

Прегледни рад

Примљено: 4. 5. 2015.

UDK 347.28

Ревидирана верзија: 19. 8. 2015.

Одобрено за штампу: 28. 6. 2016.

## ФУНКЦИЈЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА<sup>а</sup>

Милош Живковић

Универзитет у Београду, Правни факултет, Београд, Србија

*mdz@ius.bg.ac.rs*

### Апстракт

Радови правника о заложном праву традиционално не придају посебан значај изучавању функција заложног права. Функције заложног права, међутим, од значаја су како за правилну примену и тумачење правила заложног права тако и за оцену правног режима заложног права с аспекта његове подобности да испуни функције које овај институт има. Обезбеђујућа функција представља појмовно обележје заложних права јер заложно право служи за обезбеђење наплате потраживања које обезбеђује. Још пре једног века истакнута је и функција прибављања кредита, јер ако дужник није у ситуацији да понуди залогу као обезбеђење, поверилац му по правилу уопште неће одобрити кредит или ће га одобрити под знатно неповољнијим условима. У савременом периоду могу се уочити још две функције залогa: растеређење професионалних давалаца кредита, преваходно банака, и олакшавање рефинансирања професионалних кредитора. Ове две функције залогa, које су у правној теорији неретко мање наглашене или се уопште не истичу, последица су значаја залогa као средства обезбеђења за макроекономску стабилност и ваљано функционисање финансијског система.

**Кључне речи:** заложно право, обезбеђујућа функција, функција прибављања кредита, функција растеређења, функција олакшања рефинансирања.

## FUNCTIONS OF THE *IN REM* SECURITY RIGHTS

### Abstract

The works of lawyers on the *in rem* security rights traditionally do not attach much attention to the analysis of the functions of security rights. The functions of such security rights, however, are of importance for due application and interpretation of the rules on security rights in property, as well as for the assessment of the legal

---

<sup>а</sup> Рад је настао у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије”. Резултати истраживања коришћени су у монографији Д. Хибер, М. Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Правни факултет, Београд 2015.

regime of the *in rem* security rights from the point of view of their ability to fulfill the tasks of this legal institution. The security function is embedded in the very notion of the *in rem* security rights, because the purpose of such rights is securing the collection of the secured claim. As far back as a century ago, the function of obtaining credit was emphasized, because if the debtor cannot offer *in rem* security, the creditor shall, as a rule, deny him the credit, or award the credit under significantly less favorable conditions. In the modern times two more functions of the *in rem* security rights can be identified: unburdening the professional creditors, primarily banks, and making refinancing of professional creditors easier. These two functions of the *in rem* security rights, which are either less emphasized or not identified at all in the legal doctrine, are a consequence of the significance of the *in rem* security rights for the macroeconomic stability and proper operation of the financial system.

**Key words:** in rem security rights, security function, function of obtaining credit, unburdening function, refinancing function.

## УВОД

Заложно право представља право повериоца да своје доспело потраживање приоритетно наплати из вредности предмета залогe, без обзира на то ко је власник предмета залогe и код кога се он налази, односно без обзира на то ко је ималац заложеног права (Станковић, Орлић, 1993, стр. 229; чл. 439 (1) *Нацрта Законика о својини*). Заложно право, по самом закону, има обезбеђујућу сврху, његов смисао лежи у томе што повериоцу омогућава да његово потраживање о доспелости које му дужник не намири приоритетно наплати из вредности предмета залогe (Becker-Eberhard, 1993, стр. 4, 20 и даље). Залогa је, дакле, право обезбеђења и у нашем праву не може имати друкчију сврху (Живковић, 2010, стр. 345).

Због његовог првокласног значаја за развој кредита и економије у свакој држави, заложно право је често предмет истраживања правне теорије. Оно се изучава или као део стварног права или посебно, као специфичан предмет истраживања (тако код нас Стојановић, Павићевић, 1997, *Право обезбеђења кредита*; Хибер, Живковић, 2015, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*). Ипак, правно-догматска дела која се у нашој доктрини баве заложним правом најчешће не садрже систематска истраживања усмерена на тзв. мета-правни ниво, укључујући и анализу функција правног института који обрађују.<sup>1</sup> Овај рад има за циљ да, пре свега, нагласи значај анализе функција за пуно и правилно разумевање заложног права, његову примену и тумачење, те да понуди један поглед на могућу диферен-

---

<sup>1</sup> Изузетак је, разуме се, најновија монографија коју сам написао коауторски с Драгором Хибером, у којој је коришћено истраживање које је резултирало овим чланком.

цијацију функција које у правном и друштвеном животу врши институт заложног права.

