

*Александра Павићевић, асистентки
Универзитет у Крајеву
Правни факултет у Крајеву*

НАЧЕЛА ЗЕМЉИШНОГ ДУГА КАО РЕАЛНОГ СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА

Сажетак: Предмет рада представља анализа институција земљишног дуга као афирмисаног неакцесорног средства реалног обезбеђења првенствено у немачкој регулативи, као и у швајцарској, у нешто измењеној „конструкцији“. Компаративном анализом карактеристика овог стварног права аутор истиче сличности и разлике земљишног дуга у односу на сродне врсте права, нарочито у односу на хипотеку, као најсличније право, из групе заложних права. С обзиром да је Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006. предложено увођење реалног дуга (земљишног дуга) и у право Србије, аутор у раду сагледава предности и недостатке овог институција, у циљу вредносне оцене. Као суштинску разлику у односу на заложно право, аутор утврђује својство неакцесорности земљишног дуга и вишефункционалну намену (насутој залози као сирото обезбеђујућем праву). Аутор се залаже за увођење земљишног дуга у српско право *de lege ferenda*, као неакцесорног реалног средства обезбеђења *sui generis* у улози функционалне дојуне акцесорне хипотеке предложеног будуће стварног права Србије.

Кључне речи: обезбеђујући и изоловани земљишни дуг, начела заложног права, неакцесорности, квазиакцесорности, ајспракности

1. УВОД

Прелазак на тржишно оријентисану привреду, подстакао је законодавце многих земаља на преиспитивање постојећих националних модела права обезбеђења на непокретностима, како би се задовољиле новонастале потребе кредитне праксе. Хипотека се до сада доказала као најважније право обезбеђења потраживања, међутим, принцип акцесорности хипотеке

модерним тржиштима представља велику сметњу,¹ која видно смањује њену прометну способност.² Отуд све више европских правних система уводи нове облике реалног обезбеђења на непокретностима³, с циљем да „исправе“ основни недостатак хипотеке у савременим условима. Земљишни дуг је неакцесорно средство обезбеђења које традиционално регулише немачко право,⁴ док у швајцарском праву постоји као рентно писмо⁵. Интересантно је поменути да је словеначки законодавац у Стварноправном закону из 2002. регулисао земљишни дуг као једно од стварних права обезбеђења потраживања (*Zemljiški dolg*)⁶, да би каснијим изменама законика⁷ дошло до укидања ових одредаба. Учени недостаци хипотеке и предности земљишног дуга, намећу питање потребе за увођењем овог специфичног средства обезбеђења и у домаћем праву.⁸ Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије из 2006, који оличава будуће српско право, регулисан је *реални дуџ* као неакцесорно средство обезбеђења.

С обзиром на комплексност института о коме је реч, наш предмет истраживања у овом раду биће ограничен само на један његов сегмент. *Формулисање начела земљишног дуџа* представља основни циљ нашег рада, а да бисмо до њега дошли неопходно је претходно одговорити на неколико питања: 1) која су *обележја* института земљишног дуга у позитивним регулативама у упоредном праву? 2) која од тих обележја су *заједничка* са заложним правом као «сродним»; 3) која обележја земљишног дуга су *особена*? 4) која од тих посебних својстава представљају *йредности* земљишног дуга у односу на акцесорну хипотеку, а која недостатак? На основу тога, покушаћемо да одредимо земљишни дуг као неко од следећих права: 1) особену врсту заложног права; 2) неко друго право обезбеђења потра-

¹ Nikola Gavella, „Uloga hipoteke u osiguranju vjerovnika i aktiviranju dužnikove imovine“, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 7-8/95, 537.

² Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj, Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb 1998, 732.

³ Стварноправни законик Словеније - СПЗ “*Урадни листи Републике Словеније*“ 87/2002

⁴ Немачки грађански законик - НГЗ (internet adresa: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/), 12. 02. 2014.

⁵ Швајцарски грађански законик - ШГЗ (internet adresa: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>), 10. 01. 2014.

⁶ Земљишни дуг је био регулисан у чл. 192-200 Стварноправног законика Словеније - СПЗ “*Урадни листи Републике Словеније*“ 87/2002

⁷ Закон о спремембах Стварноправнега законика – SPZ-A (Uradni list RS, št. 91/13 z dne 5. 11. 2013).

⁸ Милош Живковић, „О увођењу тзв. неакцесорних заложних права на непокретностима у право Србије“, *Зборник радова Актуелна йишања грађанске кодификације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу 2008, 195.

живања или 3) ново ограничено стварно право (*sui generis*). Коначан циљ нашег рада је оцена оправданости увођења земљишног дуга у право Србије *de lege ferenda*, што је актуелно питање с обзиром на рад на кодификацији стварног права Србије који је у току, па се надамо да ће наше истраживање допринети постављању правног оквира овог института.

2. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗЕМЉИШНОГ ДУГА

Земљишни дуг⁹ се у правној теорији најсажетије одређује као: право да се из вредности оптерећене непокретности наплати одређена сума новца.¹⁰ Титулар овог права назива се *повериоцем земљишног дуга*,¹¹ лицем овлашћеним да захтева судску продају оптерећене непокретности у циљу *најлаише износа земљишног дуга*. Само на први поглед законско одређење земљишног дуга подсећа на одређење хипотеке,¹² чијом се реализацијом такође исплаћује износ новца „из некретнине“, али искључиво „ради намирења потраживања које повериоцу припада“.¹³ Земљишни дуг не зависи од потраживања јер је *неакцесоран*,¹⁴ „он из самог себе даје право на намирење из вредности земљишта“, тј. код њега је „право отуђивања непокретности – самосврха без икаквих предуслова“.¹⁵ Осим тога, за разлику од хипотеке, земљишни дуг не мора имати искључиво обезбеђујућу функцију.

На основу наведеног, земљишни дуг можемо дефинисати као *ограничено стварно право на иуђој (или сојсџвеној) нејокрејносџи неакцесорној каракџтера, које као средсџиво обезбеђења или у некој друђој функцији овлашћује џиђулара да џо њеђовој досџелосџи из вредносџи оџшерећене сџвари најлаиши одрећени новчани износ (износ земљишног дуга)*.

