁴

У законодавном решењу од 13. јула 1850. године предвиђено је било да, до увођења баштинских књига «судска потврђења тапија и других уговора о преносу права својине имају се сматрати као убаштињење.» Овај пропис се различито примењивао, јер из њега је произилазило да је за пренос права својине на непокретностима битан услов потврда уговора у суду, а не пренос по тапији. Из тога се могло закључити да сопственик једног добра може да пренесе исто путем преноса тапије, а може и да га пренесе и без тапије на основу писменог уговора, потврђеног код првостепеног суда. Због различите примене ових правила Касациони суд је на саветовању у општој седници донео одлуку, «да је значај законодавне одредбе тај, да и судски потврђени уговори о преносу својине на непокретностима подједнако утврђују право сопствености.»⁵ Поменута одлука Касационог суда, несумњиво је погрешна и не одговара духу српског права, јер се суд руководио чисто граматичким тумачењем законодавног решења од 13. јуна 1850. године, а не никаквим начелним разлозима. Речи да се судска потврђења »тапија и других уговора« имају сматрати као упис у књиге, треба тако разумети, да је главни и битни услов пренос тапије, а да се под другим уговорима, подразумевају уговори, које преносилац и прибавилац за-

³ СГЗ, пар 327-328.

⁴ Л. Марковић, оп. цит. стр.184.

⁵ Одлука Касационог суда, бр. 4765. од 13. октобра 1903. године.

кључују, пре преноса тапије, с тим да потврда уговора има за последицу пренос својине, само ако се истовремено изврши и пренос по тапији. Преноси својине извршених путем уговора усмених или писмених потврђених код суда или непотврђених, немају утицаја на промену својинских односа. Они не преносе својину ни онда, када је добро већ предато прибавиоцу у државину. Прибавилац још није постао сопственик, сва док се пренос не изврши по тапији. Тек по извршеном преносу по тапији, право својине прелази на прибавиоца. Све док добро није путем преноса тапије пренето на прибавиоца, све дотле може хипотека да буде уписана и да има право следовања.

Уредбом о интабулацији из 1839. године било је предвиђено да се у случају уписа више хипотека на истом земљишту, одређивао ранг по дану уписа. Ако су молбе за упис биле поднете истог дана, ранг се одређивао по реду којим су оне биле предаване суду (чл. 13). Ово начело првенства јавља се у два облика. Прво, ако на хипотекованој непокретности постоји више хипотека, приоритет у намирењу имају хипотекарни повериоци, пре обичних, хирограферних поверилаца. Што се тиче њиховог односа између себе, начело првенства се огледа у томе, да раније уписана хипотека има приоритет у односу на касније уписану. *Prior tempore potior iure*. Ово правило је прихваћено и у СГЗ. «Кад више дугова на једном добру непокретном убаштињених (интабулираних) има, онда се дугови оним редом исплаћивати морају, којим су уведени, тако да онај дуг првенство има, који је пре уведен. Први дугови се морају потпуно намирити, ако другим познијим и ништа не дотекне.»⁶

Интабулациона уредба је у тачки XVII којом је параграф 330. допуњен, прописивала да се ранг хипотека одређује према дану, када су оне суду поднете, а не према дану када су у интабулационе књиге уписане. Ово правило да је меродаван дан подношења, а не дан уписа, оправдано је, јер може проћи доста времена док се хипотека коначно не упише, нарочито у случају када се поведе судски спор око уписа т.ј. када се изјави жалба Касационом суду против решења, којим се не одобрава или одобрава упис хипотеке. Решење Касационог суда којим се наређује суду да упише хипотеку, има ретроактивно дејство, јер се сматра да је хипотека уписана оног дана када је молба за упис била поднета суду и када је у интабулациони деловодни протокол заведена. Поставља се питање, како ће се поступити у случају када су две или више хипотека уписане истог дана, тј. када су молбе за упис поднете истог дана. Како ће се у овом случају одредити ранг хипотека? Имајући у виду да је основна временска јединица, рачунање у данима, а и деловодни протокол у суду се води по данима, узеше се, да су хи-

⁶ СГЗ, пар. 330.

потекле уписане у исто време и да имају исти ранг. То значи да се потраживања осигурана оваквим хипотекама, намирују истовремено, а ако не би достајао износ за сва потраживања, она би се измирила у сразмери својих износа. СГЗ, није садржао правила о рангу хипотека, па је овај случај на-кнадно регулисан, горе поменутом Интабулационом уредбом.

