

**Др Мирослав Лазич\*,**  
Редовни професор,  
Правни факултет, Универзитет у Нишу  
Република Србија

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД  
10.5937/zrpfm1-41190

UDK: 347.466(497.11)  
Рад примљен: 15.11.2022.  
Рад прихваћен: 02.12.2022.

## **ЗАБРАЊЕНЕ КЛАУЗУЛЕ – ОПРАВДАНО И НЕОПРАВДАНО – У СРПСКОМ „БЕЗДРЖАВИНСКОМ“ ЗАЛОЖНОМ ПРАВУ\*\***

**Апстракт:** Рад се бави забрањеним клаузулама код уговора о кредиту. Хипотека и нови облици бездржавинског залагања, попут залогe на покретним стварима и правима, не апсорбују државину предмета залогe. То омогућава власнику заложене ствари – заложном дужнику употребу ствари и прибирање плодова, што олакшава отплату кредита. Заложни повериоци су заштићени законом установљеним обавезама власника на чување заложене ствари и одржавање њене вредности. Ипак, заложни повериоци, као уговорна страна у економски привилегованом положају – даваоци кредита, намећу економски зависној страни – дужнику, као кориснику кредита, односно заложном дужнику, отежавајуће уговорне клаузуле. Законом се забрањује уговарање одређених клаузула, али то није довољно, па и судови, по захтеву заложног дужника, процењују допуштеност појединих уговорних клаузула и поништавају их уколико су противне начелу савесности и поштења или применом принципа *argumentum a contrario* у односу на овлашћења власника заложене ствари. Судови користе институт делимичне ништавости тако да уговор о кредиту и залози важи без поништене клаузуле.

**Кључне речи:** бездржавинска залога, регистрована залога, хипотека, забрањене клаузуле, делимична ништавост.

---

\* lazicmir@yahoo.com

\*\* Рад је резултат истраживања по Уговору о реализацији и финансирању научноистраживачког рада НИО у 2022 години, евиденциони број 451-03-68/2022-14/200120.

\*\* Рад је саопштен на научном скупу „Одговорност у правном и друштвеном контексту“, одржаном на Правном факултету Универзитета у Нишу маја 2022 године.

## 1. Ко ме су заштитне клаузуле намењене

„Бездржавинска“ залога је заједнички назив за више заложних права која настају уписом у одговарајући регистар, односно без преноса државине на заложног повериоца. У српском праву два најзаступљенија облика бездржавинског залагања (за њих се овај појам користи у раду) су: хипотека на непокретним стварима и залога на покретним стварима и правима (тзв. регистрована или регистарска залога).<sup>1</sup> Њихова основна карактеристика је залагање ствари без преноса државине, што побољшава положај заложног дужника<sup>2</sup>, али и захтева додатно осигурање положаја заложног повериоца (Бранков, 2016: 66). Ради се о реалним средствима обезбеђења, на супрот личним<sup>3</sup>.

Принципи капиталистичког привређивања почивају на перманентној потреби за инвестицијама и кредитирањем, тако да новац обезбеђен путем кредитирања, односно кредит постаје један од најтраженијих и најскупљих банкарских производа. Хипотекарни кредит омогућава да се може трошити не само остварена, већ и очекивана (будућа) зарада (Марковић, Хипотекарно право, 1911: 172). Регистрована залога је анулирала недостатке класичне ручне залоге и приближила се значају хипотекарних кредита активирањем имовинских права на покретним стварима. Доношењем Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар<sup>4</sup> (у даљем тексту: ЗЗП), а затим и Закона о хипотеци<sup>5</sup> (у даљем тексту: ЗХ), Република Србија је створила предуслове за бездржавинско залагање ствари и права.

---

1 Свакако, постоје и други облици бездржавинског залагања. Нпр. фидуцијарно обезбеђење потраживања, али пошто у Републици Србији није регулисано законом, има мању примену у пракси.

2 Бездржавински облици залогe, пошто не апсорбују овлашћење државине предмета залогe, омогућавају власнику употребу ствари, прибирање плодова и олакшавају располагање.

3 У правној доктрини постоји, поред поделе на лична и реална средства обезбеђења, и схватање о разликовању: средстава обезбеђења потраживања, чија је функција посебна или додатна могућност намирења повериоца и умањење ризика инсолвентности дужника, и средстава учвршћења која служе да би се странке „навелe да тачно изврше своју обавезу“, као што је уговорна казна или капара (Гамс, Увод у грађанско право, 2007: 208; Хибер-Живковић, Обезбеђење и учвршћење потраживања 2015: 18).

4 Сл. гласник РС, бр. 57/2003, 61/2005, 64/2006 – испр., 99/2011. др. закони и 31/2019.

5 Сл. гласник РС, бр. 115/2005 и 60/2015. Закон о хипотеци се примењује од 25. фебруара 2006, осим ако се уговорне стране споразумеју да се примењује и на раније засноване хипотеке (чл. 64).

Заложни повериоци регулисањем бездржавинске залогe добијају ефикасно средство обезбеђења потраживања, како у погледу сигурности наплате, тако и у погледу брзе и једноставне наплате (Лазић, 2009: 65). Зато је законима о бездржавинским облицима залогe, поред традиционале судске продаје предмета хипотеке у извршном поступку, допуштена и вансудска продаја ради поједностављења поступка реализације овлашћења намирења.

