

Višestruko zalaganje u rimskom privatnom pravu

Josipović, Karolina

Master's thesis / Diplomski rad

2023

Degree Grantor / Ustanova koja je dodijelila akademski / stručni stupanj: **University of Zagreb, Faculty of Law / Sveučilište u Zagrebu, Pravni fakultet**

Permanent link / Trajna poveznica: <https://um.nsk.hr/um:nbn:hr:199:439647>

Rights / Prava: [In copyright](#)/[Zaštićeno autorskim pravom.](#)

Download date / Datum preuzimanja: **2024-11-18**



Repository / Repozitorij:

[Repository Faculty of Law University of Zagreb](#)





REPUBLIKA HRVATSKA
SVEUČILIŠTE U ZAGREBU
P R A V N I F A K U L T E T



Student:

Karolina Josipović

Kolegij:

RIMSKO PRIVATNO PRAVO

Naslov diplomskog rada:

**VIŠESTRUKO ZALAGANJE U RIMSKOM PRIVATNOM
PRAVU**

Mentor:

Prof. dr. sc. Tomislav Karlović

Zagreb, svibanj 2023.

Izjava o izvornosti

Ja, Karolina Josipović, pod punom moralnom, materijalnom i kaznenom odgovornošću, izjavljujem da sam isključiva autorica diplomskog rada te da u radu nisu na nedozvoljeni način (bez pravilnog citiranja) korišteni dijelovi tuđih radova te da se prilikom izrade rada nisam koristila drugim izvorima do onih navedenih u radu.

Karolina Josipović v.r.

SADRŽAJ

| | |
|---|----|
| 1. UVOD | 1 |
| 2. OPĆENITO O ZALOŽNOM PRAVU | 3 |
| 3. VIŠESTRUKO ZALAGANJE – NASTANAK I ODGOVORNOST ZALOŽNOG DUŽNIKA..... | 7 |
| 4. NAČELO <i>PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE</i> | 12 |
| 5. PRIVILEGIRANE HIPOTEKE | 17 |
| 6. ODNOSI MEĐU VIŠE ZALOŽNIH VJEROVNIKA..... | 22 |
| 6.1. Sudski postupak i značaj posjeda | 25 |
| 6.2. Odnos generalnih i specijalnih hipoteka | 27 |
| 7. PROMJENA PRVENSTVENOG REDA | 30 |
| 8. ZAKLJUČAK | 34 |
| 9. POPIS LITERATURE I IZVORA | 37 |

1. UVOD

Hipoteka je jedan od osnovnih instrumenata osiguranja potraživanja, bilo da se radi o osiguranju povrata zajmova ili drugih potraživanja, te u načelu nema pravne zapreke da ista stvar bude predmetom ne samo jednog, nego više založnih prava od kojih svako osigurava drugu tražbinu.¹ Premda u teoriji broj založnih prava na jednoj stvari nije ograničen, u praksi uvjeti pod kojima određeni vjerovnik pristaje na osiguranje založnim pravom na stvari na kojoj već postoji založno pravo velikim dijelom ovise o tome koje mjesto u prvenstvenom redu njegova tražbina dobiva, odnosno koje su mogućnosti da se njegova tražbina uistinu naplati iz vrijednosti zaloga u slučaju neplaćanja.² Poučeni iskustvom iz velike financijske krize 2008. godine u SAD-u kada zajmoprimci nisu mogli otplaćivati zajmove osigurane hipotekama pa je došlo do povećanja ovrha od 120% u odnosu na prethodne godine, a mnogi drugoplasirani založni vjerovnici nisu bili namireni u ovrhama, razumno je zaključiti da vjerovnik koji traži osiguranje za svoju tražbinu zasigurno je neće osigurati založnim pravom na stvari koja je već toliko opterećena da nije vjerojatno da bi se i njegova tražbina mogla namiriti iz vrijednosti zaloga.³

