Jelena Brkić, diplomirani pravnik – master,
student I godine doktorskih studija Pravnog fakulteta u Novom Sadu,
Univerzitet Novi Sad

NEDOZVOLJENE ODREDBE KOD UGOVORA O ZALOZI U NAŠEM PRAVU*

SAŽETAK: Ograničenje načela autonomije volje ugovornih strana prilikom zasnivanja založno-pravnog odnosa u važećem pravu je ustanovljeno kroz zabranu ugovaranja *lex commissoria*, *pactio Martiano* i *pactum antichreticum*. Zabrana ugovaranja navedenih nedozvoljenih odredbi kod ugovora o zalozi, bila je predviđena i u Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine, Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine i Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru iz 1888. godine, koji su u posleratnom periodu, shodno načelu pravnog kontinuiteta, važili na području naše nekadašnje države. Od njih se ne odstupa ni važećim zakonima koji regulišu različite vidove zalaganja. Kod založnog prava na pokretnim stvarima, *pignus*-a i registrovane zaloge, zabrana ugovaranja komisionog i marcijanskog pakta je propisana Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine i Zakonom o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar iz 2003. godine, dok oba zakona antihrezu uslovno dozvoljavaju. Zakon o hipoteci iz 2005. godine, sve tri klauzule zabranjuje. Duga tradicija pomenutih zabrana, ukazuje na njihovu opravdanost, jer im je cilj bio i ostao isti: da zaštite ugovorne strane kod založno-pravnog odnosa, ali i opštedruštveni interes – nastanak zelenaških ugovora, zloupotrebom nadmoći jedne ugovorne strane na štetu druge. Cilj rada je da ukaže na dobre strane prisutnih rešenja, ali i njihove nedostatke, usled kojih se ne obezbeđuje adekvatna zaštita ugovornim stranama, a ni trećim licima čiji interesi ovim odredbama mogu biti pogođeni. Reč je o

* Rad primljen: 23. 02. 2011. godine.

odredbama kod ugovora o zalozi, koje će u našem pravnom sistemu biti nedozvoljene i *de lege ferenda* po Nacrtu zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije, s tim što zakonodavac pravi veliki zaokret kod hipoteke, dopuštajući ugovornim stranama da ugovore antihrezu kod zalaganja nepokretnosti.

Ključne reči: zabranjene odredbe, *lex commissoria*, *patto Martiano*, *pactum antichreticum*, zaloga.

1. Uvodne napomene

Sloboda ugovaranja u građanskom pravu je široko postavljena, ali nije apsolutna i neograničena.¹ Pored opštih ograničenja koja su predviđena za sve pravne poslove, postoje i posebna pravila kod ugovora o zalozi kojima se zabranjuje ugovaranje: komisorne klauzule (*lex commissoria*), marcijanskog pakta (*patto Martiano*) i antihreze (*pactum antichreticum*). Zabrana ugovaranja ovih klauzula ima zaštitni karakter za založnog dužnika i založnog poverioca, ali i drugih lica čije interese punovažnost ovih odredbi može pogoditi. Njima se štiti i opšti društveni interes, izražen kroz institut javnog poretka, jer pomenuta pravila sprečavaju nastanak zelenaških ugovora. Zabranu ugovaranja ovih klauzula su predviđala i pravna pravila sadržana u Srpskom građanskom zakoniku iz 1844. godine (SGZ), Austrijskom građanskom zakoniku iz 1811. godine (AGZ) i Opštem imovinskom zakoniku za Crnu Goru iz 1888. godine (OIZ), koja su se na području druge Jugoslavije primenjivala sve do donošenja Zakona o obligacionim odnosima iz 1978. godine² i Zakona o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima³ na osnovu Zakona o nevažnosti pravnih pravila donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije.⁴ Važeći propisi u Republici Srbiji, koji predviđaju navedene zabrane su: ZOO kod ručne zaloge, Zakon o založnom pravu na pokretnim stvarima upisanim u registar iz 2003. godine⁵ kod registrovane zaloge i Zakon o hipoteci iz 2005. godine⁶ kod založnog prava na nepokretnosti. *De lege ferenda* po Nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Republike Srbije (u daljem tekstu: Nacrt Zakonika), u pogledu odredbi ugovora o zalozi koje ne uživaju pravnu zaštitu, kod ručne zaloge ostaće važeća rešenja, dok se kod bezdržavinskog vida zalaganja – registrovane zaloge i hipoteke predviđa mogućnost ugovaranja antihreze.

¹ Nikolić, D., *Uvod u sistem građanskog prava*, Novi Sad, 2008, str. 132.

² *Službeni list SFRJ*, br.29/78, u daljem tekstu ZOO.

³ *Službeni list SFRJ*, br.6/80, u daljem tekstu ZOSPO.

⁴ *Službeni list FNRJ*, br. 86/46, 105/46, 96/47.

⁵ *Službeni glasnik RS*, 64/2006, u daljem tekstu ZZPR.

⁶ *Službeni glasnik RS*, 115/05, u daljem tekstu ZH.

