

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ УПИСА ПРОМЈЕНЕ САДРЖАЈА
ХИПОТЕКЕРаденко Јотановић¹*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*Босиљка Чубриловић²*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

Апстракт: Упис у јавну евиденцију непокретности може имати конститутивно или декларативно дејство у зависности од правног основа на којем се стиче неко стварно право, односно од врсте стварног права. Хипотека је стварно право чији је *modus acquirendi* искључиво упис без обзира да ли се ради о уговорном, законском или судском заложном праву. Ранг првенства хипотекарног повјериоца се стиче на основу принципа *prior tempore, potior iure*, а не према правном основу настанка хипотеке, чиме се обезбјеђује равноправност и правна сигурност свих учесника у правном промету непокретности. Закључењем уговора о уступању (цесији) потраживања на новог повјериоца (цесионара) прелази и хипотека као акцесорно право која служи обезбјеђењу главног потраживања. Упис хипотеке у том случају има декларативно дејство јер се не ради о новој хипотеци већ само о измјени садржаја постојеће хипотеке на начин да се умјесто ранијег повјериоца (цесуса) упише нови повјерилац (цесионар). Међутим, уколико нови хипотекарни повјерилац не изврши упис, не може ни вршити своја права која произилазе из садржине хипотеке, првенствено даље (регистарско) располагање хипотеком. У том смислу хипотекарни повјерилац неће имати ни разлучно право у стечајном поступку на предмету хипотеке који је дио стечајне масе.

Кључне ријечи: јавна евиденција непокретности, конститутивно и декларативно дејство уписа, хипотека, уговор о уступању (цесији) потраживања, забиљежба измјене садржаја хипотеке, стечајни поступак.

¹ Ванредни професор на Правном факултету у Бањој Луци, е-пошта: radenko.jotanovic@pf.unibl.org

² Асистент на Правном факултету у Бањој Луци, е-пошта: bosiljka.cubrilovic@pf.unibl.org

1. УВОД

Законом о премјеру и катастру Републике Српске (у даљем тексту: ЗПКРС)³ уведена је тзв. јединствена евиденција (катастар) непокретности (у даљем тексту: јавна евиденција непокретности)⁴ чији је циљ обједињавање свих досадашњих евиденција непокретности у праву Републике Српске.⁵ Наиме, те раније јавне евиденције непокретности су имале низ недостатака: постојање различитих права на истим непокретностима; евиденције су засноване на различитим премјерима; постоји велики број непроведених одлука и рјешења; иста питања се рјешавају у више евиденција; спорост администрације; неријешени имовинско-правни односи; велики број судских процеса; неприводивост судских одлука; правна несигурност; смањена ефикасност и ефективност одржавања; повећани финансијски издаци странака; неповјерење инвеститора и банака итд.⁶ Посљедица таквог стања евиденција непокретности је неслагање између регистарског (књижног, правног) стања и ванрегистарског (ванкњижног, фактичког) стања непокретности и правима на њима. Ова разлика је посебно била изражена у подацима који су се евидентирали у тзв. двојној евиденцији: земљишним књигама и катастру непокретности.

Поред тога, у складу са примјеном савремених информационих технологија у свим сферама друштва било је потребно обезбиједити и прелазак са аналогне („папирне“) форме на дигиталну (електронску) форму вођења података о непокретностима и правима на непокретностима (дигитализација катастарских планова, скенирање земљишних књига и катастарских елабората и података премјера и одржавања катастра непокретности). Дигитализација (тзв. е – пословање) обезбјеђује увид у јавну евиденцију непокретности без доласка на шалтер подручних канцеларија Републичке управе за геодетске и имовинско правне послове (у даљем тексту: РУГИПП), уз могућност приступа са било ког мјеста, било ког уређаја (рачунар, лап-

3 “Службени гласник Републике Српске”, бр. 6/2012, 110/2016 и 22/2018 - одлука УС.

4 У јуриспруденцији се користе различити називи којима се означавају евиденције које садрже податке о непокретностима и правима на њима. Слична ситуација је и у легислативи, па тако *Закон о стварним правима*, “Службени гласник Републике Српске”, бр. 124/2008, 3/2009 - испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015 и 18/2016 - одлука УС (у даљем тексту: ЗСП) користи назив „јавна евиденција“, а ЗПКРС појам „катастар непокретности“. Сматрамо да термин „јавна евиденција непокретности“ најпотпуније одражава прав(н)о стање непокретности које је релевантно за њихов правни промет.

5 У нашем правном систему постојале су различите евиденције непокретности, уведене одговарајућим законским прописима и то: Земљишна књига, Катастар земљишта, Пописни катастар, Катастар непокретности са утврђеним корисницима (настао из катастра непокретности), Књига уложених (положених) уговора о откупу стамбених зграда и станова и Књига уложених (положених) уговора о продаји пословних зграда, пословних просторија и гаража.

6 Бојан Нинчић, *Оснивање катастра непокретности*, презентација на Другом међународном сајму некретнина и инвестиција (*BLIRE* 2018), одржаном у Бањој Луци, 27. 11.2018. године.