Postojanje više založnih prava na istoj stvari, odnosno pitanje same naravi višestrukog zalaganja, bilo je predmetom rasprava i različitih mišljenja pravnika već u rimskom pravu, u kojem su sazdana temelji suvremenog realnog osiguranja tražbina u kontinentalnoeuropskim pravnim sustavima i drugim sustavima koji su izgrađeni na njihovim temeljima ili su oslonjeni na njih. Općenito, u rimskoj pravnoj tradiciji, založno se pravo može definirati kao stvarno pravo na tuđoj stvari koje služi realnom osiguranju neke vjerovnikove tražbine te pruža založnom vjerovniku dva ovlaštenja – *ius possidendi* (pravo na posjed stvari) i *ius distrahendi* (pravo prodaje stvari).⁴ Za razliku od

¹ Iznimke su predviđene posebnim propisima, npr. na nematerijaliziranom vrijednosnom papiru može se osnovati samo jedno založno pravo. Više u: Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Svezak drugi, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007., str. 160. Glede zalaganja više stvari odjednom te općenito o regulaciji što sve može biti zalogom u suvremenom hrvatskom stvarnom pravu vidi čl. 298. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (Narodne novine, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15, 94/17). Vidi: Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama : prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, priloge, kazala*, Organizator, Zagreb, 2009., str. 648 i sl.

² Josipović, T., *Založno pravo na nekretnini*, u: Josipović, T. (ur.), *Zaštita vjerovnika: stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 173 i sl.; Medić, D., *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, 2006., str. 463.

³ Više o utjecaju višestrukog zalaganja iste stvari na početak velike financijske krize u: Dodd, R., *Subprime: Tentacles of a Crisis*, Finance & Development, vol. 44, br. 4, 2007., str. 15–19.

⁴ Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948., str. 292.

fiducije, kao prvog i ranijeg oblika realnog osiguranja⁵, ono se nije temeljilo na prijenosu vlasništva predmeta osiguranja na vjerovnika. Založni dužnik ostaje vlasnik založene stvari i s njom može slobodno raspolagati, pa tako ju i dalje dati u zalog drugim vjerovnicima. Takvim eventualnim raspolaganjem ne dira se u pravo ranijeg založnog vjerovnika, međutim, takav odnos je potencijalno mogao stvariti niz spornih pitanja.⁶

Naime, dok kod ručnog zaloga (*pignus*) situacija višestrukog zalaganja i nije predstavljala veliki problem, barem za prvog vjerovnika koji je imao ručni zalog, zbog publicitetne funkcije posjeda, kod hipoteke je stvarala veliku pomutnju jer je posjed stvari do dospijeca ostajao u rukama dužnika. Kako se u rimskom pravu velika pažnja nije pridavala publicitetu založnih prava jer se i samo založno pravo osnivalo neformalno, pa za treće tako kod hipoteke nije bilo ni vidljivo, stjecatelj prava vlasništva stvari ili založnog prava nije mogao biti siguran da je ona „čista“, odnosno, da nije opterećena založnim pravom u korist trećeg ili nekog ranijeg založnog vjerovnika, u kojem slučaju bi i njegovo pravo bilo suženo.⁷

Drugi problem vezan uz dužnikovo višestruko zalaganje iste stvari, a koji se ticao svih založnih vjerovnika, uključujući i prvoga, bile su privilegirane hipoteke, kao iznimka od načela da se prvenstveni red založnih prava ravna prema vremenu njihovog nastanka. Kao što i sam naziv sugerira, takva založna prava imala su prvenstvo prilikom namirenja ispred svih drugih založnih prava, a stvarala su dodatnu nesigurnost za vjerovnike. Pritom se kao posebno pitanje javlja i odnos prioriteta između više privilegiranih hipoteka.⁸

Prije same obrade centralne teme rada, višestrukog zalaganja, uvodno je u radu izloženo općenito koji su oblici založnog prava postojali u rimskom pravu te njihove glavne značajke. Nakon raščlambe tekstova u kojima se spominje i problematizira zalaganje istog predmeta ili prava u korist više vjerovnika, načelo kojim se određuje prednosni red za naplatu prilikom prodaje zaloga, kao i mogućnost promjene istoga, posebno su istaknuti razvoj i različiti oblici privilegiranih hipoteka kao iznimke od općeg pravila koje se primjenjivalo na višestruke zaloge. Na kraju su izneseni zaključci glede obrađenih rješenja rimskih pravnika te njihova šireg značenja.

