

ЗОРАН П. РАШОВИЋ, ТИТОГРАД

НАЧЕЛА ЗАЛОЖНОГ ПРАВА У ОПШТЕМ ИМОВИНСКОМ ЗАКОНИКУ ЗА ЦРНУ ГОРУ

Заједничка правила за заложна права нашла су своје мјесто и у Општем имовинском Законику за Књажевину Црну Гору. У теорији грађанског права ова правила су позната као начела заложног права и има их четири:

а) Начело акцесорности; б) Начело специјалности; ц) Начело недјеливости и д) Начело официјелности заложног права.

Можемо рећи да су сва ова четири начела у већој или мањој мјери разрађена у Општем имовинском закону и то како код залог на покретним стварима, за коју се употребљава назив залог, тако и код залог на непокретним стварима за коју је Богишић употребио ријеч застава (назив који није имао већег одјека ни у правној доктрини ни у законодавству) познатијој као хипотека. Ова правила се по својој садржини могу сматрати модерним рјешењима у грађанском законодавству. Она су извршила снажан утицај на каснија грађанска законодавства а нарочито на рјешења два наша закона из ове области — Закона о облигационим односима и Закона о основним својинско-правним односима. Пређимо на разраду сваког појединог начела.

1. Начело акцесорности

Заложно право је акцесорно право.¹ Зависност заложног права од потраживања чини његову најочљивију карактеристику. Своју егзистенцију заложно право везује за судбину гарантованог потраживања. И када се у неким случајевима чини да је заложно право ослобођено потраживања могуће је извести два зак-

¹ Ријеч *залог* у „посве општем смислу“ у Законику се употребљава да би означила било какву ствар, покретну или непокретну, која је одређена да на било који начин јемчи повјериоцу за наплату дуга.

ључка: Или прецизнијим посматрањем ипак постоји потраживање, или заложно право уопште не постоји. Међутим, акцесорност заложног права не треба схватити у апсолутном смислу. Ипак, у односу на гарантовану облигацију залога представља структуралну аутономију (на једној страни гарантована облигација а на другој једно стварно право) и једну функционалну независност која произилази из природе гаранције. У том смислу акцесорност је разрађена и у Општем имовинском законнику за Црну Гору.

Постојање главног потраживања је услов настанка заложног права. „Пошто је сваки залог као приложје дугу, бива, да право залога не надживљује дуга. На који год, дакле, начин дуг престане, тим истим начином престаје и право залога, подлога и заставе“.²

Како из овога слиједи да је постојање потраживања *conditio sine qua non* за настанак заложног права, могуће је извести два закључка:

а) Заложно право може настати касније од потраживања, али не и раније, и

б) Заложно право може престати прије потраживања али не и касније.

Богишић се у свом Законнику доследно држи ових правила, чак и не предвиђајући одступање веома распрострањено у упоредном праву по коме се условљена и будућа потраживања могу обезбиједити залогом.³ Тако потраживање које има коријена у ништавом правном послу не може произвести валидни залог. „С обзиром да је залог „приложје дугу“ право залога не може надживјети дуг. Престанком дуга намиром уопште, пребијањем, слијевањем дуга и дужења, опроштајем, прометнућем, услед немогућности извршења престаје и право залога.

Ова досљедна примјена начела акцесорности у Општем имовинском законнику за Црну Гору бива нарушена у једном случају. То је одступање у случају застарјелости потраживања. „Само они дугови, каже Богишић у чл. 625 став 2 ОИЗ-а, за које је дан покретни или непокретни залог нијесу подвржени застави, у колико не прелазе вриједност ствари дане у залогу, подлог или заставу“. Ово се одступање односи, дакле, на све врсте заложног

² Члан 869, став 1, Општег имовинског законика за Црну Гору.

³ Овај изузетак предвиђају: параграф 1204, став 2, Њемачког грађанског законика; Параграф 1210 Грчког грађанског законика; Чл. 306. Пољског грађанског законика, Члан 824 Швајцарског грађанског законика. И наш Закон о облигационим односима садржи такву одредбу. Ова одступања су унијета у законске текстове из неколико разлога у првом реду хтјела се ојачати позиција самог повјериоца. Стицалац заложног права се прије насталог потраживања осигурава од евентуалних дужникових располагања и од сваке његове штетне радње. Он је и даље у прилици за случај тужбе за повраћај ствари да истакне дилаторан приговор. Предност давања залога, за суспензивно условљену или будућу тражбину је и у стицању права првенства.