топ, мобилни телефон) и било ког претраживача (*Google Chrome, Internet Explorer, Mozilla Firefox*). Подаци из јавне евиденције непокретности су доступни за подручје цијеле Републике Српске, у било које вријеме, у нумеричком или графичком облику, како за саме грађане, тако и за професионалне кориснике услуга РУГИПП (нотари, локалне заједнице, банке, геодетске организације, агенције за некретнине итд.).⁷⁸

Јавна евиденција непокретности је основна и једина евиденција о правном стању непокретности мјеродавном за правни промет.⁹ Она је “огледало” свих стварноправних односа везаних за непокретности. Њен основни циљ је обезбјеђење правне сигурности (промета) стварних и других права на непокретностима, а „...постоји један заједнички оквир као систем општих правила од којих треба поћи да би се тај циљ остварио“¹⁰. Ради се о бројним начелима јавне евиденције непокретности¹¹ међу којима доминирају начело уписа и начело поуздања (повјерења) јер управо ова два начела дају смисао постојања саме јавне евиденције непокретности.¹²

Уписом се постижу различита стварноправна дејства: то је начин (претпоставка) стицања (*modus acquirendi*) непокретности и стварних права на непокретностима – конститутивно дејство уписа; обезбјеђује се публицитет стварних права на непокретностима – декларативно дејство уписа; уписом серелативно правно дејство (*inter partes*) претвара у апсолутно правно дејство (*erga omnes*); усклађује се ванрегистарско (ванкњижно, фактичко) са регистарским (књижним, правним) стањем непокретности и права на непокретностима; уписом престају права на непокретностима без обзира на правни основ њиховог стицања (екстабулација); то је претпоставка (регистарског) располагања стварним правима насупрот ванрегистарском преносу права; претпоставка је ограничења права на непокретностима (путем хипотеке, реалних терета, права грађења и др.); лакше се доказују права

7 Станко Свитлица, *Јавни увид у Катастарске податке – е Катастар*, презентација на Другом међународном сајму некретнина и инвестиција (*BLIRE* 2018), одржаном у Бањој Луци, 27.11.2018. године.

8 У Републици Српској је успостављен правни оквир за електронску комуникацију јер су доносили Закон о електронском потпису Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске”, бр. 106/15, Закон о електронском документу Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске”, бр. 106/15 и Закон о електронском пословању Републике Српске, “Службени гласник Републике Српске”, бр. 59/09 и 33/16.

9 Тајјана Јосиповић, *Земљишно књижно право* (Загреб: Информатор, 2001), 90.

10 Раденка Цветић, „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 3 (2015), 1019.

11 Према чл. 53 ЗПКРС основна начела су: начело уписа, јавности, начело поуздања, начело легалитета, начело формалности, начело обавезности и начело одређености.

12 Раденко Јотановић, „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 40 (2014), 553-572 и „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч*, бр. 47 (2016), 215-232.

на непокретностима (путем листа непокретности) и уписом се остварује потпуно дејства начела поуздања.

2. КОНСТИТУТИВНО И/ИЛИ ДЕКЛАРАТИВНО ДЕЈСТВО УПИСА У ЈАВНУ ЕВИДЕНЦИЈУ НЕПОКРЕТНОСТИ

Упис у јавну евиденцију непокретности је материјалноправна претпоставка за стицање права на непокретностима,¹³ тј. уписом се права на непокретностима стичу, преносе, ограничавају или престају¹⁴. Ово начело је регулисано одредбама чл. 54 и чл. 62 ЗПКРС. У јуриспруденцији¹⁵ је заступљено становиште да је овакво, двоструко, регулисање начела уписа неоправдано јер у практичној примјени може изазвати дилему у погледу тога да ли упис има конститутивно или декларативно дејство. Због тога се прецизнијом и потпунијом формулацијом сматра она из чл. 62 ЗПКРС по којој се сва стварна права не стичу уписом тј. упис појединих права на непокретностима нема конститутивно, већ само декларативно дејство.¹⁶

Конститутивно дејство (упис у материјалном смислу, у апсолутном смислу) или декларативно дејство уписа (упис у формалном смислу, упис у релативном смислу) зависи првенствено (али не и искључиво) од правног основа уписа (*iustus titulus, iusta causae*). Када је правни основ стицања, преноса, ограничења или престанка права на непокретностима правни посао као правни основ, онда упис има конститутивно дејство.¹⁷ То је „... случај када се правна ситуација непокретности мења на основу правног посла“¹⁸, тј. кад се „...уписом у њу то право ствара...“¹⁹. *Argumentum a contrario*, права на непокретностима се не могу стећи, пренијети, ограничити или престати без уписа у јавну евиденцију непокретности.

Конститутивно дејство уписа произилази и из одредаба ЗСП које регулишу начин стицања појединих стварних права. Тако је у дијелу ЗСП под

13 Обрен Станковић и Миодраг Орлић, *Стварно право, девето издање* (Београд: Номос, 1996), 328–329.

14 Јосиповић, *Земљишно књижно право*, 124; Нр. 170; § 4/1 Закона о земљишним књигама из 1930. године; §292 Српског грађанског законика из 1944. године; § 431 Аустријског грађанског законика из 1911. године.

15 Нина Планојевић, „Начела катастрале непокретности у Србији и Републици Српској“, *Правна ријеч*, бр. 32 (2012), 172-173.

16 Детаљније: Јотановић, „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, 553-572.

17 Петар Симонети, „Стјецање права власништва на некретности на темељу правног посла“ у: *Расправе из стварног права* (Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Риједи, 2001), 38 и даље.

18 Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности* (Нови Сад: 2009), 13.

19 Јасмина М. Вукотић, „Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре“, *Докторска дисертација*, Правни факултет, Београд: 2012), 114.