Уредба о интабулацији из 1839. године, била је два пута допуњена, односно измењена. Први пут је Указом од 6. марта 1842. године Уредба измењена у делу који се односи на ранг хипотека. У случају да истог дана буде захтеван упис више хипотека на једној непокретности, па суд не може позитивно да одлучи којим су редом молбе подношене, Указом се предвиђа да све те хипотеке треба уписати под истим бројем и дати им исти ранг.⁷

Уредбом о интабулацији од 29. новембра 1853. године, било је прописано да се хипотека може уписати само по одобрењу дужника. Нема сваки поверилац право на специјалну залогу него само онај коме је то право дужник изрично одобрио. Новина у односу на ранију Уредбу била је та, да се постојање дуга, за који се стављала интабулација могао доказивати једино писменом исправом.⁸

Значај ове последње Уредбе из 1853. године је у томе што се конкретизује начело акцесорности код хипотеке, али се још увек не прихвата начело специјалности, јер је и даље остала могућност конституисања генералне хипотеке на имовини дужника. Имајући у виду да су дотадашње уредбе непотпуне у многим другим питањима која се тичу хипотеке осетила се потреба за доношењем нове уредбе које би отклонила постојеће недостатке. Стога је 19. новембра 1854. године донета Уредба о интабулацији, која је придодата параграфу 326 СГЗ, и ступила је на снагу, 1. јануара 1855. године. Овом Уредбом, установљава се принцип специјалности код хипотеке. Уредба се као део СГЗ, примењивала у Србији и Југославији све до доношења, Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године, и за време непријатељске окупације из 1946. године.⁹

Хипотека према Грађанском Законику за Кнежевину Србију из 1844. године

Грађанским закоником за Кнежевину Србију, залога је била дефинирана на следећи начин:» Право залогне непокретна добра које се *хийотшеком* или *башиинском* или *миљачком залогом* назива, добија се , када се

⁷ Указ од 6. марта 1842. године члан 13, Зборник II стр.163.

⁸ Уредба о интабулацији, из 1853. године, чл. 3. Зборник VII стр.121.

⁹ Закон је објављен у «Службеном листу ФНРЈ» бр. 86/1946.

дуг, или писмена исправа, на којој се дуг оснива, у књиге судске, својим путем уведе, тј. убаштини (интабулира).»¹⁰

За хипотеку је важило *начело акцесорности*. Хипотека је споредно и несамостално право које служи обезбеђењу потраживања као главног, самосталног права. Начело акцесорности је дефинисано параграфом 306. став 1. «Свака залога претпоставља дуг». Хипотека се није могла конституисати, док се претходно не утврди постојање потраживања, као примарног, главног права, и постојала је док постоји главно право, и била је тако везана за главно право да је прелазила на онога ко би прибавио главно право по принципу, *accessorium sequitur principale*.

Хипотека је могла настати на основу закона, уговора, последње изјаве воље или судске одлуке.¹¹

Да би настала хипотека на основу уговора потребно је да се испуне одређени услови, Најпре, потребно је да је заложни дужник власник хипотековане непокретности. Ово правило установљено је параграфом 314. СГЗ, «Сваки само своју сопствену ствар заложити може»¹² Други услов је, да се лице које одобрава хипотеку легитимише као власник ствари. То је оно лице које је у баштинским књигама уписано као власник ствари. Та околност, да је хипотекарни дужник уписан као власник ствари, важи према хипотекарном повериоцу апсолутно, тако да ће хипотека бити правно ваљана, и онда када је одобрена од привидног, али у књигама уписаног власника, под условом да је хипотекарни поверилац био савестан, и да у баштинским књигама није био забележен протест против права својине лица које је одобрило хипотеку (пар. 892).

Легитимација власника непокретности вршила се помоћу тапије. У српском праву тога времена, није важила фикција апсолутне тачности тапије, у погледу савесних прибавилаца. У случају сукоба, материјалног и формалног права, предност је имало материјално право, што се закључује из већ цитираног параграфа 314, да свако само сопствену ствар заложити може.

Следећи услов који је неопходан да би хипотека настала је изричит пристајак дужника на хипотеку. Ово правило је оправдано јер, «када би се повериоцу дало право, да у свако доба може тражити специјалне гаранције

¹⁰ Грађански законик за Кнежевину Србију из 1844. године пар. 326.

¹¹ «Свака залога претпоставља дуг, но сваки дуг не води са собом право на залогу. Ово право мора бити или већ законом опредељено, или на уговору или последњој вољи господара засновано, или тек пресудом судском добивено.» Параграф 306.