Неизвесност будуће зараде, тј. несигурност прилива прихода, као и неизвесност очувања вредности ствари, ствара код заложног повериоца неповерење и потребу да стално побољшава своју позицију, чак и мимо законских гаранција. Закони који регулишу бездржавинске облике залогe предвиђају обавезе заложног дужника ради очувања вредности заложене ствари и одређена овлашћења заложног повериоца у случају њиховог непоштовања. Тако, хипотекарни поверилац има право да захтева забрану одређеног понашања власника; право приступа непокретности ради контроле одржавања ствари без обзира ко се у њој налази (власник, закупац, плодоуживалац и др.); пружање додатног обезбеђења; па и наплату целокупног потраживања пре доспелости.<sup>6</sup> Код регистроване залогe, залогодавац је дужан да чува предмет заложног права са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника и да одржава заложену ствар у исправном стању, а уговором о залози се може предвидети и обавеза осигурања заложене ствари од уобичајених ризика штете за ту врсту ствари<sup>7</sup>.

Иако заложни поверилац има овлашћења у случају да власник својим радњама умањује вредност предмета залогe, новије право се све више сусреће са покушајима ширења уговорних клаузула којима се власнику ограничава или искључује неко од својинских овлашћења док траје залогa. Повериоци своју повлашћену позицију као економски „јаче“ уговорне стране користе да додатно, често непотребно и штетно по интересе заложног дужника, побољшају свој правни положај. Тиме се потиру предности бездржавинских залогa. Правна једнакост уговорних страна је сразмерно мања фактичкој неједнакости дужника – корисника кредита у односу на повериоца – даваоца кредита. Зато је неопходно предвидети што више правних правила која штите положај дужника у фази заснивања поверилачко–дужничког и заложно–правног односа.

---

6 Чл. 15 и чл. 18 Закона о хипотеци.

7 Чл. 18 и чл. 19 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар.

Поред законом забрањених клаузула, често је неопходна и интервенција судова ради процене оправданости и допуштености појединих клаузула. При томе, судови се не ограничавају само на изричите законске забране, већ могу и треба да процењују и циљ правних норми о залози, поштовање начела савесности и поштења у уговорним односима, па и сврсисходност појединих клаузула – сразмерност корисности за заложног повериоца и штетности за заложног дужника. Ради се о уговорним одредбама које нису изричито забрањене законом, али су отежавајуће за хипотекарног дужника и често сувишне, па суд процењује њихову важност по захтеву власника.

У регулисању регистроване залогe је „банкарски лоби“ отишао корак даље и издејствовао увођење законске могућности уговарања одређених клаузула које су код хипотеке забрањене, што је онемогућило одлуку судова о проглашењу делимичне ништавости, па ћемо се и њиме бавити. У раду ћемо најпре анализирати изричито законом забрањене клаузуле, затим остале клаузуле које се појављују у правној пракси уговорног заложног права, а укратко ћемо указати и на посебан аспект заштите заложних поверилаца као потрошача банкарских кредита и корисника финансијских услуга.

## **2. Законом забрањене клаузуле код бездржавинских залогa**

Крилатица „у репу отров“ (*in cauda venenum*) најбоље осликава дејство тзв. бездржавинског заложног права, у смислу да је суштина заложног оптерећења у фази намирења доспелог а неисплаћеног потраживања, а не у претходној фази (првобитно врши само психолошки притисак на дужника да редовно отплаћује дуг). Регистрована залогa и хипотека гарантују заложном повериоцу условно овлашћење продаје туђе заложене ствари ради наплате потраживања, а истовремено не искључују овлашћење располагања власника заложеном ствари са теретом залогe као акцесорним правом. Зато је неприхватљиво и противно природи заложног права несразмерно оптерећење заложног дужника док редовно измирује дуговање (рате кредита). Тим пре, што је овлашћење намирења појачано овлашћењем следовања и овлашћењем првенства.

Уговорна слобода је фактички подложна наметању услова економски слабијој страни, а то је дужник у кредитном односу. Неправичне уговорне одредбе могу бити наметнуте како у облигационом односу код уговарања кредита (валутне клаузуле, променљива камата и сл.), тако и у стварноправном односу код уговарања бездржавинске залогe. Ова два односа, по правилу, настају истовремено и међусобно су условљена.

Облигациони однос као главни је *ratio* настанка заложног односа као акцесорног, али кредитирања не би било да нема заложног обезбеђења. Наметање уговорних одредби се дешава, малтене истовремено, како у кредитном – облигационом, тако и у заложном – стварном правном односу.

Законом о хипотеци предвиђено је да су ништаве одредбе у уговору о хипотеци на основу кога, ако дуг не буде исплаћен о доспелости: „1) поверилац може да прода непокретност супротно одредбама овог закона; 2) непокретност по неодређеној или унапред одређеној цени прелази у својину повериоца или трећег лица. Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које поверилац има право да употребљава предмет хипотеке, односно да прибира плодове које даје предмет хипотеке. Ништава је одредба уговора о хипотеци на основу које власник не може да отуђи предмет хипотеке или да га оптерети хипотеком у корист доцнијег повериоца“<sup>8</sup>.