насловом „Стицање на основу правног посла“ у чл. 53, ст. 1 („Стицање укњижбом“) регулисано: „*Право својине на непокретностима на основу правног посла стиче се укњижбом у земљишну књигу, ако законом није другачије одређено*“. Слично је и код начина стицања других стварних права регулисаних у ЗСП.²⁰

Конститутивно дејство уписа ограничено (делегирано) је само на стицање права на непокретностима путем правног посла као правног основа, односно упис има апсолутно дејство само код стицања путем правног посла. Наиме, у одређеним случајевима за стицање права на непокретностима упис има (само) релативно дејство које се огледа првенствено у публиковању права. Декларативно дејство уписа је, као и његово конститутивно дејство, регулисано двоструко у одредбама чл. 54 и чл. 62 ЗПКРС. Прво је у чл. 54, ст. 2 регулисано: „*У случају да се на основу одлуке суда, одлуке другог државног органа, насљеђивањем или на основу закона стекло неко право без уписа у катастар непокретности, стицалац може да захтијева упис тога права у катастар непокретности...*“, да би се потом декларативно дејство уписа регулисало и у чл. 63, ст. 2: „*У случајевима одређеним законом, својина и друга стварна права на непокретностима могу се стећи и прије уписа у катастар непокретности, а уписом производе правно дејство према трећим лицима (декларативност уписа)*“.²¹

Из прве цитиране одредбе ЗПКРС произилази да права на непокретностима конститутивно дејство стичу и прије уписа у случају када је правни основ одлука суда или другог државног органа,²² насљеђивање или закон. У тим случајевима упис има само декларативно дејство (производи правно дејство према трећим лицима), како је то регулисано другом цитираном одредбом ЗПКРС, док конститутивно дејство настаје у неком ранијем тренутку зависно од врсте правног основа (*iustus titulus, iusta causae*).²³ Прав-

20 В. чл. 149, ст. 1; чл. 218, ст. 2; чл. 267, ст. 1 и чл. 294, ст. 5 ЗСП.

21 Слична формулација садржана је и у чл. 3 Закона о поступку уписа у катастар непокретности и водава, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 41/18, који је у значајном обиму дерогирао и даље важећи Закон о државном премеру и катастру, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон, 27/2018 - др. закон и 41/2018 - др. закон.

22 ЗПКРС на овом мјесту користи термин „државни“, док ЗСП у сличној конотацији у чл. 52, ст. 1 користи термин „други“. Из наведеног произилази да по једном закону (ЗПКРС) правни основ може бити само одлука другог државног, дакле, јавног органа, док по другом закону (ЗСП) правни основ може бити и одлука било којег органа, дакле, јавног или приватног. Сматрамо да треба прихватити термин који користи ЗПКРС јер се ради о пропису *lex specialis*, односно касније донесеном пропису, не улазећи у расправу до којих консеквенци може довести употреба термина „другог“, а не термина „државног“ органа.

23 Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности* (Нови Сад: 2016), 104-108; Мелиха Повлакић, „Начело уписа и стјецање права власништва на некретнинама према новом земљишно-књижном и стварном праву у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, ЛП (2010), 321-

нотехнички би било коректније на јединствен начин регулисати декларативно правно дејство уписа како би се избјегла забуна у погледу чињенице која се права на непокретностима стичу уписом и какво правно дејство има упис сваког од тих права.²⁴

Декларативно дејство уписа регулисано је и појединим одредбама ЗСП. Тако је у чл. 52, ст. 2 овог закона имплицитно регулисано да се право својине на непокретностима стечено на основу наслеђивања, закона, одлуке суда или другог надлежног органа не може супротставити праву трећег савјесног лица које је у складу са начелом повјерења већ поднијело захтјев за упис свог права. У дијелу ЗСП под називом „Стицање на основу закона“ регулисани се поједини случајеви оригинарног стицања права својине: стицање одржајем (чл. 58); грађењем на туђем земљишту (чл. 59); грађењем на туђем праву грађења (чл. 63) итд.,²⁵ гдје се право својине стиче моментом испуњења одређених законских претпоставки које закон прописује за сваки од тих случајева, а од воље имаоца права зависи да ли ће исто и уписати у јавну евиденцију непокретности. На сличан начин регулисано је и стицање на основу закона других стварних права.²⁶

Правни значај уписа стварних права стечених на основу закона, судске или одлуке неког другог (државног) органа или наслеђивањем као правним основама (декларативно дејство уписа) огледа се у правној сигурности имаоца права и трећих савјесних лица која су поступала у складу са начелом поздања у јавну евиденцију непокретности. Ималац права стеченог на једном од ових правних основа овлаштен је (може), али и не мора, поднијети захтјев за упис тог права, упркос постојању начела обавезности²⁷. Он ће поднијети захтјев за упис како би своје већ стечено право успјешно супротставио трећим савјесним лицима која су поднијела захтјев за упис последије њега. У том смислу, упис његовог стварног права „... врши функцију декларисања постојеће стварноправне ситуације“²⁸. Санкција за стицаоца права који није поднио захтјев за упис је посредног карактера и

350; Јотановић, „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, 227; Раденко Јотановић, „Legal mortgage *modus acquirendi*“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци*, бр. 40 (2018), 82-84.

24 Јотановић, „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, 227-228.

25 В. чл. 24 ЗСП (случајеви стицања права својине на основу закона).

26 В. чл. 152, 218, ст. 3, 268, ст. 2 и 295, ст. 2 ЗСП.

27 Према чл. 63, ст. 1 ЗПКРС: „Ималац права на непокретности обавезан је да поднесе захтјев за упис непокретности и права својине у катастар непокретности“.

28 Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, 114 и *Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси*, 1023.

огледа се у могућности престанка неуписаних права јер важи начело поуздања у корист савјесног стицаоца.²⁹

Без обзира на реafirмацију начела уписа и начела поуздања коју је извршио законодавац доношењем ЗПКРС ставља се оправдан приговор на ограничено конститутивно дејство начела уписа,³⁰ с обзиром да ово начело апсолутно дејство има само у случају када је правни основ правни посао што је практично „...била позиција и ранијег стварног права“³¹. Остављањем законске могућности да упис има конститутивно или декларативно дејство зависно од правног основа уписа, тј. недоследна примјена апсолутног дејства начела уписа може довести до дестабилизације јавне евиденције непокретности.³² Практично то значи да неће доћи до остваривања прокламованог циља јавне евиденције непокретности – принципа правне сигурности који се огледа у усклађивању ванрегистарског (ванкњижног, фактичког) и регистарског (књижног, правног) стања непокретности и права на непокретностима.³³ Све док постоји могућност ванрегистарског стицања права „...може се говорити о тачности онога што је уписано, али не и о томе да су сва постојећа права на некој непокретности уписана, односно... да земљишна књига у потпуности одсликава стварно правно стање на односној непокретности“³⁴.