⁵ Vidi više *infra* pod 2.

⁶ Van Hoof, V., *The priority of acquisition secured creditors in classical Roman law*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, vol. 139, 2022., str. 193.

⁷ Horvat, M.; Petrak, M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022., str. 212.

⁸ Buckland, W. W., *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963., str. 480.

2. OPĆENITO O ZALOŽNOM PRAVU

Osiguranje namirenja tražbine u rimskom pravu prvotno se ostvarivalo osobom dužnika, odnosno, smatra se da je *nexum* kao prvotni ugovor o zajmu, zasnovan u formi *gesta per aes et libram* praćen nunkupacijom, kao svoju posljedicu imao zasnivanje vlasti nad osobom dužnika.⁹ Ako ne bi vratio dug, dužnik je bio izložen mjerama osobne ovrhe uređenima trećom pločom Zakonika 12 ploča, tj. vjerovnik ga je mogao prodati u ropstvo ili usmrtniti.¹⁰ S vremenom se pak uobičajilo da su *nexi* odradili svoj dug, no zbog teških uvjeta i posljedica *nexum* je zabranjen 326. g. pr. Kr. s *Lex Poetelia Papiria de nexis*.¹¹ Međutim, vrlo vjerojatno već u ranoj fazi civilnog prava, uz ovaj oblik „vezivanja“ (*nectere*) dužnika javlja se i realno osiguranje tražbine, *fiducia cum creditore*, kod koje je svrhu osiguranja namirenja, i stupanja na mjesto neispunjene činidbe, preuzela određena stvar.¹² Prema prevladavajućem stavu, fiducija je izvorno bila neutuživi dogovor stranaka priključen apstraktnim i formalističkim prijenosima vlasništva, mancipaciji ili *in iure cessio*, kojim stranke dogovaraju svrhu prijenosa i obvezu fiducijara da nakon ispunjenja svrhe stvar natrag remancipira mancipantu.¹³ Ta je svrha mogla biti ili predaja na besplatno čuvanje ili uporabu (*fiducia cum amico*), ili radi osiguranja povratka novčane tražbine (*fiducia cum creditore*).¹⁴ Originalno, *pactum fiduciae* nije imao pravni učinak, vjerovnikova obveza je bila samo moralne naravi te je počivala na njegovoj vjeri i poštenju, no u doba republike dobio je sankciju s *actio fiduciae* te je time i fiducija podignuta na razinu samostalnog izvora obveza.¹⁵ Pritom većina autora smatra da je

⁹ O neksumu vidi: Zimmermann, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta, Cape Town et al., 1992., str. 4 i sl.

¹⁰ Za odredbe o *manus iniectio* Zakonika 12 ploča vidi: Romac, A., *Zakonik dvanaest ploča*, Latina et Graeca, Zagreb, 1994.

¹¹ Liv., *ab Urbe condita*, II, XXIII, 1 i 6. Usp. Zimmermann, R., *op. cit.* u bilj. 9, str. 5, bilj. 17.

¹² U sklopu neksuma sadržana *nuncupatio*, za koju postoje indicije primjene i kod fiducije, upućuje na paralelno postojanje oba instituta u arhaično doba. Usp. Karlović, T., *O pravnoj zaštiti fiducije u rimskom civilnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, br. 4, 2008., str. 887.

¹³ S obzirom na nepotpunost izvora te njezin izlazak iz prakse prije Justinijanove kodifikacije, pravna narav i konkretna forma fiducije su bili predmet spora u literaturi. U tekstu je izneseno stajalište koje se iznosi u udžbenicima, dok je druga teza da je fiducija bila uvjetni prijenos vlasništva, kod kojeg je svrha prijenosa bila sadržana u nunkupaciji kao dijelu usmene forme mancipacije. Vidi više u: Karlović, T., *Razvoj oblika namirenja fiducijarnog vjerovnika u rimskom i suvremenom hrvatskom pravu*, u: *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2008., str. 74 i sl.

¹⁴ Pugsley, D., *The Roman Law of Property and Obligations; An historical introduction to some of the main institutions*, Cape Town, 1972., str. 72.