Законске забране се односе на флагрантне повреде уговорне слободе којим се дужнику приликом узимања кредита, као економски зависној страни, од повериоца намећу по њега неповољне уговорне одредбе. Поред наведених из ЗХ, неке забрањене клаузуле постоје у другим законима, а о неким судови одлучују применом принципа *argumentum a contrario* у односу на призната овлашћења.

Најпре ћемо анализирати законом забрањене клаузуле код регистроване залог и код хипотеке. Интересантно је да се поједина законска решења разликују.

### ***2.1. Забрана уговарања продаје на начин који није у складу са законом***

Начело официјелности захтева да се хипотека реализује на законом предвиђен начин, што значи да заложном повериоцу стоје на располагању или судска продаја заложене ствари по правилима извршног поступка<sup>9</sup>, или уговорена вансудска у складу са законским решењима. Ова одредба штити дужника од несавесног повериоца који може да покуша да уговори продају непосредном погодбом или на други поједностављени начин који није предвиђен законом, што би довело до угрожавања интереса заложног дужника.

Начелно, ова забрана предвиђена Законом о хипотеци важи и за регистровану залог за физичка лица. Ипак, законом о регистрованој залози је дат повољнији положај привредним субјектима (привредно

---

8 Чл. 13 Закона о хипотеци.

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

друштво, предузетник и друго физичко лице које у виду занимања обавља привредну делатност – лица која се професионално баве привредном делатношћу). Код регистроване залогe, ако је залогодавац привредни субјект, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да предмет заложног права прода на вансудској јавној продаји ако његово потраживање не буде намирено о доспелости. Ставом 2 је предвиђено да када „предмет заложног права има тржишну или берзанску цену, уговором о залози може се предвидети да заложни поверилац има право да га прода по тој цени, или да га по тој цени задржи за себе“<sup>10</sup>.

Вансудска продаја је прецизно регулисана законима о бездржавинском заложном праву са циљем да води рачуна о интересима дужника и да се спречи продаја испод тржишне вредности, а уговарање одступања би било незаконито и на штету власника.

## ***2.2. Забрана клаузуле о искључењу отуђења заложене ствари***

Одредба да хипотекарни дужник не може да отуђи предмет хипотеке док траје залога је недопуштена. Концепт бездржавинске залогe је своју предност засновао на могућности дужника да своју ствар користи ради лакше отплате дуга, али и могућности да је отуђи пре отплате кредита. Сигурност заложног повериоца је обезбеђена уписом у јавни регистар и овлашћењем следовања предмета хипотеке. Отуђење ствари ни на који начин не спречава могућност реализације хипотеке продајом ствари и наплатом потраживања.<sup>11</sup>

Међутим, законодавац је код регистроване залогe направио изузетак. Законом је допуштена могућност да се код залагања покретних ствари и права уписом у регистар, уговори да залогодавац нема право отуђења предмета залогe<sup>12</sup>. Сматрамо да је оваква одредба непотребна и да ће довести до њене честе примене у пракси наметнутом вољом заложног повериоца, што ће непотребно отежати правни положај власника заложене ствар. Упис регистроване залогe, као и код хипотеке, својим публицитетом обезбеђује дејство према трећим лицима без обзира на чињеницу да је

---

10 Чл. 27, ст. 1 и 2 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар.

11 Тако је § 1136 BGB и чл. 1290 Грчког грађанског законика предвиђено да су „ништави споразуми којима се власник обавезује да неће отуђити заложену ствар или да је неће оптеретити другим стварним правима“.

12 Чл. 24 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар.

промет покретних ствари бржи и једноставнији, те да је теже реализовати овлашћење следовања заложене ствари.

Некада и извршни органи Републике Србије доприносе настанку недозвољених клаузула. Тако, Влада РС, Програмом за стамбену изградњу, наметала је обавезу банци да у сваки појединачан уговор о кредиту унесе и одредбе о забрани отуђења некретнине у првих пет година отплате кредита, за непокретности чија се куповина кредитира из средстава банке и буџета РС, до коначне отплате кредита и док је хипотека првог реда установљена у корист банке и РС.<sup>13</sup> Иако се овим желела спречити злоупотреба код коришћења средстава из овог фонда, сматрамо да је то требало учинити без забране располагања. Ово је нецелисходно решење јер је продаја хипотековане непокретности некада једини начин да дужник прода непокретност и превремено отплати дуг у целости. Штавише, сматрамо их ништавим клаузулама, јер се подзаконским актом не може мењати законом установљења садржина залогe.

### **2.3. Пренос својине заложене ствари повериоцу без накнаде вредности**

Законом је забрањена, односно проглашена ништавом, одредба којом се предвиђа да у случају доцње дужника, предмет залогe прелази у својину заложног повериоца без накнаде вредности заложном дужнику. Ово је пренос својине без обзира на вредност ствари и висину неисплаћеног дуга у моменту доцње дужника, односно без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени досадашњем власнику. Оваква клаузула је забрањена још у римском праву, а позната је као комисорна клаузула (*lex commissoria*) која води губитку својине на заложеној ствари без накнаде.