3. ХИПОТЕКА КАО РЕГИСТАРСКО ПРАВО *PAR EXCELLENCE*

За разлику од других стварних права код којих упис нема апсолутно дејство, тј. може да има или конститутивно или декларативно дејство зависно од правног основа на којем се заснива (каузалност уписа), код хипотеке овог ограничења нема. То значи да хипотека настаје уписом без обзира на правни основ њеног настанка, тј. упис има апсолутно дејство само

29 Татјана Јосиповић, „Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретностима – усклађивање земљишнокњижног стања“ у: Јасна Брежански и др., *Некретности као објекти имовинских права – актуелности у стјецању и располагању правима на некретностима* (Загреб: Народне новине, 2005), 7.

30 Начело уписа је у уској међусобној вези са начелом поуздања јер правно дејство начела поуздања наступа уколико је извршен истинит упис и обрнуто, уколико је дошло до неистинитог уписа постоји могућност његовог поништења брисовном тужбом чиме се суспендује примјена начела поуздања.

31 Хамид Мутапчић и Алаудин Бркић, „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретностима у земљишну књигу у Босни и Херцеговини, с освртом на упоредно законодавство“, *Зборник радова – Међународна научна конференција „Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?“* (Тузла: 2014), 158.

32 Планојевић, „Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској“, 173.

33 Мутапчић и Бркић, „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретностима у земљишну књигу у Босни и Херцеговини, с освртом на упоредно законодавство“, 156; Јотановић, „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, 223.

34 Јасмина М. Вукотић, *Стицање земљишнокњижних права уписом у јавне регистре*, 118.

кад се ради о упису хипотеке.³⁵ Какво ће правно дејство упис имати, према томе, не зависи само од правног основа стицања већ и од врсте стварног права, односно конститутивно дејство уписа најдоследније је спроведено код хипотеке. Због тога се каже да хипотека представља регистарско право *par excellence*^{36, 37}

Упис је *modus acquirendi* хипотеке, првенствено због начина њеног публицитета, тј. хипотека као бездржавинска залога не може постојати на други начин осим публикувањем у јавној евиденцији непокретности. По томе се разликује од других стварних права чији се публицитет може манифестовати и кроз државину тих стварних права. Због тога је пуноважна једино уписана (књижна, регистарска) хипотека и не може постојати неуписана (ванкњижна, нерегистарска) хипотека,³⁸ јер је неуписана хипотека *contradictio in adjecto*³⁹.

Исти разлози о конститутивности уписане хипотеке иду и у прилог натхипотеке⁴⁰. У ширем смислу натхипотека представља хипотеку на хипотеци, односно предмет натхипотеке је потраживање обезбијеђено хипотеком.⁴¹ Ради се, дакле о новој хипотеци која се оснива на постојећој хипотеци у корист новог (нат)хипотекарног повјериоца, а уз писано обавјештавање заложног дужника. У складу са тим, на упис натхипотеке се примјењују правила о упису хипотеке, што значи да се ова уписује у теретни лист земљишнокњижног улошка у којем је уписана хипотека која се оптерећује натхипотеком.⁴² Дакле, упис натхипотеке је конститутивног карактера.

35 Станковић и Орлић, *Стварно право, девето издање*, 329. Тако је и на основу *Закона о хипотеци*, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015, којим је утврђено да хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности (в. чл. 8).

36 Мелиха Повлакић, *Трансформација стварног права у Босне и Херцеговине* (Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву, 2009), 95 и „Начело уписа и стицање права власништва на некретностима према новом земљишнокњижном и стварном праву у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву*, бр. LIII (2010), 322.

37 С обзиром на нови концепт евиденције непокретности у нашем праву – јединствена евиденција, катастар непокретности, било би сасвим оправдано да се ранији назив - „земљишно-књижно право“ замијени називом - „право регистра непокретности“.

38 Аналогно претходној сугестији која иде у смјеру прилагођавања терминологије, појам „нерегистрована“ или „ванрегистарска“ хипотека, није у супротности са општеприхваћеним ставом јуриспруденције да је конститутивни карактер уписа најдоследније спроведен код хипотеке, односно „...да она и не може да настане без уписа (ванкњижно)“. Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, 107; Раденко Јотановић и Босиљка Чубриловић, „Хипотека на праву грађења“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“* Том II (2018), 363.

39 Мелиха Повлакић, „Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ“, *Правна ријеч*, 8 (2006), 239.

40 В. чл. 153, ст. 2 ЗСП.

41 Орлић и Станковић, *Стварно право, девето издање*, 278 -379.

42 Јосиповић, *Земљишнокњижно право*, 172-173.