¹⁵ *Actio fiduciae* je bila primjenjivana kod svih oblika fiducije, neovisno o svrsi fiducijarnog prijenosa. Usp. Karlović, T., *Neka razmatranja o actio fiduciae (Cic. De off. 3,17,70)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 67, br. 3-4, 2017., str. 468.

formula *actio fiduciae* jedna od najranije koncipiranih te da je uvedena već tijekom 3. ili 2. st. pr. Kr.¹⁶

Uz fiduciju se tijekom prvih stoljeća Republike razvija i *pignus* (ručni zalog), kao neformalni, uz *res nec mancipi* vezani oblik osiguranja namirenja tražbine. Kod *pignusa* bi dužnik putem *traditio* neformalno predao stvar vjerovniku s pravom da je ovaj drži sve dok dužnik ne ispuni svoju obvezu, no pritom je zadržavao vlasništvo stvari koja je trebala služiti osiguranju vjerovnikove tražbine.¹⁷ Založni vjerovnik primanjem stvari postajao bi samo detentor jer stvar drži u tuđe ime (ima samo *corpus*, a ne i *animus possidendi*) tako da u početku ovaj način zalaganja vjerovniku nije pružao nikakvu zaštitu prema trećima ako bi mu stvar bila oduzeta ili bi je izgubio, sve dok nije dobio pretorsku interdiktnu zaštitu, te se onda praktično smatrao kao da je posjednik.¹⁸

Vjerovnik je samim posjedovanjem stvari na dužnika vršio pritisak da mu isplati dug i tako ponovno dođe do svoje stvari.¹⁹ Dužnik je pak bio u povoljnijem položaju nego kod fiducije jer je temeljem založnog ugovora mogao od vjerovnika tražiti povratak stvari nakon isplate duga reivindikacijom, kao i naknadu štete obveznom tužbom, *actio pigneraticia directa*. U razdoblju klasičnog prava uvedena je i tužba ovlaštenika založnog prava na određenoj stvari protiv svakog neovlaštenog posjednika založene stvari kojom je tražio da mu se vrati (izvedeni) posjed založene stvari, proizašla iz *actio quasi Serviana* koja se počela koristiti i za zaštitu založnog vjerovnika koji bi izgubio posjed stvari predane u ručni zalog. Analogno reivindikaciji, navedena tužba bila je stvarnopravna tužba kojom se zahtijevala restitucija određene stvari pa su ju klasični rimski pravници zato i nazvali *vindicatio pignoris*.²⁰

¹⁶ Izvorno, *fiducia* je u slučaju dužnikova zakašnjenja bila zamjena za izostalu činidbu, vjerovnik nije bio obvezan prodati stvar, nego je stvar ostajala u njegovom slobodnom vlasništvu, odnosno, u *pactum fiduciae* bila je sadržana *lex commissoria* tj. uglavak da stvar ostaje vjerovniku ako dužnik ne plati dug po dospijeću. To je bilo tegotno za dužnika ako je stvar vrijedila više od njegovog duga. Razvojem prava, *lex commissoria* morala se izrijeком ugovoriti, sve do 326. g. kada ju Konstantin zabranjuje. Umjesto toga, mogao se ugovoriti *pactum de vendendo* po kojem je vjerovnik morao prodati stvar ako mu dug ne bi bio isplaćen. Vidi opširnije u: Goebel, R. J., *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, Tulane Law Review, vol. 36, br. 29, 1961.-1962., str. 51.

¹⁷ Du Plessis, P., *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Forth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010., str. 302.

¹⁸ O navedenom govori tekst: D. 2, 8, 15, 2 (*Macer libro primo de appellationibus*): „*Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat aut sibi traditam aut praecario debitori concessam.*“ („Vjerovnik koji je primio zalog nije posjednik, makar da stvar ima u posjedu, bilo da mu je predana tradicijom, bilo da ju je dužniku dao u prekarij.“) Prijevod prema: Romac, A., *Izvori Rimskog Prava*, Informator, Zagreb, 1973., str. 273.

¹⁹ Romac, A., *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1992., str. 225., O odnosu založnog dužnika i vjerovnika, kao i vjerovnika i zaloga više u: Birks, P., *The Roman law of Obligations*, edited by Descheemaeker, E., Oxford University Press, UK, 2014., str. 147. i sl.