Разлози традиционале<sup>14</sup> ништавости комисорне клаузуле су бројни: већ у фази настанка залогe вредност заложене ствари је уобичајено већа од износа осигураног дуга (пословна правила финансијских институција захтевају већу вредност предмета залогe за 25% до чак 50% износа кредита); у моменту доцње дужника, односно преноса својине на ствари, део дуга је уобичајено већ отплаћен, тако да је несразмера вредности

---

13 Програм Владе РС и Националне корпорације за осигурање кредита од 23. јула 2007, [http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna\\_korporacija\\_za\\_osiguranje\\_stambenih\\_kredita\\_1/Program\\_Vlade\\_Republike\\_Srbije.html](http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html)

14 У римском праву је ова клаузула забрањена због „свирепости последица које је производила према заложном дужнику“ (*imp. Constantis A.ad. populum, god. 326 - C. 8, 343*). *Lex commissoria* је била забрањена § 843. као и чл. 214, ст. 2 Српског грађанског законика; као и чл. 190 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору из 1888.



ствари и дуга повећана; уговарање комисорне клаузуле користило би само првом хипотекарном повериоцу, што би практично онемогућавало вишеструко залагање исте ствари и рангирање хипотеке.

Забрана уговарања комисорне клаузуле је општеприхваћена у савременом праву.<sup>15</sup> Уговарање комисорне клаузуле је забрањено само до момента доспелости потраживања обезбеђеног залогом. После доспелости потраживања може се слободно уговорити пренос својине уместо испуњења ако то није на штету трећих лица, јер више нема потребе за заштитом дужника од ове одредбе. Законом о регистрованој залози је предвиђено да се не може предвидети да се предмет залог задржи у корист залогодавца који је физичко лице и уговор о залози закључује ван оквира привредне делатности (чл. 28 ЗЗП). Забрана ове клаузуле треба да важи и за привредне субјекте као заложне дужнике.

#### ***2.4. Пренос својине повериоцу по унапред одређеној цени***

Оваква одредба предвиђа да у случају да дужник западне у доцњу са отплатом кредита, поверилац стиче право својине на хипотековану ствар по унапред утврђеној цени. Позната је и као марцијански пакт (*pactio Marciano*)<sup>16</sup>. Овде се, практично, ради о условној продаји предмета залог заложном повериоцу по унапред одређеној цени. Код марцијанског пакта је губитак за заложног дужника, наизглед, сразмеран дугу, а хипотекарни поверилац као купац има обавезу само на исплату разлике у вредности ствари и износа потраживања. С тог гледишта она делује знатно правичније од комисорне клаузуле.

Међутим, познато је да приликом одређивања вредности хипотековане ствари у моменту залагања важи налаз вештака кога ангажује поверилац – банкарски стручњак, па то може довести у питање објективност процене вредности заложене ствари. Дужник се не може успешно супротставити утврђеној вредности предмета залог. Поред тога, чак и када је процена реална, изиграва се основна сврха кредита и залог – да дужник стекне и задржи својину на непокретности, а не да изгуби. Поред тога, поверилац

---

15 Čl. 2083 француског СС; Čl. 816. st. 2 i 894. швајцарског ZGB; § 1229. немачког BGB; Čl. 1963 италијанског С.с. итд.

16 Ова забрана је била предвиђена још § 843 ст. 2 Српског грађанског законика који је одредио да неће важити „побочни уговор да поверитељ залог по својој вољи може за напред одређену цену продати, или за себе задржати“. Општи имовински законик за Црну Гору није изричито регулисао ову забрану, али она произилази из општих одредби (чл. 180, 181, 214). Забрана марцијанског пакта је била садржана и у чл. 69 југословенског Закона о основама својинско правних односа.



би, чак и када има другу могућност намирења дуга, могао користити ову уговорену клаузулу у фази намирења.

Законом о регистрованој залози је предвиђено да се не може предвидети да се предмет залогe прода по унапред одређеној цени према физичком лицу као заложном дужнику који уговор о залози закључује ван оквира привредне делатности. Међутим, ова клаузула је допуштена када је залогодавац привредни субјекат,<sup>17</sup> што такође сматрамо неоправданим.

Закони о бездржавинским залогома су након доспелости потраживања допустили накнадно писмено уговарање и комисорне и марцијанске клаузуле. Након доспелости потраживања, заложни поверилац и залогодавац се могу споразумети да ће поверилац моћи да предмет заложног права прода по одређеној цени или да га по тој цени задржи за себе, уз обавезу да преостали износ вредности након намирења потраживања у потпуности исплати залогодавцу.

## ***2.5. Забрана поновног залагања заложене ствари***

У правној пракси су се јавиле уговорне одредбе у којима су банке, као хипотекарни повериоци, хипотекарним дужницима наметали одредбу о забрани поновног залагања заложене ствари. Ово је потпуно непотребна и недозвољена клаузула која ограничава право располагања заложног дужника предметом залогe, иако је правом првенственог ранга први заложни поверилац потпуно заштићен у фази наплате и у предности у односу на касније по рангу заложне повериоце. Законом о хипотеци је предвиђено овлашћење заложног дужника да може отуђити предмет хипотеке, а самим тим може и поново заложити или дати у закуп, јер се овим располагањима не мења, нити угрожава положај заложног повериоца који има првенствени ранг.