¹² «Залога на туђу ствар не важи и поништава се на тужбу господара ствари, коме припада право на повраћај своје ствари, коју онај вратити мора, имајући право накнаду од заложноца тражити.» параграф, 314. СГЗ.

у облику хипотеке, тиме би се положај дужника знатно погоршао, противно ономе што је првобитно било уговорено.»¹³

Изричан дужников пристанак треба да буде дат у нарочитој форми. Дужник је свој пристанак могао дати у писменој форми, усмено пред судом или тестаментом.

Дужников пристанак у писменој форми може бити на оној истој исправи којом се констатује главни дуг, ради чијег обезбеђења се установљава хипотека, или у одвојеној исправи. Што се тиче форме исправе којом се тражи упис, она може бити; приватна или јавна. Неопходан услов ја да се на исправи налази својеручни потпис дужника. СГЗ захтева да у исправи којом дужник одобрава установљавање хипотеке на својој ствари, буде изрично означен и датум, када је исправа издата, док је код облигације означање датума један од битних услова пуноважности обавезе (пар. 191 став 3).

Усмени пристанак дужников пред судом, даје дужник лично пред судом, којом одобрава хипотеку и тражи упис хипотеке у корист тачно одређеног повериоца. Усмену дужникову изјаву првостепени суд ће узети на протокол и прикључити актима као доказ о одобрењу хипотеке од стране дужника.¹⁴

Изјава о прихватању хипотеке може се учинити и актом последње воље или тестаментом.¹⁵

Поред материјалних услова за настанак хипотеке потребно је да се испуне и формални услови. Хипотека се конституише уписом у баштинске или друге какве сличне јавне регистре. Упис хипотеке у јавне књиге захтева се првенствено у циљу да се хипотека учини јавном у складу са начелом публицитета. Правни значај начела публицитета састоји се у томе, што се хипотека не може прибавити на други начин, осим уписом у јавне књиге.

«Интабулација се може издејствовати само код првостепеног суда, и то оног округа у коме се непокретна добра дужникова налазе, на која се интабулација потврђује, и мора захтевана бити.»¹⁶

Да би се извршила интабулација мора се поднети захтев за упис хипотеке. Упис хипотеке врши се само на захтев или молбу појединих поверилаца или и самог дужника. Ако сам дужник захтева да се хипотекује неко његово добро, тај захтев може бити двојак: усмено пред судом или писменим актом упућеним суду. Усмена изјава дужникова мора садржати све елементе који су потребни као и писмени захтев у случају да се упис хипотеке захтева писменим путем. Ако упис хипотеке захтева поверилац, он

¹³ Л. Марковић, Грађанско право, Београд, 1912. стр.483.

¹⁴ Уредба о интабулацији из 1853. тачка VIII

¹⁵ Уредба о интабулацији, оп.цит. тачка IV

¹⁶ Уредба о интабулацији, оп.цит. тачка VI

мора да поднесе и писмену исправу којом се утврђује потраживање, као и писмено, у коме је садржана изјава дужникова да одобрава хипотеку.¹⁷ Та изјава се може налазити у истој исправи, којом се констатује главно потраживање, а може бити и накнадно одвојено дата.

Законска хипотека према СГЗ, настаје непосредно на основу закона. Законске хипотеке се у извесној мери разликују међусобно па се не могу установити јединствене правила која би без изузетка важила за њих. Док се за неке законске хипотеке не захтева упис у интабулационе књиге, докле друге морају бити уписане да би производиле правно дејство. Заједничко им је то да су скоро све махом генералне хипотеке.

Случајеви законске хипотеке предвиђени СГЗ-ом су: а) законска хипотека женина ради обезбеђења мираза, б) законска хипотека у корист лица под старатељством над добрима старалаца, в) законска хипотека у корист удовице ради обезбеђења удовичког ужитка, г) законска хипотека у корист државе за наплату пореза и приреза, д) законска хипотека у корист државе на непокретним добрима рачунополагача.