2. Zabrana ugovaranja *lex commissoria* i *patto Martiano* u našem pravu

Lex commissoria predstavlja odredbu u ugovoru o zalozi kojom se predviđa da će založena stvar preći u svojinu založnog poverioca, ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, a marcijanski pakt je ugovorna odredba kojom se utvrđuje da će založni poverilac, ako mu dug ne bude isplaćen o dospelosti, na založenoj stvari steći pravo svojine po unapred određenoj ceni. U ovom slučaju zaključena je uslovna prodaja predmeta zaloge založnom poveriocu po unapred određenoj ceni.⁷ Korene ovih klauzula nalazimo još u rimskom pravu. Dok je u klasičnom pravu bio dopušten način naplate potraživanja predviđen komisornom klauzulom, „po caru Konstantinu je *lex commissoria*, koja je dužnike izvirgavala iskorišćavanju lihvara, bila zabranjena”.⁸ Marcijanski pakt ima takođe svoju tradiciju u rimskom pravu, „*pignus* i hipoteka se može ustanoviti i na taj način da, ako u određenom roku novac ne bude isplaćen, založni poverilac stekne kao kupac založenu stvar koju treba pravično proceniti. Smatra se da se u ovom slučaju zaključuje, u neku ruku uslovna prodaja. To su u svom reskriptu odlučili božanski Sever i Antonin”.⁹ Dakle ovaj pakt govori o sticanju prava vlasništva na založenoj stvari koju treba objektivno proceniti, a obaveza poverioca je da eventualni višak vrati.¹⁰ Upravo ta dužnost poverioca kod marcijanskog pakta, razgraničava ga u odnosu na komisornu klauzulu kod koje ne postoji obaveza utvrđivanja i isplate razlike u ceni. Iako su posledice, u slučaju ugovaranja obe vrste klauzule iste za dužnika i sa zadocnjenjem u isplati potraživanja dovode do gubitka svojine na založenoj stvari, marcijanski pakt omogućava taj gubitak bez nastupanja rizika nejednakosti davanja. Razlika između ova dva pakta je u tome što kod komisornog pakta slučajno dolazi do jednakosti u vrednosti založene stvari i vrednosti obezbeđenog potraživanja (mada često se ove vrednosti ne poklapaju), a kod marcijanskog pakta jednakost je prihvaćena u sadržini samog ugovora; konstituišući tako pravo dužniku da povрати višak vrednosti, što nije moguće za slučaj ugovaranja *lex commissoria*-e.¹¹ Zabranu ugovaranja komi-

⁷ Lazić, M., *Prava realnog obezbeđenja*, Niš, 2009, str. 116.

⁸ Horvat, M., *Rimsko pravo*, Zagreb, 1973, str. 173.

⁹ Navedeno prema: Romac, A., *Izvori rimskog prava*, Zagreb, 1973, str. 275.

¹⁰ Medić, D., *Hipoteka i ostala sredstva obezbeđenja potraživanja – stanje i pravci razvoja*, Banja Luka, 2005, str. 70.

¹¹ Rašović, Z., *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, str. 96.

sornog i marcijanskog pakta su predviđala i pravna pravila sadržana u SGZ¹², AGZ¹³ i OIZ¹⁴.

Naše važeće zakonodavstvo, reguliše nedozvoljene odredbe kod ugovora o zalozi sa nekoliko zakona. Prema ZOO, koji reguliše ručnu zalogu: „ništava je odredba ugovora o zalozi da će založena stvar preći u svojinu poverioca ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti, kao i odredba da će u tom slučaju poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je zadržati za sebe.”¹⁵ Iz navedene zakonske formulacije, proizilaze dve vrste zabranjenih odredbi. Nesporno je u sudskoj praksi i teoriji, da odredba navedenog člana o zabrani ugovaranja prelaska prava svojine na založenoj stvari sa dužnika na poverioca u slučaju nenaplate potraživanja, predstavlja zabranu ugovaranja *lex commissoria*. Diskutabilno je, međutim, da li i druga klauzula istog člana, po kojoj je nedozvoljeno da poverilac u tom slučaju po unapred određenoj ceni, proda založenu stvar ili je zadrži za sebe, predstavlja komisornu klauzulu? Složili bismo se sa mišljenjem profesora Z. Rašovića¹⁶, da je reč o dve različite klauzule i da bi drugu odredbu člana 973 trebalo dovesti u vezu sa marcijanskim paktom. Ako uporedimo sadržinu tzv. *patto Martiano* i odredbu člana 973 ZOO uočljive su sličnosti među njima. U oba slučaja reč je o mogućnosti da poverilac, u skladu sa unapred ugovorenom odredbom, naplati svoje potraživanje prodajom založene stvari vansudskim putem. Ali, za razliku od sadržine marcijanskog pakta, ZOO govori i o zabrani da poverilac po unapred određenoj ceni tu stvar zadrži za sebe, što navodi na zaključak da i ovu odredbu treba tumačiti kao komisornu klauzulu. Mišljenja smo da je u pitanju nedovoljno jasna zakonska formulacija, čiji smisao ne treba utvrditi jedino jezičkim tumačenjem, već treba koristiti i druge metode, sistematsko i logičko tumačenje. Upravo kombinacijom ovih metoda dolazi se do zaključka da mogućnost zadržavanja stvari kod druge odredbe ZOO nema isto značenje kao kod prve, gde je nesporno da je u pitanju komisorna klauzula. U drugoj,

¹² Paragraf 843. stav 2. SGZ: „I po tome neće važiti svi pobočni ugovori i uslovi protivni prirodi zaloge i zajma, kao što su: ugovor da poveritelju pripadne zaloga, ako mu se zajam na vreme ne vrati; da poveritelj zalogu po svojoj volji za napred određenu cenu prodati, ili za sebe zadržati može...”