⁹ У преводу са немачког језика, *Grundschild* значи: „дуг који оптерећује земљиште“, R. Hansen – Kokoruš, J. Matešić, Z. Pečur – Medinger, M. Znika, Deutsch – Kroatisches Universalwörterbuch, Zagreb 2005.

¹⁰ Милош Живковић, „Хипотека и земљишни дуг“, *Промене стварног права у Србији, Мођуносџи реформе у оквиру реџионалног развоја у јуђосџочној Европи*, Београд, 2004.

¹¹ *Grundschildgläubiger*, § 1191 НГЗ.

¹² Упоредити параграфе: 1113. и 1191. НГЗ; „Хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој се својини непокретност налази.“ Чл. 2 Закона о хипотеци, «Сл. гласник РС», бр. 115/2005.

¹³ § 1113 НГЗ.

¹⁴ Т. Meyer, „Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* br. 3, Mostar 2005, 422; Душко Медић, *Ново стварно право Републике Српске*, Бања Лука 2011, 72.

¹⁵ Harry Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe 1960, 565.

3. НАЧЕЛА КОЈА СУ ЗАЈЕДНИЧКА ЗА ЗЕМЉИШНИ ДУГ И ЗА ЗАЛОЖНО ПРАВО

Поред начела која важе за сва стварна права,¹⁶ па и за земљишни дуг као једну њихову врсту, опште је мишљење да за овај институт важе и многа начела заложног права, поготово због бројних сличности које постоје између земљишног дуга и хипотеке. По нашем мишљењу, ово је могуће само уз модификацију њиховог значења, због чега ћемо покушати да утврдимо домаћај њихове примене код земљишног дуга.

Према најшире прихваћеном ставу у правној теорији¹⁷ могуће је издвојити најмање *четири начела заложног права*: акцесорности, официјелности, недељивости и специјалности,¹⁸ са различитим домаћајем у зависности од врсте заложног права.¹⁹ Разлике су утолико видније код земљишног дуга у односу на залогу као „класично“ право обезбеђења, а круцијална – у начелу неакцесорности, због чега ће ово својство земљишног дуга бити предмет наше посебне анализе.

1) *Начело специјалности*. Ово начело заложног права има двосмерно дејство: 1) заложним правом се обезбеђује само одређено потраживање заложног повериоца и 2) оно може постојати само на одређеној ствари, а не на свим стварима заложног дужника (забрана генералне хипотеке у модерном праву).²⁰ Ипак, постоје и одступања од начела специјалности залого: код обезбеђења условног и ороченог потраживања, односно код кауционе и кредитне хипотеке,²¹ а у извесном смислу одступање је и особина екс-

¹⁶ Једно од мишљења у правној теорији је да су одлике стварних права следеће: начело апсолутности, *numerus clausus*, начело публицитета и специјалитета. Вид. Драгољуб Стојановић, *Стварно право*, Крагујевац 1998, 2.

¹⁷ *Упор.* Martin Vedriš, Petar Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb 2004, 330. Ови аутори издвајају као пето начело заложног права: начело неодвојивости „заложног права од залого као свог објекта“.

¹⁸ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1996, 239-247; Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1971, 182; Д. Медић, *Заложно право*, Бања Лука 2002, 33; Нина Пљанојевић, *Стварно право у пракси*, Крагујевац 2012, 289; Илија Бабић, *Основи имовинског права*, Београд 2008, 288.

¹⁹ Нпр. у српском и неким другим правним системима је код хипотеке ограничена примена начела официјелности, с обзиром на могућност вансудског намирања. Видети: Закон о хипотеци, „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005, у даљем тексту ЗХ (Глава друга ЗХ регулише вансудски поступак намирања из хипотековане непокретности, што је новина уведена у српско право овим законом).

²⁰ А. Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1980, 138.

²¹ Кауциона хипотека постоји код заснивања хипотеке за обезбеђење потраживања чији је настанак неизвештан, а кредитна хипотека се уписује у јавне књиге за обезбеђење потраживања која је у укупном износу банка, на име кредита, одобрила дужнику, иако сви одобрени износи нису још искоришћени. О. Станковић, М. Орлић, *Стварно право*, 351.

тензивности хипотеке.²² Са друге стране, земљишни дуг је увек изражен у одређеном новчаном износу, конституисан на одређеној непокретности, уз означени рок доспелости. Ипак, његово конституисање не захтева ни означавање тражбине, ни њену индивидуализацију.²³ Стварноправно овлашћење уновчења се овде односи на *одређени износ земљишној дуџа – као самосталној љрава*, симболично исказано - хипотека мора да „позајми“ износ од главног потраживања, док земљишни дуг тај износ „носи у себи“.²⁴ Дакле, начело специјалитета заложног права важи и за институт земљишног дуга, уз једну корекцију: *износ земљишној дуџа - мора бити одређен, а не висина љошраживања* (које се њиме евентуално обезбеђује).

2) *Начело недељивости*.²⁵ Ово начело заложног права такође делује двосмерно: у односу на потраживање обезбеђено залогом и у односу на предмет залог.²⁶ У односу на предмет залог, недељивост подразумева да ствар као целина обезбеђује потраживање, чак и у случају њене поделе.²⁷ Право земљишног дуга у немачком праву обухвата непокретност у целисти: са свим њеним саставним деловима, плодовима и припацима,²⁸ на исти начин на који је регулисан и домашај хипотеке.²⁹ Докле год земљишни дуг постоји, он се односи на непокретност у целини, у несмањеном износу у односу на уписани.³⁰ Дакле, једина разлика у односу на недељивост хипотеке је *његов* недељиви износ, а не износ потраживања. Нацртом је ипак омогућено одступање од начела недељивости: ако се подели оптерећена непокретност, реални дуг наставља да постоји као заједнички на свим новонасталим непокретностима, осим ако је другачије уговорено.³¹

²² Екстензивност хипотеке значи да се ово заложно право простире и на сва побољшања вредности хипотековане непокретности, било да су она настало спонтано, било људском радњом – фактичком или правном.

²³ Тања Вицковић, *Хипотека као врста заложној љрава*, Нови Сад 2009, 26.