Када говоримо о функцијама заложног права, мислимо пре свега на задатке чијем обављању оно служи у правном, економском и шире друштвеном животу сваке земље. Разуме се, наше истраживање започећемо истраживањем функција залог у домену права, јер се ради о правном институту, али ћемо у анализу укључити и функције које залога обавља у економији, што је нераскидиво повезано са социјалном функцијом залог. Разумевање функција залог у разним сферама друштвеног живота значајно је, с једне стране, за правилно разумевање и примену правила заложног права (анализа функција као оруђе иманентне критике и правилне примене института залог), а, с друге стране, за оцену подобности конкретног правног режима залог да доведе до остварења њених функција (анализа функција као оруђе трансцендирајуће критике института залог).

Функција коју правници најчешће истичу када се ради о заложном праву јесте функција обезбеђења потраживања, која је уграђена у сам појам института залог – залога без обезбеђујуће сврхе у нашем праву не би била залога. Поред тога, значајна је и функција залог као средства прибављања кредита, која долази до изражаја ако се заузме позиција (микро)економске анализе функције заложног права и његове социјалне функције. У модерној економији залога игра и улогу у погледу одржавања макроекономске стабилности финансијског система пошто служи растерећењу биланса професионалних поверилаца. Напоследку, залога (првенствено она на непокретностима, хипотека) у модерном привредном животу служи и као погодно средство рефинансирања давалаца кредита на секундарном тржишту, те је једна од полуга одржавања стабилности међународног финансијског система. У наредним одељцима представимо укратко ове четири функције заложног права, не спорећи да би, у зависности од тачке гледишта, било могуће разликовати и још неку функцију.

### *ОБЕЗБЕЂУЈУЋА ФУНКЦИЈА*

Имајући у виду законом предвиђену и у појам заложног права уграђену обезбеђујућу сврху, сасвим је јасно да је основна функција залог обезбеђење потраживања. Она се остварује у ситуацији у којој дужник не исплати обезбеђено потраживање о доспелости, чиме се „активира” основно овлашћење садржано у залози – право на уновчење (продају) предмета залог и приоритетно намирење обезбеђеног потраживања из тако добијеног износа. То овлашћење се остварује у посебном поступку уновчења предмета залог, типично продајом, која може бити судска или вансудска. Такође, пошто се

често дешава да дужници који су правна лица не престају да плаћају само једном, него већем броју поверилаца или свима, значајно је поменути да залога овлашћује на различно намирење у стечајном поступку, што је такође начин остварења обезбеђујуће функције.<sup>2</sup> Све већи број стечајних поступака у пракси, не само у Србији, развој потрошачког права, као и доказана непоузданост података тзв. рејтинг агенција, које би требало да оцене могућност, односно вероватноћу да конкретан дужник врати дуг – додатни су разлози за све већу заступљеност заложног обезбеђења у пословној пракси (Cabrillac et al. (2010), 6).

У чему се огледа обезбеђујућа функција залогe? Студенте основних студија и неправнике обично буну чињеница да заложни поверилац већ као такав (као поверилац) има право да се намири из дужникове имовине подобне за намирење („општа залога хирограферних поверилаца” из чл. 2285, раније 2093 *Француског грађанског законика*), што ће рећи да може да уновчи поједине ствари и права из те имовине и из њих се наплати. Штавише, постојање заложног права у његову корист ту чињеницу уопште не мења јер поверилац и поред залогe и даље може да се намири из целокупне дужникове имовине подобне за намирење, самим тим што је поверилац (постојање залогe му у том смислу „не одузима” никаква овлашћења која има и без залогe). Значи, у типичној ситуацији, у којој залогу даје дужник из обезбеђеног потраживања („залогa за свој дуг”), вредност заложене ствари би и без постојања залогe стајала на располагању повериоцу јер дужник за своје дугове одговара својом имовином. Оно што залога додатно омогућава јесте приоритет у наплати обезбеђеног потраживања из предмета залогe, који посредством залогe бива „резервисан” за намирење заложног повериоца. Заложни поверилац има на предмету залогe право првенства у намирењу и отуд се намирује пре обичних (хирограферних) и заложних поверилаца слабијег ранга (реда првенства). Ако је неки дужник презадужен, у смислу да су му дугови (пасива) већи од активе имовине, његови обични повериоци неће моћи потпуно да се намире, већ ће им се потраживања сразмерно смањити – то је идеја иза раније постојећег института принудног поравнања, односно сада постојеће реорганизације или банкротства у стечају, као и института ограничене одговорности наследника за оставиочеве дугове, ако је оставилац био презадужен (Бурђевић, 2015, стр. 329–333). Заложни поверилац, међутим, има првенство у односу на намирење из вредности заложене ствари, па

---

<sup>2</sup> Разуме се, не уређују сви правни системи права различних поверилаца у стечају на исти начин. Ипак, право на одвојено намирење (разлучно право) представља најмањи заједнички именовани, а разлике се јављају код начина на који се ово право остварује.

ће се он потпуно намирити (ако је вредност залогe довољна) иако је дужник који је власник заложене ствари презадужен.

