

## **ЗАШТИТА ХИПОТЕКАРНОГ ДУЖНИКА ОД НЕПРАВИЧНИХ КЛАУЗУЛА\*\***

**Апстракт:** У условима капиталистичког привређивања хипотекарни кредит је један од основних извора средстава за задовољење савремених потреба човека (потреба за станом, пословним простором, производњом итд.) и основна "полуга" покретање привредног развоја друштва. У кредитном односу поверилац (зајмодавац, кредитор) привремено уступа куповну снагу слободних новчаних средстава дужнику (примаоцу кредита) који се обавезује да ће током одређеног времена вратити примљени новац и исплатити уговорену камату. Давалац кредита је у моменту закључења уговора о кредиту у економски и правно доминантној позицији и често намеће дужнику уговорне клаузуле које нису правичне. Зато законодавац мора да заштити хипотекарног дужника од неправичних клаузула које непотребно отежавају положај дужника. Такође, и судска пракса мора да реагује и поништи одређене клаузуле које су неправичне, иако нема изричите противзаконитости.

Тема нашег рада је анализа забрањених клаузула код уговора о хипотеци којима се штити положај економски и правно зависне уговорне стране – хипотекарног дужника. Такве клаузуле су: забрана уговарања да ће поверилац стећи својину без обзира на вредност ствари и износ дуга ако му дужник не плати дуг о доспелости (*lex commissoria*); да ће стећи својину по унапред одређеној цени на заложеној ствари (*pauper Marciانو*); да не може други пут да заложити предмет хипотеке до престанка прве по рангу залог; да не може да отуђи предмет хипотеке док траје залог; да не може да задржи ранг хипотеке након отплате дуга; да може да прода ствар мимо законом одређеног начина и друге.

**Кључне речи:** уговор о кредиту, хипотека, забрањене клаузуле.

---

\* lazic@prafak.ni.ac.rs

\*\* Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“ Правног факултета Универзитета у Нишу.

## 1. Увод

У тржишним условима капиталистичког привређивања које намеће сталну „глад за новцем“ кредит постаје један од основних извора средстава за задовољење разноврсних савремених потреба човека (од потреба за станом,<sup>1</sup> аутомобилом ... до инвестиционих кредита за покретање привредног развоја друштва). Кредит је институција којом поверилац (зајмодавац, кредитор) привремено уступа куповну снагу слободних новчаних средстава (изузетно робе или услуга) дужнику (примаоцу кредита) који се обавезује да ће након одређеног времена (краткорочни – до 5 или дугорочни – до 30 година) вратити примљени новац (односно робу или платити вредност услуге) и исплатити уговорену камату.

Кредит помера границе економског закона, омогућавајући да се може трошити не само оно што је зарађено, већ и очекивана зарада унапред добијена путем института зајма који је у основи кредита (Марковић: Хипотекарно право, 1911: 172). Кредит кроз облигациони однос омогућава симбиозу интереса лица које има вишак новца (зајмодавац, поверилац) и лица коме недостаје новац (зајмопримац, дужник). Даваоци кредита (зајмодавци), поред имовине дужника коју „чине“ и очекивани (што значи и неизвесни) приходи, захтевају додатне гаранције за враћање новца пласираног путем зајма и кредита.

Допунска средства обезбеђења потраживања се, уобичајено, деле на лична (уговорна казна, јемство и одустаница) и реална (капара, кауција, ручна залога и хипотека) (Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. Увод у грађанско право (2008: 391). У правној доктрини постоји и схватање о разликовању средстава обезбеђења потраживања чија је функција посебна или додатна могућност намирења повериоца и умањење ризика инсолвентности дужника, од средства учвршћења која служе да би се странке „навелеле да тачно изврше своју обавезу“, као што је уговорна казна или капара (Гамс, Увод у грађанско право, 2007: 208; Хибер-Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања 2015: 18).

Сви облици залогe су акцесорна права, непосредно повезана са потраживањем које обезбеђују. Зато се фактички положај повериоца у кредитном односу – његова предност и зависност дужника манифестују

---

1 Логичан одговор на дилему “зашто живети као подстанар и плаћати ренту, када за исту, или незнатно вишу, суму можете плаћати рату кредита за свој стан”, чини хипотекарни стамбени кредит најпривлачнијим правним институтом. Међутим, Сциле и Харибде код хипотекарног кредита могу довести до вишегодишње уплате рата кредита која се завршава трагично по дужника – продајом стана ради отплате преосталог дуга.

и на уговарање како услова кредитирања, тако и услова заложног обезбеђења. Повериоци своју предност, често прекомерно, користе да уговоре неке услове кредита и заложног права који су неправични и погоршавају положај дужника. Зато право, чија је функција, поред осталог, да води рачуна и о равнотежи интереса, треба да онемогући уговарање неправичних клаузула, било да су елементи уговора о хипотеци или уговора о кредиту, а најчешће су садржани у формално јединственом уговору о кредиту са хипотеком.