²⁴ Када се говори о „износу земљишног дуга“, мисли се на износ одређен актом о зајнивању овог права и уписан у јавном регистру непокретности. Вид. више код: М. Живковић, 209.

²⁵ Вид. чл. 23 и чл. 44 ЗХ РС.

²⁶ А. Гамс, 139; Д. Стојановић, 252; О. Станковић, М. Орлић, 252.

²⁷ У правној теорији се већ дуго истиче неопходност одступања од овог начела кад год је то физички и вредносно могуће. Вид. О. Станковић, М. Орлић, 353; М. Лазић, 23.

²⁸ У Нацрту је направљена разлика у односу на припатке непокретности: реални дуг обухвата и њих само ако је правним послом тако одређено. Дакле, законска претпоставка је обрнута у поређењу са немачким правом. Вид. чл: 606 став 3 Нацрта.

²⁹ Чл. 5 ЗХ РС.

³⁰ И када му је сврха обезбеђење потраживања, услед делимичне отплате истог, земљишни дуг се не смањује, нити оптерећује сразмерно мањи део непокретности. Осим главног потраживања земљишни дуг може да служи и осигурању намирења споредних потраживања, камата, трошкова за очување ствари, трошкова наплате потраживања итд. М. Vedriš, Р. Klarić, *Gradansko pravo*, Zagreb 2004, 329.

³¹ Чл. 604 Нацрта.

Тиме је кориговано оно што је у вези са овим начелом критиковано у позитивном праву Србије, па је домашај начела недељивости сужен према ствари, док је према потраживању остао «неокрњен» и истоветно уређен као у немачком праву.

3) *Начело официјелности*. Ово начело подразумева реализацију заложног права „на строго формалан начин“, ³² тј. искључиво путем суда: вођењем најпре парничног поступка у циљу добијања извршне исправе, на основу које се потом покреће други по реду – извршни поступак. Од овог начела је Законом о хипотеци Републике Србије, као једна од највећих новина, уведено одступање: а) могућност заснивања извршне вансудске хипотеке (титулус хипотеке има својство извршне исправе); б) могућност вансудске продаје хипотековане непокретности на основу такве извршне хипотеке, у циљу убрзања поступка намирења. Немачки аутори истичу као могуће ³³ његово заснивање *ћред јавним бележником као нейсредно извршној*, што је велика предност у односу на максималну хипотеку. ³⁴

У Нацрту је судска продаја непокретности при намирењу дугопримца предвиђена као правило, док је могућност вансудске продаје на основу извршне исправе могућа - као изузетак. ³⁵ У правној теорији су правила Нацрта о уновчењу реалног дуга оцењена као врло либерална, ³⁶ а додали бисмо и усклађена са потребама савремене привредне праксе. Питање је само: да ли с обзиром на предвиђену могућност вансудске продаје оптерећене непокретности – начело официјелности заложног права важи и даље у српском праву? Сматрамо да је и код земљишног дуга, као и код хипотеке, при реализацији права намирења, задржано начело официјелности као правило. Ипак, пошто ова одредба није императивна, под наведеним условима је могуће уговорити вансудску, која дакле важи као изузетак.

³² М. Лазић, *Садржина хипотеке*, 19.

³³ Vid. Hans Gaberdiel, *Kreditsicherung durch Grundschulden*, 7 neu bearbeitete Aufl, Deutsche Sparkassen Verlag, Stuttgart 2004, 128 i dalje.

³⁴ Максимална хипотека је она код које је одређен само највиши износ до ког се гарантује вредношћу непокретности, а тај износ мора бити уписан у земљишне књиге. Њоме се не обезбеђује тачно одређено потраживање у одређеном износу, већ круг потраживања од којих поједина нису одређена нити су одредива, а још увек немају статус будућих. Због неизвесности у погледу тачног износа потраживања у моменту заснивања, максимална хипотека не може да се заснује као непосредно извршна. Вид. Мирјана Глинтић, „Максимална хипотека и њен однос са обезбеђујућим земљишним дугом у немачком праву“, *Увод у ћраво Немачке (Einführung in das Deutsche recht)*, Београд 2011, 416-417.

³⁵ Предуслов спровођења вансудске продаје по решењу Нацрта су кумулативно следећи услови: 1) унапред уговорена вансудска продаја; 2) да дугодавац није физичко лице и да уговор није закључен ван привредне делатности дугодавца (да дужник није потрошач); 3) да је протекло 15 дана од писменог обавештења дугодавца о намераваној продаји.

³⁶ Ulrich Drobnig, *Ка новом стварном ћраву Србије – Нацртћ Законика о својини и друћим стварним ћравима Србије (Auf dem Wege zu einem neun Sachenrecht Serbiens)*, Београд 2007, 166.

Међу бројним *зашићеним одредбама у Нацрпу* (у интересу дугодавца) код спровођења поступка вансудске продаје³⁷ налази се и она која предвиђа обавезну судску продају, ако вансудска не буде окончана најкасније у року од 12 месеци.³⁸ Нарочито је оправдано предвиђање интервенције надлежног органа у циљу повећања ефикасности и убрзања поступка продаје. Тако је дозвољено само привремено «напуштање» начела официјелности, чиме је одступање од правила, судске продаје, ублажено, за разлику од вансудске извршне хипотеке. Све претходно изнето, по нашем мишљењу, чини вансудско намирење једнако правно безбедним по интерес дугодавца и усклађеним са потребом сразмерне заштите интереса обе стране у правном односу.

4) *Начело акцесорности*. У домаћем праву, заложно право је одувек било „само пандан једног главног, тражбеног права“,³⁹ тј. „свака залога претпоставља дуг“.⁴⁰ Акцесорност значи да је заложно право споредно и несамостално, тј. „функционално и правно подређено потраживању које обезбеђује“.⁴¹ У домаћем праву су одувек била присутна само акцесорна средства обезбеђења и то на непокретностима искључиво хипотека.⁴² Такво стање у домаћем праву, сматрамо последицом немогућности афирмисања и теоријскоправног „уклапања“ неакцесорног средства обезбеђења у групу заложних права као „строго акцесорних“. Домаће право припада групи правних система у којима је акцесорност схваћена као „судбинска карактеристика хипотеке“⁴³ за разлику од немачког, које заложна права на непокретности степенује по акцесорности.