Обезбеђујућа функција, као одраз законом прописане обезбеђујуће сврхе залогe, остварује се посредством начела акцесорности, као и посредством многих других појединачних правила инспирисаних овом функцијом, као што су, примера ради, ограничење приговора застарелости на камату и трошкове обезбеђеног потраживања (а не и на главницу), изостанак смањења обезбеђеног потраживања у случају стечаја дужниковог и у случају смрти презадуженог дужника, посебна овлашћења заложног повериоца у случају смањења вредности предмета залогe радњама власника заложене ствари током фазе обезбеђења итд. Посматрано искључиво с правне тачке гледишта, обезбеђујућа функција је, ако не једина, онда апсолутно преовлађујућа и она прожима готово сва правила којима је уређено заложно право. Зато не чуди да је уобичајено да, ако неки уџбеник права уопште посебно говори о функцијама заложног права, обезбеђујућа функција буде једина која је истакнута (Baur, Stürner, 2009, стр. 435).

#### ФУНКЦИЈА ПРИБАВЉАЊА КРЕДИТА

Као што је речено, правници готово увек инсистирају на обезбеђујућој сврси заложног права и она одлучујуће утиче на правно уређење залогe. Међутим, одавно је и међу правницима уважено да се у разради заложног права „у првом реду ради о економским и социјалним питањима од чијег успешног решавања зависи здрав развој односа” у појединој земљи „и да задатак мора бити служење интересима” заинтересованих лица „путем одговарајућих правних организација, а не развијање правних ставова из унапред задатих правних принципа, олако и без узимања у обзир њихових економских последица”, уз констатацију да само такав приступ „доводи до резултата који унапређују општу корист” (Dernburg, 1891, VI). Другим речима, значај заложног права за развој кредита, заједно са значајем кредита за развој тржишне економије, као императив поставља уважавање економских аспеката уређења заложног права у једном правном систему. У противном може да постоји правно-доктринарно доследан и кохерентан скуп правила о заложном праву који ће бити кочница одрживом економском развоју и економском расту у једној земљи, што никако није пожељно. Отуд приликом постављања правила о заложном праву треба у значајној мери узети у обзир и економске импликације правног уређења залогe.

Економски посматрано, залога је пре средство *прибављања* него што је средство *обезбеђења* кредита (Minske, 1987, стр. 145). Другим речима, давалац кредита условљава закључење уговора о креди-

ту могућношћу примаоца кредита да пружи одговарајуће обезбеђење (залогу) – без залогe нема обезбеђеног потраживања или су услови задуживања знатно неповољнији: „[Debtor] will find it easier to obtain the loan and the rate of interest is likely to be much lower than if the loan were unsecured” (Smith, 2006, стр. 551). Оно што је, у правном смислу, споредно, овде постаје важније. У том смислу, залога има и функцију прибављања кредита, која временски претходи обезбеђујућој функцији као правно најбитнијој. Сликвито говорећи, залога је тако „и потомак и извор кредита” (Borga, 2009, стр. 1). Та функција је разлог и инспирација за постојање низа правила о заложном праву и пружа одговарајуће објашњење тих правила (примера ради, правила да се залогом може обезбедити будуће потраживање, које постоји још од римског права).

Функцијом прибављања кредита се наглашава и социјална функција залогe, пре свега кад је реч о куповини непокретности за становање. „Without security interests, it would be difficult for the vast majority of people to buy a house” (Smith, 2006, стр. 551). Разуме се, цена за непокретност намењену становању није једино што залога може да обезбеди – ту су и кредити компанијама и предузетницима. У литератури се истиче да обезбеђење може бити пресудно за опстанак неке привредне гране. Тако се објашњава да обезбеђење „може утицати на виталност једне индустријске гране. На пример, залога код продаје аутомобила и поред њихових техничких недостатака широко је допринела експанзији аутомобилске индустрије” (Cabrillac et al., 2010, 5). У мери у којој је кредит важан за економски развој (а незамењив је и без кредита економског развоја нема) важна је и залога, јер она представља „мотор” за развој кредита.

#### *ФУНКЦИЈА РАСТЕРЕЂЕЊА ПРОФЕСИОНАЛНИХ ПОВЕРИЛАЦА (ДАВАЛАЦА КРЕДИТА)*

Правници практичари се у нашој пословној пракси често срећу са ситуацијом у којој је неко потраживање банке, као типичног повериоца, обезбеђено сасвим неадекватним средствима обезбеђења – примера ради, регистрованом залогом на аутобусу процењеном на износ просечне цене половног аутобуса, који заправо нема погонски агрегат нити унутрашњу опрему и служи као кокошињац или хипотеком на непокретности чија је вредност очигледно прецењена, тако да уистину не може покрити ни десети део обезбеђеног потраживања. Такве ситуације делују сасвим нелогично ако се има у виду обезбеђујућа сврха залогe, чак и ако се у обзир узме сасвим неодговара-

јуће уређење делатности проценитеља у Србији.<sup>3</sup> Наиме, како је могуће да поверилац (банка) пристане на процену која очигледно вишеструко премашује реалну тржишну вредност предмета залог, па отуд не може да оствари обезбеђујућу сврху? Таква ситуација је нетипична за грађанскоправне залог, у којима ни заложни поверилац ни власник заложене ствари нису професионалци,<sup>4</sup> али је изненађујуће честа кад је реч о професионалним зајмодавцима – банкама, које одобрене кредите обезбеђују залогом.