Хипотека осигурава правни положај повериоца са што мање фактичког терета по положај дужника, јер се заснива без лишавања власника државине заложене ствари, права коришћења и располагања хипотекованом ствари.<sup>2</sup> Хипотека због ове и других предности постаје најчешће уговорно средство обезбеђења дугорочног кредита.<sup>3</sup> У савременом праву хипотека је постала један од најважнијих и најсложенијих правних института, чији су улога и значај посебно велики у државама са развијеним тржишним условима привређивања, приватном својином и разгранатим системом кредитирања. Развој хипотекарног права је пропорционално условљен развојем економских и кредитних односа у једном друштву.

Иако је правни положај повериоца и дужника у уговорном односу формално једнак пре закључења уговора, правна једнакост је сразмерно мања фактичкој неједнакости дужника који тражи кредит у односу на повериоца који даје кредит. Штавише, поверилац је више „ограничен“ конкурентном понудом других поверилаца у тржишним условима, него правима дужника (конкуренција понуде банкарских производа). Међутим, ова конкуренција уме и да буде прилично неефикасна у трци за профитом, што је наше банкарско тржиште показало. Зато је неопходно предвидети што више правних правила која штите положај дужника још у фази заснивања поверилачко-дужничког и заложног правног односа. Чини се да је тада дужнику потребнија заштита, док је повериоцу потребнија у фази реализације права продаје предмета хипотеке и наплате потраживања.

Непосредна повезаност субјеката у главном облигационом и акцесорном хипотекарном односу указује на потребу да се заштита дужника од неправичних клаузула врши не само у хипотекарном правном односу,

---

2 Хипотека оптерећује само својинско овлашћење располагања, али га, као и код ручне залог, не искључује. Ручна залога апсорбује и право на државину и употребу ствари.

3 То је условило да се „формула“ хипотеке, развијана још од старогрчког права као бездржавинско заложно право на непокретним стварима, стално усавршавала и да се у савременом праву примењује и на залагање покретних ствари. Тако су настали и облици – хипотеке на броду и ваздухоплову, регистарска залога, али и идеја еурохипотеке као заједничка залога ЕУ која је у настајању.

већ и у облигационом кредитном односу повериоца и дужника. Због ограничености рада, тема нашег рада је, преваходно, заштита хипотекарног дужника од недозвољених клаузула у хипотекарном (заложном) односу. Ради разумевања суштине положаја хипотекарног дужника, најпре ћемо указати на основне карактеристике и положај субјеката хипотекарног односа; затим на реформу српског хипотекарног права и забрањене уговорне клаузуле.

## **2. Појам хипотеке и положај субјеката хипотекарног односа**

Хипотека је стварно право на туђој непокретној ствари које овлашћује хипотекарног повериоца да ради наплате доспелог новчаног потраживања прода хипотековану непокретност, без обзира у чијој се својини и државини ствар налази, и из добијене новчане вредности наплати своје потраживање (трошкови, камата и главница), пре обичних поверилаца и пре хипотекарних поверилаца са каснијим рангом. Сврха хипотеке је да додатно осигура принудну реализацију потраживања које дужник није испунио по доспелости, односно запао је у доцњу.

Хипотека (хипотекарни однос) је акцесорног карактера (споредно и несамостално право) које је у функцији обезбеђења тражбине (облигациони однос) као главног и самосталног права. Основна функција залог је обезбеђење потраживања (обезбеђујућа функција). У правно-економској теорији се говори и о другим функцијама заложног права, попут: функције прибављања кредита, функције растерећења професионалних поверилаца (даваоца кредита) и функције олакшавања рефинансирања кроз секундарно тржиште које важи посебно за хипотеку (Хибер/Живковић, 2015: 28).

Обезбеђење хипотеком гарантује додатну и сигурнију могућност наплате од имовинске одговорности дужника која паралелно постоји у корист повериоца. Хипотекарни кредит омогућава обезбеђивање средстава за грађане и привреднике тако што се својина на зградама и земљишту као „замрзнута ликвидност“ активира ради добијања кредита. Хипотекарни кредит врши улогу „мобилизатора“ вредности имовине и покретачка је „полуга“ развоја друштва, како на макроекономском (привредни развој, инвестиције, запосленост...), тако и на микроекономском плану (стамбена изградња).

Хипотекарно-правни однос је грађанско-правни однос између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника, односно однос између повериоца тражбине који стиче условно право располагања својином на хипотекованој ствари и власника заложене ствари. Потраживање које се обезбеђује

залогом може настати из одобреног кредита, преузетог пословодства без налога, накнаде штете и сл. (Stanković, Orlić, Стварно право, 1989: 87. Закључак са саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења ВСС, новембар, 1993). Хипотекарни поверилац и хипотекарни дужник могу бити сва физичка и правна лица. Хипотекарни поверилац је уједно и поверилац потраживања чије се извршење обезбеђује хипотеком, тако да је увек субјекат оба правна односа (облигационоправног и стварноправног). Хипотекарни дужник је власник хипотековане непокретности и најчешће је и дужник потраживања. Међутим, у случају када је власник предмета хипотеке треће лице, онда је он реални дужник, а дужник из облигационог односа је лични дужник. Лични дужник гарантује заложном повериоцу за исплату дуга својом имовином. Реални дужник је обавезан да трпи намирење потраживања само из вредности предмета хипотеке. Само власник или овлашћено лице могу оптеретити право својине, односно заложити ствар<sup>4</sup>. За залагање ствари хипотекарни дужник мора бити пословно способно лице, као и за пренос својине (потпуна пословна способност).<sup>5</sup>