Конститутивно дејство хипотеке које се остварује уписом посебно је значајно код законске хипотеке.⁴³ Према општим правилима конститутивно дејство законског (заложног) права настаје наступањем чињеница предвиђених законом, а упис овог права има (само) декларативно дејство.⁴⁴ Међутим, законска хипотека би примјеном ових правила проузроковала правну несигурност у обезбјеђењу потраживања, дерогирала правно дејство начела уписа, начела поуздања, начела јавности и начела обавезности, чиме се у цјелини доводи у питање и нови концепт евиденције непокретности. Основни недостатак неуписане законске хипотеке јесте немогућност да се увидом у јавну евиденцију непокретности утврди њено (не)постојање, тј. да ли је основана у корист привилегованог повјериоца који ће имати предност у односу на све уписане хипотекарне повјериоце без обзира на вријеме њиховог уписа. Обично се у улози повјериоца код законске хипотеке (тзв. преференцијални повјерилац) налазе порески органи, пензиони фондови и други јавноправни субјекти, тако да је законска хипотека механизам којим се осигурава јавни интерес за фискална и парадискална давања.⁴⁵ Ради се о праву државе којим себи резервише привилеговано заложно право највишег ранга.⁴⁶

Јавноправни разлози који се манифестују код законске хипотеке у односу на разлоге других уписаних хипотекарних повјерилаца могу изазвати правну несигурност. Због тога је одредбом чл. 152, ст. 1 ЗСП регулисано: „Законско заложно право оснива се према одредбама предвиђеним посебним законом“. Имајући у виду ову одредбу ЗСП, Законом о пореском поступку⁴⁷ је регулисано да се законска хипотека на непокретностима пореског обвезника заснива даном уписа у регистар непокретности, а брише након измирења исплаћених пореских обавеза.⁴⁸ Оваквим регулисањем настанка законске хипотеке у корист фискауса досљедно је примјењено начело уписа, иако је то у супротности са природом ове врсте законског права.⁴⁹

43 Детаљније: Јогановић, „*Legal mortgage modus acquirendi*“ 75-93.

44 Станковић и Орлић, *Стварно право, девето издање*, 237; Драгор Хибер и Милош Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања – Књига прва* (Београд: 2015), 55.

45 Законска хипотека на имовини пореског обвезника је најчешћа категорија законског заложног права али законодавац може регулисати било коју категорију законског заложног права за одређено потраживање.

46 Хибер и Живковић, *Обезбјеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, 56.

47 „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14, 44/16 и 11/2019 - одлука УС.

48 Чл. 53, ст. 2 Закона о пореском поступку.

49 Илија Бабић *et al.*, *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске* (Сарајево: 2011), 483.

4. УПИС ЗАБИЉЕЖБЕ ИЗМЈЕНЕ САДРЖАЈА ХИПОТЕКЕ

Конститутивно дејство хипотеке остварује се уписом у јавну евиденцију непокретности, без обзира на правни основ настанка и врсту хипотеке. У јудикатури се, међутим, као спорно појавило питање конститутивности хипотеке у случају њеног преноса (уступања) путем уговора о цесији потраживања,⁵⁰ а томе је свакако негативно допринијела легислатива својим недовољно прецизним одредбама.

Одредбама чл. 436 Закона о облигационим односима⁵¹ (у даљем тексту: ЗОО) и чл. 156 ЗСП регулисано је опште правило, према којем, са преносом главног потраживања⁵² на новог повјериоца прелазе и сва споредна права (право првенствене наплате, права из уговора са јемцем, права на камату, уговорну казну и др.)⁵³ укључујући и хипотеку. То је у складу са начелом акцесорности хипотеке према којем хипотека као споредно право дијели правну судбину потраживања као главног права и не може имати другу правну сврху.⁵⁴ Сврха хипотеке је, дакле, да се њом оптерети одређена непокретност да би се осигурало намирење потраживања из вриједности предмета залога. Стога хипотека не може имати самосталан „правни живот“ независно од потраживања, а важи и *vice versa* (уступање потраживања обезбијеђеног хипотеком није могуће без истовременог преноса хипотеке)⁵⁵.

50 В. Пресуда Окружног привредог суда у Бањој Луци, бр. 57 0 Ps 090309 15 Ps 2 и Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 I223114 15 Gž, из архиве суда.

51 „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04.

52 Облигациони однос је однос између двије тачно одређене стране (дужничке и повјерилачке), али идентитет субјеката те релације није пресудан за његово постојање и садржину па је предмет уступања само потраживање, а не и облигациони однос из којег таквог потраживање проистиче, тј. „...предмет цесије је „влаштина“ на тражбини као бестелесном добру,“ в. Ненад С. Тешић, *Продаја и пренос потраживања* (Београд: 2012), 76.

53 В. чл. 437 ЗОО.

54 Акцесорност је „... непосредна и на самом закону заснована једнострана зависност једног права, које се назива акцесорним или зависним, од другог права, које се назива главним, при чему је циљ акцесорног права остварење циља главног права и при чему садржина главног права аутоматски и непосредно улази у садржину акцесорног права,“ в. Хибер и Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*, 86.

55 Могући су одређени изузеци: „Изузетно, потраживање ће прећи на новог повјериоца без заложног права које га осигурава, ако је правни основ преласка такав да искључује прелазак и заложног права. Тада ће заложно право престати, јер не може самостално да постоји.“, Бабић, *et al.* Коментар Закона о стварним правима Републике Српске, 486. Исто тако, хипотека може да се „развије“ од потраживања и постане самостална категорија послје престанка обезбијеђеног потраживања. То ће бити случај када власник хипотеком оптерећене непокретности преноси хипотеку на ново потраживање које није веће од уписане хипотеке (располагање неизбрисаном хипотеком из чл. 181, ст. 1 ЗСП).

Међутим, спорно питање у правном односу између потраживања и хипотеке која га обезбјеђује јесте моменат настанка конститутивног дејства хипотеке у случају да се она као акцесорно право преноси заједно са обезбијеђеним потраживањем. У обзир могу доћи два момента: закључење уговора о уступању потраживања (цесији) и упис новог повјериоца (цесионара) у јавну евиденцију непокретности.