«Правно-политички разлог за установу законских хипотека лежи у релативној неспособности извесних поверилаца, да сами заштите и обезбеде своја потраживања. Сматра се да је целисходно законом заштитити оне повериоце, који било по својим интелектуалним особинама, било по свом социјалном или породичном положају, било пак по важности својих потраживања, или нису у стању да се сами старају о својим интересима, или пак услед општих интереса, који су у питању, треба да имају могућност, да се обезбеде против воље дужникове.»¹⁸

Судска хипотека настаје не основу судске извршне одлуке. Судска хипотека је једна врста законске хипотеке, јер се и она прибавља на основу законске одредбе, али је њен непосредни правни основ, једна извршна судска одлука, па се она зато назива судска хипотека. У предратној правној теорији је установа судске хипотеке била често критикована. Према неким ауторима она је неправична по свом основу настанка, јер би свака хипотека као вид ограничења прва својине требало да се заснива на вољи власника ствари. Судска хипотека даје могућност обичним, хирограферним повериоцима, да прибаве специјалну залогу ради обезбеђења својих потраживања, а то по мишљењу противника судске залогне не би требало допустити, јер су сви обични повериоци једнаки и није правично да поједини од њих ремете ту једнакост. Ове замерке су донекле оправдане, али не и довољно аргументоване да доведу у питање све користи које судска хипотека даје.¹⁹

¹⁷ Уредба о интабулацији, оп. цит. тачка IV

¹⁸ Л. Марковић, Хипотекарно право, Београд 1911, стр. 130.

¹⁹ Л. Марковић, оп. цит. стр. 150.

Поред извршне судске одлуке хипотека је према Уредби о интабулацији, могла настати и на основу поравнања извршеног пред судом.²⁰ Поравнања учињена пред судом имају снагу извршне судске пресуде и основ су за прибављање судске хипотеке. Без значаја је чињеница, да ли су се парничари поравнали пред судом или ван суда, ако је суд накнадно потврдио поравнање

Да би судска хипотека произвела правно дејство мора бити уписана у баштинске или хипотекарне књиге. Извршна судска пресуда је само правни основ (*iustus titulus*), а упис у јавне књиге представља начин стицања (*modus acquirendi*) хипотеке.

За хипотеку предратног српског права важило је начело специјалности. Ово начело поред начела публицитета била је значајна тековина у Србији тога доба. Насупрот до тада важећем систему генералних хипотека Уредбом о интабулацији из 1853.године, уводи се принцип специјалности хипотеке.

Начело специјалности хипотеке јавља се у два облика: а) специјалност у погледу дуга и б) специјалност у погледу хипотекованог добра.

Начело специјалности у погледу дуга значи да потраживање мора бити тачно одређено у тренутку заснивања хипотеке Поверилац који захтева хипотеку мора тачно да одреди потраживање које жели да обезбеди, као и њен износ. Исто важи и за дужника, када он сам захтева упис хипотеке.²¹

Поставља се питање да ли се може хипотековати потраживање, чији се износ не може тачно одредити у тренутку хипотековања. Ако се дословно тумачи тачка пета Уредбе о интабулацији, којом се захтева да писмена исправа о дугу мора увек садржавати тачне податке о износу потраживања, неодређена потраживања не могу уопште бити предмет хипотеке. Овакав закључак не би био оправдан јер ако се допушта обезбеђење условних потраживања путем хипотеке ради обезбеђења једног потраживања, које у ствари постоји, али чији износ није тачно одређен, требало би дозволити упис хипотека за обезбеђење неодређеног потраживања до извесне суме.

Специјалност у погледу хипотекованог добра значи да се мора тачно и прецизно одредити ствар која је предмет хипотеке. Тачка IX Уредбе о интабулацији предвиђа, да у захтеву за интабулацију мора тачно бити одређено непокретно добро које је предмет хипотеке. Ако има више оваквих непокретних добара за које се захтева једна иста интабулација, онда сва та непокретна добра морају редом бити сва тачно означена. Захтев без тачно означене непокретности на коју се односи хипотека биће одбијен. У Интабула-

²⁰ Уредба о интабулацији, тачка IV, као и параграф 145 Грађанског судског поступка.

²¹ «Писмена исправа у којој не би сума новчана и у каквоћи и коликоћи изложена била не може бити предметом интабулације» Уредба о интабулацији, оп цит. тачка V.

ционом протоколу се мора означити, где се непокретност налази, у ком месту, вароши, варошици или селу. У овом последњем случају означава се и општина којој то село припада. Обавезно се означавају границе простирања непокретности као и имена суседа. Осим тога потребно је означити и природу добра (да ли је у питању шумско земљиште, воћњак, ливада или земљиште у вароши, са или без куће). Уколико се непокретност налазила у варошима са уређеним улицама и тачно нумерисаним кућама, наводила се само улица и број куће. Тамо где су биле уведене баштинске књиге у којима је свако добро специјално уписано и тачно индивидуализовано, захтевало се само да се наведу подаци о томе где је добро заведено у баштинским књигама, да би суд могао, да поред евиденције тог добра упише и хипотеку.