Прво на шта се може помислити је да је реч о неком виду корупције јер службеник банке који одобрава кредит или добија од послодавца бонус за сваки одобрени кредит (па подстиче проценитеља да нереално процени вредност предмета залог) или добија (корупциону) накнаду од примаоца кредита (то је ситуација на коју се посебно сумња кад је реч о банкама чији је капитал у рукама државе). Корупциона накнада, заправо, представља део износа одобреног кредита који прималац кредита исплаћује службенику банке као накнаду за одобравање кредита пошто корисник кредита у оваквим ситуацијама по правилу не испуњава у потпуности све критеријуме које банка тражи за одобрење кредита, па му је потребна „инсајдерска помоћ“ за „сређивање документације“.

Не искључујући такве ситуације, може се приметити да је настојање банака да имају „коллатерал“, како у жаргону називају залог, условљено тиме што банке не желе да одобравају необезбеђене кредите, односно што су ти кредити знатно неповољнији, у смислу већих камата, па се корисници теже квалификују за необезбеђене кредите. Другим речима, и кад није реч о корупцији, банке су значајно мотивисане да обезбеде своје кредите залогом, чак и кад им не може бити непознато да је обезбеђење уистину само привидно, јер је вредност предмета залог прецењена. Које је то својство залог које је чини тако привлачном за професионалне зајмодавце, а да то није обезбеђујућа функција?

<sup>3</sup> Питање процене вредности излази из теме којом се овде бавим. Послови процене вредности су тренутно поверени судским вештацима одговарајуће струке (а за процене вредности зграда и станова обично се одговарајућом сматра грађевинска струка) и не обављају се на правилан начин и у складу с међународним стандардима процене. То је довело до покушаја самоорганизовања проценитеља у удружења (засад постоје два), стварања националних стандарда процене по узору на међународне стандарде и законског конституисања проценитеља као посебне професије. Било како било, процена вредности предмета залог има огроман значај за функционисање тог института у пракси.

<sup>4</sup> У овој ситуацији, чешће је прикривање зеленашког посла и предмет залог по правилу вишеструко превазилази вредност обезбеђеног потраживања, које се често симулира на већи износ.

Одговор лежи у правилима централних банака (или других регулаторних тела) о надзору пословања пословних банака и других финансијских организација (професионалних зајмодаваца). Наиме, стабилност банкарског система, а тиме и ширег финансијског система и привреде једне земље, зависи од сигурности пласмана банака. Када банке „олако” и масовно пласирају кредите правним и физичким лицима које не могу да их врате, то по правилу доводи до угрожавања ликвидности, па и пропасти (банкрота) саме банке. Пропаст банке не погађа само њене акционаре, већ по правилу значи и озбиљне проблеме за њене клијенте, који не могу доћи до средства на рачунима банке, а ако се узме у обзир данашња тесна међуповезаност банака које су једне другима значајни клијенти (Kwaw, 1996, 15 et seq.), и озбиљну претњу за целокупан банкарски, финансијски, а тиме и привредни систем. Велика економска криза тридесетих година прошлог века и периодичне кризе све до оне проузроковане *sub-prime* хипотекарним тржиштем у Сједињеним Америчким Државама 2007. године (Demanyuk, van Hemert, 2008) и последичном светском економском кризом која се захуктала пропашћу инвестиционе банке *Lehman Brothers* у септембру 2008. године, чије се последице осећају и данас (The Economist, 2013; Britannica, 2008; Dullien, 2010; за приказ кризе ради системске критике неолибералног модела Kotz, 2012), проузроковане су, врло поједностављено говорећи, механизмом који је у основи сличан описаном. Као брана будућим кризама (и одговор на претходне кризе) успостављен је (и стално се усавршава) систем надзора над пословањем банака. У литератури се истичу два аспекта овог надзора: једно је регулисање уласка на банкарско тржиште (лиценцирање), а друго је надзор над стабилношћу индивидуалних банака и увођење мера за очување њихове ликвидности (Ellinger, Lomnicka, Hooley, 2006, 26–29). Овај потоњи аспект од значаја је за функције залог, јер стварање обавезних резерви спада у мере очувања ликвидности банака. Систем надзора има и свој међународни вид, у облику правила о адекватности сопственог капитала банака које, као препоруке, усваја *Базелски комитет за надзор банака (Basel Committee for Banking Supervision, BCBS)*, који ради при *Банци за међународна поравнања (Bank for International Settlements, BIS)*, чије је седиште у швајцарском граду Базелу.<sup>5</sup> Иако наша земља није чланица BCBS, *Народна банка Срби-*

<sup>5</sup> О историјату *Комитета* и досада усвојеним споразумима *Базел I* (1988), *Базел II* (2004) и *Базел III* (адекватност капитала, 2011, ликвидност, 2013) видети <http://www.bis.org/bcbs/history.htm>. О сложености постојећих правила сведочи и обим правилника којима су правила *Базел III* примењена у САД. Видети <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/FR-2013-10-11/pdf/2013-21653.pdf>. Правила *Базел*



је настоји да своју делатност у области супервизије пословних банака уподоби базелским стандардима (Стратегија, 2013).