Одредба чл. 156 ЗСП према којој се са потраживањем осигураним заложним правом на друго лице преноси и то заложно право није довољно одређена јер не регулише да ли је у том случају потребан посебан правни основ, односно начин стицања заложног права – хипотеке.^{56 57} Насупрот овој одредби је одредба чл. 149, ст. 3 ЗСП, према којој конститутивно дејство у контексту промјена и престанка заложног права на непокретности-ма, до којих долази на основу правних послова, настаје у тренутку уписа. Имајући, дакле, у виду одредбу чл. 149, ст. 3 ЗСП може се закључити да код „промјене“ хипотеке до које долази у случају преноса (цесије) потраживања које обезбјеђује, конститутивно дејство наступа уписом. Међутим, овдје се не ради о „промјени“ хипотеке у контексту чл. 153, ст. 2 када се на постојећој хипотеци оснива нова хипотека (натхипотека) па је потребан и нови упис као начин стицања натхипотеке. Код уступања потраживања (цесије) које је обезбијеђено хипотеком не долази до оснивања нове хипотеке, већ „само“ до преноса (устапања) потраживања са којим је истовремено пренесена и већ постојећа (конституисана) хипотека. У овом случају нови хипотекарни повјерилац ступа на мјесто старог хипотекарног повјериоца, на основу уговора о уступању потраживања који представља пуноважан правни основ за промјену уписа хипотекарног повјериоца, а тај упис има декларативан карактер јер се њим само констатује промјена заложног повјериоца, а не конституише ново право (хипотека).⁵⁸

Дакле, хипотека која се преноси заједно са потраживања настаје без посебног правног основа (довољан је уговор о цесији) и без посебног начина стицања, односно конститутивно дејство хипотеке настаје закључењем уговора о цесији. У пракси се за такву хипотеку врши упис забиљежбе преноса потраживања, односно забиљежбе измјене садржаја у погледу залож-

56 За разлику од ЗСП, чл. 319 Закона о власништу и другим стварним правима, „Народне новине“, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14 то прецизно регулише: „Пријеђе ли на било којем правном темељу тражбина осигурана заложним правом на другу особу, на њу је тиме уједно прешло и то заложно право без посебнога правнога темеља за то и без посебнога начина стјецања, осим ако је што друго било одређено.“

57 Слично је регулисано и одредбом чл. 20 Закона о хипотеци: „Уговор...производи правно дејство према трећим лицима од дана уписа у регистар непокретности.“ Дакле, до преноса хипотеке долази ванрегистарским путем уз декларативан упис у регистар непокретности с публицитетним дејством.
58 Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 I223114 15 Gž.

ног повјериоца, тако да се умјесто уступиоца (цедента) упише пријемник (цесионар) као нови хипотекарни повјерилац.⁵⁹

Међутим, иако је апсолутно дејство хипотеке код уговора о цесији потраживања наступило закључењем самог уговора, уговор ће производи правно дејство према трећим лицима тек од момента уписа (релативно дејство уписа). То је у складу са чл. 54, ст. 2, односно чл. 62, ст. 2 ЗПКРС на основу којих титулар права стеченог ванрегистарским путем може, али и не мора, да захтијева да се оно упише у јавну евиденцију непокретности. Без обзира што упис производи само декларативно дејство за титулара ванрегистарски стеченог права је, из више разлога, од изузетног значаја да изврши упис права. Првенствено је то значајно због публицитетне функције уписа (дејство *erga omnes/contra omnes*) и остварења начела поуздања у јавну евиденцију непокретности.

За хипотекарног повјериоца је (декларативан) упис права значајан како би могао вршити овлашћења која произилазе из садржине хипотеке (право на одржавање вриједности залога, намирење из вриједности залога, заштита заложног права итд.).⁶⁰ Уколико није извршен уписхипотекарног повјериоца није могуће даље располагање хипотеком с обзиром да се сваки наредни упис може дозволити само против уписаног претходника (чл. 100 ЗПКРС).

5. СТЕЧАЈНИ ПОСТУПАК И ЗАБИЉЕЖБА ИЗМЈЕНЕ САДРЖАЈА ХИПОТЕКЕ

Једно од спорних питања које се може појавити у пракси јесте како отварање стечајног поступка над имовином дужника утиче на хипотеку уписану у циљу обезбјеђења потраживања на имовини дужника у случају кад је хипотека уговором о уступању (цесији) пренесена на новог повјериоца?⁶¹ Питање је актуелно у контексту конститутивног/декларативног дејства такве хипотеке.

Законом о стечајном поступку (у даљем тексту ЗОСП)⁶², који је важио у вријеме покретања стечајног поступка, регулисано је да су хипотекарни повјериоци разлучни повјериоци који имају разлучно право на неком предмету стечајне масе и овлашћени су на одвојено намирење свог по-

59 В. нпр. Рјешење РУГИПП – Подручна јединца Бања Лука, бр. 21.11/714.1-730/12 (ДН-730/12) од 15.10.2013. године. Из Архиве РУГИПП.

60 В. чл. 164-172 ЗСП.

61 В. Пресуду Врховног суда Републике Српске, бр. 11 0 У 012823 18 Увп 2, од 20.9.2018. године и Пресуду Окружног суда у Бањој Луци, бр. 11 0 У 022753 18 У од 2.11.2018. године. Из Архива судова.

62 “Службени гласник Републике Српске”, бр. 26/10 - пречишћен текст.

