

др Зоран П. Рашовић,
доцент Правног факултета у Титограду

ПРЕСТАНАК ЗАЛОЖНОГ ПРАВА ГУБИТКОМ ДРЖАВИНЕ

У раду се разматра један од случајева престанка залогe. Исто као што је за заснивање залогe нужна залогопримчева државина (непосредна и посредна) тако је и за сталност овога права потребна стална државина. Ипак, горе наведену поставку не треба прецењивати у смислу дословног тумачења рубрума чл. 98б. Закона о облигационим односима, већ је треба схватити у правој суштини водећи рачуна о свим за тумачење релевантним околностима. Сагледавајући те околности дошло се до три закључка: а) да сваки губитак државине не мора нужно условљавати гашење заложног права; б) изгубљену државину повјерилац може некад и повратити (што несумњиво произилази из одредбе чл. 98б. став 2. Закона о облигационим односима); в) изгубљена државина сама за себе не условљава престанак заложног права, него су његова дејства (право првенствене наплате) суспендована, и уколико поврати државину ова дејства се аутоматски реактивирају.

Друго је питање домашаја залогопримчевог права на тужбу за повраћај ствари, поља његове примјене. Наше право, за разлику од већине законодавстава упоредног права, нема посебних одредаба о томе, што опет не значи да се путем, за тумачење, правно релевантних момената не може доћи до неких закључака који би били поуздани. Активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину") реактивира се дотле суспендовано право првенствене наплате и он сада врши заложно право, које се по свом садржају модалитетима и битнијим тачкама не разликује од онога које је вршио прије губитка државине.

Кључне речи: Заложно право. - Губитак државине. - Престанак.

У члану 98б, став 1. Закона о облигационим односима каже се: "Повјериочево право да се првенствено наплати из вриједности заложене ствари престаје престанком његове државине." У ставу 2. истога члана предвиђено је да "оно поново настаје кад повјерилац поврати државину". И то је све што пружа наш Закон о престанку заложног права губитком државине. У праву су теоретичари (1) који тврде да је Закон о облигационим односима не само недоречен у погледу регулисања тога питања, него се не одликује ни потребном јасноћом. С тим у вези потребно је нагласити да се Закон о облигационим односима није опре-

(1) Обрен Станковић, *Белешке о залогопримчевом праву на државину*, "Анали Правног факултета у Београду," бр. 2/1985, стр. 257.

дијелио у погледу правне природе овог института (што се може схватити и што се не може очекивати од једног облигационог законика), нити се угледао на неке грађанске законике (2), јер није изричито предвидио да залогопримац, коме је ствар предата, има право на државину, односно право задржавања (*ius retentionis*), нити се ништа одређено каже о томе да ли залогопримац има право на тужбу за повраћај ствари (*vindicatio pignoris*). Буквалним тумачењем рубрума чл. 986 ("престанак заложног права губитком државине") могао би се извести закључак да губитак државине за залогопримца значи и губитак заложног права, те употребљавана *vindicatio pignoris* не би имала ефекта. Ипак, ствари нијесу онакве какве се на први поглед чине да јесу. За то објашњење послужићемо се и другим, за тумачење, релевантним чињеницама. За сада уопштено треба рећи, а ту смо сагласни са другима (3), да би "без права на тужбу за повраћај ствари залогопримачева државина била некакво стање ван закона, а она то није управо према механизму усвојеном у самом закону, јер, настаје као резултат вршења залогопримчевог права (захтевати продају ствари на основу уговора) и претпоставка је његовог другог и то основног права (првенствене наплате). Закон који субјекту признаје једно субјективно право (захтевати на основу уговора предају ствари) у циљу заснивања одређеног стања (државине), којим условљава друго (и то основно) залогопримчево право (првенствене наплате) може бити протумачен само тако да он сам ово стање (залогопримчеву државину) штити тужбом за повраћај ствари у случају губитка државине. У прилог том тумачењу иде и сама формулација става 2, чл. 986: "оно поново настаје кад повјерилац поврати државину ствари". Дакле, суспендовано право првенствене наплате реактивира се активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину"). То значи - на основу његовог субјективног права, а по наређењу самог закона. Другачије тумачење оживљавања повјериоачевог права првенствене наплате значило би не водити рачуна о правом смислу норме, па би се залогопримчева државина могла схватити као "некакво стање ван закона", а сам залогопримац би остао без веома важног средства правне заштите и кад зато постоје оправдани разлози. Истина, њему нико не оспорава могућност уживања посесорне заштите, јер му на располагању стоје како тужба због сметања, тако и тужба због одузимања државине. Али, не треба изгубити из вида да поједностављена и олакшана заштита права по овим тужбама за имаоца права понекад није афикасна, јер ће у овим споровима правну заштиту добити и онај који нема право на државину (дакле, и трећи узурпатор, лопов) и који би сасвим сигурно изгубио петиторни спор. Ускратити залогопримцу тужбу за повраћај ствари било би неоправдано рјешење, јер би за њега то значило губљење стварног права залогера јер му недостаје средство за поновно реактивирање основног права (првенствене наплате), чак и када је државина на ствари изгубљена без његове кривице.