¹³ Paragraf 1371. stav 1. AGZ: „Nevažni su svi uslovi i sporedni ugovori, protivno prirodi ugovora o zajmu i zalozi, kao što su da poveriocu pripadne založena stvar po isteku roka plaćanja tražbine, da poverilac može zalogu otuđiti po svojoj volji ili po ceni unapred već određenu, ili da je može za sebe zadržati...”

¹⁴ Čl. 181 OIZCG: „Nezakonita je pogodba, po kojoj bi dužitelj mogao uzeti stvar u vlasništvo bez javne prodaje, kad dužnik ne bi na rok platio; takva će se pogodba dakle smatrati kao da je ni bilo nije.”

¹⁵ Čl. 973. stav 1. ZOO.

¹⁶ V: Rašović, Z., *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, str. 96–111; *Svarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 368–375; *Komentar Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa*, Podgorica, 1999, str. 277–305.

ako zanemarimo deo kojim se takva zabrana ustanovljava, pored mogućnosti zadržavanja založene stvari, može se s obzirom na dispozitivni karakter normi ZOO pretpostaviti, iako nije izričito formulisana, i obaveza poverioca da po zadržavanju predmeta zaloge, preda dužniku razliku vrednosti između založenog dobra i obezbeđenog potraživanja. Takav sadržaj, kada bi bio dozvoljen, odgovarao bi sadržini marcijanskog pakta, jer kod komisorne klauzule poverilac postaje vlasnik stvari odmah po dospelosti potraživanja, nezavisno da li se dugovana i založena vrednost poklapaju. Iz svega ovoga da se zaključiti da Zakon o obligacionim odnosima poznaje u suštini zabranu dve odredbe kod ugovora o zalozi: jedna je odredba po kojoj poverilac postaje definitivni vlasnik založene stvari ako njegovo potraživanje ne bude namireno o dospelosti (*pact commissorio*) i druga je ona po kojoj nenamireni poverilac može sam prodati stvar ili postati definitivni vlasnik dobra s obavezom da preda razliku vrednosti dobra i garantovanog potraživanja odmah po izvršenoj prodaji ili po neispunjenju (*patto Marciano*).¹⁷ Razlika postoji i u stvarnim posledicama, koje bi nastupile sa ugovaranjem ovih klauzula. Na strani poverioca, i komisorni i marcijanski pakt bi omogućili naplatu potraživanja mimo suda, dok bi za dužnika naizgled ista posledica kod obe vrste odredbi – gubitak svojine, predstavljala razliku u težini, jer u odnosu na komisorni, marcijanski pakt dopušta da se taj gubitak ostvari po pravičnoj ceni. U narednom stavu čl. 973 ZOO sadrži odredbu po kojoj, ako je u zalogu data stvar čija je cena propisana, ugovarači se mogu sporazumeti da će poverilac moći po unapred određenoj ceni prodati založenu stvar ili je po toj zadržati za sebe. Reč je o odstupanju od zabrane ugovaranja marcijanskog pakta. Izvan ove hipoteze nije moguće odstupanje od zabrane navedenih odredbi kada su u pitanju ugovornici – fizička lica.¹⁸ Jedan deo pravne teorije smatra da postoje odstupanja i od klauzule *lex commissoria*, pri čemu su ovakve odredbe kod ugovora o zalozi punovažne, kada se ugovaraju posle zaključenja ugovora, jer se tada dužnik nalazi u znatno lakšoj situaciji, usled koje može ravnopravno da pregovara o sklapanju ovakvog sporazuma.¹⁹ Stav sudske prakse je da su ovakva odstupanja moguća tek po dospelosti potraživanja²⁰, iako u teoriji ima i shvatanja da su ovakve odredbe punovažne ako su ugovorene u bilo kom trenutku „bez obzira da li se to događa pre dospelosti potraživanja, u trenutku dospelosti ili posle dospelosti

¹⁷ Rašović, Z., *Stvarno pravo*, Podgorica, 2002, str. 370.

¹⁸ Rašović, Z., *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, str. 99.

¹⁹ V: Bukljaš, I.; Vizner, B., *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim odnosima) – knjiga četvrta*, Zagreb, 1979, str. 2716; Perović, S., *Komentar Zakona o obligacionim odnosima – knjiga druga*, str. 1581; Orlić, M., *Odrednica Založno pravo u: Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, Beograd, 1978, tom III, str. 952.

²⁰ V: Rašović, Z., *Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina*, Podgorica, 1997, str. 103–105.

sti”.²¹ Međutim, ovakav stav u pravnoj teoriji nije bez kritike. Prema mišljenju profesora Rašovića, u slučaju jednog založnog poverioca, ovakvo rešenje bi bilo opravdano. Međutim taj princip je polisemičan i ne treba ga slediti u slučaju kada je jedna stvar založena nekolicini poverilaca, te treba voditi računa i o kasnijim zalagoprincipima čiji je interes da ta stvar ne bude predata u svojinu založnom poveriocu koji ima pravo prvenstva. Rešenje bi po ovom mišljenju bilo da se dopuštenost komisornog pakta posle zaključenja ugovora o zalozi, u slučaju višestrukog zalaganja jedne stvari, prizna tek ako je pribavljena saglasnost svih založnih poverilaca. Ovakav stav je opravdan, jer bi u suprotnom bio narušen balans interesa obe ugovorne strane, na taj način što bi lica koja su kasnije stekla založno pravo na stvari, bila dovedena u rang običnih – hipotekarnih poverilaca, čime bi se onemogućilo i njihovo pravo namirenja iz založene stvari. Kao sankciju za nepoštovanje zabrane ugovaranja komisornog i marcijanskog pakta kod ugovora o ručnoj zalozi, ZOO predviđa apsolutnu ništavost. Te odredbe ugovora o zalozi su ništave i ne proizvode ni obligaciono-pravno ni stvarno-pravno dejstvo.²² Međutim, njihova ništavost ne dovodi do ništavosti i samog ugovora, ako on može opstati bez ništave odredbe.