²⁰ Navedena tužba se u klasičnim vrelima pojavljuje pod različitim nazivima: *vindicatio pignoris*, *actio quasi Serviana*, *actio hypothecaria* te *actio pigneraticia in rem*. Usp. Petrak, M., *Vindicatio pignoris u klasičnom rimskom pravu i*

U slučaju da dug nije bio namiren po dospijeću, vjerovnik je prvotno, prema prevladavajućem shvaćanju, imao samo pravo na držanje stvari, nije ju mogao prodati radi namirenja niti je imao pravo na stvarnu tužbu kojom bi se mogao koristiti protiv trećih ako ostane bez posjeda stvari.²¹ Tek je posebnim ugovaranjem prava prodaje, koje je vremenom postalo pravilo i jedan od prirodnih sastojaka dogovora o ručnom zalogu, razvijena praksa namirenja iz vrijednosti stvari prodajom stvari na tržnici, na javnim aukcijama. S druge se strane zastupa teza prema kojoj je vjerovnik po dospijeću izvorno sticao vlasništvo stvari (*Verfall*), no njegovo je ovlaštenje vjerovatno pred kraj Republike ograničeno ugovaranjem *pactum de vendendo* koji je prisutan u sačuvanim izvorima.²² Kroz rimsku poslovnu i gospodarsku praksu kao poseban oblik pignusa razvio se i *pignus conventum* ili ugovorni zalog, kasnije nazvan *hypotheca*.²³ Naime, kako prenosi Katon Stariji u svom djelu *De agri cultura* (146, 5), napisanom na prijelazu iz 3. u 2. st. pr. Kr., u vezi sa zakupom poljodjelskih nekretnina, zakupnik bi ugovorio sa zakupodavcem da će zalog radi osiguranja plaćanja zakupnine biti njegov poljodjelski inventar, oruđe, robovi, stoka (*invecta et illata*). Katon navodi da će stvari biti zakupodavčeve ako ih zakupoprimac pokuša iznijeti sa zemljišta, očigledno u slučaju da nije bila plaćena zakupnina, no daljnjih izvora u tom pravcu nema, već je poznato na temelju kasnijih izvora da je zakupodavac u doba Republike dobio pretorsku zaštitu u obliku *interdictum Salvianum* kojim je mogao tražiti posjed na *invecta et illata* nakon dospijeća tražbine.²⁴ Međutim, taj interdikt se mogao koristiti samo protiv zakupnika, ne i protiv trećih koji bi dospjeli u posjed tih stvari. Krajem Republike, ili u doba Principata, zalogoprimac je pak dobio stvarnopravnu zaštitu i protiv trećih s pretorskom *actio Serviana*, koja je ubrzo proširena i na ugovorne zaloge svake vrste bez predaje posjeda, ali i na pignus ako bi založni vjerovnik izgubio

suvremenim europskim stvarnopravnim porecima, u: *Zbornik radova zaklade Zlatko Crnić*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 143.

²¹ Vidi za navedeno shvaćanje detaljnije u: Verhagen, H. L. E., *Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 79, br. 1, 2011., str. 10 i sl.

²² Verhagen, H. L. E., *The evolution of pignus in classical Roman law*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 81, br. 1-2, 2013., str. 69., slično i u: Diosdi, G., *Ownership in Ancient and Preclassical Roman law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970., str. 118.-120.

²³ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 30.; Usp. Frier, B., *A Casebook on the Roman Law of Contracts*, Oxford University Press, 2021., str. 177.