(2) Као нпр.: Мађарски грађански законик (параграф 259, став 1), гдје се каже: "Повјерилац ручне залогера има право да држи заложени предмет."

(3) Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 257.

У том погледу ни упоредно право не пружа примјер по коме би губитак државине увијек за залогопримца значио и престанак заложног права. Крај заложном праву ограничен је на случај када залогопримац врати ствар залогодавцу, али и ту постоје одређене разлике. Преме решењу прихваћеном у Њемачком грађанском закону (параграф 1253, став 1) и у Пољском грађанском закону (чл. 325, став 1) уколико залогопримац врати ствар залогодавцу, залога обавезно престаје, тј. странке не могу супротно уговорити. Друго решење је управо супротно од овога: према рјешењима Аустријског законика (параграф 457) и Српског грађанског законика (параграф 323) залога престаје само ако је залогопримац ствар "дужнику вратио безусловно" (4), Треће решење (чл.888. Швајцарског грађанског законика и чл. 2852. Етиопског грађанског законика) негдје је на средини: залога неће престати већ ће њена дејства бити "суспендована" док се ствар налази код залогодавца (5).

Како је већ напоменуто, став 1, чл. 986, Закона о облигационим односима говори о престанку повјериоачевог права првенствене наплате из вриједности заложене ствари услед престанка његове државине. Ова норма се увијек и сасвим оправдано интерпретира у смислу да губитак државине гаси не само право првенствене наплате, већ и стварно право залог. Уосталом, и рубрум чл. 986. на то указује: "престанак заложног права губитком државине". Иако се одређено не каже да ли исту последицу изазива и губитак државине на страни трећег лица, кога су странке споразумно одредиле као чувара ствари, или који је на захтев залогодавца, а по наређењу суда, одређен да умјесто несавјесног залогопримца чува ствар, одговор би био несумњиво потврдан.

Исто као што је за заснивање заложног права нужна залогопримчева државина (непосредна или посредна), тако је и за сталност овог права потребна стална државина. Ипак, горенаведену поставку не треба прецизнијати у смислу буквалног тумачења рубрума чл. 986. Закона о облигационим односима, већ је треба схватити у правој суштини, водећи рачуна о свим, за тумачење, релевантним суштинским моментима. Сагледавајући те моменте, дошли смо до следећих закључака: 1) на првом мјесту, да сваки губитак државине не мора нужно условљавати гашење заложног права; б) треба истаћи да изгубљену државину повјерилац може некад и повратити (што несумњиво произлази из одредбе чл. 986, став 2. Закона о облигационим односима) и в) овај закључак се своди на то да изгубљена државина сама за себе не значи престанак заложног права, већ да су његова дејства (право првенствене наплате) суспендована и уколико поврати државину, ова се дејства аутоматски реактивирају.

Дакле, сваки губитак државине код заложног повјериоца не повлачи аутоматски престанак заложног права. При томе је потребно

(4) У неким грађанским законцима (Грчки грађански законик; Мађарски грађански законик; Цивилни законик Њемачке Демократске Републике) ништа се одређено не каже о томе да ли залогопримац може задржати заложно право или не за случај враћања ствари залогодавцу.

(5) У наведеном члану Етиопског грађанског законика каже се да у том случају "уговор о залози не производи правно дејство".