Ово начело ипак није „догма“⁴⁴ ни у домаћем праву, будући да трпи *значајне изузетке*, од којих су два *права, а један неправа*. 1) Одступање од овог начела је најпре могућност заснивања залоге за *будуће или условно појшраживање*.⁴⁵ Одступање од начела акцесорности је у чињеници да за-

³⁷ Чл. 633 Нацрта.

³⁸ Вид. чл. 637 Нацрта.

³⁹ Лазар Марковић, *Стварно право*, Београд, 1927, стр. 491; Славко Стојковић, *Основи грађанског права*, Београд 1948, 161; Живојин Перић, *Специјални део Грађанског права, Стварно право*, Београд 1920, 211

⁴⁰ § 306 СГЗ.

⁴¹ Z. Rašović, *Komentar zakona o hipoteci*, Podgorica, 2007; M. Lazić, *Sadržina хипотеке*, 18; Д. Стојановић, *Стварно право*, 260.

⁴² У Српском грађанском законнику је залогу на непокретним стварима називана „баптинска“ или „миљачка“ залога, § 326 СГЗ; Општи имовински законик за Црну Гору користи назив „залог на непокретним стварима“ и посебан термин „застава“ чл. 865 ОИЗ.

⁴³ М. Живковић, 37.

⁴⁴ М. Лазивић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш 2009, 153.

⁴⁵ Чл. 971 Закон о облигационим односима, Сл. лист СФРЈ 29/78, 39/85, 45/89, одлука УСЈ и 57/89, „Сл. лист СРЈ“ бр. 31/93, и „Сл. лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља. У даљем тексту ЗОО. Лазар Марковић, *Хипотекарно право*, Београд 1911, 59 -60; Чл. 7 ЗХ.

ложно право служи обезбеђењу потраживања које још увек не постоји или које неће ни настати.⁴⁶ 2) Други изузетак бисмо могли назвати *нејравим одсидујањем*⁴⁷ од овог начела, а тиче се обезбеђења застарелог потраживања. Иако се поверилац протеклом рока застарелости не може принудно намирити из имовинске масе дужника, ипак је могуће из предмета оптерећеног залогом,⁴⁸ јер потраживање и даље постоји иако је застарело. 3) Трећи изузетак од начела акцесорности, по нашем мишљењу, представља *својинска хипотека*.⁴⁹ У српском праву она не може настати изворно, за разлику од немачког и швајцарског права, већ само накнадно, у случају консолидације.⁵⁰ Осим тога, извесно ублажавање акцесорности хипотеке учињено је новинама Закона о хипотеци у виду *располањања ранјом хипотеке*⁵¹, на један од три начина:

1) преносом неисписане хипотеке за обезбеђење новог потраживања у року од три године од престанка старог; 2) предбележбом нове хипотеке паралелно са постојањем старе, која се оправдава исписом старе (у року од годину дана); 3) захтевањем забележбе задржавања првенственог реда за упис нове хипотеке у року од три године. Притом, може се закључити да трећи вид располагања, *забележба њрвенственој реда - фактички врши функцију својинске хипотеке у српском њраву*.⁵² Ово је уједно други могући начин настанка својинске хипотеке у домаћем праву. Ипак, ова могућност је условљена, временски ограничена, није изворна - већ накнадна. Тиме је омогућено, под законом предвиђеним условима, упркос намиреном потраживању: *задржавање и располањање ранјом* претходно избрисане хипотеке у року од 3 године.⁵³ Последица уведене измене у домаћем праву је

⁴⁶ О. Станковић, М. Орлић, *Сџварно њраво*, Београд 1996, 240.

⁴⁷ Ово одступање од начела акцесорности је неправо, јер застарелошћу потраживања не престаје облигација, већ само могућност њене принудне наплате путем суда (захтев као пратилац субјективног права).

⁴⁸ Чл. 368 став 1 ЗОО.

⁴⁹ *Hypotheca in re propria* је у римском праву била недозвољена као противна акцесорности заложног права и њеној функцији - искључивом обезбеђивању потраживања.

⁵⁰ Консолидација је сједињење својства хипотекарног повериоца и власника хипотековане непокретности у једној личности, а може настати у случају узajамног наслеђивања сауговарача, купопродаје хипотековане непокретности или исплате основног дуга од стране власника непокретности као хипотекарног дужника. На овај начин хипотека накнадно постаје својинска и пружа могућност титулару (власнику оптерећене непокретности) да њоме располаже. У циљу добијања кредита, власник је овлашћен да пренесе овакву хипотеку повериоцу задржавајући ред првенства који је претходно сам имао. Значај ове хипотеке је велики за хипотекарног дужника, јер се њоме „проширује право својине“ и резервише ранг. О. Станковић, М. Орлић, *Сџварно њраво*, Београд 1996, 241.

⁵¹ Чл. 53 – 56 Закона о хипотеци.

⁵² Н. Планојевић, *Сџварно њраво у њракси*, Крагујевац 2012, 371.

⁵³ Чл. 54 Закона о хипотеци РС.

сукцесивна примена две врсте ранга: *фиксној* (у периоду од три године), а затим *клизећеј*,⁵⁴ за разлику од немачког и швајцарског права у којима је ранг искључиво фиксни.⁵⁵ Упркос фактичком дејству ове “квази својинске хипотеке”⁵⁶ ограниченог трајања, у домаћем позитивном праву и даље није дозвољено изворно конституисање својинске залогне, за разлику од регулатива земаља германског правног круга, што српско решење чини мање целесходним. У тим системима заснивање земљишног дуга као “*најјитијичније врсте својинске хипотеке*”⁵⁷ претходи конституисању (евентуалног) потраживања, што чини темељ његове неакцесорности и доприноси флексибилности у правном промету. Стога, сматрамо помаком предлог Нацрта – чијим би озакоњењем по први пут у домаћем праву било омогућено *иницијално конституисање својинске хипотеке* и уопште *својинске залогне*.⁵⁸

Ипак, својинска хипотека је само први корак у «осамостаљивању» једног средства обезбеђења потраживања и разликује се од земљишног дуга по следећим обележјима: 1) иако постоји на својој ствари - и даље је врста заложног права, акцесорне природе, за разлику од неакцесорног земљишног дуга; 2) њен циљ је искључиво обезбеђење потраживања, за разлику од земљишног дуга који може имати више различитих функција; 3) ово право се и по тексту Нацрта стиче искључиво у регистарском облику, не и у форми писма,⁵⁹ док земљишни дуг постоји у обе форме. Управо то својство - лака прометљивост писма, као и извршност истог, представља основну предност земљишног дуга у односу на хипотеку.