права, ручну залогу, антихрезу и хипотеку. И у упоредном законодавству наилазимо на таква рјешења.⁴ И док је законодавство препуно овог случаја одступања, за науку је спорно да ли се застарјело потраживање може обезбиједити залогом. Према неким ауторима, потраживање мора правно постојати, бити валидно, а не једноставно натурално.⁵ Само оно потраживање које је истовремено и „приватно правно добро“, тј. оно које „од стране закона има било какву правну заштиту“, може се обезбиједити залогом. „Ако је потраживању заштита потпуно отказана, оно је неважеће, па онда није погодно ни да буде носилац неког заложног права“...⁶ Конституисање гаранције за природну облигацију није прихватљиво⁷ јер „битност такве облигације одбацује свако принудно извршење“.⁸

И заиста ако акцесорност заложног права посматрамо у строгом смилу те ријечи онда нам се оваква размишљања чине оправданим. Потраживању коме је отказана правна заштита (изгубљен захтјев за принудно испуњене тражбине) према горе наведеној карактеристици отказује се и могућност да се обезбиједи залогом чија је бит управо у праву повјериоца да може захтијевати од суда одлуку да се ствар прода на јавној продаји. Међутим, акцесорност заложног права не треба по нашем мишљењу схватити да оно зависи од потраживања које се искључиво може принудно остварити. Овај принцип долази до изражаја и онда када постоји потраживање, па макар и застарјело. Иако правно ослабљено, потраживање постоји, а то је важно за конституисање и егзистенцију заложног права. Иако се ради о „непринудним правним обавезама“, нијесу изгубљене „принудне моралне дужности“ па се отуда сматра да ако дужник испуни застарелу обавезу, он нема право захтијеват да му се врати оно што је дао чак и ако није знао да је обавеза застарела. Пружајући овакву заштиту повјериоцу застарјелог потраживања, нема разлога да се

⁴ Тако у Аустријском грађанском законнику (параграф 1483) то важи само за ручну залогу. Према чл. 807 Швајцарског грађанског законика и параграфу 479 став 1 Цивилног законика Њемачке Демократске Републике ово правило је предвиђено за заложно право на непокретностима које је уписано у јавне књиге. Према чл. 317 Пољског грађанског законика правило је предвиђено за ручну залогу, а у Њемачком грађанском законнику (параграф 223, став 1) се предвиђа да заостаралост потраживања које је обезбијеђено хипотеком или хипотеком на броду или заложеном праву не спречава повјериоца да захтијева намирење из заложне ствари. И у нашем Закону о облигационим односима (чл. 368, став 1) је предвиђено ово правило и за ручну залогу и за хипотеку.

⁵ Alberto Montel, Pegno, Diritto vigente, Novissimo digesta italiano, XII, 791.

⁶ Ernst Demelius, Das Pfandrecht an beweglichen Sachen nach österreichischen bürgerlichen Recht, Wien 1897, 106.

⁷ Rubino, La responsabilita patrimoniale — Il pugno, Torino, 1947, 191.

⁸ Louis Josserand, Cours de droit civil positif français, II, 823.

та заштита не обезбиједи за случај конституисања заложног права.

Иако врло ослабљено, потраживање постоји макар и правно ослабљено, али никад и угашено. Судбина заложног права је у рукама потраживања које постоји, а не само у потраживању које се може принудно остварити. Наравно, позиција повјериоца застарјелог потраживања остаје нетакнута ако потраживање премањује вриједност ствари „дане у залсгу, подлог или заставу“. У супротном се према ОИЗ-у и према модерним грађанским законима остатак потраживања не може принудно наплатити из имовинске масе дужника.

Изван ове хипотезе (за коју се може дискутовати да ли представља изузетак или не) Општи имовински законик не даје других примјера на основу којих бисмо извели закључак да заложно право може трајати дуже од гарантованог потраживања.

У горе наведеним примјерима ОИЗ не исцрпљује дјеловање начела акцесорности. Заложно право не налази услове за своје постојање само у потраживању, оно је у току свог постојања везано за његову судбину. То се испољава у два правца. С једне стране послје конституисања заложног права могу настати измјене у висини потраживања, а с друге стране може доћи до промјене субјектата у облигацији (првенствено у овом случају на страни повјериоца).