Основно право заложног повериоца код свих облика залог је право намирења потраживања путем продаје предмета залог ради уновчења и наплате потраживања.<sup>6</sup> Право намирења потраживања из вредности предмета хипотеке не искључује имовинску одговорност дужника (Bauer, 1970: 28; Demeelius, 1897: 167; Soergel, Siebert, 1968: 668 (komentar uz § 1147 BGB); Marković, 1911: 172). Заложни поверилац може користити оба захтева, облигационоправни – који је уперен према имовини дужника, и стварноправни – који је усмерен према заложеној ствари. При томе се ова два начина намирења тражбине не искључују међусобно, нису алтернативни, нити је утврђен редослед њихове примене.

---

4 Сувласник може оптеретити хипотеком свој идеални део на непокретности, али целокупни објект сусвојине могу оптеретити само сви сувласници сагласно.

5 Француско право предвиђа “да сваки субјекат који није пословно способан да добро отуђи непосредно, не може то учинити ни посредним путем – залагањем”, а што је последица чињенице да је залагање један “корак ка отуђењу” (čl. 2124 CC). Немачко право допушта, изузетно, оптерећење туђег права својине на непокретности у оквиру прописа о савесном стицању (§ 891, 892 NGZ).

6 У првој, “статичној” фази, хипотека само мотивише дужника да испуни обавезу из облигационог односа да би избегао продају заложене ствари. Тек уколико “психолошки” притисак хипотеке остане без ефекта, хипотекарни поверилац може, у *другој*, “динамичној” фази, намирити потраживање продајом хипотековане непокретности. У фази реализације хипотеке дужник осећа сву њену моћ и бива развлашћен. Крилатица: *in cauda venenum* – у репу отров, највише одговара дејству хипотеке.

Право намирења је појачано *правом следовања и правом првенства*. Право следовања омогућава хипотекарном повериоцу да наплати потраживање продајом предмета хипотеке без обзира у чијој се својини и државини ствар налази у моменту реализације хипотеке<sup>7</sup>. Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате пре обичних поверилаца, осим у погледу тзв. привилегованих потраживања и пре хипотекарних поверилаца са каснијим рангом.

### 3. Реформа хипотеке у Србији

Афирмација хипотеке у праву Србије одвијала се паралелно са процесом друштвених реформи усмерених ка напуштању социјалистичког уређења и орјентацији ка развоју тржишне привреде, приватизацији ради доминације приватне својине и развоју финансијског тржишта и система кредитирања. Интересовање страних финансијских институција за реформом финансијског тржишта и хипотекарног права је побуђено чињеницом да је у Србији, још у социјалистичком периоду, постојао велики број грађана са својином на непокретностима. Тај велики кредитни потенцијал требало је искористити за пласирање слободних новчаних средстава страних финансијских инвеститора ради остваривања профита, уз задовољавање потражње за кредитима наших грађана. Стране банке као повериоци су желели ефикасно средство обезбеђења потраживања у погледу извесне, брзе и једноставне наплате. Зато се приступило реформи хипотекарног права запостављеног у социјалистичком систему и стварању инструмената за функционисање финансијског тржишта.

Доношењем Закона о хипотеци<sup>8</sup> (у даљем тексту: ЗХ), Република Србија је извршила прву потпуну регулативу хипотекарног права (65 чланова). Најзначајне новине у Закону о хипотеци су:

– Хипотека настаје укњижбом хипотеке у јединствену евиденцију непокретности – катастар<sup>9</sup> (у прелазном периоду и уписом у земљишне

---

7 Хипотекарни поверилац има право првенствене наплате и у случају стечаја дужника, а хипотека следи хипотековану ствар све до престанка хипотеке или пропасти ствари. То хипотеку чини једним од најсигурнијих средстава обезбеђења.

8 "Сл. гласник РС", бр. 115/2005 и 60/2015. Закон о хипотеци је ступио на снагу 4. 1. 2006. године, а примењује се од 25. фебруара 2006. године, на хипотеке засноване по овом закону, осим ако се уговорне стране споразумеју да се примењује и на раније засноване хипотеке (чл. 64).

9 Законом о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, "Сл. гласник РС", бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96 – испр., 34/2001 – др. закон, 25/2002 и 101/2005.