²⁴ Usp. Apostolova Maršavelski, M., *Oko termina pojave interdikta Salvianum i servijanskih tužbi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 37, br. 5-6, 1987., str. 719. Vidi i: Du Plessis, P., *Urban Landlords and Tenants*, u: Du Plessis, P.; Ando C.; Tuori, K., *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, UK, 2016., str. 641.

posjed stvari – *actio quasi Serviana*.²⁵ Krajem principata se pojavljuje i intenzivnija upotreba grčkog pojma *hypotheca* za ugovorni zalog bez posjeda založene stvari.²⁶

Uz hipoteku treba dodati da se ona mogla zasnivati na bilo kojoj stvari u prometu, pokretnoj ili nepokretnoj, kao i na tražbini, emfiteuzi, superficiesu, poljskim služnostima, plodouživanju, pa i samom založnom pravu i skupini tjelesnih stvari (*universitas facti*) kao što su stado ovaca ili skladište robe koji se u prometu smatraju cjelinom, s tim da je objektom hipoteke mogla biti kako sadašnja, tako i buduća imovina osobe.²⁷ Tri su bila načina zasnivanja. Prvo, voljom stranaka kroz neformalni *pactum*. Drugo, sudskom rješidbom kao *pignus iudiciale* u ekstraordinarnom postupku u svrhu ovrhe ili kao *pignus praetorium*, magistratskom odlukom kojom se uvodi u posjed tuđe imovine radi osiguranja, ali upućeni nije imao *ius distrahendi*. Treći način zasnivanja bile su zakonske, tzv. legalne hipoteke (*pignus legale* ili *tacitum*), razvijene u carsko doba koje pravni poredak povezuje s određenim tražbinama. Kako se u nekim slučajevima redovito ugovaralo založno pravo, smatralo se da je u takvim slučajevima šutke ugovoreno, primjerice založno pravo najmodavca stana na unesene stvari.²⁸

U klasičnom se pravu uz *pignus* i hipoteku primjenjivala još i fiducija, osobito ako su objekt zalaganja *res Mancipi*. *Mancipatio* i *in iure cessio*, a s njima i *fiducia*, izašli su međutim iz uporabe u postklasično doba, a formalno ih je ukinuo Justinijan. Kompilatori su prilikom preuzimanja tekstova koji su se odnosili na fiduciju u kodifikaciju, a zbog činjenice da je tijekom perioda klasičnog prava došlo do značajnog približavanja i izjednačavanja pravila za fiduciju i *pignus* (*datum* ili *conventum*), fiduciju zamijenili *pignusom* i hipotekom koje su tada bile jedine vrste založnog prava s jednakim pravnim učinkom i jednakom funkcijom, uz razliku prenosi li se posjed stvari odmah na založnog vjerovnika ili stvar ostaje u posjedu dužnika do dospelosti duga.²⁹ S obzirom pak na jedinstvenost založnog prava u rimskom pravu, no uvažavajući da se kod kompilatora pojam *hypotheca* koristi za ugovorni zalog bez posjeda stvari uz koji se i veže mogućnost višestrukog zalaganja, u daljnjem radu će biti korišteni ili opći termin založno pravo ili konkretniji hipoteka.

²⁵ Romac, *op. cit.* u bilj. 19, str. 204.

²⁶ Apostolova Maršavelski, M., *O problemu porijekla rimske hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 24, br. 4, 1974., str. 345.

²⁷ Mousourakis, G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer, Cham, 2015., str. 124; Radić, Z., *Uzroci heterogenosti besposjedovnih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52, br. 4, 2015., str. 1013.

²⁸ Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 302.

²⁹ Du Plessis, P., *op. cit.* u bilj. 17, str. 304.