У вријеме трајања облигације може доћи до измјене вриједности потраживања које се гарантује у смислу његовог повећања или смањења. Каква су рјешења ОИЗ-а у овом случају? У чл. 175. ОИЗ-а стоји: „Залога јемчи не само за главно него и за добит и за све друге трошкове, који би били потребни ради чувања залогне или ради наплате дуга“, а у чл. 206. се каже „Добро које је у заставу дано јемчи не само за главно него и за добит, ако је назначена у исправи, ипак, само за прошле двије године сврх оне која тече. Вишак старије добити која није наплаћена била постаје прости безаставни дуг. Добро јемчи, осим тога, и за добит која долази од одвлаке (922), као и за све трошкове око наплате дуга судском руком“.

Дакле, према овим рјешењима, заложно добро обезбеђује и касније „акцесије“ главног потраживања (тзв. споредна потраживања и трошкове принудне наплате). Код овог случаја повећања потраживања акцесорност заложног права, како каже Демелиус „исказује се као нека врста његове унутрашње експанзионе снаге. Ако се једном уведе у облик потраживања, заложноправна материја самостално тече даље и у његовим продужецима и анексима. Снага ове појаве експанзије потиче од функције осигурања заложног права: ради се о томе да се по могућности постигне економска сврха заложног права“.⁹

⁹ Demelius, *op. cit.*, 125.

Управо овај разлог објашњава зашто се протезање заложног права везује за проширење, а не и на исти начин за смањење потраживања. Строго узевши принцип акцесорности би морао на исти начин дејствовати и код смањења потраживања. Али, сразмјерно повлачењу залоге значио би сукоб са њеном функцијом осигурања, њеним пуним јемством (недељивошћу). Тога се досљедно држи и ОИЗ. „Све док год“ дуг није потпуно намирен, дужитељ је властан држати залогу за обезбједу наплате дуга. Ако је више ствари за исти дуг у залогу дано, све ствари заједнички јемче за цио дуг, као да је једна једина¹⁰. Кад је више непокретних ствари у заставу дано, оне све заједно јемче, као да је једна једина, док се год сав дуг потпуно не намири¹¹.

Акцесорност заложног права своје дјеловање остварује и за случај промјене овлашћеног субјекта. У првом реду мисли се на промјену повјериоца путем универзалне супцесије, и ту нема проблема. Сви насљедници на које гласи обезбијеђено потраживање могу ово остварити из вриједности заложене ствари. Али промјена повјериоца у облигационом односу може доћи у правним пословима међу живима: путем уговорног уступања потраживања (цесије). Опште усвојено правило о односу главног и споредног потраживања служи као критеријум за рјешавање судбине заложног права за случај цесије.

О томе постоји општа сагласност и у законодавству¹² и у правној теорији. И према Општем имовинском законнику, за случај уступања дужитељског права на другог, прелази „не само дужење него и свако приложје његово, као: добит, залога, застава; па све, ипак, начином који закон поближе одређује“.¹³

2. Начело специјалности

Начело специјалности заложног права је врло важна творевина модерног права. Овај принцип испољава се у два правца: а) заложним правом може се обезбиједити само одређено потраживање повјериоца; б) заложно право може постојати само на одређеним стварима заложног дужника. Тзв. специјалност стварних гаранција забрањује да се с једне стране овим правом могу обезбиједити неодређени број или неодређени износ потраживања, а с друге стране да објект овог права могу бити неодређене ствари

¹⁰ Чл. 174 Општег имовинског законика.

¹¹ Чл. 205, став 2, Општег имовинског законика.

¹² Параграф 401, став 1, Њемачког грађанског законика; чл. 12063 Италијанског грађанског законика; чл. 170, став 1, Швајцарског закона о облигацијама. И наш Закон о облигационим односима предвиђа оваква рјешења (чл. 437, став 1 и 2).

¹³ Чл. 603, став 3, Општег имовинског законика.

или сва добра заложног дужника. Римско право је признавало бројне генералне хипотеке. Оне су обезбеђивале неодређена потраживања повјериоца а могле су за објект имати цијела садашња и будућа имања. Оваква залагања узроковала су да се никад није са сигурношћу могло рећи зашто је дата и на које ствари се залога односила.