Једно од правила надзора над радом банака јесте и правило о обавезним резервацијама за сваки одобрени кредит. Разлог постојања тог типа правила јесте, најуопштеније речено, обезбеђивање адекватности капитала и/или ликвидности банке у случају да дође до масовнијег неплаћања доспелих рата кредита. Поједностављено, на сваких 100 динара одобреног и исплаћеног кредита, банка мора, ако је кредит необезбеђен, депоновати 100 динара као обавезну резервацију код централне банке (ако је стопа обавезне резервације 100%). Ако узмемо да је годишња каматна стопа на одобрени кредит 7%, имајући у виду да банка „заробљава” не само одобрених 100 динара него и 100 динара обавезне резервације (на те резерве активна камата је занемарљива), с тачке гледишта банке камата износи заправо 3,5% јер је за годишњи приход од 7 динара морала да се лиши употребе износа од 200 динара. Корист коју заложно обезбеђење доноси за банку јесте чињеница да је прописима о надзору над банкама у смислу адекватности капитала предвиђен значајно нижи степен резервације за кредите који су обезбеђени залогом. Ако би тај степен, примера ради, био 20% износа одобреног кредита, у нашем примеру с кредитом од 100 динара и, рецимо, 6% камате, каматна стопа с тачке гледишта банке била би 5% јер би на ангажованих 120 динара (100 динара главнице и 20 динара резервације) годишњи принос био 6 динара, што представља стопу од 5%. Дакле, уз мању каматну стопу за корисника кредита (6% уместо 7%), банка са своје тачке гледишта остварује већу камату него када одобри необезбеђен кредит (5% уместо 3,5%) јер је ниво обавезних резервација мањи. Због тога је банкама битно да, чак и за оне кредите за које су готово сигурни да ће бити уредно отплаћивани, имају заложно обезбеђење јер им залога омогућава да ефективно додатно зараде услед мањег ангажовања сопственог новца за резервацију. То доводи до својеврсног растерећења банака, јер немају обавезе да врше резервације као кад је кредит необезбеђен и та функција заложног права самостална је и засебна у пословној пракси у односу на обезбеђујућу функцију.

У нашој земљи разматрана питања уређена су прописима које доноси *Народна банка Србије*, конкретно *Одлуком о адекватности капитала банке* и *Одлуком о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке*, којима је предвиђен ниво резерви за процене губитке за поједине категорије потраживања банке („изложености”). Тако, примера ради, тачка 29 *Одлуке о адекватности капита-*

---

III донета су као одговор на последњу светску финансијску и економску кризу из 2008. године.

ла говори о четири категорије разврставања ванбилансних ставки: ниског ризика, умереног ризика, средњег ризика и високог ризика, при чему се, зависно од степена ризика, резерве за процењене губитке множе одређеним процентом (заправо, умањују се), па се ванбилансне ставке за које постоји могућност потпуног намирења из средстава обезбеђења класификују као оне с умереним ризиком, а резерве се множе фактором конверзије од 20% (дакле, постоји обавеза да се држи само петина иначе предвиђених резерви за такве ванбилансне ставке). Такође, примера ради, тачка 34 *Одлуке о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке* предвиђа да се резерва за губитке израчунава као збир одређених процената потраживања банке, при чему тај проценат зависи од категорије у коју је потраживање сврстано (постоји 5 категорија, од „А” до „Д”), тако да за најквалитетнија потраживања из категорије А износи 0%, за категорију Б – 2%, за категорију В – 15%, за категорију Г – 30%, а за најнеквалитетнија потраживања из категорије Д – 100%. Тачком 29 алинејом 1 исте одлуке предвиђено је да се хипотека, под одређеним условима, сматра адекватним средством обезбеђења, а као последица тог одређења обезбеђено потраживање може се класификовати у једну категорију повољније него што би иначе било класификовано.

Разуме се, детаљно представљање правила о адекватности капитала банака и резервама за губитке изостаје, јер за то овде нема ни довољно места ни потребе. Сматрамо да је ова функција залогне и те како значајна за пуно разумевање њене улоге у пословној пракси, па је зато посебно истакнута.