Kod druge vrste založnog prava na pokretnim stvarima, registrovane zaloge, ove zabrane su ustanovljene ZZPR. Ukoliko je založni dužnik fizičko lice, ugovorom o zalozi se ne može predvideti da će predmet založnog prava preći u svojinu založnog poverioca (*lex commissoria*), niti da založni poverilac može stvar prodati po unapred određenoj ceni (marcijanska klauzula).²³ Na taj način ugovaranje ovih odredbi nije zabranjeno ukoliko zalagodavac ima svojstvo privrednog subjekta, što nesporno proizilazi iz zakonskih rešenja.²⁴ Pretpostavka je da su lica koja obavljaju privrednu delatnost dovoljno iskusna da shvate značaj posledica ovih odredbi, za razliku od fizičkih lica koja imaju manje prakse sa ovakvim sporazumima. Pri tome ne treba zanemariti ni činjenicu da ova forma zalaganja ima veliki značaj kod ugovora u privredi, gde su ovi rizici retkost zbog trajnih poslovnih odnosa ugovornih strana i poverenja koje je na njima zasnovano. Zakonodavac obezbeđuje zaštitu fizičkim licima kod kojih je zaključenje ugovora o zalozi izuzetak u odnosu na redovne životne aktivnosti.²⁵ U preostalim stavovima člana 28, ZZPR jasnije reguliše pitanja nedozvoljenosti komisornog i marcijanskog pakta kod registrovane zaloge, u odnosu na rešenja ZOO kod ručne zaloge. Pre svega odredbe su jasno jezički formulisane, pri čemu je nesporno da se stav 1. tumači kao komisorna klauzu-

²¹ Perović, S., *op. cit.*, str. 1581.

²² Milović, M., *Odredbe ugovora o zalozi koje ne uživaju pravnu zaštitu*, „Pravni život” br. 10/01, str. 485.

²³ V: čl. 28. stav 1. i 2. ZZPR.

²⁴ V: čl. 27. ZZPR.

²⁵ Tešić, N., *Registrovana zaloga*, Beograd, 2007, str. 219.

la, a stav 2. kao marcijanska klauzula. Zatim u stavu 4. je podvučena „vremenska granica dozvoljenosti”²⁶, ugovaranja ovih odredbi, jer je propisano da ove odredbe važe ako su ugovorene u trenutku dospelosti potraživanja. Međutim, ni ZZPR u dovoljnoj meri ne rešava pitanje zaštite interesa založnih poverilaca, čije je pravo na založenoj stvari kasnije nastalo i kojima je ovakvim rešenjem znatno otežan postupak naplate. Iako je u stavu 5. člana 28. data mogućnost da se ovaj nedostatak ublaži, propisivanjem izričite obaveze za poverioca da vrati višak vrednosti iznad iznosa potraživanja, ostaje neizvesnost da će dužnik tu razliku iskoristiti za namirenje ostalih založnih poverilaca. Njima više odgovara da se založena stvar proda, pa da se oni namire iz eventualnog viška vrednosti, nego da založena stvar, jednostavnim potezom dužnika, postane vlasništvo samo jednog poverioca.²⁷ Istim članom je predviđena i mogućnost da poverilac i dužnik ugovore prelazak založene stvari u poveriočevu državinu, u slučaju neisplate potraživanja, pri čemu je ovakva odredba suvišna, jer po čl. 35 ZZPR poverilac po samom zakonu stiče državinu, ako dužnik ne ispuni svoju obavezu o dospelosti.

Ugovaranje komisorne i marcijanske klauzule u našem važećem pravu, nedozvoljeno je i ZH, prilikom zasnivanja založnog prava na napokretnosti.²⁸ Hipotekom opterećena nepokretnost ne može po unapred određenoj ili neodređenoj ceni preći u svojinu poverioca ili trećeg lica ugovorom o hipoteci.²⁹ Ove klauzule su kod hipoteke zabranjene pre dospelosti potraživanja obezbeđenog zalogom. Kao i kod zaloge na pokretnim stvarima, zakonodavac dopušta odstupanja od pomenutih ograničenja i dopušta njihovo ugovaranje po dospelosti potraživanja putem „naknadnog ugovora”.³⁰ Iako nije izričito propisano, kao i u ZOO i ZZPR, za punovažnost ovih odredbi kod postojanja više poverilaca, trebalo bi tražiti i njihovu saglasnost.³¹

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ Tešić, N., *Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja*, „Pravni život” broj 10/2002, str. 112.

²⁸ Čl. 13. stav 2. ZH: „Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje, ako dug ne bude isplaćen o dospelosti: nepokretnost po neodređenoj ili unapred određenoj ceni prelazi u svojinu poverioca ili trećeg lica.” Isto je bilo predviđeno i ZOSPO (čl. 69).