књиге). Поред тога, установљен је још један електронски регистар – Централне евиденције хипотека, као јединствена и јавна електронска база података у коју се уносе хипотеке уписане у надлежни регистар непокретности. Овом евиденцијом је уведен додатни и јединствени начин публикувања свих хипотека, поред уписа у катастар и земљишне књиге, што је требало да појача правну сигурност до успостављања јединствене и ажурне катастарске евиденције. Републички геодетски завод који је водио ову евиденцију није био одговоран за тачност и потпуност уписаних података. Према моменту уписа хипотеке у катастар се утврђује ранг хипотеке, остварује се њен публицитет и обезбеђује правна сигурност хипотекарног повериоца и трећих лица. Упис у Централни регистар има декларативни значај и њиме се омогућавало стварање јединствене евиденције свих хипотекарних права на нивоу Србије. Како је превазиђена потреба за додатном Централном евиденцијом, најновијим изменама ЗХ из 2015. г. укинута је Централна евиденција хипотека брисањем чл. 57–62<sup>10</sup>.

– Проширен је и прецизиран предмет хипотеке. Начелно, предмет хипотеке могу бити непокретне ствари које се налазе у правном промету (које се могу уновчити) и о којима се воде јавни регистри. Предмет хипотеке не могу бити права на непокретностима која се не могу уновчити, као личне службености (непреносиво право), стварне службености (акцесоријум повласног добра), или право прече куповине (неотуђива правна моћ без реалне вредности). По Закону о хипотеци, предмет хипотеке или заједничке хипотеке, може да буде: 1) непокретна ствар (земљиште и грађевински објекат); 2) део непокретне ствари који је одлуком или споразумом о деоби утврђен као својина одређеног лица; 3) удео сувласника на непокретној ствари (за установљавање хипотеке на сусвојини није потребна сагласност осталих сувласника, јер се удео налази у правном промету); 4) посебан део зграде на коме постоји право својине (стан, пословна просторија, гаража, гаражно место и др.); 5) право на земљишту које садржи овлашћење правног располагања (право грађења, право прече градње, право располагања непокретностима у државној, односно друштвеној својини); 6) објекат у изградњи (нпр. започета кућа), као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословна просторија или гаража у започетој згради), под условом да је издато правоснажно одобрење за градњу.

Новина је омогућавање залагања неизграђених објеката и права располагања на земљишту. Објекат у изградњи, правно посматрано, не постоји, а зграда постаје ствар и објекат права својине тек када се за њу добије употребна дозвола, па не може бити раније ни објект хипотеке.

---

<sup>10</sup> Чл. 28 Закона о изменама и допунама Закона о хипотеци који се примењује од 16. јула 2015. г.

Објекат у изградњи је саставни део земљишта на коме се гради и само земљиште може бити објект хипотеке. У нашем праву, земљиште и зграда најчешће нису објект јединственог права који припада истом власнику већ, најчешће, постоји режим државне својине на градском грађевинском земљишту на коме власник зграде има право коришћења. Законодавац је покушао да привремено реши овај проблем омогућавањем залагања објекта у изградњи. Практично, предмет залагања је дозвола за градњу и започети објект. У урбаној градњи, дозвола има значајну вредност, што зависи и од локације, плана, рока важења, али је највише везана за земљиште на коме се стиче право грађења и својинског облика на земљишту. Ова могућност није дала очекиване резултате и сматрамо да је треба укинути, а свакако ће након конверзије права коришћења на градском грађевинском земљишту у право својине бити сувишна.

– Права у случају смањења вредности непокретности су прецизно регулисана, тако да хипотекарни поверилац има право да захтева забрану одређеног понашања, право приступа непокретности, укључујући и улазак у непокретност без обзира ко се у њој налази (власник, закупац, плодуживалац и др.) ради контроле одржавања, ако је то уговорено или је заснована по чл. 15 ЗХ; пружање додатног обезбеђења, а под одређеним условима и наплату целокупног потраживања пре доспелости (чл. 18 ЗХ) и др.

– Уведено је право хипотекарног дужника да задржи ранг хипотеке након отплате дуга, односно могућност да се спречи клизање ранга у корист каснијег хипотекарног повериоца (Лазић, М., Ранг стварних права, 2002: 230). Клизећи ранг је неправичан за дужника јер побољшава положај каснијег хипотекарног повериоца без одговарајуће накнаде. Ова новина је значајна за дужника, али даје ефекат тек на развијеном хипотекарном тржишту. У нашем праву повериоци углавном захтевају конституисање хипотеке са првим рангом, а вишеструко залагање је реткост.

– Повериоци желе ефикасно средство обезбеђења потраживања не само у погледу сигурности наплате, већ и у погледу брзе и једноставне наплате (Лазић, М., Предности и недостаци хипотеке као средства обезбеђења потраживања, 1995: 131). Зато је новим Законом о хипотеци поједностављен поступак продаје непокретности и наплате потраживања, а посебно увођењем вансудске продаје. Вансудска продаја смањује формализам и зато се протежира у пракси, а била је и предмет најнових измена ЗХ.

– Најзад, у овом раду се бавимо забраном неправичних клаузула, од којих су неке постојале и у ранијем законодавству, али су у ЗХ прецизније регулисане и биће предмет разматрања у наставку рада.