Установа генералних хипотека је у модерном праву напуштена уступајући мјесто принципу чије су предности очигледне и вишеструке. Специјалност стварних гаранција захтијева да заложно право обухвата само појединачне, индивидуално одређене ствари. Ово правило је нарочито разрађено код хипотеке с обзиром на значај које има код ове врсте заложног права па је и разумљиво што му законски текстови придају посебан значај. Тако у Општем имовинском закону за Црну Гору (чл. 196) стоји: „Добро које се даје у заставу треба да је тачно одређено, а ако их је више, да је такође свако од њих посебице означено. Застава се не може поставити на нечије цијело непокретно имање уопште, без потребна описа сваког појединог добра.“ А у чл. 200, став 2, истог Законика стоји: „То све, а особито дано у заставу добро или добра, треба да је тако тачно и потанко означено да не буде могућа никаква збрка или забуна, и да се из исправе може поцрпсти све што треба уписати у заставне књиге, према правилима Закона о устројству или уређивању заставних књига“. А у члану 201. предвиђа да „кад се потписује какво добро у заставу за дуг коме се количина унапријед не може чисто знати, нпр. кад се заставом потхвати за какве штете, које би неко тек могао од нечијег дјела имати итд, тад ће стране, у заставној исправи, подредити највећу количину новца до којег ће добро јемчити“.

Иако специјалност заложног права своју улогу посебно испољава код хипотеке, то не значи да оно није присутно код залагања покретне ствари. Напротив, овај принцип има своју улогу и значај и код ручне залоге, иако Општи имовински законик, па и наш Закон о облигационим односима, изричито га не предвиђају. То уосталом није толико потребно јер принцип произилази из саме садржине сваке врсте залагања, а посебно је последица давања залоге ради обезбјеђења одређеног потраживања и уговорне обавезе залогодавца према залогопримцу да му преда одређену ствар.

Овако схваћен принцип специјалности код заложног права налази своје оправдање и има низ предности које су вишеструке. У првом реду принцип иде на руку самом дужнику јер се води рачуна о његовом социјалном интересу који може посебно бити угрожен код генералног залагања. Предност за дужника је и у томе што су потенцијални кредитори у прилици да се обавијесте о стварном обиму дужникове имовине, и о заложеним стварима (тако да је опасност постојања скривених залогa избјегнута)

те да могу слободно процијенити да ли да ступе у правне односе са дужником. Интереси савјесног дужника били би погођени могућношћу уговарања генералног залагања, а као последица овога евентуалност постојања скривених залога, што би потенцијалне кредиторе натјерало да се уздрже од ступања у правне односе са њим чак и онда када за то нема стварног разлога. Ово је у ствари последица принципа публицитета залагања (уписа у заставне књиге односно депоседирања дужникове ствари), али овом принципу претходи захтјев залогопримца да му се у државину преда тачно одређена ствар или да објект заставе буде одређена ствар (специјалност).

Одређеност заложене ствари иде наруку и потенцијалним стицаоцима права на истој ствари јер су сада у прилици да одлуче да ли ће ступити у правни однос са депосидираним власником што би код генералног залагања стварало знатне тешкоће и упозоравало ова лица на уздржаност. Уздржљивост у ступању у правне односе са дужником показали би и потенцијални кредитори због евентуалних постојања скривених залога, па овај принцип, поред публицитета, иде наруку и њима јер су у могућности да сада процијене да ли је неоптерећена имовина дужника довољна за наплату његовог потраживања. Колико год изгледало да је генерално залагање у интересу и самог залогопримца чини нам се да оно може представљати одређене проблеме. У случају оваквог залагања за заложног повјериоца могу настати тешкоће у првом реду око чувања и одржавања неодређеног броја ствари, што може бити без потребе, јер су често и поједине, индивидуално одређене ствари довољне за наплату његовог потраживања.

Специјалност заложног права захтијева да се може гарантовати само одређено потраживање. „Дуг који ће да се упише у заставне књиге треба да је најприје писмено утврђен.“¹⁴ При томе је без значаја из ког основа тражбина потиче (из уговора, из деликта, из породичног права или из јавног права). Најчешће тражбина потиче из зајма и гласи на новац. Обавеза је да у „исправи заставнога дуга“ треба да је одређена и „количина дуга; кад се, како и гдје има намирити; која је добит; кад ће се како и гдје плаћати; врста добра које се у заставу даје, његов положај и границе: а ако је више добара, таки исти опис свакога појединце“.¹⁵

Природа залогe допушта да се она конституише и ради обезбеђења потраживања чији је износ одредив. Тако се у чл. 201. Општег имовинског законика каже: „кад се потписује какво добро у заставу за дуг коме се количина унапријед не може чисто знати, нпр. кад се ко заставом потхвати за какве штете, које би неко тек могао од нечијег дјела имати итд; тад ће стране, у заста-

¹⁴ Чл. 199, став 1, Општег имовинског законика.