Стога, закључујемо да акцесорност реалних средстава обезбеђења, као општеприхваћено начело заложних права, трпи значајне изузетке и код института заложног права, а у случају земљишног дуга - чак бива деградирана. У немачком праву које познаје неакцесорну залогну, земљишни дуг постоји као једно од заложних права на непокретности, док посматрано из перспективе српског права, својство неакцесорности издваја овај ин-

⁵⁴ Н. Планојевић, *Сиварно право у пракси*, нав. дело, 370.

⁵⁵ Клизећи ранг се у теорији сматра неправичнијим јер се каснији хипотекарни повериоци померају напред у рангу, добијајући тиме корист и повољнији положај за који нису дали „никакав еквивалент“. Вид. Ј. Марковић, 153.

⁵⁶ „Квази својинска хипотека“ је назив који смо симболично прилагодили функцији која се постиже задржавањем и располагањем рангом, а не формалном називу, будући да својинска хипотека ни новим ЗХ није допуштена, као ни предвиђена Нацртом законика о својини и другим стварним правима Републике Србије из 2006.

⁵⁷ А. Гамс, *Основи сиварној права*, Београд 1971, 198. Једина разлика између својинског земљишног дуга и својинске хипотеке је у томе што за власничку хипотеку важи § 1153 НГЗ.

⁵⁸ Вид. чл. 454 Нацрта. Изузетак су права ручне залогне и задржања, која не могу бити својинска.

⁵⁹ Чл. 571 Нацрта.

ститут у стварно право обезбеђења *sui generis*. Заправо, систематика немачког законодавца, по којој је земљишни дуг регулисан у оквиру заложног права, уноси забуну у иначе широко прихваћен став да је свака залога – нужно акцесорна. Иако земљишни дуг најпре врши функцију реалног средства обезбеђења, као и заложна права, не можемо га сврстати у групу заложних права, јер га не карактеришу сва његова начела. Вишенаменска сврха и својство неакцесорности, по нашем мишљењу, оправдавају његово издвајање у право обезбеђења *sui generis*, као у тексту Нацрта.

Овај правнотеоријски разлог сматрамо адекватним оправдањем за примењену систематику Нацрта,⁶⁰ иначе у теорији критиковану као нефункционалну.⁶¹ С обзиром да земљишни дуг не може истовремено бити: и неакцесоран и врста заложног права (јер је акцесорност суштинско обезлежје групе заложних права), сматрамо оправданим регулисање земљишног дуга и хипотеке у две посебне групе стварних права и права обезбеђења. Хипотеку, као акцесорно право, и треба регулисати са осталим заложним (на покретним и непокретним стварима) јер им је заједничка искључиво обезбеђујућа сврха; док је реални дуг као неакцесоран – посебно стварно право, чија је сврха примарно обезбеђујућа, али може бити и другачија. Изоловани земљишни дуг може имати функцију самосталног кретања у правном промету: у виду поклона, наслеђивања земљишног дуга, у виду улога приликом оснивања привредног друштва и сл.⁶² Отуд нам се очување традиционалног правно-догматског концепта акцесорне залогe у домаћем праву, чини важнијим од неких замерки систематике предложене у Нацрту.

На основу анализе обележја земљишног дуга у односу на четири општа начела заложног права, можемо закључити да су прва три⁶³ применљива и на овај вид реалног обезбеђења. *Неакцесорносћ*⁶⁴ је суштинска разлика земљишног дуга у односу на хипотеку, због чега је правни писци једногласно означавају као *differentia specifica* овог правног института.⁶⁵

⁶⁰ Право реалног дуга регулисано је у засебној глави X Нацрта, након заложног права – садржаног у глави IX. Тиме је земљишни дуг, номотехнички, раздвојен од хипотеке, иако су оба института права уновчења на непокретности.

⁶¹ U. Drobnig, 165.

⁶² N. Gavella, nav. delo, 166; Baur/Stürmer, *op. cit.*, 506; Brehm, Berger, *op. cit.*, 297, наведено према: Алjoша Дежман, „Земљишни дуг“, *Правни живот*, бр. 10/2005, 617.

⁶³ Начело специјалитета, недељивости и официјелности (уз претходно изнета ограничења у значењу).

⁶⁴ *Независносћ* (неакцесорност) реалног дуга је изричито предвиђена чл. 601 Нацрта: „За настанак и постојање реалног дуга није неопходан настанак и постојање обезбеђеног потраживања, а за пренос реалног дуга – пренос потраживања“.

⁶⁵ Мирослав Лазић, Драгана Вујовић, „Еуроhipотека – неакцесорно или акцесорно средство обезбеђења“, *Правни живот*, бр. 10/2013, 483.

Ипак, с обзиром на бројне сличности у осталим својствима, земљишни дуг је у правној теорији сликовито представљен као „хипотека без потраживања“.⁶⁶ Сматрамо да овај назив, ипак, треба узети са резервом, јер земљишни дуг је посебан стварноправни институт, а не само још једна „врста хипотеке у низу степенаних по акцесорности“.⁶⁷ Особина неакцесорности је најчешће навођено својство земљишног дуга у правној теорији, али у излагању које следи указаћемо на битна спољна ограничења домаћаја неакцесорности.