Све податке који се траже ради испуњења начела специјалности како у погледу дуга тако и у погледу хипотекованог добра, треба да наведе лице које захтева хипотеку било у писменом захтеву било усмено на протоколу. Док се ти услови не испуне хипотека се не може уписати.

Приликом уписа хипотеке обавезно се означава име дужника и његово место пребивалишта као и адреса становања. Исто важи и за повериоца. Ово је потребно да би се хипотека што боље индивидуализовала. Према начелу публицитета захтева се да о личности дужниковој не буде никакве сумње. Зато суд мора нарочиту пажњу да обрати на означавање имена и домицила дужника. Хипотекарне књиге у Србији тога доба водиле су се по систему персоналних, личних, фолија т.ј. по именима власника непокретности. Стога је изузетно важна индивидуализација дужника, који је и власник непокретности.

Време уписа хипотеке је значајно за повериоца јер се према времену уписа одређује ранг хипотеке. Раније уписана хипотека има бољи ранг, тако да ће хипотекарни поверилац имати приоритет у наплати из вредности хипотековане ствари пре осталих поверилаца који су хипотеку уписали после њега. Уместо равноправности свих хипотекарних поверилаца усвојен је принцип неједнакости и одређен ред којим ће се намиривати хипотекарни повериоци. Положај који једна хипотека заузима у реду намирења назива се ранг хипотеке. За одређивање ранга меродаван је упис хипотеке у баштинске или хипотекарне књиге. Раније уписано право има приоритет у односу на касније по принципу *prior tempore, potior iure*.

Ово правило усвојено је и у СГЗ: «Када више дугова на једном добру непокретном убаштињених (интабулираних) има, онда се исти дугови оним редом наплаћивати морају којим су уведени, тако да онај дуг првенство има који је пре уведен. Први се дугови такви морају потпуно намирити, ако другима познијима и ништа не остане.»²²

²² СГЗ параграф 330.

Првобитно стечени ранг једне хипотеке може се касније променити споразумом заинтересованих страна. Промена ранга може, најпре наступити у случају када хипотековано потраживање буде подељено. Поједини делови потраживања имају по закону исти ранг, али поверилац може и другачије да одреди ранг појединим делимичним хипотекама. У таквом случају свако делимично потраживање снабдевано је оним рангом који јој је власник одредио. За промену ранга потребан је упис у баштинске књиге, да би важио према другим делимичним хипотекама. За промену ранга не тражи се пристанак сопственика хипотекованог добра, јер се том променом ни у колико не тангирају његови интереси. Исто тако није потребно ни одобрење каснијих хипотекарних поверилаца. Ранг хипотеке може да се промени и у случају, када један поверилац има две или више хипотека на једном истом непокретном добру. Промена ранга је од значаја само за хипотекарне повериоце па се зато не тражи пристанак власника хипотековане непокретности, али је битно да интереси других поверилаца не буду угрожени. Они неће бити угрожени ако поверилац који мења ранг има две у рангу сукцесивне хипотеке, али ако између хипотека које мењају ранг, постоје друге уписане хипотеке, онда је промена ранга допуштена само ако се не вређају права тих других поверилаца.

Право на ранг као посебно право хипотекарних поверилаца може да се уступи независно од хипотеке. Овакву уговори су допуштени иако их српско право није предвиђало.²³

Хипотека није могла да се преноси, јер није установљена да буде преносива него да осигура исплату потраживања. Хипотека као акцесорно право могла је да се преноси само путем преноса потраживања као главног права. Са преносом потраживања преносила се и хипотека која је обезбеђивала то потраживање. За пренос потраживања се према СГЗ није захтевала посебна форма, па је пренос потраживања могао да се врши и неформалним уговорима. Правни положај прибавиоца потраживања, обезбеђеног хипотеком, одређивао се потпуно према положају преносиоца. Прибавилац по квалитету стиче онакво право које је имао и преносилац, и сви приговори које је хипотекарни дужник могао истаћи преносиоцу, важе и према прибавиоцу. За разлику од српског права где је важио строги принцип акцесорности, у немачком праву хипотека представља самостално право независно од потраживања, што га је чинило погодним за правни промет.

Законик установљава и могућност заснивања надхипотеке. Према параграфу 311. СГЗ: «Тако и на залогу непокретну може други, безбедности ради, за себе заложно право прибавити, ако својим путем исто у судску књигу уведе.»

²³ Л. Марковић, Грађанско право, оп цит, стр.514.