¹⁵ Чл. 200, став 1, тачка б, в, и д, Општег имовинског законика.

вној исправи одредити највишу количину новца до којег ће добро јемчити.“

Специјалност заложног права није нарушена ни онда када се заложне више самосталних покретних ствари ради обезбјеђења једног потраживања (заједничка ручна залога) нити онда ако је за исти дуг дато било у заставу више добара па чак ни онда када се налазе „у заставне подручју разлититих судова“ (заједничка застава). Ради заштите интереса дужника ОИЗ је у чл. 217. предвидио да, „кад дужник нешто у отплати свога дуга дужитељу даде, властан је тражити да се та отплата којом се смањује његов дуг прибљежи у главни упис у заставне књиге.“

У неким случајевима мора се одступити од начела специјалности залогне јер залога обезбеђује не само главно потраживање него и за добит... и за добит која долази од одвлаке као и за све трошкове око наплате дуга судском руком¹⁶ — њихову висину није могуће увијек тачно одредити.

3. Начело недељивости

Још у римском праву говори се о начелу недељивости заложног права.¹⁷ На основу фрагмената из дигеста узетих из Папијанове *Liber VIII quaestionum*, у којима правник примећује да је *causa pignoris indivisa*, развија стара германска доктрина догму о недељивости заложног права.¹⁸ Недељивост заложног права је прокламована и у великим кодификацијама грађанског права.¹⁹ Та рјешења су присутна и у Општем имовинском законнику.

У члану 174. Законика стоји: „Све док дуг није потпуно намирен, дужитељ је властан држати залогу за обезбједу дуга. Ако је више ствари за исти дуг у залогу дано, све ствари заједнички јемче за цио дуг као да је једна једина“. А у чл. 205, став 2, се каже: „Кад је више непокретних ствари у заставу дано, оне све заједно јемче, као да је једна једина, док се сав дуг потпуно не намири“. Дакле, Законик говори о намирењу цијелог дуга као претпоставци за враћање заложене ствари, али не предвиђа пар-

¹⁶ Чл. 206 Општер имовинског законика.

¹⁷ *Qui pignori plures res accepit non cogitur unam liberale nisi accepto universo quantum debetur.*

¹⁸ *L. 65 D. de event, 212 (vidque pliebot propter indivisam ignōris causam reik).*

¹⁹ Чл. 2083 Француског грађанског законика говори о недељивости ручне залогне, а чл. 2114 о недељивости хипотеке; чл. 2799 Италијанског грађанског законика; параграф 457 Аустријског грађанског законика; чл. 889, став 2, Швајцарског грађанског законика. У нашем позитивном праву недељивост је изричито предвиђена код хипотеке (чл. 63 став 4. Закона о основним својинско правним односима), мада несумњиво произилази из одредби Закона о облигационим односима да је оно присутно и код заложног права на покретним стварима.

цијалну реституцију нити предвиђа да се објект заставе, када је то могуће, може ослободити сувишног терета. Парцијално плаћање дуга не даје, дакле, право дужнику, према Општем имовинском закону, на парцијалну реституцију код ручне залоге.

Начело недељивости заложног права испољава се у два правца. С једне стране, у погледу потраживања које је обезбедијено залогом које мора бити у потпуности намирено, а, с друге стране, у погледу заложене ствари која у цјелини обезбеђује потраживање. Другим ријечима, уколико се гарантовано потраживање угаси у једном дијелу залого, остаје да важи на цијелој ствари или на цијелим стварима (уколико је дато више ствари) тако да повјерилац не може тражити враћање дијела ствари а код заставе „оне све заједно јемче, као да је једна једина, док се год сав дуг потпуно не намири“.

Држећи се начела акцесорности заложног права, могли бисмо извести закључак да се заложно право прилагођава како проширењима тако и смањењу потраживања. Старија правна доктрина хтјела је недељивост залоге извести из акцесорности заложног права, али је то схватање у модерној теорији превазиђено, готово и напуштено.