4. ПОСЕБНА НАЧЕЛА ЗЕМЉИШНОГ ДУГА

4.1. Квазиакцесорност земљишног дуга

Начелна неакцесорност земљишног дуга, термилолошки, али и суштински, све више, оправдано, уступа место појму: *квазиакцесорност*,⁶⁸ тј. „уговором променљива акцесорност.“⁶⁹ Иако је земљишни дуг независно право, „повезивање“ са обезбеђеним потраживањем се ипак врши на облигационоправном нивоу.⁷⁰ Земљишни дуг тако постаје посредно осигуравајући, а ипак не губи својство неакцесорности.⁷¹ Тзв. *обезбеђујући земљишни дуг*, као најзаступљенију врсту у пракси, одликује најнижи степен неакцесорности, пошто његово конституисање у немачком праву, прати паралелно закључивање „*уговора о сврси осигурања*“.⁷² Његова важност је у чињеници да он *крије каузу* правног посла обезбеђења и битно ограничава последице располагања земљишним дугом у смислу сузбијања ризика

⁶⁶ Н. Ј. Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherheiten*, 8. Neubearbeitete Auflage, Berlin 2000.

⁶⁷ У НГЗ постоје следеће врсте хипотеке различитог степена акцесорности: Књижна хипотека, хипотека са хипотекарним писмом (§ 1116), хипотека за осигурање (§ 1184), власничка хипотека (§ 1163), прометна хипотека (§ 1138), хипотека са највишим осигураним износом (§ 1190), хипотека са отплатом. Хипотека за осигурање је потпуно везана за потраживање које обезбеђује, за разлику од прометне хипотеке, где је та веза знатно слабија. N. Gavella, „Uloga hipoteke u osiguranju vjerovnika i aktiviranju dužnikove imovine“, *Pravo u gospodarstvu*, vol. 34, br. 7-8/95, 537.

⁶⁸ Т. Meyer, „Kvaziakcesornost zemljišnog duga u njemačkom pravu“, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse* br. 3, Mostar 2005, 427.

⁶⁹ М. Живковић, 265.

⁷⁰ Renato Vrenčur, „Zemljiški dolg“ *Revizor: revija o reviziji*, letn. 19, št. 2/2008, 70.

⁷¹ Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherheiten*, 703; Videti: Darija Softić Kadenić, „Između akcesornosti i neakcesornosti“, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, L III/2010, 397.

⁷² Овај уговор у немачком праву није законска категорија, већ је творевина немачке банкарске праксе – *сасијавни део ојшћих услова йословања*, док су га правна теорија и судска пракса дефинитивно правно уобличиле.

за власника оптерећене непокретности. Овим начелно неформалним уговором, чија се садржина не уписује у јавну књигу, као пратећим уз уговор о кредиту (или као његовим саставним делом),⁷³ давалац кредита (уједно поверилац земљишног дуга) и његов дужник регулишу сврху осигурања и међусобне односе.⁷⁴ Овај уговор примаоца осигурања обавезује да употреби земљишни дуг у складу са сврхом осигурања, садржаној у тзв. *изјави о сврси*, у којој је одређено осигурано потраживање.⁷⁵ На овај начин се, успешно превенирају ситуације које би иначе земљишни дуг чиниле правно небезбедним по правно-економски инфериорнијег сауговарача.⁷⁶ Дужник може поднети приговор⁷⁷ због прекршених уговорних обавеза из уговора о сврси осигурања, као право настало поводом односа *inter partes*.

Релативно дејство овог *фидуцијарној сјоразума*⁷⁸ је у стицању „обухватног права уновчења повериоца које превазилази циљеве обезбеђења“.⁷⁹ Њега можемо упоредити са фидуцијарним преносом својине на

⁷³ У немачкој правној пракси се ова изјава даје одвојено (Einegung-стварноправни посао) у форми јавнобележничког акта као извршног наслова. М. Лазих, *Права реалној обезбеђења*, 158.

⁷⁴ На овај начин се везује дозвољеност вршења земљишног дуга за доспелост и обим осигураног потраживања, због чега овај новонастали однос подсећа на ефекте акцесорности, али ипак са значајним разликама. Т. Meyer, *op. cit.*, р. 427- 428; М. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u BiH*, 317.

⁷⁵ Правни писци наводе да се у пракси, у уговор о сврси осигурања, редовно уносе следеће клаузуле: прецизирање тражбине и услова реализације (нпр. доспелост земљишног дуга), обавеза повратног преноса земљишног дуга на даваоца осигурања по намирењу; забрана изолованог преноса земљишног дуга пре доспелости осигураног потраживања; судбина земљишног дуга у случају настанка или престанка потраживања; наплата камата итд.⁷⁵ Вид. Fritz Vaug, Rolf Stürner, *Sachenrecht*, § 45 II 10, 515; М. Лазих, *Права реалној обезбеђења*, 158; М. Живковић, 272; D. Softić Kadenić, 398.

⁷⁶ Пошто се овај уговор, у немачком праву, закључује одвојено од правног посла којим се заснива земљишни дуг, сауговарачи га могу мењати било када и неограничени број пута након настанка земљишног дуга. На овај начин се може диспонирати садржином првобитног уговора, што чини земљишни дуг неупоредиво флексибилнијим средством осигурања у односу на хипотеку.

⁷⁷ Могуће је поднети дилаторни приговор превремене реализације земљишног дуга; приговор да је поверилац задржао већи износ од дугованог итд, али и приговор да потраживање не постоји што обавезује на повратни пренос земљишног дуга – на основу уговора о обезбеђењу. Н. Westermann, 569.

⁷⁸ „Фидуцијант закључује са фидуцијаром фидуцијарни уговор и преноси му њиме право којим екстерно- у односу на трећа лица, може неограничено располагати као једини овлашћен, а само фидуцијарно из самог уговора произилазе за њега интерна ограничења и обавезе према којима он пренето право не може вршити искључиво у свом интересу, или не само у свом, и да га, под одређеним претпоставкама, пренесе поново на фидуцијанта, тј. на повлашћено треће лице.“ Gubler. Наведено према: Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, 256.

⁷⁹ М. Wolf, *Sachenrecht*, С. Н. Beck, München, 1987, 409. Nav. према: Д. Медић, 605; Драгољуб Стојановић, Божидар Павићевић, *Право обезбеђења кредити*а, Београд 1997.