²⁹ Jokić, S., *Komentar zakona o hipoteci*, Beograd, 2006, str. 80.

³⁰ Čl. 27. stav 1. ZH. Ovim ugovorom između hipotekarnog poverioca i vlasnika nepokretnosti se može ugovoriti delimični ili potpuni prenos prava svojine, odnosno drugog stvarnog prava na predmetu hipoteke, na poverioca, umesto ispunjenja duga. Ukoliko vlasnik nepokretnosti i dužnik nisu isto lice, stoji obaveza poverioca da bez odlaganja obavesti dužnika o naknadnom ugovoru.

³¹ „Ako je stvar založena za više potraživanja kod različitih poverilaca, za punovažno ugovaranje komisorne klauzule nakon dospelosti potraživanja u korist jednog poverioca, potrebna je saglasnost ostalih hipotekarnih poverilaca”; Lazić, M., *op. cit.*, str. 116.

Duga tradicija zabranjenosti ovih odredbi u našem pravu svakako ukazuje na njihov višestruki značaj. Navedenim ograničenjima se u prvu ruku štiti založni dužnik, koji usled stanja nužde i ekonomske zavisnosti često prihvata za njega nepovoljne odredbe, ali i interes kasnijih poverilaca koji žele da naplate svoje potraživanje iz založene stvari. To je ujedno i opštedruštveni interes, jer bez ovih zabrana bio bi otvoren put zelenašenju. Nesporno je da bi i ovakvim odredbama bilo dovedeno u pitanje načelo oficijelnosti založnog prava, kao i mogućnost višestrukog zalaganja iste stvari. Na kraju, čini nam se da se zakonodavac propisivanjem navedenih zabrana rukovodio načelom ravnopravnosti i ekvivalentnosti stranaka pri zasnivanju građanskopravnog odnosa, sprečavajući „da nadmoć jedne strane bude zlorabljena na štetu druge”.³² Na tom stanovištu stoji i pravna teorija, kao i sudska praksa koja je u svojim odlukama dosledno primenjivala pravila o zabranjenosti ovih odredbi kod založne.³³ Nacrt Zakonika, zabranjuje komisornu i marcijansku klauzulu kod hipoteke³⁴, kao i kod ugovora o zalozi kod obe vrste založnog prava na pokretnim stvarima³⁵, s tim što ih detaljnije reguliše i kod *pignus*-a izričito propisuje da su ovakve odredbe punovažne po dospelosti potraživanja³⁶, a kod zalaganja nepokretnosti novina je propisivanje odredbe po kojoj se zaključenjem „naknadnog ugovora” ne dira u prava ostalih hipotekara.³⁷ Ovakvo rešenje kod ovog vida zalaganja, otklanja rizik za kasnije hipotekare da naplate svoje potraživanje iz založene stvari, iako ona pripadne poveriocu koji ima red prvenstva.

3. *Pactum antichreticum* u našem pravu

Antihreza (grč. *antihresis*: *anti* – koristiti umesto nekoga i *hresis* – nužda, dug, potreba) je sporazum zalagodavca i zalogoprimca na osnovu koga je zalogoprimac ovlašćen da upotrebljava založenu stvar, a ako stvar daje plodove, da ih odvoji i zadrži za sebe.³⁸ U rimskom pravu, antihreza je, po pravilu, bila zabranjena kod hipoteke. Zalogoprimac nije smeo upotrebljavati predmet zalo-

³² Nikolić, D., *op. cit.*, str. 130.

³³ To potvrđuju i starije odluke, v: Orlić, M., *op. cit.*, str. 952, ali u tom pravcu ide i novija sudska praksa, v: presuda Apelacionog suda u Kragujevcu, Gž-228/10 od 02. 02. 2010. godine i presuda Opštinskog suda u Kraljevu, P-2119/08 od 15. 03. 2009. godine – Bilten Apelacionog suda u Kragujevcu, br.1/2010, Intermeks, Beograd.

³⁴ V: čl. 576. Nacrta Zakonika.

³⁵ V: čl. 482 i čl. 516. Nacrta Zakonika.

³⁶ Čl. 482 i čl. 516. Nacrta Zakonika.

³⁷ Čl. 576. stav 3. Nacrta Zakonika.

³⁸ Babić, I., *Leksikon obligacionog prava*, Beograd, 2008, str. 26.

ge, inače se smatralo da čini krađu plodova. No moglo se ugovoriti da plodovi pripadnu poveriocu umesto kamata, a ako se pak radilo o beskamatnom zajmu, a založena stvar je bila plodonosna, mogao je poverilac zadržati plodove i bez antihretičke pogodbe.³⁹ Kada su u pitanju pravila građanskih zakonika koja su se primenjivala na teritoriji naše države, antihrezu kod ugovora o zalozi nije dopuštao AGZ.⁴⁰ SGZ je dozvoljavao antihrezu kod ručne zaloge pa je zalogoprimac imo pravo da upotrebljava založenu stvar i da pribira plodove sa nje ako mu je zalagodavac to naročito odobrio.⁴¹ Prema OIZ antihreza je bila dozvoljena i kod *pignus*⁴² i kod hipoteke gde je bila poznata kao „podlog”.⁴³