#### **4. Забрањене клаузуле у хипотекарном односу**

Хипотека је субјективно право које свом титулару условно даје овлашћење располагања својином на туђој ствари ради наплате потраживања, а истовремено не искључује непосредну правну власт власника, већ је само сужава – пренос својине је могућ само са теретом залог. Уговорна хипотека је најчешћи облик хипотеке у правној пракси. То је последица чињенице да хипотека служи обезбеђењу потраживања углавном насталог из уговора о зајму, односно кредиту. У хипотекарном праву карактеристична је забрана клаузула којима се ремети равнотежа интереса субјеката у моменту настанка заложног односа. Слобода уговарања је допуштена тек након доспелости потраживања, на основу накнадног писменог споразума о реализацији залог.

Уговорна слобода је фактички подложна наметању услова економски јаче стране, а то је поверилац код кредитног односа. Неправичне уговорне одредбе могу бити наметнуте како у облигационом односу код уговарања кредита (валутне клаузуле, променљива камата итд.), тако и у стварноправном односу код уговарања обезбеђења хипотеком на одређеној непокретности. Ова два уговора и односа, по правилу, настају истовремено и међусобно су условљена. Облигациони однос као главни је *ratio* настанка заложног односа као акцесорног.

Тема нашег рада су забрањене клаузуле које се односе на заложноправни однос. Законом је забрањено уговарање одређених клаузула у заложном односу, али је правна пракса показала да побројане забране нису довољне, па је судска пракса, реагујући по захтеву дужника, прогласила незаконитим још неке уговорне одредбе. Најпре ћемо анализирати законом забрањене клаузуле, а затим и остале које се појављују у правној пракси заложног права, а посебно хипотекарног права.

##### **4.1. Законом забрањене клаузуле код уговора о хипотеци**

Законске забране се односе на флагрантне повреде уговорне слободе којим се дужнику приликом узимања кредита, као економски зависној страни, од повериоца намећу по њега неповољне уговорне одредбе.

*Законом о хипотеци предвиђено је да су ништаве одредбе у уговору о хипотеци на основу које, ако дуг не буде исплаћен о доспелости<sup>11</sup>:*

„1) поверилац може да прода непокретност супротно одредбама овог закона;

---

11 Видети чл. 13 Закона о хипотеци.

*2) непокретност по неодређеној или унапред одређеној цени прелази у својину повериоца или трећег лица.*

*Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које поверилац има право да употребљава предмет хипотеке, односно да прибира плодове које даје предмет хипотеке.*

*Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца“.*

Анализом наведене одредбе чл. 13 ЗХ, долазимо до следећих забрањених клаузула:

### **а) Уговарање продаје на начин који није регулисан Законом о хипотеци**

Традиционално прихваћено начело официјелности захтева да се хипотека реализује на законом предвиђен начин, што је некада значило једино судску продају у извршном поступку. Тај начин продаје непокретности и данас постоји по закону<sup>12</sup>, али је у пракси постао повериоцима скуп и спор, тако да се тежило проналажењу ефикаснијег начина продаје хипотековане непокретности која је најнеизвеснија фаза у реализацији права намирења. Зато, Закон о хипотеци знатно поједностављује поступак продаје ствари предвиђањем, поред судске продаје, могућности уговарања и вансудске продаје непокретности. Тиме се „клатно“ (не)равнотеже помера од дужника ка повериоцу, што је својствено капиталистичком финансијском тржишту које је код нас успостављено током протеклих петнаестак година.

Иако сада мање треба очекивати покушај повериоца да наметне другачију продају, ова забрана је и даље корисна. Она штити дужника од несавесног повериоца који може да покуша да уговори продају непосредном погодбом или на други поједностављени начин који би довео до угрожавања интереса хипотекарног дужника, односно омогућио продају заложене ствари испод тржишне вредности.

Начело официјелности и регулатива поступка извршења управо служи да води рачуна о равнотежи интереса колико је то могуће у фази реализације принудне продаје као најопаснијем „репу залогѐ“. Функција је да се онемогући продаја непокретности испод утврђене вредности.

---

12 Закон о извршењу и обезбеђењу, “Сл. гласник РС”, бр. 31/2011 и 99/2011 – др. закон.

### **б) Пренос својине на хипотекованој ствари повериоцу без накнаде вредности власнику ствари**

Оваквом одредбом се предвиђа да у случају неисплате дуга обезбеђеног залогом, предмет залогe прелази у својину заложног повериоца, без обзира на вредност ствари и висину неисплаћеног дуга. Ради се о познатој комисорној клаузули (*lex commissoria*) која води губитку својине на заложеној ствари, без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени досадашњем власнику.