У случају надхипотеке се поставља питање, шта је предмет надхипотеке, да ли је то: а) само потраживање које је хипотеком обезбеђено; б) само хипотекарно право као посебно право независно од потраживања или в) и потраживање и хипотека. Имајући у виду природу хипотеке као акцесорног права, најисправније би било мишљење да се преносом потраживања преноси и хипотека која га обезбеђује.

«Грађански законик баш код овог питања је у неколико одступио од принципа акцесорности хипотеке, истичући у први план само хипотекарно право као предмет хипотеке, тј. право хипотекарног повериоца, да из хипотекованог добра тражи намирење своје тражбине. Српско право, није у одвајању хипотеке од тражбине ишло тако далеко да допусти залагање само хипотекарног права без постојања тражбине. Одредба тачке XVIII Уредбе о интабулацији, по којој је сама хипотека предмет надхипотеке, чисто је формалне природе. Са гледишта материјалног права предмет надхипотеке остаје у ствари тражбина, а са њом и њен акцесоријум, хипотекарно право.»²⁴

У погледу прибављања надхипотека важе исти услови као и за прибављање хипотеке, а то значи да нема надхипотеке без уписа у хипотекарне књиге. Заснивањем надхипотеке се у знатној мери ограничава право хипотекарног повериоца, јер он може да врши своја права на основу хипотеке само са одобрењем надхипотекарног повериоца. Дужник не може да исплати свој дуг без знања и одобрења хипотекарног повериоца.²⁵

Права хипотекарног повериоца

Основно право хипотекарног повериоца је да се, за случај да дужник не исплати дуг о доспелости, наплати из вредности хипотековане непокретности. У односу на ово основно право, сва остала права хипотекарног повериоца су само модалитети који служе његовој сигурнијој и успешнијој реализацији.

Право на наплату из хипотековане непокретности има сваки хипотекарни поверилац. То право имају и остали обични, хирограферни повериоци, ако после намирења из вредности хипотекованог добра преостане одређена новчана сума. Право на намирење из вредности хипотековане ствари у српском праву није постојало безусловно, јер хипотека сама по себи није повериоцу давала право на наплату потраживања. Право на наплату

²⁴ Л. Марковић, *Хипотекарно право*, оп. цит. стр. 158-159.

²⁵ «Ако је залога у треће руке, као пазалога, прешла са знањем господара исте, онда овај не може дуг свој исплатити без знања трећега, у чијим се рукама залога налази» СГЗ параграф 313.

из вредности ствари која је хипотекована заснивала се на главном праву, а то је право потраживања. Сваки хипотекарни поверилац могао је да се наплати из вредности хипотековане ствари, ако се претходно утврди, да постоји пуноважно потраживање, обезбеђено хипотеком.

Хипотекарни поверилац је могао да се наплати из хипотековане ствари, само судским путем. Он је био дужан да покрене спор пред судом да се његово потраживање према дужнику тачно утврди. Судска пресуда којом је утврђена висина потраживања, када постане правоснажна и извршна имала је за последицу продају хипотекарног добра на јавној лицитацији. Ништав би био уговор, којим дужник даје овлашћење хипотекарном повериоцу да приватно прода хипотековано добро, као и уговор којим се хипотекарном повериоцу уступа право својине на хипотекарном добру, ако дужник не исплати дуг о доспелости (забрана клаузуле *lex commissoria*).

Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате из хипотековане ствари пре свих обичних, хирограферних поверилаца. Хипотекарни поверилац је привилеговани поверилац који се наплаћује из ствари која има карактер специјалне залогe за разлику од опште залогe која постоји на целокупној имовини дужника. Та специјална залогa значи да је хипотекарни поверилац у чију је корист установљена има право првенствене наплате. Право приоритетне наплате из хипотековане ствари зависи од тога да ли на хипотекованој ствари постоји само једна или више хипотека, јер власник хипотековане ствари може поред постојеће хипотеке да конституише више хипотека на истој ствари.

Ако постоји један хипотекарни поверилац он ће први наплатити своје потраживање из вредности која је добијена порођајом на јавној дражби. Ако се целокупно потраживање не може наплатити из добијене своте, хипотекарни поверилац има право да се за остатак намири из остале имовине дужника, али не као заложни него као обични, хирограферни, поверилац. Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате у односу на обичне повериоце и у случају када је његово потраживање касније настало, само под условом да је хипотека уписана у посебан регистар.