U važećem pravu, prema ZOO, zalogoprimac je, po pravilu, dužan da se pasivno ponaša prema predmetu zaloge koji ima u državini. Stoga on nema pravo da upotrebljava založenu stvar, ni da je preda drugome na upotrebu, niti da je da u podzalogu bez dozvole zalagodavca.⁴⁴ Međutim ove odredbe su postavljene dispozitivno, tako da se suprotno može dogovoriti, kako u trenutku zaključenja ugovora o zalozi, tako i kasnije. U slučaju odstupanja od pomenutog zakonskog rešenja, koristi postignute upotrebom stvari odbijaju se od vrednosti potraživanja, i to najpre od troškova na čiju naknadu poverilac ima pravo, zatim od dužne kamate i najzad od glavnice.⁴⁵ Kada je u pitanju drugi deo antihrezne pogodbe, da poverilac pribira plodove koje daje založena stvar, postavljeno je suprotno pravilo nego za upotrebu. Ako založena stvar daje

³⁹ Horvat, M., *op. cit.*, str. 172.

⁴⁰ Paragraf 1372, prva rečenica AGZ. Izuzetno, ako je poveriocu dopuštena samo upotreba založene pokretne stvari, onda se upotreba mora vršiti na takav način, koji neće biti štetan po dužnika (druga rečenica paragraf 1372).

⁴¹ Paragraf 318. SGZ: „Založenu stvar zajmodavac upotrebljavati, i njom se služiti nije vlastan; osim ako nije to od gospodara založene stvari naročito dozvoljeno.” Međutim, nije sasvim jasno da li je ova klauzula bila dozvoljena i kod hipoteke, ako se uzme u obzir redosled odredbi u sedmoj glavi SGZ, koje regulišu zalogu. U okviru njih, posle opštih odredbi i pravila o ručnoj zalozi, regulisana je i hipoteka u paragrafima 326–330, u kojima se ništa ne govori o dopuštenosti te odredbe. Mišljenja smo da antihrezu kod hipoteke SGZ nije dozvoljavao, s obzirom na to da je zakonski tekst nastao pod direktnim uticajem AGZ, koji je kod nepokretnosti na nedvosmislen način onemogućio punovažnost takve klauzule.

⁴² Čl. 177. OIZCG: „Dužitelj nije vlastan služiti se založenom stvarju, ako mu to nije naročito dopušteno, osim ako je založeno oružje ili stvari kakve druge vrste za koje se to služenje i onako razumije, dok izrečno zabranjeno nije...” i čl. 178: „ako založena stvar nosi kakve plodove, njih će uzimati dužitelj, ali samo u otplatu dobiti ili kakvih uzgrednih troškova, a najposlije i u otplatu glavnog duga, ukoliko nije što drugo ugovoreno.”

⁴³ Čl. 864. OIZCG: „Podlog biva, kad se dade kakvo nepokretno dobro samome dužitelju za obezbjeđu (sigurnost) duga, tako, da ga on i obrađuje i s njega plodove i dohotke prima u zamjenu dobiti; a i u otplatu duga, ako je tako naročito pogođeno.” Ona je u istom zakoniku kod hipoteke detaljno regulisana u „razdio” IX članovima 183–192.

⁴⁴ Čl. 976. stav 1. ZOO.

⁴⁵ Čl. 977. stav 3. ZOO.

plodove, a nije ugovoreno kome će oni pripasti posle odvajanja od stvari, poverilac, ako hoće, može ih zadržati za sebe.⁴⁶ I u tom slučaju važi isto pravilo o uračunavanju koristi, kao i kod upotrebe. Obe mogućnosti antihreze kod ručne zaloge, i zabrana upotrebe i pravo pribiranja plodova, nisu regulisane na imperativan način, tako da su pomenuta rešenja stavljena ugovornim stranama „na dispoziciju” i od njihove volje će zavisiti njihova primena. Razlike bi bile jedino u slučaju da strane u ugovoru ništa ne predvide o upotrebi založene stvari i pribiranju plodova koje ista daje. Tada će važiti pravilo da zalogoprimalac nema pravo da upotrebljava založenu stvar i biće odgovaran za slučajnu propast ili oštećenje koji bi se dogodili tom primenom, a u pogledu pribiranja plodova, razlika bi bila što se te koristi ne bi uračunale u iznos potraživanja, jer bi pripadale zalagodavcu. Ovakvo rešenje je opravdano, jer je u obostranom interesu – ustanovljava se sporazumno i omogućava smanjenje duga, a rizik zloupotrebe smanjenje iznosa prihoda nastalih upotrebom i pribiranjem plodova, otklanja se obavezom zalogoprimalca da stvar čuva sa pažnjom dobrog privrednika, odnosno dobrog domaćina.⁴⁷ Ta obaveza stoji, bez obzira da li zalogoprimalac upotrebljava založenu stvar ili ne, tako da se traži veći stepen pažnje u postupanju nego sa svojim stvarima. Ali ona podrazumeva i dužnost pribiranja plodova koje stvar daje nezavisno kome oni pripadaju, jer bi u slučaju propuštanja, kod prirodnih plodova došlo do umanjenja vrednosti predmeta zaloge pa i uništenja, a kod civilnih do zastarelosti. Postojeća rešenja u pogledu mogućnosti ugovaranja antihreze ostaće ista kod *pignus*-a i po Nacrtu Zakonika.⁴⁸