Уговарање комисорне клаузуле, традиционално<sup>13</sup>, није допуштено из следећих разлога:

- Код обезбеђења хипотеком, вредност предмета хипотеке је уобичајено виша од износа потраживања чијем обезбеђењу служи још у фази настанка (25% до 50%)<sup>14</sup>. Поред тога, када дужник западне у доцњу, део дуга је најчешће већ отплаћен тако да се ова разлика повећава. Теоријски, примена ове клаузуле би била могућа и само због једне неисплаћене рате несолвентног дужника. Комисорна клаузула би омогућила стицање несразмерне користи и оштећење интереса хипотекарног дужника;
- Уговарање комисорне клаузуле користило би хипотекарном повериоцу са првенственим рангом. Остали хипотекарни повериоци не би могли да реализују хипотеку;
- Допуштање комисорне клаузуле би, практично, искључило могућност вишеструког залагања исте ствари;

Забрана уговарања комисорне клаузуле је општеприхваћена у савременом праву.<sup>15</sup> Уговарање комисорне клаузуле је забрањено само до момента доспелости потраживања обезбеђеног залогом. Након доспелости потраживања може се слободно уговорити пренос својине уместо испуњења ако то није на штету трећих лица, јер више нема потребе за заштитом дужника од ове одредбе. Ако је ствар заложена за више потраживања код

---

<sup>13</sup> У римском праву је ова клаузула, првобитно допуштена, касније забрањена због "свирепости последица које је производила према заложном дужнику" (*imp. Constantis A.ad. populum, god. 326 – С. 8, 343*). *Lex commissoria* је била забрањена § 843. Српског грађанског законика и чл. 214, ст. 2 и чл. 190 ОИЗ за Црну Гору.

<sup>14</sup> Управо су несигурни *sub-prime* кредити у америчком праву занемарили ова пословна правила што је касније, уз несигурност солвентности дужника, довело до немогућности отплате дуга и дужничке кризе.

<sup>15</sup> Чл. 2083 СС и чл. 93 ал. 4 Трговачког законика Француске; Чл. 816, ст. 2 и 894 ZGB; § 1229 BGB и чл. 1239 Грчког грађанског законика; Чл. 1963 италијанског СС.

различитих поверилаца, за пуноважно уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања у корист једног повериоца потребна је сагласност осталих хипотекарних поверилаца.

### **в) Пренос својине повериоцу по унапред одређеној цени**

Оваква одредба предвиђа да у случају да дужник западне у доцњу са отплатом кредита, поверилац стиче право својине на хипотековану ствар по унапред утврђеној цени. Позната је и као *patto Marciano*, тј. марцијански пакт (Рашовић, 1991: 37). Овде се, практично, ради о условној продаји предмета залоге заложном повериоцу по унапред одређеној цени. Код марцијанског пакта је губитак за заложног дужника наизглед “пропорционалан гарантованом дугу” (Bianca, 1957: 712; Messineo, 1959; преузето од Рашовић, 1991: 249), а хипотекарни поверилац као купац има обавезу само на исплату вишка вредности ствари у односу на износ потраживања.<sup>16</sup> С тог гледишта она делује знатно правичније од комисорне клаузуле.

Међутим, познато је да приликом одређивања вредности хипотековане ствари у моменту залагања важи налаз вештака кога ангажује поверилац – банкарски стручњак, па то може довести у питање праву процену вредности. Као што је могуће незнатно повећање вредности непокретности ако је то у интересу даваоца кредита (пример из америчке праксе пре настанка финансијске кризе), тим пре је могуће и смањење вредности како би се појачала сигурност залоге, али и стекла несразмерна корист ако дође до фазе реализације. Дужник се због економског интереса и зависности не може успротивити процени вредности, већ једино одбити кредит по принципу „узми или остави“. Поред тога, чак и када је процена реална, изиграва се основна сврха кредита и залоге – да дужник стекне и задржи својину на непокретности, а не да изгуби. Поред тога, поверилац би, чак и када има другу могућност намирења, могао користити ову клаузулу.

Закон о хипотеци је овакву могућност допустио након доспелости потраживања, на основу накнадног писменог уговора хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника.

### **г) Уговарање права коришћења хипотековане ствари**

Овом клаузулом се уговара право хипотекарног повериоца да користи хипотековану ствар до отплате дуга. Право коришћења може бити

---

<sup>16</sup> У нашем праву, ова забрана је била предвиђена још § 843 СГЗ. Општи имовински законик за Црну Гору није је изричито регулисао, али она произлази из општих одредби (чл. 180, 181, 214). По ЗОСПО била је забрањена одредбом чл. 69.

непосредно – употребом ствари и/или прибирањем плодова. Али, може се радити и о посредном коришћењу, нпр. издавањем ствари у закуп трећем лицу. Како ће се приходи од ствари рачунати повериоцу (као поклон, отплата камате или отплата главнице) је ствар „договора“ чије би услове наметао поверилац. Зато је њена забрана оправдана.

Такође, допуштање коришћења хипотековане ствари је неспојиво са суштином хипотеке, да она омогућава да власник предмета хипотеке задржава право на државину, коришћење и располагање хипотекованом ствари, поред осталог и ради лакше отплате дуга. Штетна је и јер би лишила дужника искључиве државине и срушила концепт хипотеке као бездржавинске залог.