разликовати неколико случајева: а) ако се губитак државине и њен прелаз на друго лице десио насилно и преварено, то не повлачи аутоматски престанак заложног права. Мада се за овај случај не може рећи да је "унутрашње тренутан" (6), разлочи због којих је ствар доспјела у руке трећих (залогаодавца или осталих) сасвим су довољни за тврдњу да се заложно право није аутоматски угасило. И они теоретичари који тврде да се, ипак, догодио престанак заложног права, не могу по рећи да домет "овог гашења" не треба прецијенити, јер се активност самог залогопримца државина на ствари може (и то најчешће бива) повратити и тиме реактивирати дотле суспендовано право првенствене наплате. Код овог повраћаја за повјериоца могу настати компликације о којима ће касније бити ријечи; б) Губитак државине може се десити без отимања или преварних радњи трећих, али је ствар у њихове руке доспјела без вољног и непосредног акта залогопримца (нпр., налаз у случају губитка или због погрешне доставе итд.). Залога се ни овом случају аутоматски не гаси: и за овај примјер важи све што смо рекли под тачком а); в) Уколико је ствар доспјела у руке залогодавца на основу залогопримчевог вољног и непосредног акта, ни тада неће аутоматски доћи до престанка заложног права (такво рјешење је прихваћено у неким грађанским законцима) (7) Код овог случаја треба разликовати да ли враћање ствари има само привремени карактер ради остварења моментаних циљева или, пак, ова реституција има стални карактер. За први случај враћања ствари са намјером да се дозволи власнику извршење одређених поправки или модификације на ствари и са намјером (макар и прећутном) да се након предузетих материјалних аката поново преда повјериоцу, сматра се да се заложно право није угасило (8). Уколико реституција ствари има стални карактер, залога се гаси. Ово вриједи не само када је реституција била дефинитивна (нпр., одрицање залогопримца од заложног права, па је и, разлог гашења у овом одрицању без потребе да се истиче губитак државине) него и у случају враћања ствари без намјере да реституција буде таква (залогопримац је једноставно хтио дати на чување ствар залогодавцу). За случај спора код сумње да ли је реституција ствари стална или привремена, на повјериоца пада терет доказивања (9), те за судбину заложног права одлучујуће чињенице; у случају да повјерилац не пружи доказе, или се позитивно утврди да је реч о сталној реституцији, према једном мишљењу, повјерилац може ићи даље доказујући да је реституција извршена без намјере да се одбаци залога (10). Али у сваком случају, у сумњи треба узети да постоји ово одрицање, али не као претпостављена воља (јер такве претпоставке може

(6) Rubino, *Il pigno*, in: Tratt. dir. civ. it., diretto da F. Vassalli, Torino, 1956, стр. 275.

(7) Тако, параграф 261. Мађарског грађанског законика предвиђа да "ако повјерилац ручне залогe врати предмет залогe власнику, право ручне залогe престаје. Оно престаје и у случају да лице које је овлашћено на то у року од године дана не тражи натраг предмет залогe који је против његове воље изашао из његове државине, и у том циљу не подигне тужбу пред судом".

(8) Rubino, *op. cit.*, стр. 275.

(9) *Ibid.*, стр. 276.

(10) *Ibid.*, стр. 276.

поставити само закон), ”већ зато што у конкретнијим случајевима биће потребне крајности да се индивидуализује код сталне реституције ствари уступивоцу једна прећутна воља о одрицању од залогџе” (11). г) Најзад, заложена ствар може доспјети у руке трећих и то на основу залогопримчевог вољног и неспоредног акта, али без сагласности уступивоца (залогодаваца). Ни овај губитак не мора у сваком случају довести до гашења залогџе. Ако је ријеч о ментаном повјеравању због неких тренутних разлога (да би се ствар поправила), залогџа се не гаси. У супротном, ”стално” повјеравање заложене ствари трећем лицу могло би даље постојање залогџе оправдати (као што има гласова у теорији) (12), тако што ће се сматрати да је ствар предата трећем лицу на чување. За она права која познају само споразумно одређеног чувара заложене ствари (као што је наше и италијанско право) или трећег чувара, који је постављен по наређењу суда, не би се могла прихватити горенаведена хипотеза, јер недостаје сагласност залогодаваца; нити је суд учинио то одређивање, па се самим тим мора закључити да се залогџа угасила (13). Али, и ова нам хипотеза изгледа релативна. Залогопримац, и ако не би могао поднијети *vindictio pignoris*, у сваком случају би могао реституисати ствар путем персоналне тужбе коју има против трећег лица на основу уговора о повјеравању ствари на чување. Када се поврати државина, аутоматски се реактивира дотле суспендовано право првенствене наплате. Залогодавац од трећег чувара (држаоца) ствари не би могао тражити да ствар буде враћена њему, јер би је после овог акта морао предати повјериоцу. Он би у том случају могао тражити да ствар буде реституисана директно повјериоцу, или би могао тражити секвестар ствари ако докаже да је повјерилац поступао са њом ”противно уговору и закону” (такав акт злоупотребе је увек евидентан ако је ствар повјерена трећем лицу на чување без сагласности залогодаваца. Одговорност залогопримца је ”повећана” за случај сталног повјеравања заложене ствари трећем у смислу одговорности и за случајну пропаст или оштећење ствари који би се догодили том приликом (аргумент на основу чл. 976, став 2. Закона о облигационим односима).