Строго узевши, недељивост залоге не допушта заложеном дужнику право да један дио заложене ствари „ослободи“ сувишног терета уколико се осигурано потраживање дјелимично угаси, без обзира на број и врсту ствари које су објект заложног права. Овако схваћен принцип недељивости може често пута довести до апсурдних рјешења: то ће се десити у свим случајевима када објект залоге представља више ствари, а дјелимичним гашењем потраживања само једна од ових ствари, представљала би сасвим довољно обезбјеђење за преостали дио потраживања.

Оправдање за досљедну примјену принципа у овом случају налазимо и код неких теоретичара.²⁰ Неки аутори сматрају да „недељивост заложног права у случају више залого има за циљ да дужнику да повода да у свом интересу добровољно настави и изврши започету отплату. Тако ми у томе видимо особито правно начело створено у корист заложног повјериоца, које нуди посебан интерес тиме што не садржи у себи неко специјално правно становиште, чак шта више, да право с успјехом узима у своју службу психолошки моменат и користи га за своје циљеве.“²¹

Апсурдност досљедне примјене недељивости залоге навело је извјесне теоретичаре да размишљају и о одступањима од овог принципа. Тако се може одступити од принципа: а) код залагања суме новца кад се смањи залогом осигурано потраживање, може се захтијевати пропорционално смањење залоге и б) код судског заложног права на покретним стварима, ако се смањи потражи-

²⁰ Karl Otfinger, *Das Fahrnispfand*, Zürich, 1952, 289.

²¹ Демелиус, *op. cit.*, стр. 167.

вање дужник може захтијевати сужавање заложног право на оне ствари које по вриједности покривају дуг.²²

Други аутори сматрају да је недељивост залог у њеној природи, а не у њеној суштини, па је та тврдња навела неке од њих да одредбе о недељивости залог посматрају као диспозитивне, тј. да овај принцип може бити уговором искључен.²³

Неко стидљиво одступање налазимо и у нашем позитивном праву.²⁴ Иако је недељивост заложног права установљена ради очувања интереса повјериоца то не значи да не треба водити рачуна и о интересима друге стране. Свакако да економски интереси нијесу нарушени ако је после дјелимичне реституције довољно покрића за наплату осигураног потраживања. Тачно је, како тврде неки аутори, да се пропорционално са самим смањењем дуга повећава интерес за слабење залог и расте притисак за потпуно исплаћивање. Међутим, по нашем мишљењу право треба у првом реду да стане на страни оног рјешења које води рачуна о оправданим интересима обје стране. Одступању од начела недељивости дајемо предност у свим случајевима када су првенствено очувани економски интереси повјериоца (ствар или дио ствари представљају довољно покриће); А тим рјешењем дужник добија много јер му се враћа дотле суспендовано право коришћења (код ручне залог) односно заложени објекти се ослобађају непотребних терета (код заставе).

Недељивост залог се може искључити уговором утврђујући да пропорционално гашење дуга даје право на пропорционалну реституцију, односно пропорционално умањење заложених објеката. У том смислу говори и Општи имовински законик за Црну Гору.²⁵

Принцип недељивости залог дјелује не само када су у питању смањења потраживања него и у случају када се оно „распада“ на дјелове. Уколико се потраживање или обавезе подијеле услед наслеђивања (или других разлога), сагласно поменутом принципу, цијела залога гарантује сваку квоту. Залога, дакле, јемчи неподијељено док сви наследници повјериоци не добију одговарајуће дјелове потраживања. А на другој страни, уколико дође до подјеле обавезе на више дјелова, сунаследник дужника који би платио свој дио дуга не може тражити свој дио заложене ствари док се цјелокупни дуг не измири. Из овога произилази да је залога недељива без обзира на дјељивост потраживања или обавезе међу наследницима дужника или повјериоца.

²² Чедо Рајачић, *Стварно право*, скрипта, Загреб, 1956, 290; A. Ehrenzweig, *Das Sachenrecht*, 424.

²³ Marcel Plancl — Georges Riperd, *Traité pratique de droit civil Français*, Suretés réelles, Paris 1952, 129.

²⁴ Чл. 982, став 1, и чл. 983 Закона о облигационим односима.

²⁵ Чл. 211, став 1, Општег имовинског законика.

Недељивост залогe није „изгубљена“ чак и када дође до стицања сусвојине на ствари (гдје се заложно право односи на све сувланичке дјелове). Практично то утиче да позиција заложног повјериоца овом трансформацијом остаје нетакнута из разлога што се он може намирити из цијеле заложене ствари чак и када је један сувласник платио сразмјеран дио дуга који на њега отпада.