Законом о регистрованој залози предвиђено је да залогодавац може поново заложити предмет заложног права ако уговором није друкчије предвиђено (чл. 25 ЗЗП). Сматрамо да је ова законска могућност искључења новог залагања непотребно и на штету заложног дужника установљена. Рангирање више залога се и код регистроване залогe врши према моменту уписа у регистар, тако да каснији заложни повериоци који пристају на каснији ранг немају право наплате из вредности залогe док се у потпуности не намире ранији заложни повериоци.

---

<sup>17</sup> Чл. 27 и 28 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар.

Законом о регистрованој залози предвиђено је рангирање више регистрованих залога на истој ствари или праву, као и рангирање регистроване и ручне залогe (pignus) на истој ствари, према времену (дан, час и минут) пријема захтева за упис заложног права у Агенцији за привредне регистре. Ако ручна залога није уписана у регистар, регистрована залога ужива првенство у односу на уписану залогу<sup>18</sup>.

## **2.6. Уговарање права коришћења хипотековане ствари (забрана антихретичне клаузуле)**

Уговарање права заложног повериоца да користи предмет залогe до отплате дуга (познато и као антихретична клаузула – pactum antichretium) традиционално је забрањено у заложном праву. Право коришћења може бити непосредно – употребом ствари и/или прибирањем плодова. Али, може се радити и о посредном коришћењу, нпр. издавањем ствари у закуп трећем лицу. Како ће се приходи од ствари рачунати повериоцу (као поклон, отплата камате или отплата главнице) зависи од уговора чије би услове наметнуо поверилац. Зато је њена забрана оправдана.

Штетна је и јер би лишила дужника државине и срушила концепт бездржавинске залогe. Допуштање коришћења хипотековане ствари је неспојиво са суштином бездржавинске залогe, да она омогућава да власник предмета хипотеке задржава овлашћење држања, употребе и прибирања плодова са заложене ствари ради олакшања отплате дуга. Међутим, ова могућност је допуштена код регистроване залогe.

Према чл. 26 ЗЗП, уговором о залози може се ограничити или искључити одређени начин употребе предмета заложног права и одредити начин будуће употребе од стране залогодавца. Сматрамо да је оваква одредба предвиђена због разноврсности покретних ствари, где је негде потребно ограничити поједина овлашћења која би умањила вредност ствари, али да најчешће није потребна. Такође, чл. 21, ст. 2 је предвиђена могућност да се уговором о залози може пренети овлашћење прибирања плодова са заложене ствари на заложног повериоца. Предвиђање оваквих могућности је непотребно привилеговање заложног повериоца код закључења уговора о заложном праву на покретним стварима и правима. Овакву одредбу сматрамо погрешном, чак и опасном за ионако отежан преговарачки положај заложног дужника. Срећна околност је да заложни повериоци, најчешће банкарске институције, нису заинтересоване за употребу и плодове заложене ствари и у пракси не користе ову могућност. Свакако,

---

<sup>18</sup> Чл. 30 и 31 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар

минимум равнотеже би био ако би се ова могућност односила само на одређену врсту ствари, нпр. бродове или ваздухоплове, што је предмет посебне регулативе.

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

### **3. Остале забрањење клаузуле**

Законима је забрањено уговарање одређених клаузула у заложном односу код бездржавинских залога, али је правна пракса показала да побројане забране нису довољне, Показало се да даваоци кредита уговарају и одређене одредбе које нису изричито забрањене, али су противне начелу савесности и поштења или суштини заложног права произашлој из функције обезбеђења и установљених овлашћења (*argumentum a contrario*). Зато је судска пракса, реагујући по захтеву дужника, прогласила незаконитим још неке уговорне одредбе. За очекивати је да се у правној пракси појаве и друге клаузуле које су противне циљу и функцији бездржавинског залагања, па је неопходно да судови пруже адекватну заштиту дужницима, применом института делимичне ништавости.

#### ***3.1. Забрана давања заложене ствари у закуп***

Уговором о бездржавинској залози није допуштено ограничити право располагања заложног дужника предметом залоге давањем ствари трећем лицу у закуп. Право преноса овлашћења употребе ствари и прибирања плодова на закупца, једна је од могућности економског искоришћавања ствари која треба да важи и за предмет залоге. Међутим, код регистроване залоге је предвиђено да се може искључити и право да се предмет регистроване ствари изда у закуп или на други начин *dâ* на употребу и прибирање плодова трећим лицима (нпр. конституисањем плодуживања, употребе, послуге и сл. – прим. аутора)<sup>19</sup>. Сматрамо да је одредба неправична и да непотребно отежава положај заложног дужника.

---

19 Чл. 22 Закона о заложном праву на покретним стварима и правима уписаним у регистар.

Већ наведеним Програмом за стамбену изградњу Владе РС, установљена је обавеза да се у сваки појединачан уговор о кредиту унесе и одредба о забрани издавања у закуп хипотековане непокретности до отплате кредита, као и забрану додатног оптерећења или умањења вредности заложене непокретности до коначне отплате кредита и док је хипотека првог реда установљена у корист банке и РС.<sup>20</sup> Већ смо указали на нецелисходност и недопуштеност наметања оваквих клаузула.