#### *ФУНКЦИЈА ОЛАКШАВАЊА РЕФИНАНСИРАЊА КРОЗ СЕКУНДАРНО ТРЖИШТЕ (ПРЕ СВЕГА ХИПОТЕКА)*

Још једна функција залогне која је занемарена у правним написима о обезбеђењу потраживања, а има битан утицај на употребу залогне у пословној пракси, јесте њен значај за рефинансирање заложних поверилаца, посебно кад је реч о хипотеци. Наиме, правна литература углавном има у виду ситуацију у којој један грађанин другом позајмљује новац и своје потраживање обезбеђује залогом. Та строго грађанскоправна слика залогне, која се користи као модел за формулисање законских правила, одавно је престала да буде практично занимљива јер огромну већину ситуација у којој се залогна користи у пракси одликује професионални зајмодавац, типично банка (или друга финансијска организација). Баш због тога смо нагласили и претходну, растерећујућу функцију залогне, а наглашавамо и значај залогне за олакшавање (ако не омогућавање) рефинансирања. Притом је овде реч о рефинансирању зајмодавца, а не о рефинансирању корисника зајма. Наиме, банке такође имају само одређени ка-

питал који могу да пласирају на различите начине, углавном инвестирањем у финансијске хартије или одобравањем кредита. Капитал, опет сасвим упрошћено говорећи, чине сопствени капитал банке (оснивачки капитал, чији је минимални износ прописан, плус повећања из добити, накнадном докапитализацијом или на неки други начин) и средства која су депонована на рачунима банке. За банку као зајмодавца типично је да њој одговара ануитетна отплата, тако да се одобрени кредит отплаћује у већем броју рата, од којих свака садржи и део главнице и део камате, што је погодно и за примаоца кредита који не мора да, по истеку времена на који је зајам одобрен, одједном враћа целокупну главницу увећану за камате. Таква карактеристика посебно је значајна за дугорочне кредите, од којих су најпознатији кредити за куповину непокретности, који се по правилу обезбеђују хипотекама. Они су значајни како за спровођење стамбене политике у једној држави тако и за извесну стабилност банкарских пласмана. Временом, међутим, превелики број дугорочних пласмана може да угрози ликвидност банке јер је њен расположиви капитал, као што је речено, ограничен, а дугорочан кредит (како износ кредита тако и већ поменуте резервације за губитке) „заробљава” одобрени новац на неколико деценија (а и ствара многе ризике којима банка мора да управља). То смањује атрактивност таквог финансирања за банке и може да угрози спровођење стамбене политике, односно може да успори тржиште непокретности без оправданог разлога. Због тога је, у великом броју земаља, уобичајено да се кредитни портфолио обезбеђен хипотекама рефинансира на различите начине – у САД то чине Фани Меј (*Federal National Mortgage Association, FNMA*)<sup>6</sup> и Фреди Мек (*Federal Home Loan Mortgage Corporation, FHLMC*)<sup>7</sup>, институције које сnose део кривице за *sub-prime* хипотекарну кризу од 2007. године тако што аутоматски „откупљују” све стамбене кредите обезбеђене посредством *mortgage* (моргиц)<sup>8</sup> који испуњавају њихове унапред предвиђене услове. У неким другим земљама се користи механизам „секјуритизације” или издавања „зложних писама” (немачки *Pfandbrief*, француски *obligations foncières*; Јосиповић, 2006). Идеја која стоји иза рефинансирања јесте тзв. чишћење портфолија банке од дугорочних кредита и с њима повезаних резервација. Тиме банка добија инјекцију свежег капитала којим може да покрене нови циклус инвестирања, а „купци” кредита обезбе-

<sup>6</sup> Видети <http://www.fanniemae.com/>.

<sup>7</sup> Видети <http://www.freddiemac.com/>.

<sup>8</sup> Иако су *хипотека* и *моргиц* функционални еквиваленти, избегавамо да их користимо као синонине због фундаментално другачије правне конструкције оба института. Због тога ћемо, иако је то помало необично у нашој литератури, за означавање англосаксонске залогне непокретности користити термин *моргиц*.

ђених хипотекама, који се зарад ове операције обично претварају у хартије од вредности (генерички се зову *covered bonds* да би се подвукло да обвезница има покриће у залогом обезбеђеном потраживању, а користе се и термини *asset backed securities*, *ABS*, и *mortgage backed securities*, *MBS*, мада у новије време термин *covered bond* има нешто специфичније значење), добијају сигурну платформу за инвестирање.<sup>9</sup> Не улазећи у детаље те иначе веома интересантне и динамичне области права (видети Јухас, 2008, стр. 731 и даље; одлична упоредна анализа националних правних оквира за издавање покривених обвезница у *EBA Report*, 2014), хартије од вредности које имају покриће у (између осталог) кредитима обезбеђеним одговарајућим хипотекама једно су од најпогоднијих и најсигурнијих средстава за инвестиције којима прибегавају институционалне инвеститори на тржишту капитала, а омогућавају банкама да своје кредитне портфолије ослободе дугорочних пласмана и покрену нови циклус кредитирања. Та функција олакшавања рефинансирања професионалних зајмодаваца, додуше ограничена пре свега на хипотеку, још је једно од битних обележја заложног права које објашњава ситуације које се дешавају у пракси, а које на први поглед, очима само грађанског права, могу да делују нелогично. Тако, ако се узме у обзир амерички пример, пословна банка, која зна да ће кредит/моргиџ (у случају резиденцијалних моргиџа) аутоматски откупити Фани Меј или Фреди Мек, заправо и нема посебан интерес да испитује квалитет обезбеђења, већ само испуњеност услова за откуп. Због тога је питање критеријума кредита и обезбеђења која се квалификују да буду покриће за издавање покривених обвезница од суштинског значаја не само за добро функционисање тог института већ и за свеукупну финансијску стабилност (Лазих, 2009, стр. 5–21, 22–43).