Све је то лијепо објашњено у Општем имовинском законнику (чл. 211), гдје се каже: „Пошто застава обузимље потписано добро у цјелини његовој (205), ништа се ни тим не мијења што се добро диобом, наслеђством или продајом на више дијелова разбије, јер сваки дио напосе и сви заједно јемче потпуно за сав дуг, осим ако је што друго нарочито углављено. Ипак, сваки је господар појединог дијела властан намирити сав дуг, према одредбама уговора којим је постављена застава, а тек послѣје тога исказати, да дужитељ на њ пренесе сва своја заставна права“.

Начело официјелности

Начело официјелности код залогe ограничава заложног повјериоца у његовом праву да реализује потраживање које је гарантовано из заложне ствари на било који начин. Само реализација која се остварује посредством суда (судска продаја) може учинити ово намирење валидним. Ово старо, веома старо правило примењивало се код свих заложно-правних односа, а нашло је своје мјесто и у Општем имовинском законнику. Тако у члану 180 Законика се каже: „Ако дужник не плати на рок, дужитељ може молити суд, да ради намира дуга намири јавну продају заложене ствари. Ако се залога прода више неголи дуг са приложјем (добит, трошкови) износи, превѣшак ће се вратити дужнику. Ако ли извађени од продаје новци не намирују свега дуга са приложјем, та недостиж остаје на дужнику; а она се намирују као сваки прости дуг“. А у члану 214, став 1, стоји: „Продаја потписаног у заставу добра, ради намире неплаћеног на рок дуга, бива јавно, обичним судским путем“.

Општи имовински законик је у својим одредбама посвећеним залози и застави изричито забранио уговарање тзв. комисорног пакта (*lex commissoria*). У теорији постоје одређене разлике у схватању садржине комисорног пакта, али се сви слажу да најприје садржину овог пакта чини такво уговарање које ће довести до стицања права својине на ствари која је објект залогe у случају неиспуњења дуга у року. У том смислу њену садржину приказује и Општи имовински Законик за Црну Гору. „Незаконита је погодба по којој би дужитељ могао узети ствар у влаштину без јавне продаје кад дужник не би на рок платио; така ће

се погодба дакле сматрати као да је ни било није“.²⁶ А у одредбама о застави стоји: „Кад би у уговору била погодба да дужитељ постаје власник тога добра, чим дужник на рок не плати, така погодба неће вриједити, него ће се сматрати као да је и није“.²⁷

Дакле, ону одредбу уговора о залози, која за случају неиспуњења дуга дефинитивно намеће патримонијални губитак код дужника без обзира да ли је пропорционалан гарантованом дугу или не, Општи имовински законик забрањује, без предвиђања одступања од ове забране, традиционално назване *lex commissoria*. При том, из одредби Законика се може закључити да он не садржи тзв. *марцијански пакт* познат у теорији грађанског права. Неке његове елементе можемо наћи и у упоредном законодавству, па и у нашем Закону о облигационим односима. Разлика између комисорног и марцијанског пакта према схватању ауторитативне доктрине је у томе што се код овог другог пакта намеће дефинитивно патримонијални губитак код дужника које је пропорционалан гарантованом дугу, док код првог овај губитак често пута није пропорционалан иако може да се деси да јесте (што се догађа случајно јер једнакост не произилази из садржине самог контакта).

Који су разлози навели законодавца да предвиди забрану уговарања комисорног пакта. Уопште говорећи, интенција је била водити рачуна о социјалном интересу који је код овог питања јако наглашен. Другим ријечима, законодавац је хтио заштитити зависна лица по закључењу уговора од често пута безопштетних захтјева друге стране. Рацио забране у законима, па и у Општем имовинском законнику, треба тражити у општим разлозима заштите дужника, који се налази у стању нужде за материјалним добрима, притиснут од повјериоца у фази конституисања на поковање његовим захтјевима и уношење одредби у уговорима о залози какве њему одговарају. Често пута дужник прихвата овакве услове уговора, натјеран стањем у коме се налази, надајући се да ће успјети да испуни дуг и поврати заложену ствар, односно ослободи ствар од сваког терета. Чињеница је да нужден дужник може лако прихватити овакве одредбе у уговору. Основ забране овог пакта треба тражити, између осталог, и из разлога могућности постојања зеленашких одредби у уговорима, што чини да они могу бити и неморални.