### ***3.2. Непримерени разлози стицања овлашћења продаје и намирења пре доспелости потраживања***

Посебну пажњу нам је скренула информација о покушају банке да уговори одредбу да ће „непримерено понашање хипотекарног дужника као клијента у просторијама банке, ометање службеника у раду и ремећење пословног процеса и сл., представљати разлог за једнострани раскид уговора о кредиту уз право на активирање продаје предмета хипотеке“<sup>21</sup>.

Јавни бележник је исправно одбио да изврши оверу заложне изјаве са оваквом одредбом. Оваква нејасна одредба може различито да се тумачи и свакако не треба да буде разлог за раскид уговора и превремено намирење дуга. Непримерено понашање може бити предмет других санкција (нпр. прекршајне или кривичне), али не треба да буде разлог за раскид уговора о кредиту и превремену наплату дуга, без обзира на врсту залог.

### ***3.3. Клаузула о забрани хипотекарног дужнику да располаже рангом хипотеке након отплате дуга***

Могућност задржавања ранга је, засад, предвиђена само Законом о хипотеци. С обзиром на могућу велику вредност покретних ствари, треба је регулисати и код регистроване залог.

Постоји више могућности хипотекарног дужника за задржавање и пренос ранга на новог повериоца након отплате кредита. У закону је предвиђено да одрицање заложног дужника од могућности располагања неисписаном хипотеком „не производи правно дејство, осим ако се власник уговором обавезе према трећем лицу, а нарочито према хипотекарном повериоцу са доцнијим редом првенства, да ће у његову корист захтевати испис

---

20 [http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna\\_korporacija\\_za\\_osiguranje\\_stambenih\\_kredita\\_1/Program\\_Vlade\\_Republike\\_Srbije.html](http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html)

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

одређене хипотеке; ако се у регистар непокретности упише забележба такве обавезе код те хипотеке<sup>22</sup>.

Оваква могућност се унапред уговара и подразумева одређене погодности за хипотекарног дужника. Међутим, питање је да ли дужник може да се „избори“ за те погодности као слабија страна према повериоцу који одређује услове кредита и малтене нуди уговор по приступу. Могућност располагања рангом је учвршћена и у односу на касније по рангу хипотекарне повериоце. Предвиђено је да хипотекарни повериоци са доцнијим редом првенства „не могу да се противе упису новог хипотекарног повериоца на упражњено место неисписане хипотеке, и задржавају место на коме се њихове хипотеке налазе“<sup>23</sup>, што довољно штити њихов правни положај.

Искључење могућности задржавања ранга и преноса на новог повериоца уговорном клаузулом сматрамо недопуштеним и противним интересима заложног дужника и код регистроване залоге. Судска пракса би требало да уговорну клаузулу о одрицању од права располагања рангом након отплате кредита третира као ништаву, без обзира на недостатак законске одредбе о могућности располагања рангом код регистроване залоге.

#### **4. Заштита хипотекарног дужника на финансијском тржишту**

Иако ова тема захтева посебан рад, укратко ћемо се осврнути и на заштиту корисника бездржавинских залогa посебним законима, односно као потрошача и корисника финансијских институција.

Свакако, неко ко користи кредит није на ивици глади, али често решава неко од егзистенцијалних питања за себе и/или члана породице, нпр. потребу за станом, аутомобилом неопходним за обављање привредне делатности, пословним простором итд., што га чини итекако зависним код ступања у уговорни однос. Зато се он у новијој правој пракси штити не само забраном уговорних клаузула, него и као потрошач.

Хипотекарног дужника као потрошача треба третирати као „нарочито осетљивог“, па чак и „рањивог“ потрошача. Заложном дужнику као потрошачу недостаје могућност равноправног преговарања, те закључује уговор по приступу са вештијом банкарском институцијом; недостаје му довољно знања из финансијске сфере за равноправне преговоре; зависан је од рока одобравања кредита; валутне клаузуле итд. „Ако се норма из чл. 17, ст. 4 Закона о заштити потрошача упореди са односном нормом из чл.

---

22 Чл 53, 55 и 56 Закона о хипотеци.

23 Чл. 54 Закона о хипотеци.

5 Директиве 2005/29/ЕЗ о непоштеној пословној пракси, јасно је да су ове норме готово идентичне и да се иза фразе „нарочито осетљиви“ потрошач крије израз рањиви потрошач... најчешће због валутне клаузуле и могућег раста вредности стране валуте, могућег пада прихода и сл.“ (Тешић, 2022: 227, 228).

Претпоставка европског права да је просечан потрошач добро информисан је лако оборива, посебно код хипотекарних кредита. Пракса је показала да је поред просечног, потребно водити рачуна и о тзв. рањивом потрошачу, где, свакако, спада и заложни поверилац као корисник дугорочних, а посебно стамбених кредита. „У европском праву, групу рањивих потрошача неспорно чине недовољно образовани, старији и хендикепирани потрошачи“ (Тешић, 2022: 128). Поред тога, истраживања показују да често и просечан потрошач није довољно способан да процени најбољу понуду, нпр. у финансијском сектору (услед примене валутне клаузуле или променљивих елемената камате).

Поред заштите просечних потрошача, који су по својој природи слабија уговорна страна због неразумевања или немања информација, разлике у економској снази и знању у односу на банку итд., додатно треба водити рачуна о посебно рањивим потрошачима код којих су „неискуство, незнање или подређен економски положај“<sup>24</sup> посебно изражени и захтевају додатну заштиту. Отуда поред заштите потрошача и потреба за додатном заштитом тзв. рањивих потрошача. Овде свакако спада група хипотекарних потрошача, али и уопште заложних потрошача корисника одређених кредита.