Kod založnog prava na pokretnoj stvari, koja ostaje u državini zalagodavca – registrovanoj zalozi, ZZPR predviđa da zalagodavac ima pravo da upotrebljava predmet založnog prava prema njegovoj uobičajenoj nameni i posle zasnivanja zaloge⁴⁹, i od tog pravila nema odstupanja u korist poverioca. Na taj način zakonodavac odstupa od rešenja ZOO kod ručne zaloge, gde pomenuto pravo može pripadati i poveriocu, ako se ugovori. Ta razlika je posledica različitog načina sticanja ručne i registrovane zaloge, jer *pignus* nastaje predajom predmeta zaloge zalogoprimalcu u državinu, a kod registrovane zaloge on i dalje ostaje kod zalagodavca, pri čemu je *modus acquirendi* upis založnog prava u Registar zaloge. U pogledu ovlašćenja pribiranja plodova, zakonodavac polazi od rešenja da po pravilu oni pripadaju zalagodavcu, ali se ugovorom o zalozi

⁴⁶ Čl. 977. stav 1. ZOO.

⁴⁷ Čl. 975. stav 1. ZOO.

⁴⁸ V: čl. 469. i 470. Nacrta Zakonika.

⁴⁹ Čl. 20. stav 3. ZZPR.

može predvideti da založni poverilac ima pravo na plodove⁵⁰, što znači da je u tom delu antihreza dozvoljena. Ako bi se ugovorila takva mogućnost, iznos čistog prihoda od plodova odbijao bi se od iznosa troškova namirenja, kamate, a potom i od glavnog duga. Ovakvo rešenje je opravdano, jer olakšava položaj dužnika, ne dovodi ga u zavisisan položaj, s obzirom na to da predmet zaloge i dalje ostaje u njegovoj državini. Kod registrovane zaloge, rešenja Nacrta Zakonika omogućuju da ugovorne strane ugovore i drugi deo antihrezne pogodbe, pa će zalogoprimalac pored pribiranja plodova koje založena stvar daje, istu moći da drži i upotrebljava.⁵¹

Zakonom o hipoteci, antihreza je zabranjena.⁵² Za razliku od ručne i registrovane zaloge, zakonodavac kod hipoteke ne dopušta mogućnost ugovaranja nijednog dela antihrezne pogodbe. Opravdanje ovakvog zakonskog rešenja, neki autori nalaze u činjenici da bi antihreza – lišavanjem dužnika upotrebe nepokretnosti otežala položaj dužnika, ali omogućila i zelenašenje, jer bi poverilac mogao da pribavi nesrazmernu imovinsku korist uračunavanjem prihoda od upotrebe i plodova na ime kamate.⁵³ Složili bismo se sa mišljenjem ovih autora, kada je u pitanju deo antihrezne pogodbe koji se odnosi na upotrebu založene stvari, jer bi takva mogućnost bila suprotna rešenju po kojem nepokretnost ostaje u državini dužnika i posle zasnivanja založnog odnosa. Međutim, kada je u pitanju mogućnost ubiranja plodova, smatramo da bi pod izvesnim uslovima, ovaj deo antihreze trebalo razmotriti i kod ugovora o hipoteci, uz ograničenje da te koristi ne prelaze iznos zakonskih zatezних kamata. Na taj način smanjio bi se rizik pribavljanja nesrazmerne imovinske koristi za poverioca, jer bi sam ugovor o hipoteci predstavljao osnov za presuđenje da li takva neekvivalentnost postoji.⁵⁴ Taj rizik je po postojećim zakonskim rešenjima veći, jer zabrana antihreze kod samog ugovora o zalozi ne onemogućava ugovorne strane da zaključenjem nekog drugog ugovora, npr. zakupa, izigraju to ograničenje gde se ova odredba može ugovoriti. Nacrt Zakonika dozvoljava

⁵⁰ Čl. 21. ZZPR: „Ako predmet založnog prava daje plodove, zalagodavac je ovlašćen da ih pribira. Ugovorom o zalozi može se predvideti da, umesto zalagodavca, založni poverilac ima pravo da pribira plodove od predmeta založnog prava.”

⁵¹ V: čl. 504. Nacrta Zakonika.

⁵² Čl. 13. stav 3. ZH: „Ništava je odredba ugovora o hipoteci na osnovu koje poverilac ima pravo da upotrebljava predmet hipoteke, odnosno da pribira plodove koje daje predmet hipoteke.” Slično: čl. 69. ZOSPO.

⁵³ V: Gams, A., *Osnovi stvarnog prava*, Beograd, 1974, str. 200; Rajačić, Č., *Stvarno pravo*, skripta, Zagreb, 1956, str. 320; Lazić, M., *op. cit.*, str. 116.

⁵⁴ Pod hipotezom da postoji predloženo zakonsko rešenje, pa strane ne iskoriste mogućnost da ugovore taj deo antihrezne pogodbe kod samog ugovora o hipoteci, čineći to kasnije nekim drugim ugovorom, očigledno bi iskazale nameru da njime disimuliju antihrezu.

moгуćnost ugovaranja antihreze kod hipoteke⁵⁵, što je značajna novina u odnosu na postojeća rešenja. U suštini, prihvaćeno je isto rešenje kao i kod registrovane zaloge, iako su to dve različite vrste založnog prava s obzirom na vrstu stvari na kojoj se uspostavljaju, ali slične po tome, što i u jednom i drugom slučaju predmet zaloge ostaje kod zalagodavca i posle zasnivanja založno-pravnog odnosa. Predloženo rešenje po kome poverilac može založenu stvar da drži i upotrebljava, nije u skladu sa pojmovnim određenjem ovih instituta, čija je prednost u odnosu na ručnu zalogu upravo to što založena stvar ostaje u državini dužnika, što mu omogućuje da lakše otplaćuje dug. Punovažnost ovog dela antihrezne pogodbe kod bezdržavinskog vida zalaganja, favorizuje interes poverioca na račun dužnika, omogućujući da njegov težak položaj bude još više zloupotrebljen.