Позната је и као забрана антихретичне клаузуле (*pactum antichretium*) и традиционално је забрањена у заложном праву. Антихретична клаузула подразумева право хипотекарног повериоца да употребљава и прибира плодове са заложене ствари ради наплате потраживања. Уговарање антихретичке клаузуле је, изузетно, допуштено код уговора о залози на броду.

Такође, у правној пракси постоје случајеви изигравања ове клаузуле. Тако, хипотекарни дужник може хипотековану ствар дати у закуп хипотекарном повериоцу уз цесију закупнине у корист закупопримца и њено пребијање са потраживањем или конституисати плодуюживање повериоцу на хипотекованој ствари до исплате потраживања. Али, овде се већ ради о изигравању императивне норме, па се такав уговор може поништити.

#### **д) Забрана отуђења и/или оптерећења предмета хипотеке**

Одредба да хипотекарни дужник не може да отуђи предмет хипотеке док траје залога је недопуштена. Концепт бездржавинске залог је своју предност засновао на могућности дужника да своју ствар користи ради лакше отплате дуга, али и могућност да је отуђи. Сигурност повериоца је обезбеђена уписом у јавни регистар и правом следовања предмета хипотеке. Отуђење ствари ни на који начин не спречава могућност реализације хипотеке продајом ствари и наплатом потраживања.

Такође, забрана дужнику да предмет хипотеке оптерети, закупом, плодуюживањем, новом залогом и сл., нема правно дејство према првенственом хипотекарном повериоцу, па је не треба допустити.

#### **4.2. Забрањене клаузуле из правне праксе**

Законска забрана одређених клаузула није довољна. Показало се да даваоци кредита уговарају и одређене одредбе које нису изричито забрањене, али су противне добрим обичајима и суштини заложног права произашлој из функције обезбеђења и дејства права следовања и права првенства.

У нашој правној пракси као недопуштене, установљене су и следеће клаузуле:

*а) Клаузула о забрани хипотекарном дужнику да задржи ранг хипотеке након отплате потраживања.*

У Закону о хипотеци су предвиђене три могућности дужника за задржавање постојећег ранга и преноса на новог повериоца (чл 53, 55 и 56 ЗХ). У чл. 54 ЗХ је предвиђено да „одрицање власника од права на располагање неисписаном хипотеком не производи правно дејство, осим ако се:

- власник уговором обавезе према трећем лицу, а нарочито према хипотекарном повериоцу са доцнијим редом првенства, да ће у његову корист захтевати испис одређене хипотеке;
- и у регистар непокретности упише забележба такве обавезе код те хипотеке“.

Оваква могућност се унапред уговара и подразумева одређене погодности за хипотекарног дужника. Међутим, питање је да ли дужник може да се „избори“ за те погодности код повериоца који одређује услове кредита.

Такође, чл. 54 ЗХ предвиђа да хипотекарни повериоци са доцнијим редом првенства хипотека:

- не могу да се противе упису новог хипотекарног повериоца на упражњено место неисписане хипотеке;
- не могу да задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе.

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. Хипотекарни повериоци са каснијим рангом уговарају ову клаузулу како би након отплате ранијег дуга са првенственом хипотеком обезбедили стицање повољнијег ранга и побољшали положај без накнаде. Оваква клаузула је противна Закону о хипотеци.

*б) Уговорна одредба да хипотекарни дужник не може други пут да заложити предмет хипотеке до престанка прве по рангу залог.*

Ова одредба је варијација забране располагања хипотекарног дужника предметом хипотеке која изричито није допуштена, јер је и залагање облик располагања. Клаузула је неправична јер први по рангу хипотекарни поверилац има право првенства у наплати потраживања.

*в) Непримерени разлози превременог стицања права на намирење, односно превремене доспелости потраживања.*

Тако, посебну пажњу скреће недавно објављена информација о покушају банке да уговори одредбу да ће „непримерено понашање хипотекарног дужника као клијента у просторијама банке, ометање службеника у раду и ремећење пословног процеса и сл., представљати разлог за једностранни раскид уговора о кредиту уз право на активирање продаје предмета хипотеке“<sup>17</sup>.

Јавни бележник је исправно одбио да изврши оверу заложне изјаве са оваквом одредбом. Оваква нејасна одредба може различито да се тумачи и свакако не треба да буде разлог за раскид уговора. Непримерено понашање може бити предмет других санкција, али не треба да буде разлог за раскид уговора о кредиту и превремену наплату дуга.

*г) У нашој пракси постоји наметање непотребних клаузула и од стране државе, иако је као поверилац довољно осигурана.*

Тако, Влада РС, Програмом за стамбену изградњу, наметала је обавезу банци да у сваки појединачан уговор о кредиту унесе и одредбе о забрани издавања у закуп до отплате кредита и забрану отуђења некретнине у првих пет година отплате кредита, за непокретности чија се куповина кредитира из средстава банке и буџета РС и забрану додатног оптерећења или умањења вредности заложене непокретности до коначне отплате кредита и док је хипотека првог реда установљена у корист банке и РС.<sup>18</sup>

Иако се овим желела спречити злоупотреба код коришћења средстава из овог фонда, сматрамо да је то требало учинити без ових клаузула. Штавише, сматрамо је ништавом клаузулом, јер се подзаконским актом не може мењати законом установљена садржина залог.