траживања, камата и трошкова из предмета разлучног права.⁶³ Како би се онемогућиле злоупотребе од стране учесника у стечајном поступку регулисани су рокови чијим наступањем се може тражити побијање правних радњи којима је извршен упис хипотеке.⁶⁴

Да би хипотекарни повјерилац стекао разлучно право на предмету хипотеке потребно је да је хипотека уписана прије отварања стечајног поступка. Ако се ради о хипотеци код које је дошло до промјене хипотекарног повјериоца на основу уговора о уступању (цесији) потраживања, а ова промјена није уписана у јавну евиденцију непокретности онда на оваквој хипотеци неће постојати разлучно право у корист новог повјериоца. Упис промјена у погледу хипотеке мора се извршити шест мјесеци прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка (чл. 85 ЗОСП), односно разлучно право стечајног повјериоца престаје 60 дана прије подношења приједлога за отварање стечајног поступка (чл. 61 ЗОСП) тако да се отварањем стечајног поступка не могу „... ваљано стицати права на дијеловима имовине која улази у стечајну масу,...“ (чл. 64, ст. 1 ЗОСП).

Својство разлучног повјериоца не може се везивати за својство хипотекарног повјериоца, јер нису нужно међусобно условљени тако да једно може искључити друго. У складу са напријед наведеним, у корист цесионара ће се уговором о цесији потраживања конституисати хипотека која га обезбјеђује независно од уписа такве хипотеке у јавну евиденцију непокретности (декларативност уписа). Дакле, цесионар може својство хипотекарног повјериоца стећи и прије рокова из чланова 61, 64 и 85 ЗОСП, а да ипак нема разлучно право стечајног повјериоца па је потребно разликовати потраживање одређеног лица као разлучног повјериоца од хипотекарног повјериоца. Разлог оваквог правног резоновања налази се управо у декларативном правном дејству уписа хипотеке пренесене уговором о цесији потраживања. Оно се огледа у томе да нови хипотекарни повјерилац (цесионар) на већ конституисаној хипотеци не може без уписа (декларативно дејство уписа) вршити овлашћења која произилазе из садржине хипотеке, а то се овдје односи првенствено на могућност располагања предметом хипотеке као разлучним правом у стечајном поступку.

Пуноважним уписом (декларативно дејство уписа) хипотеке до којег долази на основу уговора о уступању (цесији) потраживања се (између осталог) остварује правно дејство начела поуздања. То првенствено утиче на савјесност свих учесника у правном промету непокретностима јер се њихова савјесност цијени према регистарском, а не према ванрегистар-

63 В. чл. 42 ЗОСП.

64 В. чл. 61, 64 и 85 ЗОСП.

ском стању права. Тако ће хипотекарни повјерилац бити истовремено и различни повјерилац само ако је своје конституисано хипотекарно право уписао прије наступања рокова из чланова 61, 64 и 85 ЗОСП. Уколико то не учини, хипотекарни повјерилац губи различно право иако је конституисао хипотеку на предмету залога који је *ex lege* предмет различног права.

6. ЗАКЉУЧАК

Упис у јавну евиденцију непокретности може имати конститутивно или декларативно дејство. Једно или друго стварноправно дејство зависи првенствено од правног основа (*iustus titulus/iusta causae*) стицања права: уколико је правни основ правни посао, онда упис производи конститутивно дејство, док у свим осталим случајевима (одлука суда или другог органа, наслеђивање или закон) упис производи (само) декларативно дејство. Због тога што упис нема апсолутно (конститутивно) дејство у свим ЗСП регулисаним случајевима, јавна евиденција непокретности одражава тачност само уписаних, а не и тачност свих постојећих права на непокретностима. Резултат тога јесте размимоилажење регистарског (правног, књижног) и нерегистарског (фактичког, ванкњижног) стања на непокретностима што дерогира примјену начела правне сигурности свих учесника у правном промету непокретностима. Међутим, упис хипотеке за разлику од других стварних права има увијек апсолутно (конститутивно) дејство, јер се једино уписом остварује публицитет хипотеке (правно дејство *erga omnes/contra omnes*). То је посебно значајно за правну сигурност и равноправност хипотекарних повјерилаца јер се њихов ранг утврђује у складу са начелом *prior tempore, potior iure* без обзира на правни основ на којем се хипотека заснива (уговорно, законско или судско заложно право).

Уговором о преносу (цесији) потраживања на новог повјериоца прелази и сва споредна права међу којима и хипотека (акцесорност хипотеке). У овом случају упис хипотеке нема конститутивно дејство, јер се само у облику забиљжбе врши промјена садржаја постојеће хипотеке тако да се умјесто ранијег, упише нови хипотекарни повјерилац. Али, овај упис у виду забиљжбе производи она стварноправна дејства која има сваки упис декларативног карактера, што се посебно односи на право располагања хипотеком у корист новоуписаног хипотекарног повјериоца.

Да би хипотекарни повјерилац стекао различно право на предмету хипотеке који се налази у стечајној маси, неопходан је упис забиљжбе промјене садржаја хипотеке која се односи управо на промјену хипотекарног повјериоца. Без уписа ове забиљжбе прије отварања стечајног поступка,

у роковима које прописује ЗОСП, хипотекарни повјерилац неће постати и разлучни повјерилац.