ствари (или потраживања) са циљем обезбеђења кредита.⁸⁰ Прекршена уговорна обавеза „погађа“ фидуцијара, јер ако је уговор о сврси непуноважан, земљишном дугу недостаје одређени циљ, те покушај реализације земљишног дуга даје право на захтев из неоснованог обогаћења. Ипак ово, у ранијој немачкој регулативи, није дотицало трећег савесног стицаоца земљишног дуга, против кога не би било могуће уложити ове приговоре.⁸¹ То у пракси значи могућност двоструке наплате дужнику: основног дуга од стране сауговарача, али и од стране трећег - новог дугопримца. Отуд се у Немачкој земљишни дуг конституисао искључиво између особа међу којима влада однос поверења, најчешће у корист банака и др. финансијских институција.⁸²

Сматрамо да је немачко искуство показатељ предности овог института и уједно индикатор мера опреза и важности пажљивог одабира фидуцијара. Овај облигациони концепт нуди јединствену везу са стварноправним апстрактним концептом земљишног дуга, што чини оригиналну и смелу творевину немачког права. Сматрамо да, упркос компликованој конструкцији овог института, од његовог регулисања у домаћем праву не треба одустати, насупрот предлозима појединих страних аутора.⁸³ Коначно, најновијим изменама у немачком законодавству омогућено је отклањање и овог финалног аргумента против земљишног дуга, као „опасног по потрошаче“,⁸⁴ проширењем круга лица којима се поменути приговори из уговора о сврси обезбеђења могу супротставити. До 2008. сауговарачу се могло приговорити несновано обогаћење у случају двоструке наплате, али ризик је остајао у случају преноса земљишног дуга на савесног стицаоца, након извршеног плаћања.⁸⁵ Поверилац би одговарао сауговарачу, због повреде уговора о сврси осигурања, али не и савесни стицалац земљишног дуга - због начела заштите поверења трећих лица у правном промету.

Данас је омогућена *ошшиџа сујројсџављивосџи ових љројовора*: сваком стицаоцу земљишног дуга и то без обзира на савесност. Ово је неке ауторе навело на закључак да је осигуравајући земљишни дуг тиме изгубио свој неакцесорни карактер.⁸⁶ Са овим закључком се, ипак, не можемо сложити. С обзиром да је ова веза вољом странака, а не законом уређена,⁸⁷

⁸⁰ У оба случаја реч је о преносу права ради обезбеђења кредита (*fiducia cum creditore contracta*), чије се коришћење само облигационоправно утврђује уговором о обезбеђењу.

⁸¹ R. Vrenčur, „Zemljiški dolg“, *Revizor: revija o reviziji*, letn. 19, št. 2/2008, 70.

⁸² M. Povlakić, 234.

⁸³ dr Ulrich Drobnič, *Ka новом сџварном љраву Србије*, Београд 2007, 167.

⁸⁴ Ризик двоструке наплате тиче се могућности плаћања осигураног потраживања и истовременог трпљења намирења из земљишног дуга.

⁸⁵ M. Povlakić, *Transformacija stvarnog prava u BiH*, 319 – 320.

⁸⁶ Weller, *Die Sicherungsgrundschuld*, 974: Nav. prema: D. Softić Kadenić, 400.

⁸⁷ H. Westermann, *Sachenrecht*, 807.

сматрамо да посредно чињење средства обезбеђења зависним од обезбеђењеног потраживања, иако слично, није истоветно законској акцесорној природи хипотеке. Ову појаву поједини аутори оправдано називају „*ајсолутизована облигационог односа*“, са дејством налик *erga omnes*.⁸⁸

У швајцарском праву је у основи законског решења писма о дугу - концепт *новације њој израживања ex lege*.⁸⁹ Након пренова постоји само обавеза власника непокретности за коју он одговара својом имовином и која је осигурана писмом о дугу, а гаси се потраживање из основног облигационог односа. Ипак, ова законска одредба је диспозитивне природе, те се у пракси најчешће уговором успоставља акцесорни однос са потраживањем и искључује новација. Овај уговор има релативно правно дејство, али и према несавесним стицаоцима хартије. Дакле, коначан исход у немачком и швајцарском праву је исти: посебним облигационим споразумом се условљава исплата земљишног дуга – постојањем потраживања.⁹⁰ По нашем мишљењу, разликује се само начин реализације ове повезаности: швајцарско писмо о дугу осим залогe садржи и личну обавезу дужника, док немачко право предвиђа искључиво употребу обезбеђујућег земљишног дуга са апстрактним обећањем дуга, са истим резултатом.

4.2. Апстрактност земљишног дуга

За разлику од хипотеке, као каузалног правног посла,⁹¹ земљишни дуг је апстрактан: кауза није видљива из правног посла којим је он заснован и његова пуноважност не зависи од правног основа.⁹² Ово је и заједничка карактеристика са швајцарским писмом о дугу: потраживање уписано у писму сматра се апстрактним, јер се из њега не види разлог обавезивања.⁹³ Иако је техника обликовања правног односа између повериоца и дужника у швајцарском праву другачија⁹⁴, суштина је иста: дужник одговара за од-

⁸⁸ М. Живковић, 265.

⁸⁹ Чл. 855 став 2 ШГЗ.

⁹⁰ W. Wiegand, 1996, 94. Нав. према: М. Живковић, 299.

⁹¹ Каузални су они правни послови у којима је истакнут економски циљ који се њима жели постићи. Д. Стојановић, *Увод у грађанско право*, Београд, 2000, 254.

⁹² *Ibid.* Циљеви конституисања земљишног дуга су разноврсни: улог у трговачко друштво, плаћање неке обавезе, чињење поклона, резервисање ранга у земљишној књизи, мада правни писци истичу да се у пракси најчешће користи као средство обезбеђења. М. Лазић, 483.

⁹³ Историјски, идеја настанка швајцарског писма о дугу била је у томе да се неки дуг из основног каузалног посла (пр. зајма), чија је висина фиксно одређена, “обуче” у хартију од вредности, која би инкорпорисала нови дуг истог износа који би био обезбеђен залогом на непокретности. Основни каузални дуг би престајао заснивањем писма о дугу, односно потраживања заснованим тим писмом, и то по слову ШГЗ – новацијом. Заложно право на непокретности инкорпорисано у писму о дугу на тај начин обезбеђује потраживање из писма, а не из основних правног односа (по правилу зајма). Чл. 855 ШГЗ. Вид. М. Живковић, 277.