3. VIŠESTRUKO ZALAGANJE – NASTANAK I ODGOVORNOST ZALOŽNOG DUŽNIKA

O prvotnoj fazi razvoja založnog prava u Rimu ne postoji puno podataka, što se napose odnosi na mogućnost višestrukog zaloga. Bez obzira koje se stajalište o prvotnom ovlaštenju založnog vjerovnika prihvati, stječe li on neispunjenjem tražbine odmah vlasništvo stvari ili ga smije i dalje samo držati, s obzirom i na kasnije izvore koji ga problematiziraju, nije vjerojatno da je u tom početnom periodu, u kojem se pravna zaštita odnosa tek nazirala ili razvijala, ono bilo moguće. U svakom slučaju, ako se prihvati teza o *Verfallpfand*, ono nije bilo ni praktično izvedivo iz razloga što je u slučaju dužnikovog neplaćanja zalog bio oduziman, neovisno o tome kolika je njegova vrijednost. Do 2. st. pr. Kr. višestruko zalaganje iste stvari nije bilo poznato jer je *pignus* gotovo uvijek uključivao prijenos posjeda stvari na založnog vjerovnika.³⁰ Razvojem hipoteke, problem višestrukog zalaganja došao je do izražaja, a kako je rimsko založno pravo evoluiralo te je postalo predmetom intenzivnog interesa kasnijih republikanskih i klasičnih razdoblja, višestruko zalaganje postalo je rašireno, a do vrhunca je došlo pred kraj klasičnog i u postklasično doba kada je postalo toliko uobičajeno da je zahtijevalo posebnu regulaciju i razvoj brojnih specijalnih pravila. Postupni razvoj višestrukog zalaganja ogleda se i u razlikama u mišljenjima rimskih pravnika o njegovoj samoj naravi, od vjerojatno početnog uvjetnog zalaganja, što je analizirano kasnije u radu, do klasičnog doba kada se smatra da se daljnjim zalaganjem utemeljuje bezuvjetni zalog.³¹ Ovdje odmah treba naglasiti kako u primjeni pravila koja su se razvila, iako je među nekoliko zaloga samo jedan mogao biti posjednički, nije bilo razlike kome je posjed dan, prvom, sljedećem ili pak, nijednom vjerovniku.³²

Višestruko zalaganje može nastati na tri načina.³³ Prvo, založni vjerovnik mogao je dati stvar u podzalog. Podzaložno pravo je založno pravo čiji je predmet neko subjektivno založno pravo, zajedno s tražbinom koju osigurava, a krajnji predmet je zalog. To je iz razloga što je u slučaju

³⁰ Phillipson, D. E., *Development of the Roman Law of Debt Security*, Stanford Law Review, vol. 20, br. 6, 1968., str. 1244.

³¹ Pravnici iz doba carstva smatraju da se daljnjim zalaganjem stvari utemeljuje pravi bezuvjetni zalog. Time pobijaju mišljenja starijih pravnika tj. da se ne radi o zalaganju hiperohe ili o zalaganju stvari pod uvjetom namirenja ranijeg založnog vjerovnika. Vidi više u: Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 300.

³² Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 59.

³³ *Ibid.*

neplaćanja po dospijeću podzaložni vjerovnik ovlašten namiriti svoju tražbinu iz vrijednosti zaloga, no samo u opsegu u kojem založni vjerovnik ima pravo namiriti svoju tražbinu iz zaloga.³⁴ O položaju podzaložnog vjerovnika govori Papinijan:

D. 13, 7, 40, 2 (*Papinianus libro tertio responsorum*): „*Soluta pecunia creditor possessionem pignoris, quae corporalis apud eum fuit, restituere debet nec quicquam amplius praestare cogitur. Itaque si medio tempore pignus creditor pignori dederit, domino solvente pecuniam quam debuit secundi pignoris neque persecutio dabitur neque retentio relinquetur.*“³⁵

Papinijan navodi da bi u slučaju isplate duga od strane dužnika vjerovnik trebao vratiti posjed zaloga, ukoliko ima fizički posjed. Ako je vjerovnik u međuvremenu založio zalog trećemu, činjenica da mu je dužnik isplatio dug neće dovesti do toga da podzaložni vjerovnik ima pravo na tužbu na povratak stvari protiv založnog dužnika niti pravo retencije tj. zadržanja zaloga, prestaju sva prava prema dužniku, kao i na zalogu.

S druge strane, i Marcijan analizira položaj podzaložnog vjerovnika:

D. 20, 1, 13, 2 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Cum pignori rem pigneratam accipi posse placuerit, quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur et tam exceptio quam actio utilis ei danda est: quod si dominus solverit pecuniam, pignus quoque peremitur. Sed potest dubitari, numquid creditori nummorum solutorum nomine utilis actio danda sit an non: quid enim, si res soluta fuerit? Et verum est, quod Pomponius libro septimo ad edictum scribit, si quidem pecuniam debet is, cuius*

³⁴ Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *op. cit.* u bilj. 1, str. 143.