7. ЛИТЕРАТУРА

- Бабић, Илија et al. *Коментар Закона о стварним правима Републике Српске*. Сарајево: 2011.
- Вукотић, М. Јасмина. *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ, ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА*. Београд: 2012
- Јосиповић, Татјана. „Изванкњижно стјецање и престанак стварних права на некретнинама – усклађивање земљишнокњижног стања“ у: Брежански, Јасна и др., *Некретнине као објекти имовинских права – актуелности у стјецању и располагању правима на некретнинама*. Загреб: Народне новине, 2005.
- Јосиповић, Татјана. *Земљишно књижно право*. Загреб: Информатор, 2001.
- Јотановић, Раденко и Босиљка Чубриловић. „Хипотека на праву грађења“, *Зборник радова „Универзално и особено у праву“ Том II* (2018).
- Јотановић, Раденко. „Legal mortgage modus acquirendi“, *Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, бр. 40* (2018).
- Јотановић, Раденко. „Начело повјерења у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч, бр. 40* (2014).
- Јотановић, Раденко. „Начело уписа у катастар непокретности у праву Републике Српске“, *Правна ријеч, бр. 47* (2016).
- Мутапчић, Хамид и Алаудин Бркић. „Однос нормативног и стварног стања уписа права на некретнинама у земљишну књигу у Босни и Херцеговине, с освртом на упоредно законодавство“, *Зборник радова – Међународна научна конференција „Јавни и приватни аспекти нужних правних реформи у БиХ: Колико далеко можемо ићи?“*. Тузла: 2014.
- Нинчић, Бојан. *Оснивање катастра непокретности, презентација на Другом међународном сајму некретнина и инвестиција (BLIRE 2018)*.
- Планојевић, Нина. „Начела катастра непокретности у Србији и Републици Српској“, *Правна ријеч, бр. 32* (2012).
- Повлакић, Мелиха. „Начело уписа и стјецање права власништва на некретнинама према новом земљишнокњижном и стварном праву у БиХ“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву, LIII* (2010).
- Повлакић, Мелиха. „Неки актуелни проблеми залагања некретнина у ентитетима БиХ“, *Правна ријеч, 8* (2006).
- Свитлица, Станко. *Јавни увид у Катастарске податке – е Катастар, презентација на Другом међународном сајму некретнина и инвестиција (BLIRE 2018)*.
- Симонети, Петар. „Стјецање права власништва на некретнини на темељу правног посла“ у: *Расправе из стварног права*. Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци 2001.

- Станковић, Обрен и Миодраг Орлић. *Стварно право, девето издање*. Београд: Номос, 1996.
- Тешић, С. Ненад. *Продаја и пренос потраживања*. Београд: 2012
- Хибер, Драгор и Милош Живковић. *Обезбеђење и учвршћење потраживања – Књига прва*. Београд: 2015.
- Цветић, Раденка. *Савремена евиденција непокретности*. Нови Сад: 2016.
- Цветић, Раденка. „Домашај начела уписа и начела поуздања у катастар непокретности у нашој судској пракси“, *Зборник радова Правног факултета Универзитета у Новом Саду*, бр. 3 (2015)
- Цветић, Раденка. *Савремена евиденција непокретности*. Нови Сад: 2009.
- Закон о државном премеру и катастру, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 - одлука УС, 96/2015, 47/2017 - аутентично тумачење, 113/2017 - др. закон, 27/2018 - др. закон и 41/2018 - др. закон
- Закон о електронском документу Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр.106/15
- Закон о електронском пословању Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр.59/09 и 33/16
- Закон о електронском потпису Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 106/15
- Закон о облигационим односима, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Службени гласник Републике Српске“, бр. 17/93, 3/96, 37/01, 39/03 и 74/04
- Закон о поступку уписа у катастар непокретности и водова, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 41/18
- Закон о премјеру и катастру Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 6/2012, 110/2016 и 22/2018 - одлука УС
- Закон о стварним правима, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 124/2008, 3/2009 - испр., 58/2009, 95/2011, 60/2015 и 18/2016 - одлука УС
- Закон о стечајном поступку, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 26/10 - пречишћен текст
- Закон о хипотеци, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015 – одлука УС и 83/2015
- Закон о пореском поступку, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 102/11, 108/11, 67/13, 31/14, 44/16 и 11/2019 - одлука УС
- Пресуда Врховног суда Републике Српске, бр. 11 0 У 012823 18 Увп 2
- Пресуда Окружног привредног суда у Бањој Луци, бр. 57 0 Ps 090309 15 Ps 2
- Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр. 11 0 У 022753 18 У
- Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 I223114 15 Gž
- Пресуда Окружног суда у Бањој Луци, бр. 71 0 I223114 15 Gž
- Рјешење РУГИПП – Подручна јединца Бања Лука, бр. 21.11/714.1-730/12 (ДН-730/12).

LEGAL SIGNIFICANCE OF REGISTRATION OF CHANGES IN THE CONTENT OF THE MORTGAGE

Radenko Jotanović⁶⁵

Faculty of Law, University of Banja Luka

Bosiljka Čubrilović⁶⁶

Faculty of Law, University of Banja Luka

Abstract: *Enrollment in the public register of real estate may have a constitutive or declarative effect, depending on the legal basis on which a real right, or the kind of real right, is acquired. Mortgage is a real right whose *modus acquirendi* is exclusively enrollment regardless of whether it is a contractual, legal or judicial lien. The ranking of the mortgage creditor is based on the principles of *prior tempore, potior iure*, and not according to the legal basis of the mortgage, which ensures the equality and legal certainty of all participants in legal transactions with immovables. By concluding an agreement on the transfer (cession) of claims to a new creditor (cessionary), the mortgage as an accessory right that serves to secure the main claim is transferred. The registration of a mortgage in this case has a declarative effect, since it is not a new mortgage, but only a change in the content of the existing mortgage in order to register a new creditor (cession) instead of the former creditor (cesusa). However, if the new mortgage creditor does not register, he can not exercise his rights arising from the content of the mortgage, primarily further (registration) disposal of the mortgage. In this sense, the mortgagee creditor will not have a separate right in receivership proceedings in the subject of a mortgage that is part of the receivership estate.*

Keywords: *public registers of real estate, constitutive and declarative entry, mortgage, assignment agreement (cession), recording changes in mortgage content, bankruptcy proceedings.*

65 LL.D, associate professor at the Faculty of Law, University of Banja Luka, e-mail: radenko.jotanovic@pf.unibl.org

66 LL. B, assistant at the Faculty of Law, University of Banja Luka, e-mail: bosiljka.cubrilovic@pf.unibl.org