---

17 В., <http://www.bgnekretnine.net/blog/neverovatna-klauzula-podviknes-u-banci-i-ode-stan-na-dobos>

18 Вид. Програм Владе РС од 23. јула 2007, [http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna\\_korporacija\\_za\\_osiguranje\\_stambenih\\_kredita\\_1/Program\\_Vlade\\_Republike\\_Srbije.html](http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html)

За очекивати је да се у правној пракси појаве и друге клаузуле које су противне суштини хипотекарног права, па је неопходно да судови пруже адекватну заштиту дужницима применом одредби 300 о делимичној ништавости. Приликом одлучивања треба водити рачуна о суштини заложног права и његовој основној функцији.

## 5. Закључак

Тек са развојем привреде, стабилности економских токова и повећања стандарда грађана, с једне, односно дејством конкуренције на тржишту кредита и прописа о банкарском пословању којима ће се по угледу на европске државе штитити клијенти, са друге стране, може се успоставити основна функција “хипотекарних” кредита – развој привредног пословања и омогућавање квалитетнијег живота грађана.

У фази изградње тржишне привреде и финансијског тржишта, државне институције и законодавац треба да пруже одговарајућу заштиту грађанима и привредним субјектима као дужницима од неправичних уговорних одредби.

У раду смо указали на законом забрањене клаузуле и на клаузуле чију је недопуштеност установила судска пракса, било да су варијација законске забране или су противне суштини и функцијама залогe.

## Литература

- Bianca, M. (1957). *Patto commissorio, Novissimo Digesto Italiano*, Milano
- Demeelius, E. (1897). *Das Pfandrecht and beweglichen Sachem nach osterreichischen bürgerlichen Recht*, Wien
- Гамс, А. (1997). *Увод у грађанско право*, Београд
- Хибер, Д. Живковић, М. (2015). *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2008). *Увод у грађанско право*, Ниш, Пунта
- Ковачевић Куштримовић, Р. Лазић, М. (2009). *Стварно право*, Ниш, Пунта
- Messineo, F. (1959). *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano
- Рашовић, З. П. (1991). *Заложно право на покретним стварима*, д. дисертација, Правни факултет у Београду, Београд



Bauer, F. (1970). Lehrbuch des Sachenrechts, MÜSoergel, B. – Siebert, W. (1968), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, (komentar uz § 1147 BGB)

Марковић, Л., (1911). Хипотекарно право, Београд

Лазић, М. (1994). Садржина хипотеке, маг. рад, Ниш, Правни факултет Универзитета у Нишу

Лазић, М. (1995/5-6). Предности и недостаци хипотеке као средства обезбеђења потраживања, Правни живот, Београд

Лазић, М. (2009). Права реалног обезбеђења, Ниш, „Пунта“

Лазић, М. (2002/10). Ранг стварних права, Правни живот, Београд

Станковић, О, Орлић, М., (1989). Стварно право, Службени лист СРЈ, Београд

Закључци са саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења ВСС, новембар, 1993

**Miroslav Lazić, LL.D.**

*Full Professor,*

*Faculty of Law, University of Niš*

## **PROTECTION OF THE MORTGAGE DEBTOR FROM UNFAIR CLAUSES**

### **Summary**

*In the circumstances governing the capitalist economy, a mortgage loan is one of the basic financial instruments for satisfying man's needs (housing, business premises, production, etc) and the basic incentive for economic development of the society at large. In creditary relations, the creditor (mortgagee) temporarily cedes the purchasing power of available funds to the debtor (mortgagor), who is obliged to return the received funds by due date and pay the agreed interest rate. At the time of contracting the loan agreement, the creditor has a dominant economic and legal position, which enables him to impose some unfair contractual clauses onto the debtor. For this reason, the legislator must protect the mortgage debtor from the unfair clauses unnecessarily aggravating the debtor's position. The courts are also obliged to react and repeal the unfair contractual clauses even though they may not be explicitly illegal.*

*In this paper, the author analyses the contractual clauses which are prohibited in mortgage agreements; their prohibition is aimed at protecting the mortgage creditor as a legally and economically dependant contracting party. These clauses are: the clause prohibiting the creditor to acquire ownership of the mortgaged property irrespective of its actual value and the debt amount in case of debtor's default (*lex commissorio*); the clause prohibiting the creditor to acquire ownership of the mortgaged property on the grounds of the formerly determined price (*pactum Marciano*); the clause prohibiting the debtor to mortgage the property again before the first ranking mortgage is deleted from the mortgage register; the clause prohibiting the debtor to sell the mortgaged property as long as it is encumbered by a mortgage; the clause prohibiting the debtor to retain the mortgage rank after the debt has been paid; the clause prohibiting the creditor to sell the mortgaged property in a manner which is inconsistent with the prescribed legislation, and others.*

**Key words:** *mortgage loan, mortgage, prohibited clauses.*