У српском праву тог времена, право хипотекарног повериоца да се први наплати из вредности хипотековане ствари није важило апсолутно, без изузетака. Извесна потраживања имала су приоритет у наплати у односу на потраживање хипотекарног повериоца. То су привилеговане тражбине које настају на основу самог закона. Привилеговане тражбине имају извесне сличности са хипотеком али међу њима постоје и значајне разлике. Прво, привилегована потраживања настају на основу закона, док хипотека првенствено настаје на основу уговора, а изузетно на основу закона. Друго, привилегована потраживања дају право његовом титулару, само право

првенствене наплате, али не и право следовања, осим неких изузетака, док за хипотеку важе и начело првенства и начело следовања.²⁶

Ако на хипотекованој непокретности постоји више хипотека, њихов међусобни однос регулише се према начелу, *prior tempore potior iure*, тј. да раније уписана хипотека има приоритет у наплати у односу на касније уписану хипотеку.²⁷

Ако се догоди да су молбе за упис две хипотеке уписане истог дана или укњижене истог датума, поставља се питање како ће се одредити међусобни ранг хипотека. У оваквим случајевима СГЗ није имао одговарајуће правило за разлику од Уредбе о интабулацији из 1853. године, према којој се узима да су те хипотеке уписане у исто време и да имају исти ранг. Потраживања обезбеђена оваквим хипотекама исплаћивала су се истовремено, а уколико не би било довољно средстава за намирење, дошло би до њиховог сразмерног смањивања.

За међусобни однос хипотека у српском праву меродаван је дан уписа. Пређутне хипотеке не конкуришу у овом случају са уписаним хипотекама. Изузетак од овог правила односи се на законску хипотеку која се установљава у корист државе на непокретним добрима рачунополагача за неплаћен порез. Она је без обзира на дан постанка имала приоритет у односу на све уписане хипотеке. Женина законска хипотека за обезбеђење мираза, ако се не упише даје право првенства само према обичним повериоцима који се наплаћују из имовинске масе као опште залогe, али не и према заложним повериоцима.

Хипотекарни поверилац има и *право следовања*, које значи, да се хипотекарни поверилац може намирити из вредности хипотекарног добра без обзира на промену власника ствари, односно без обзира код кога се ствар на којој је конституисана хипотека у време доспелости потраживања налази. Ово начело проистиче из саме природе хипотекарног права као стварног права које се може истицати према свим трећим лицима, делује *erga omnes*. Да би се хипотека могла супротставити свим трећим лицима потребно је да се изврши публицитет хипотеке. Функцију публицитета врше баштинске књиге у које се уписују све релевантне чињенице у погледу неке непокретности. У српском праву постојале су и хипотекарне књиге у које су се уписивале хипотеке које постоје не непокретностима. Увидом у хипотекарне књиге свако је могао да се обавести о томе да ли је нека непокретност оптерећена хипотеком. Право следовања долази до изражаја нарочито у случајевима када дужник отуђи хипотековану непокретност која прелази у својину прибавиоца. Поред случаја преноса права својине на це-

²⁶ Ј. Марковић, Грађанско право, оп. цит. стр. 520.

²⁷ СГЗ, параграф 330. Уредба о интабулацији, тачка XVII

лој непокретности право следовања примењује се и у случају када само један део хипотековане непокретности буде отуђен, јер за хипотеку важи начело недељивости, што значи да се хипотека простира на целој ствари. Право следовања важи и у случају када се не пренесе прао својине на треће лице него се конституише плодуживање, право употребе или право становања на хипотекованом добру. СГЗ о праву следовања и његовим правним последицама садржи посебна правила у параграфима 327 и 328.²⁸

Право следовања хипотекарни поверилац може истицати према трећим лицима само ако је хипотека уписана пре него што је извршен пренос својине на новог стицаоца.

Поред наведених, хипотекарни поверилац према СГЗ има право, да у случају умањења вредности хипотекованог добра захтева допуну залоге. Ово право установљено је параграфом 316. СГЗ: «Ко има право залоге, па би се показало, да је вредност залоге, тј. заложене ствари тако малена, да се дуг из ње намирити не може, онда тај има право искати од свог дужника другу довољну залогу за свој дуг.» Величину допуне одредиће суд.

Престанак хипотеке

Према СГЗ хипотека престаје исписом из интабулационих књига. О томе постоје два прописа и то параграф 329 и 911.²⁹

Имајући у виду начело акцесорности хипотеке, случајеви престанка хипотеке могу се поделити у две групе: а) престанак хипотеке заједно са потраживањем и б) престанак хипотеке независно од потраживања.