За разлику од функције растерећења професионалних зајмодаваца, која је заступљена и у нашој земљи, функција олакшавања рефинансирања у нас засад не постоји јер домаћи правни систем не познаје ниједан од упоредноправно постојећих механизма издавања покривених обвезница нити „секјуритизацију”. Разуме се да се може очекивати да ће развој нашег права и усклађивање са правом Европске уније довести до тога да неки од ових механизма буде предвиђен и законодавством Србије.

---

<sup>9</sup> Видети за детаље веб-сајт *Европског савета за покривене обвезнице – European Covered Bond Council, ECBC*, <http://www.ecbc.eu/>.

## ЗАКЉУЧАК

Наведене четири функције заложног права, чини се, на целомит начин објашњавају физиономију овог правног института у правним прописима и пословној пракси. Другим речима, правила којима је законски уређено заложно право и начин на који се у пословној пракси користи ово право служе остварењу наведених функција. Због тога сматрам да је заузимање тачке гледишта анализе функција неопходно за потпуно разумевање правних односа који настају у вези са заложним правом, за правилно тумачење и примену постојећих правила заложног права (видети за функционално тумачење Водинелић, 2014, стр. 160 и даље), као и за оцену конкретног правног оквира којим је заложно право уређено у некој земљи. Сматрам да је, због тога, у радове чија је тема правна обрада заложног права неопходно укључити, у мери у којој је то умесно, и анализу функција залогe.

## ЛИТЕРАТУРА

- Baur, J., Stürner, R. (2009), *Sachenrecht*, München: Beck.
- Becker-Eberhard E. (1993), *Die Forderungsgebundheit der Sicherungsrechte*, Bielefeld: Verlag Ernst und Werner Gieseking.
- Borga, N. (2009), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles, Contribution à l'étude de la diversité des sûretés, thèse*, Paris.
- Водинелић, В. В. (2014), *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права [Civil Law, Introduction to Civil Law and General Part of Civil Law]*, Београд: Службени гласник.
- Demyanyuk, Y., van Hemert, O. (2008), *Understanding the Subprime Mortgage Crisis*, доступно на [https://www.stlouisfed.org/banking/pdf/SPA/SPA\\_2007\\_05.pdf](https://www.stlouisfed.org/banking/pdf/SPA/SPA_2007_05.pdf) (последњи приступ 18. августа 2014).
- Dernburg, H. (1891), *Das Preußische Hypothekenrecht*, Zweite Abtheilung, Leipzig: Breithof und Härtel.
- Dullien S. et al. (eds.) (2010), *Financial and Economic Crisis of 2008–2009 and Developing Countries*, Berlin, New York and Geneva: UNCTAD and HTW.
- Ђурђевић, Д. (2015), *Институције наследног права [Institutions of the Law of Inheritance]*, Београд: Досије.
- EBA Report on EU Covered Bond Frameworks And Capital Treatment, (2014), <http://www.eba.europa.eu/documents/10180/534414/EBA+Report+on+EU+Covered+Bond+Frameworks+and+Capital+Treatment.pdf>, (последњи приступ 10. септембар 2014).
- The Economist, (2013), *The origins of financial crisis – Crash course*, доступно на <http://www.economist.com/news/schoolsbrief/21584534-effects-financial-crisis-are-still-being-felt-five-years-article> (последњи приступ 20. августа 2014).
- Ellinger, E. P., Lomnicka, E., Hooley, R. (2006), *Ellinger's Modern Banking Law*, Oxford: Oxford University Press.
- Живковић М. (2010), *Акцесорност заложних права на непокретности [Accessory of Security Rights in Real Property]*, Београд: Правни факултет.
- Јосиповић, Т. (2006), „Немачки модел рефинансирања хипотекарних кредита издавањем вриједносних папира с покрићем у хипотекарним тражбинама” [*German System of Refinancing of Mortgage Credits By Issuing Securities*