Према Закону о заштити потрошача Републике Србије „угрожени потрошач је потрошач који због свог економског или друштвеног положаја, услова живота, посебних потреба или других тешких личних прилика прибавља робу или користи услугу под нарочито отежаним условима или је у томе онемогућен“<sup>25</sup>. Законом је предвиђено да Влада РС образује Национални савет и доноси програме<sup>26</sup> за заштиту потрошача у вези са услугама од општег економског интереса, где је посебно назначен приступ и доступност информацијама, начин одређивања цена, информисање и др.,

---

24 Поред ових индивидуалних особина, „кумулятивно мора бити испуњен додатни услов – да се група потрошача са одређеном особином јасно може идентификовати као група... Разлика је у томе што код хипотекарних потрошача рањивост није последица њихових индивидуалних особина (карактеристика потрошача), већ превасходно произилази из сложености услуге и саме природе тржишта хипотекарних стамбених кредита“ (Опширније, Тешић, 2022: 225, 227).

25 Чл. 83, ст. 1 Закона о заштити потрошача.

26 Чл. 84 Закона о заштити потрошача.

што је посебно значајно за кориснике хипотекарних и других кредита обезбеђених залогом.

У нашој правној пракси судови су се, по захтеву корисника кредита, морали бавити и неправичним одредбама о промени каматне стопе. Ради се о случајевима уговарања променљиве банкарске камате која је најчешће мешовита – састављена од фиксног дела и варијабилног дела чија се промена везује за референтне међубанкарске каматне стопе за валуту кредита (ЛИБОР, ЕУРИБОР и сл.). При томе, банке су често једнострано мењале и фиксни део камате. Судови су заузели став да је ништава одредба о могућности банке да накнадно и једнострано повећа фиксни део каматне стопе током трајања уговора.<sup>27</sup> Променљивост каматне стопе је допуштена ако је прецизно уговорена и ако не зависи од једностране воље уговорне стране, најчешће даваоца кредита.<sup>28</sup>

Судови су утврдили да је ништава уговорна одредба која овлашћује банку да након закључења уговора о кредиту, једнострано, повећа каматну стопу. Ништавом је проглашена и одредба о примени различитих курсева – исплате кредита по куповном, а обрачуна ратаа по вишем, продајном курсу, што је противно начелу савесности и поштења (Дудаш, 2016: 567; Хибер, Живковић, 2015: 573; Тешић, 2022: 618).

Проблем је накнадно регулисан Законом о заштити корисника финансијских услуга<sup>29</sup>. Тако, закон искључује могућност уговарања одрицања уговорних страна од права загарантованих овим Законом<sup>30</sup> (чл. 7, ст. 3). Законом је предвиђено да код уговора о кредиту новчана уговорна обавеза мора бити одређена или одредива, а одредива је и када зависи од уговорених променљивих елемената, „који се званично објављују (референтна каматна стопа, индекс потрошачких цена и др.)“<sup>31</sup>. Уговарање валутне клаузуле је допуштено, јер се исплата врши у динарима, а валутна клаузула је уговорена у смислу вредновања динарске противвредности ради заштите повериоца од евентуалног пада вредности динара као домаће валуте. Сви елементи – фиксни и променљиви, морају бити такве природе да се на њих не може утицати једностраном вољом уговорних страна, а законом је

---

27 Пресуда Апелационог суда у Београду бр. Гж. 2907/13, наведено према Дудаш, 2016: 554).

28 Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж. 560/15 од 10. 6. 2015, наведено према Тешић, 2022: 309.

29 Сл. гласник РС, бр. 36/2011 и 139/2014.

30 Чл. 7, ст. 3 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

31 Чл. 8, ст. 1, 2 и 4 Закона о заштити корисника финансијских услуга.



одређено који трошкови могу, а који не могу да буду укључени у ефективне каматне стопе, као и садржина уговора о кредиту<sup>32</sup>.

Законом о заштити корисника финансијских услуга је предвиђена и забрана искључења права на превремену отплату кредита. Ова клаузула се сматра забрањеном код сваког кредита, па и оног обезбеђеног бездржавинским залогома. Корисник кредита, у сваком моменту трајања кредита, може да пре доспелости изврши потпуно или делимично своје обавезе из уговора о кредиту, и има право на умањење цене кредита како за износ камате, тако и за трошкове за преостали период трајања уговора. Банци је допуштено уговарање накнаде у случају превремене отплате кредита само ако је уговорена фиксна каматна стопа, а код уговора за куповину непокретности и ако је уговорена променљива номинална каматна стопа.<sup>33</sup>

У заштиту корисника може се укључити и Народна банка Србије, тако што ће (на основу сопствених сазнања, приговора, притужби и обавештења корисника или других заинтересованих лица) утврдити да је одређени давалац финансијске услуге обављао непоштену пословну праксу или уговарао неправичне одредбе<sup>34</sup>. Сматрамо да НБС треба чешће да користи ову могућност на тржишту финансијских услуга Републике Србије и да се више стара о положају корисника кредита и других банкарских производа.