Хипотека престаје заједно са потраживањем када дуг буде измирен, јер је хипотека у односу на дужничко поверилачки однос споредно право. *Accessorium sequitur principale*. Поред овог материјалноправног услова да би хипотека престала потребно је да се испуни и формални услов, а то је испис хипотеке из баштинских књига.

Посебан случај престанка хипотеке као акцесорног права представља и застарелост потраживања обезбеђеног хипотеком. Када је у питању залог на покретним стварима СГЗ предвиђао је изузетак од овог у правној теорији прихваћеног мишљења. Према параграфу 936,» Докле поверилац

²⁸ Параграф 327 гласи: «Када је дуг какав у књиге судске уведен, и на непокретно добро уписан или убаштињен (интабулиран), он је онда тако за оно непокретно добро везан, да ово свагда за подмиривање истог дуга служити мора, без призрења на особу, чије је или у у чијим се рукама налази исто добро.» Параграф 328 гласи: »Ако се такво, под баштинском злогом налазеће добро на другом пренесе, то оно и дуг уписан са собом носи. Ко такво добро исплати, а не мотри, да ли дуга на њему убаштињенога (интабулираног) нема, сам себи нека припише, када исти дуг плаћати буде морао.»

²⁹ Према параграфу 911.» Обавезе на непокретним добрима лежаће и у јавне књиге заложне уведене не престају пре, док се не испишу».

залог у рукама има, не може изгубити право да своју залогу искупи. Но залога не спречава ток застарелости, уколико се поверилац не би могао из залогe намирити.» У предратном српском праву код заложног права на покретним стварима, начело акцесорности није до краја испоштовано јер залога постоји и у случају застарелог потраживања. С обзиром да за хипотеку не постоји такав пропис начело акцесорности би требало да се примени без изузетка.

Престанак хипотеке независно од потраживања постоји у случајевима : а) када хипотековано добро потпуно пропадне, б) одрицањем од права на хипотеку, и то у форми у којој се даје и пристајак на хипотеку, в) ако је хипотека условна, па се предвиђени услов не оствари, г) ако је хипотека установљена на одређен рок, када рок наступи, д) експропријацијом хипотекованог добра, зато што оно постаје јавно добро.

Хипотека може да престане застарелошћу независно од застарелости главног права. О застарелости хипотекарног права СГЗ садржи правило у параграфу 930а, по коме се сва права губе за двадесетчетири године, без обзира да ли су или нису уписана у јавним књигама, ако се за то време не реализују. У пракси ће се ретко догодити да хипотека застари независно од потраживања јер и потраживање према СГЗ застарева за двадесетчетири године. «Међутим сасвим је могуће да тражбина услед прекида застарелости давањем отплата не застари, а да хипотекарно право застари.»³⁰

³⁰ Л.Марковић, оп. цит. стр.529.

*Danica Popov, Ph.D., Full Professor
Faculty of Law Novi Sad*

Mortgage Development in Serbia, Specialty in Serbian Civil Code from 1844. year

Abstract

The history of Serbian mortgage law is not too long. The mortgage law began in first half of XIX century. The first Act about mortgage was The Intabulation Law from 1839. year. Mortgage is a right of lien on an immovable which autorhorises the creditor to seek satisfaction of his claim for the value of such immovable before of other creditors that do not have mortgage on it, as well as before creditors who have acquired mortgage on such immovable subsequent on him, irrespective of a contingent change of owner of the encumbered immovable. The mortgage was based on some rules. The mortgage is accessory rights. One of the basic features of a security right is its dependence on the claim. The mortgage creditor is entitled to request satisfaction of the claim from the value of immovable encumbered by mortgage, regardless of whether it is still in possession of the mortgage debtor or it has been convened into ownership of a third party. This The Intabulation Law is changed twice. For the first time in 1842 year, and second time in 1853. year. The lack of both changes was missing the principle of speciality. Principle of speciality marks the fact that a guarantee (security), may secure only a definite claim of one creditor and that the guarantee may exist only on a definite set of objects (assets). On one hand speciality of real security interest forbids securing an indefinite number of claims or an indefinite amount of claim, and, on the other, forbids the prospect of indefinite assets, or all assets of the debtor be subject of to such a security interest. This lack are eliminate in the new Intabulation Law from 1854. year, which was incorporated into Serbian Civil Code from 1844. year. The subject of this article is The Intabulation Law from 1854. year.

Key words: Mortgage, *accessorium sequitur principale.*, principle of speciality, *Prior tempore potior iure*, accessory rights, rank of mortgage, termination of mortgage.