Након ових напомена треба прећи на питање домашаја залогопримчевог права на тужбу за повраћај ствари, поља његове примјене. Наше право, за разлику од већине законодавстава упоредног права, нема посебних одредаба о томе, што опет не значи да се путем, правно релевантних момената значајних за тумачење, не може доћи до неких закључака који би били поуздани.

У правној теорији постоји мишљење по коме се може рећи да ”када се државина не може повратити и према томе када се не може родити реално право залогџе, то није заслуга чињенице у себи и за себе у губитку државине, већ због других разлога који су ван те чињенице, било да иду истовремено са њом, или да јој претходе, било да су довољни сами за себе” (14). Државину није могуће повратити у случају одрицања залогџе.

(11) *Ibid.*, стр. 276.

(12) Rossi, *Pegno civile*, п. 93.

(13) У том смислу: Rubino, *op. cit.*, стр. 276.

За овај разлог се може рећи да је довољан сам за себе (и ту је Рубино у праву), па се губитак државине овдје и не појављује као разлог за гашење заложног права. Поднијета *vidicatio pignoris* остаће без ефекта и у случају стицања права својине и залоге под условима аналогним оним за стицање својине *a non domino* што за последицу има престанак раније установљеног заложног права (15). Али, неће свака непосредна државина заложене ствари од стране трећих изазвати гашење залоге и тиме немогућност употребе *vindicationis pignoris*. Такво рјешење не би било ни у духу самог Закона о облигационим односима. Залогопримац може заложену ствар предати на употребу трећем лицу у непосредну државину без дозволе залогодавца, али се из норме Закона нигдје не види да то за последицу има престанак залоге, већ је то разлог за одузимање заложене ствари од залогопримца и повјеравање неком трећем лицу "да је држи за њега". Уколико би сам залогодавац од трећег држаоца повратио заложену ствар, залогопримац би могао против њега подићи *vindicatio pignoris*. Дајући ствар трећем на употребу, залогопримац и даље има државину на ствар (али сада посредну), па и даље ужива државинску заштиту.

Vindicatio pignoris се може употријебити и када је ствар доспјела у руке залогодавца или трећих противно вољи залогопримца, било услед отимања или преварних радњи, било у случају налаза ствари због њеног губитка. Реституција заложене ствари залогодавцу (власнику) која има стални карактер, повлачи за собом престанак заложног права, па тиме и немогућност употребе тужбе за повраћај ствари.

Депосесија залогодавца штити интересе заложног повјериоца од залогопримчевих фактичких и правних располагања заложном стварју. Нови власник, нови залогопримац, закупац, плодуживалац, итд. дужан је трпјети раније установљено заложно право о коме су се лако могли обавијестити на основу залогопримчеве државине. Међутим заложена ствар може доспјети у руке ових трећих ималаца права. Најчешће се то може десити или активношћу трећег чувара (споразумно одређеног), или активношћу самог залогодавца (који је добио ствар привремено на поправку од залогопримца). Наравно, престанак раније установљеног права и немогућност употребе *vindicatio pignoris* условљена је низом квалификаторних околности од којих значајно мјесто има чињеница савјесности: она није довољна и једина, што, опет, зависи од усвојених рјешења у разним правима која су различита ("као што су различити услови под којима се својина стиче од невласника") (16).