⁹⁴ *Ibid.*

ређени износ из хартије,⁹⁵ са ограниченом могућношћу истицања приговора према наредним стицаоцима хартије. Последица апстрактности у оба случаја је независност обавезе од основног каузалног односа, што повериоцу права земљишног дуга пружа предности (подизање тужбе без навођења основа потраживања).

Међутим, у погледу потребе за издвајањем ове особине земљишног дуга као његове особености – постоји спор у правној теорији. Једни сматрају да је квалитет неакцесорности довољан да објасни особену правну природу овог института.⁹⁶ Основ за ову тврдњу је специфичан начин стицања стварних права у немачком праву - где је свако стварно право апстрактно у односу на основни каузални посао.⁹⁷ За конституисање свих стварних права у Немачкој, осим облигационог уговора и уписа непокретности, неопходан је и *стварнојравни ујовор*⁹⁸ који је безизузетно – апстрактан.⁹⁹ Овакав вид апстрактности се, у делу теорије, назива „спољном“, за разлику од „унутрашње апстрактности“ као обележја хипотеке – која увек као садржински каузална зависи од главног посла чијем обезбеђењу служи.¹⁰⁰ Следећи ову терминологију, земљишни дуг одликује „спољна“, али и „унутрашња апстрактност“: из њега се не види разлог, ни висина потраживања као основ његовог настанка (попут апстрактности менице).

5. ЗАКЉУЧАК

Нацртом законика о својини и другим стварним правима Србије је проширен круг права реалног обезбеђења потраживања, регулисањем *права реалној дуга, као функционалне дојуне акцесорне хипотеке*. Реч је о стварном праву са различитом улогом у односу на хипотеку и уједно праву које исте функције - остварује на другачији начин. Овај институт је у Нацрту *ређулисан дејљално и свеобухвајно*, у складу са чињеницом да је реч о новом институту, непознатом у домаћој правној традицији, са необичном и смелом конструкцијом. Почев од појмовног одређења института, па до појединачних врста реалног дуга, овај институт је, чини се, потпуно правно уобличен. Чак нам се чини много детаљније и промишљеније регулисаним од регулатива Немачке, Швајцарске, као и до скоро важећег ре-

⁹⁵ Ова паралела постоји у случају немачког земљишног дуга у виду писма.

⁹⁶ М. Povlakić, 227; D. Softić Kadenić, 395.

⁹⁷ Eickmann in Münchener Kommentar, § 1191 Rn. 10, p. 2086; Нав. према: М. Povlakić, 226.

⁹⁸ *Einigung*.

⁹⁹ Soergel/Stöcker, EU – *Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts / Kausalität, Akzessorität und Sicherungszweck*, 412. Нав. према: М. Povlakić, 224.

¹⁰⁰ М. Живковић, 208.

шења словеначког права. Ово сматрамо логичном предношћу, јер се творац Нацрта очито служио богатим искуством поменутих земаља, те био у прилици да нормативно потврди тековине стране праксе и отклони евентуалне недостатке.

Нацртом је реални дуг регулисан као *сйварно йраво уновчења sui generis*, чиме је по нашем мишљењу, недвосмислено, прецизно, правнотеоријски коректно - одвојен од заложних права. Прегледом, у раду изведених, карактеристика реалног дуга може се увидети његова суштинска разлика у односу на хипотеку и заложна права уопште: неакцесорност у настанку, постојању, преносу и престанку обезбеђеног потраживања. Ово сматрамо адекватном контрааргументацијом става о земљишном дугу као „теоријски неуклопиво у домаћем систему заложних права“, једноставно зато што он *није заложно йраво (ни када је обезбеђујућу)*.

На основу у раду изложеног, можемо закључити да за земљишни дуг важе: стварноправна начела, три (коригована) заложноправна и два посебна: 1) *сйварнойравно* начело апсолутног дејства (*erga omnes*), које је омогућено публицитетом уписа; 2) *заложнойравна* начела официјелности, недељивости и специјалности (али не и начело акцесорности); 3) *йосебна* начела: квазиакцесорност и „унутрашња“ апстрактност (као последица неакцесорности).

Коначно, сматрамо неоспорним закључак да земљишни дуг није врста заложног права, што је и широко прихваћен став у правној теорији (са изузетком Немачке). Овај институт бисмо могли означити као ново стварно право обезбеђења *sui generis*, чиме би права реалног обезбеђења у српској регулативи *de lege ferenda* чинили следећи институти: заложно право, земљишни дуг, али и право ретенције и фидуцијарни пренос својине у сврху обезбеђења. Сличне функције које ова права врше, уз не тако велике разлике, оправдале би њихово груписање у заједнички родни појам, при чему је земљишни дуг право реалног обезбеђења *sui generis*, које особеним чине неакцесорност и вишефункционалност. Својством неакцесорности је отворен простор за бројне *додајне функције* реалног дуга у односу на искључиво обезбеђујућу улогу хипотеке, чиме се знатно повећавају могућности располагања сопственом имовином.

*Aleksandra Pavićević, Assistant
University of Kragujevac
Faculty of Law Kragujevac*

Principles of Land Debt as a Kind of Real Collateral

Abstract: *The issue of the work is an analysis of characteristics of land debt, known as non-accessory real right securing claims in German and Swiss law. Using the method of comparative analysis of the characteristics of this property right, author determines the similarities and differences of land debt in relation to similar types of rights, in particular - in relation to a mortgage, as most similar security right, from the group of liens. Since the Draft Code of ownership and other property real rights in Serbia in 2006. proposed the introduction of real debt in Serbian law, the author of the paper examines the advantages and disadvantages of this concept in order to evaluate this assessment.. As an essential difference to the lien, the author defines the non-accessory character of land debt and multifunctional purpose. The author advocates the introduction of institute of land debt in future Serbian law, as the original non-accessory real security right (sui generis) that represents functional addition to accessory mortgage.*

Key words: *ensuring and isolated land debt, the principles of the lien, non-accessory right, quasi-accessory right, abstract right*