- Covered by Mortgage Credits*], у *Зборник Правног факултета у Загребу* бр. 56, *Посебни број*, стр. 281–314.
- Јухас, Г. (2008), „Хипотекарна криза у банкарским кредитима” [*Mortgage Crises in Banking Credits*], *Правни живот*, бр. 12, стр. 731.
- Kotz, D. M. (2008), *The Financial and Economic Crisis of 2008: A Systemic Crisis of Neoliberal Capitalism*, доступно на [http://people.umass.edu/dmkotz/Fin\\_Cr\\_and\\_NL\\_08\\_12.pdf](http://people.umass.edu/dmkotz/Fin_Cr_and_NL_08_12.pdf) (последњи приступ 20. августа 2014).
- Kwaw, E. (1996), *The Law and Practice of offshore Banking and Finance*, London: Quorum Books.
- Лазих М. (2009), *Права реалног обезбеђења [In rem Security Rights]*, Ниш: Пунта.
- Mincke, W. (1987), *Die Akzessorität des Pfandrechts*, Berlin: Duncker & Humblot.
- Michel Cabrillac, Christian Mouly, Séverine Cabrillac, Philippe Pétel (2010), *Droit des sûretés*, Paris: Litec.
- Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Србије (2012) [*2012 Draft Property Code*], <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>.
- Одлука о адекватности капитала банке [*Decision on Capital Adequacy of Banks*], *Службени гласник*, бр. 46 (2011), 6 (2013) и 51 (2014).
- Одлука о класификацији билансне активе и ванбилансних ставки банке [*Decision on Classification of Balance Sheet and Of Balance Sheet Positions of Banks*], *Службени гласник*, бр. 94 (2011), 57 (2012), 123 (2012), 43 (2013) и 113 (2013).
- Одредница *The Financial Crisis of 2008* у *Encyclopaedia Britannica* доступну на <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/1484264/The-Financial-Crisis-of-2008-Year-In-Review-2008> (последњи приступ 20. августа 2014).
- Smith, R. J. (2006), *Property Law*, Harlow: Pearson Longman.
- Станковић, О., Орлић, М. (1993), *Стварно право [Property Law]*, 6. издање, Београд: НИУ Службени лист СРЈ.
- Стојановић, Д., Павићевић, Б. (1997), *Право обезбеђења кредита [Credit Security Law]*, Београд: НИУ Службени лист СРЈ.
- Хибер, Д., Живковић, М. (2015), *Обезбеђење и учвршћење потраживања [Securing and Strengthening of Claims]*, Београд: Правни факултет.

## FUNCTIONS OF THE *IN REM* SECURITY RIGHTS

Miloš Živković

University of Belgrade, Faculty of Law, Belgrade, Serbia

### Summary

The in rem security rights are an institute of private law with the first class importance for economic and commercial development of every state, mostly due to the connection between the in rem security right, as a means of security, with availability and frequency of credit. Credit is an irreplaceable condition of economic development, and in rem security rights are one of the basic levers for development thereof. Therefore, the law of the in rem security rights is quite often the subject matter of legal writings. However, legal analysis of the law of in rem security rights in legal writings, especially in Serbia, lacks a functional analysis. The functions of the in rem security rights are the tasks that they perform, or should perform in legal,

economic and wider social life in every country. Studying the functions of the in rem security rights eases the understanding of particular rules on them, their interpretation and correct application, and may also serve as a tool for the analysis of appropriateness of the legal framework for the in rem security rights in a country.

It is possible to differentiate four different functions of the in rem security rights: security function, function of obtaining credit, function of unburdening professional creditors and function of enabling and easing the refinancing of creditors.

The first two functions are distinguished and sometimes are analyzed as such in legal writings on the in rem security rights. The security function is a part of the very notion of the in rem security rights, and is therefore inextricably connected to them, influencing a majority of individual rules related thereto. The credit obtaining function is the most important from the economic and social point of view, because it explains the significance of the in rem security rights for the development of credit through the fact that without security there is often no credit at all. The in rem security rights present themselves not only as a means of securing the credit, but moreover, as a means for obtaining credit in the first place, and without credit the successful performance of business entities, as well as normal life and meeting the needs of individual citizens, is difficult to conceive. The function of unburdening professional creditors, before all banks, explains the commercial importance of the in rem security rights in the situations where the security function is not realized, i.e. in the situations where credits are being repaid timely and in an ordinary fashion. A better treatment of credits secured by in rem security rights, from the point of view of mandatory reservations related to bank placements, makes them desirable and valuable for banks even when it is not truly necessary as security. Last but not least, enabling and easing refinancing of creditors, which primarily relates to mortgage (hypothec) as an in rem security right in real property, also explains the way the in rem security rights are used in contemporary legal systems of developed countries, as well as the way through which, by using mortgage, the credit potentials existing in a country are used to the fullest extent possible. This last function, unfortunately does not exist in Serbia yet.

The performed analysis aims at emphasizing the significance of the functional approach to legal institutes in legal doctrine, and proposes its findings related to the functions of the in rem security rights for future doctrinal discussion.