Активношћу самог залогопримца ("кад повјерилац поврати државину") реактивира се дотле суспендовано право првенствене наплате и он тада врши заложно право које се по свом садржају, модалитетима и битним тачкама не разликује од онога које је вршио прије губитка државине.

(14) *Ibid.*, стр. 277.

(15) Обрен Станковић, *op. cit.*, стр. 258.

(16) *Ibid.*, стр. 258.

За правну теорију остаје неразјашњено питање да ли постоји сталност и континуитет заложног права све вријеме (па и за вријеме губитка државине) ако залогопримац на основу свог субјективног права поврати државину, или се залога угасила у тренутку престанка његове државине, па се у случају њеног повраћаја "поново аутоматски рађа на основу оргинерног титулуса који још није дефинитивно изгубио своју ефикасност" (17). Ово питање нема своју теоријску вриједност, већ има и свој практичан значај због многих ефеката од којих су неки већ поменути. Ово је и питање на које се може дати доста одговора. Један од могућих одговора био би тај да се залога за вријеме губитка државине није угасила, али јој је садржина "осакаћена" због губитка залогопримчевог основног права (првенствене наплате). Други одговор би могао бити да је заложно право престало, па самим тим је и престало основно право залогопримца које се поново аутоматски рађа на основу оргинерног титулуса. Трећи одговор би гласио: "Оно што се, међутим, дешава од момента губитка државине до момента повраћаја државине, јесте сложене заложно-правни однос и управо сталност овог односа објашњава и чини технички могућим да се из њеног крила поново роди залога" (18).

Противници првог одговора би примијетили да залога без права првенства не би била прихватљива¹⁹. За наше право, према буквалном тумачењу рубрума члана 986 ("престанак заложног права губитком државине") овакав одговор не би било могуће дати. Али, Закон о облигационим односима у члану 986, став 1. говори само о губитку повјериоцевог права првенствене наплате из вриједности заложене ствари, али не и о престанку заложног права. "Оно поново настаје кад повјерилац поврати државину ствари" (став 2, чл. 986). Поред тога, није прихватљива тврдња да залога не може опстати без права првенствене наплате. Аргумент за ово можемо наћи и у нашем праву код тзв. сукцесивног залагања. Не може се порећи да други (и следећи) повјериоци нијесу постали титулари заложног права (јер им то својство признаје сам закон - чл. 970), али би било погрешно тврдити да и они имају право првенствене наплате (јер то право Закон признаје само првом заложном повјериоцу). Наравно, ни овај одговор није без својих мана. Уколико се прихвати сталност залогe, тешкоће би искрсле у одређивању момента њеног гашења за случај да се *vindicatio pignoris* не употријеби. Али, прихватити супротан одговор (по коме је заложно право обавезно престало губитком државине), значи прихватити рјешење које не води рачуна о правно релевантним чињеницама. Једна од њих свакако лежи у немогућности објашњења употребе *vindicatio pignoris*. Титулар права, коме је право престало, не би могао употријебити петиторну тужбу *vindicatio pignoris*, јер она по свом карактеру припада оном лицу које то право има. Изгледа да је одговор на ово питање негдје на средини ових супротних рјешења. Чини се да се за наше право може прихватити

(17) Rubino, *op. cit.*, стр. 283.

(18) *Ibid.*, стр. 283.

(19) Тако: Rubino, *op. cit.*, стр. 282; супротно: Gorla, *La garanzie reali delle obbligazioni*, Milano, 1935, стр. 308.

одговор по коме од момента губитка до момента повраћаја државине постоји "суспензија" заложног права, па тиме и право првенствене наплате. Суспендовано заложно право је могуће објаснити сложеним заложно-правним односом, али не односом чија сталност чини "да се из њеног крила поново роди залога", већ односом који омогућава у (по наређењу самог Закона) да се повраћајем државине реактивира докле суспендовано право првенствене наплате, али и стварно право залог.