### Уместо закључка

Тек са успостављањем стабилних економских токова, јачањем конкуренције на финансијском тржишту и пре свега ефикасном контролом прописа о условима финансијског пословања ради заштите банкарских клијената по угледу на европске државе, могу се успоставити правичнији услови финансијских услуга и производа. До тада, законодавац, али и судска пракса, треба да пруже одговарајућу заштиту превасходно грађанима као физичким лицима, али и привредним субјектима, од неправичних уговорних одредби код уговора о кредиту.

Свакако, заштити ће посебно допринети забрана уговарања клаузула којима се код уговора о кредиту и уговора о заложном праву, корисницима кредита, односно заложним дужницима намећу неправичне одредбе које отежавају њихов положај. Правилан је став да „начело заштите слабије уговорне стране које у општем праву заштите потрошача деривира из начела савесности и поштења код хипотекарних стамбених кредита у

---

32 Чл. 11 и 19, ст. 3, 4 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

33 Чл. 36 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

34 Чл. 41 Закона о заштити корисника финансијских услуга.

односу хипотекарне институције и хипотекарног потрошача прилагођава се степену неопходне заштите потрошача и прераста у принцип заштите рањиве уговорне стране“ (Тешић, 2022 : 664).

Заложни дужници јесу, ако не увек „рањива“, свакако слабија уговорна страна која нема преговарачки потенцијал, а и када има, нема преговарачку позицију да се избори за правичне услове кредитирања. Зато им је законска и судска заштита од неправичних клаузула важна могућност преиспитивања услова кредитирања и треба је максимално користити.

### **Литература и извори**

Бранков, Б. Залога на покретним стварима уписаним у регистар, (2016) Гласник АК Војводине, Нови Сад, бр. 2-3/, стр. 65–94.

Дудаш. А. И., Допуштеност једностраног повећања камате у уговорима о кредиту у праву Србије, (2016) Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, 549–567.

Bauer, F. Lehrbuch des Sachenrechts, MÜNchen, 1970,

Гамс А, Увод у грађанско право, (2007) Београд, Научна књига.

Хибер, Д. Живковић, М. (2015), Обезбеђење и учвршћење потраживања, Београд, Правни факултет Универзитета у Београду.

Хибер, Д., Живковић, М. (2015) Заштита корисника кредита од једностране измене висине уговорене камате, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, бр. 70, 573–586

Лазих, М. Права реалног обезбеђења (2009), Пунта, Ниш.

Марковић, Л., Хипотекарно право (1911 прештампано 1994), Службени лист, Београд.

Soergel, B. – Siebert, W. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, IV, 1968, (komentar uz § 1147 BGB).

Тешић, С. Н, Право заштите хипотекарних потрошача, (2022) Београд, Универзитет у Београду – Правни факултет.

Закон о заложном праву на покретним стварима и правима. Сл. гласник РС. Бр. 57 (2003), Бр. 61 (2005), Бр. 64 (2006 – испр.), Бр. 99 (2011 . др. закони), Бр. 31 (2019).

Закон о хипотеци. Сл. гласник РС. Бр. 115 (2005). Бр. 60 (2015).

Закон о заштити потрошача. Сл. гласник РС. Бр. 88 (2021).

Закон о заштити корисника финансијских услуга. Сл. гласник РС. Бр. 36 (2011) и Бр. 139 (2014).

Програм Владе за осигурање стамбених кредита Републике Србије од 23. јула 2007.

[http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna\\_korporacija\\_za\\_osiguranje\\_stambenih\\_kredita\\_1/Program\\_Vlade\\_Republike\\_Srbije.html](http://srbija.bazanekretnina.com/Nacionalna_korporacija_za_osiguranje_stambenih_kredita_1/Program_Vlade_Republike_Srbije.html)

*Prof. Miroslav Lazić, LL.D.,  
Full Professor,  
Associate Professor,  
Faculty of Law, University of Niš,  
Republic of Serbia*

## **JUSTIFIED AND UNJUSTIFIED PROHIBITED CLAUSES IN SERBIAN LAW ON “NON-POSSESSORY” PLEDGE**

### **Summary**

*A “non-possessory” pledge is a common name for several pledge rights arising from the entry of such rights in the Pledge Register, without transferring the possession to the pledge creditor. In Serbian law, the two most common forms of non-possessory pledge are: mortgage on immovable property and registered pledge on movable assets and rights. The Mortgage Act prohibits certain restrictions on the pledge debtor, and the Act on Pledge on Movable Assets and Rights provides for possible restrictions on the debtor’s authorities through contractual clauses. The purpose of these restrictions is to additionally secure the legal position of the pledge creditor, without imposing an excessive burden on the pledge debtor. However, legal practice has shown that some of these restrictions are unnecessary, or that they impose an excessive burden on the pledge debtor from the moment of creating a pledge right to the moment of exercising that right (if it ensues). In this paper, the author addresses a number of related issues: which of these clauses are justified or unjustified, which of them unnecessarily weaken the position of the pledge debtor, whether they unnecessarily and disproportionately limit the pledge creditor, whether they are harmful for the credit system, etc.*

**Keywords:** *non-possessory pledge, prohibited clauses, commissory clause, prohibition of sale, prohibition of pledge.*