4. Zaključak

Pored opravdanja široko postavljene autonomije volje učesnika građansko-pravnog odnosa, postoje razlozi i da zakonodavac odstupi od ovog načela kod ugovora o zalozi – propisujući zabranu ugovaranja komisornog pakta, marcijanskog pakta i antihreze. Navedene zabrane, u našem pravnom sistemu, su bile propisane i u građanskim zakonicima koji su se primenjivali i na teritoriji prve Jugoslavije, SGZ, AGZ i OIZ, ali od njih se ne odstupa ni važećim rešenjima. I pored različitih zakonskih formulacija, neka rešenja su ostala ista i u ranijim građanskim zakonicima, koji su na jednom mestu regulisali oba oblika zaloge – *pignus* i hipoteku, kao i danas gde se ti instituti posebnim zakonima uređuju. Razlike u nekim segmentima datih rešenja, svakako su posledica istorijskih okolnosti donošenja i važenja pomenutih pravila. Načelno ovi zakonski akti zabranjuju ugovaranje komisornog i marcijanskog pakta kod hipoteke i ručne zaloge, a u pogledu antihreze ostala je mogućnost njenog ugovaranja kod *pignus*-a, dok je kod zaloge na nepokretnosti jedino OIZ odstupio u odnosu na ostale akte, dozvoljavajući ugovaranje „podloga”. Duga tradicija pomenutih zabrana, ukazuje na njihovu opravdanost, jer im je cilj bio i ostao isti: da zaštite ugovorne strane kod založnog pravnog odnosa, ali i opštedruštveni interes – sprečavanjem zloupotrebe nadmoći jedne ugovorne strane na štetu druge. U važećem zakonodavstvu, nedozvoljene odredbe kod zaloge su prisutne i kod novog vida zalaganja, registrovane zaloge, koji raniji građanski zakonici nisu poznavali. Analizirajući pozitivnopravne norme o nedopuštenosti nekih odredbi kod ugovora o zalozi, primetna je njihova nesavršenost, čime se narušava balans interesa ugovornih strana. Zabrana komisornog i marcijanskog

⁵⁵ V: čl. 562. stav 5.

pakta kod sve tri vrste zaloge, nije na adekvatan način obezbeđena po dospelosti potraživanja, čime su ugrožena prava kasnijih založnih poverilaca. Nacrt Zakonika otklanja ovaj rizik, ali samo kod hipoteke. Zabrana ugovaranja anti-hreze kod zaloge po važećim rešenjima, biće dovedena u pitanje po Nacrtu Zakonika, koji dopušta ugovaranje ove klauzule kod sve tri vrste založnog prava. Takvo rešenje po kojem je punovažan onaj deo antihrezne pogodbe da poverilac može da drži i upotrebljava založenu stvar, kod hipoteke i registrovane zaloge, stvara rizik za dužnika. On je na taj način lišen mogućnosti da otplati dug iskorišćavanjem predmet zaloge, čime njegov dužnički položaj može biti pogoršan. Predloženim rešenjem zakonodavac se rukovodio principom efikasnosti naplate potraživanja putem zaloge, čime je sigurnost ugovornih strana stavljena u drugi plan.

PROHIBITED PROVISIONS IN THE PLEDGE AGREEMENT IN OUR LAW

Jelena Brkic, graduate lawyer - master

S u m m a r y

The limitation of the principle of the autonomy of parties' will while entering into the pledge agreement is based in the applicable law on the prohibition of negotiating *lex commissoria*, *patto Martiano* and *pactum antichreticum*. The prohibition of stipulating the above mentioned clauses in the pledge agreement existed also in the Serbian Civil Code 1804, Austrian Civil Code 1811 and General Property Code for Montenegro 1888, which were applicable in the period after the war based on the principle of legal continuity at the territory of our former state. Our effective laws that regulate different kind of pledge do not provide different legal solutions. The Law on Contracts and Torts 1978 and Law on Pledge on Movables Registered in the Register 2003 set forth the prohibition of negotiating the *lex commissoria* and *patto Martiano* related to the pledge on movables, *pignus* and registered pledge, while both laws conditionally allow *pactum antichreticum*. The Mortgage Law 2005 prohibits all three clauses. A long tradition of the stated prohibitions speak in favor of their justification, since their goal used to be and is the same: to protect the contracting parties to the pledge agreement and to protect common value – to protect from usury, abuse of more favorable position of one contracting party. The goal of this paper is to demonstrate the good sides of the existing solutions but also to underline their deficiency, due to which the parties and third parties that may be affected by these provisions lack proper legal protection. This relates to the provisions in the pledge agreement which will be prohibited in our legal system *de lege ferenda* based on the Draft Law on Property and other Property Rights in the Republic of Serbia, while the legislator will make a great move in the field of mortgage, allowing the contracting parties to negotiate *pactum antichreticum* when constituting the mortgage on real estate.

Keywords: prohibited clauses, *lex commissoria*, *patto Martiano*, *pactum antichreticum*, pledge