Комисорни пакт не штети само дужницима који пристају на посљедице које се његовим уговарањем проузрокују. У случају валидности пакта били би оштећени и конкурентни повјериоци у односу на онег који стиче предност по пакту. Њихов је интерес да заложени објект буде продат на јавној продаји како би евентуално могли конкурисати на ономе што је добивено. Најзад ва-

²⁶ Чл. 180 Општег имовинског законика.

²⁷ Чл. 215, став 2, Општег имовинског законика.

лидни комисорни пакт ишао би на штету и другим могућим повјериоцима. Из свега изложеног да се закључити да је разлог уговарања комисорног пакта у уговору о залози или застави један интерес спречавања генералне штете за дужника у стању нужде и за повјериоце уопште.

Наша послижератна судска пракса има примјера одлука гдје су се одредбе Општег имовинског законика о забрањености комисионог пакта примјењивале. Тако се у једној одлуци каже: „Наведени уговор, према самој његовој садржини, по налажењу Врховног суда, не може послужити тужиоцу као доказ да је постао власник спорне некретнине, без обзира што је туженик пристао на услов из односног уговора, јер се таква њихова погодба према правним правилима ОИЗ-а која регулишу питање подлога има узети као да не постоји и да је није ни било уколико се односи на то да ће тужитељ, у случају невраћања дуга од стране туженог до одређеног дана, постати власник спорне некретнине“.²⁸

Zoran Rašović

PRINCIPES DU DROIT DE GAGE DANS LE CODE CIVIL POUR LE MONTÉNÉGRÓ

R é s u m é

Les règles communes pour le droit de gage ont trouvé leur place même dans le Code civil pour le Monténégro. Dans la théorie de droit civil ces règles sont connues comme principes du droit de gage et il y en a quatre: a) principe de l'accessoirement; b) principe de la spécialité; c) principe de la divisibilité; et d) principe de l'office. On peut dire que tous les quatre principes sont, plus ou moins élaborés même dans le Code civil pour le Monténégro, voire dans le gage immobilier, de même que dans le gage mobilier pour lequel Bogišić a employé le mot le dépôt (la dénomination qui n'a pas eu de grande repercussion à la doctrine juridique ni dans la législation) plus connu comme l'hypothèque. Ces règles peuvent être considérées par leur contenu comme décisions modernes dans la législation civile qui ont exercé une forte influence sur les législateurs civils postérieurs et surtout sur la décision de deux de nos lois qui régularisent cette matière — la Loi des rapports d'obligation et la Loi des rapports fondamentaux de droit immobilier.

Le droit de gage est le droit accessoire. La dette active est la condition de l'établissement du droit de gage. »Puisque chaque gage figure comme supplément de la dette, il arrive que le droit de gage ne survit pas la dette. Alors, n'importe comment la dette est apurée, le droit du gage, de la présomption et de l'hypothèque cesse.«

Le principe de la spécialité du droit de gage est une création très importante du droit contemporain. Le rôle de ce principe est particulièrement manifesté dans l'hypothèque, mais cela ne veut pas dire qu'il ne soit pas

²⁸ Одлука Врховног суда НР Црне Горе. ГЖ бр. 215/59 од 26. септембра 1959. године, Одлука узета из Архива Суда. Ова Одлука је касније потврђена Одлуком Савезног Врховног суда, рев. бр. 487/60, Београд, од 28. 06. 1960. године, Одлука узета из Архива Врховног суда СР Црне Горе.

présente dans la mise en gage des mobiliers, bien qu'il ne soit pas prévu explicitement dans le gage en question.

L'indivisibilité du droit de gage a été proclamée même dans de grandes codifications du droit civil. Ce principe a été élargi aussi dans le Code Civil pour le Monténégro. Le Code parle de l'acquittement de la dette entière en qualité de présomption pour le renvoi du bien mis en gage, mais il ne prévoit pas la restitution partielle ni la possibilité éventuelle d'exempter l'objet de la charge hypothécaire excessive.

Le droit du créancier hypothécaire de réaliser n'importe comment le crédit garanti de l'objet mis en gage est limité par le droit de l'office. Ce n'est que la réalisation effectuée par l'intermédiaire du tribunal (la vente judiciaire) qui peut faire cet acquittement valide. Cette vieille, très vieille règle qui a été appliquée dans tous les rapports du droit de gage a trouvé sa place même dans le Code civil pour le Monténégro. Ce Code interdit formellement dans ses dispositions portant sur le gage et l'hypothèque la stipulation du soi-disant »lex commissoria«.