Уколико повјерилац не би покушао повратити државину (и кад за то постоје услови), или би употријебљена *vindicatio pignoris* остала без ефекта, треба прихватити рјешење по коме се залога угасила престанком залогопримчеве државине (што је и смисао норме која регулише овај случај - чл. 986, став 1. ЗОО). Уколико повјерилац поврати државину за заложно-правни однос, више није релевантно што је ствар једно вријеме изашла из његове државине, без обзира на то да ли је за то вријеме она била у рукама њеног власника или трећих лица. Ако, пак, повјерилац, пошто је реституисао ствар власнику (без намјере да се одрекне заложног права - што се може десити ако је ствар дата на оправку) отме или преварним радњама поново дође до државине на ствари, власник је може вратити државинском тужбом због одузимања, али, ако то не учини, залога не рађа поново, како тврде неки теоретичари (20), (јер се није ни угасила) него наставља да траје.

(Примљено 1. IX 1992.)

Dr. Zoran Rašović,
Assistant Professor at the Faculty of Law in Podgorica

TERMINATION OF MORTGAGE RIGHT THROUGH LOSS OF POSSESSION

Summary

A case of termination of pawn is the subject matter of the present article. Just as instituting the pawn requires that the one receiving the pawn has to have the possession (direct and indirect), the permanency of that right depends on the permanency of the possession. However, this should not be taken for granted in terms of literal interpretation of the provision of article 986 of the Law on Obligation Relations (torts and contract Law), since other elements, too, are relevant in this matter. Three possible conclusions are: (i) every loss of possession should not necessarily result in the termination of the mortgage right; (ii) the lost possession may be in some cases restored by the creditor (which may be derived from interpreting the provision of article 986, paragraph 2 of mentioned Law); (iii) lost possession in itself is not a condition for the termination of the mortgage right, but only relevantly effects (right of pre-emption in collecting the payment) are suspended; should the possession be restored, such effects are automatically reactivated.

(20) Рубино, *op. cit.*, стр. 283.

How far can reach the right to sue on the part of the one receiving the pawn in order to restore the property – is another question, which also applies to the area of implementing that instrument. Yugoslav law, in contrast to the majority of foreign laws, has no adequate provisions regarding the matter, but other legally relevant elements may serve in coming to some useful conclusions. The activity of the one receiving the pawn, namely ("when the creditor restores the possession"), reactivates the suspended right of pre-emption in collecting the payment, and in such a case he is consuming his mortgage right, which by its essential elements and contents does not differ from the one otherwise belonging to him prior to the loss of possession.

Key words: *Mortgage right. - Loss of possession. - Termination.*

Zoran P. Rašović,
chargé de cours à la Faculté de droit de Belgrade

LA CESSATION DU DROIT DE GAGE PAR LA PERTE DE LA POSSESSION

Résumé

Dans le présent travail, l'auteur examine un des cas de la cessation du droit de gage. Tout comme la fondation du gage exige la possession (directe et indirecte) du détenteur gagiste, la stabilité de ce droit demande la possession permanente. Cependant, ce postulat ne doit pas être surestimé le sens de l'interprétation littérale de l'art. 986 de la Loi sur les obligations, mais il faut par contre en comprendre la véritable essence tout en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes pour l'interprétation. En examinant ces circonstances, on aboutit à trois conclusions: a) chaque perte de possession ne conditionne pas nécessairement la cessation du droit de gage; b) le détenteur peut parfois restituer la possession perdue (ce qui découle incontestablement de l'art. 986, al. 2 de la Loi sur les obligations); c) la possession perdue ne conditionne pas à elle seule la cessation du droit de gage, mais ses effets (le droit d'encaissement prioritaire) sont suspendus, et si la possession est restituée, ces effets sont automatiquement réactivés.

La question de la portée du droit du détenteur gagiste à la plainte en vue de la restitution des choses et celle de l'étendue de son application est un autre problème. A la différence de la majorité des législations, notre droit ne contient pas de dispositions spéciales sur cette question, ce qui ne signifie pas que l'interprétation de certains points juridiquement importants ne permet pas d'aboutir à quelques conclusions valables. L'activité du détenteur gagiste ("lorsque le détenteur restitue la possession") réactive le droit entretemps suspendu à l'encaissement prioritaire et il exerce maintenant le droit de gage qui, de par son contenu, de par ses modalités et de par ses points essentiels ne diffère pas du droit qu'il exerçait avant la perte de la possession.

Mots clé: *Droit de gage. - Perte de la possession. - Cession.*