³⁵ D. 13, 7, 40, 2: „Nakon što je dužnik namirio dug, vjerovnik bi trebao vratiti posjed zaloga, ako ima fizički posjed. Ali to je sve što je dužan učiniti. Dakle, ako je vjerovnik u međuvremenu založio zalog, činjenica da dužnik njemu plaća dug neće rezultirati davanjem prava na potraživanje drugog zaloga niti gašenjem založnog prava drugog založnog vjerovnika iz podzaloga.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *The Digest of Justinian, vol. 1*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998., str. 413.

*nomen pignori datum est, exacta ea creditorem secum pensaturum: si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem.*³⁶

Marcijan navodi kako sve dok traju obje obveze založena stvar pripada podzaložnom vjerovniku te da ima pravo i na prigovor i na *actio utilis*. Kada dužnik isplati novac, onda bi prestao i zalog, jednako kako navodi i Papinijan. Postavlja se, međutim, pitanje je što se tada događa sa podzalogom. Marcijan ukazuje da tu postoji razlika ovisno u čemu se činidba dužnika sastoji. U slučaju da je osigurana tražbina bila u novcu, isplatom od strane založnog dužnika smatra se da je vjerovnik sam sa sobom izvršio kompenzaciju, u smislu da isplatom novca prestaje i tražbina, a onda i založno pravo, ali i podzalog, tako da podzaložni vjerovnik nema nikakva prava na isplaćenom novcu. Ako je osigurana tražbina bila na predaju stvari, kada dužnik nije bio dužan isplatiti novac nego dati neku stvar vjerovniku, predajom stvari prestaje zalog i sva prava prema dužniku, no podzalog se premješta sa založenog prava na predanu stvar. Dakle, on će imati založno pravo na stvari koja je predana prvom vjerovniku na ime ispunjenja tražbine.

Drugo, dužnik može založiti stvar istovremeno³⁷ više vjerovnika, no, takvi istovremeni vjerovnici bili su relativno rijetki. U tom slučaju, svaki vjerovnik mogao je koristiti *actio Serviana* protiv trećih, ali ne jedan protiv drugog, o čemu govori Ulpijanov tekst:

D. 20, 1, 10 (*Ulpianus libro 73 ad edictum*): „*Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit ita, ut uterique in solidum obligatae essent, singuli in solidum adversus*

³⁶ D. 20, 1, 13, 2: „Ako je već dozvoljeno da se založena stvar može dalje dati u zalog, sve dotle dok traju obje obveze založena stvar pripada drugom vjerovniku, njemu treba priznavati kako pravo na prigovor, tako i pravo na *actio utilis*. Ako vlasnik isplati novac, onda prestaje i zalog. Ipak, pojavljuje se sumnja da li vjerovniku na ime isplaćenog novca treba dozvoliti *actio utilis* ili ne; jer što ako je stvar već predana? Točno je, a to i Pomponije u sedmoj knjizi komentara ediktu piše, da, ako novac duguje onaj čija je obveza kao zalog ustanovljena, pa je on ispuni, može se smatrati da je sam sa sobom izvršio kompenzaciju a ako je u obvezi bio onaj drugi, koji je trebao dati založenu stvar, pa taj obvezu ispuni, on će doći na mjesto drugog vjerovnika po osnovi zaloga.“ Prijevod prema: Romac, A., *op cit.* u bilj. 18, str. 273. Za usporedbu: „Since it has been held that mortgaged property can be given in mortgage, the property is bound to the second creditor to the extent that both sums are owing, and he has both a defense and an *actio utilis*. But if the owner pays the debt, the mortgage ends too. However, there may be a doubt whether the creditor should have an *actio utilis* for the coins paid over. And suppose a specific object is given in payment? The truth is, as Pomponius, in the seventh book of his Edict, says, that if a debtor whose debt is mortgaged owes money, the creditor, once the debt is realized, sets it off against his own claim. But if an object is owed and paid, it will be mortgaged to the second creditor.“ Prema: Watson, A., *The Digest of Justinian, vol. 2*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998., str. 125.

³⁷ Rimski založni ugovori navode samo mjerodavan dan i godinu, ali ne i sat, dakle, izraz „u isto vrijeme“ odnosi se na isti dan. Vidi više u: Hausmaninger, H.; Gamauf, R., *A casebook on Roman Property Law*, Oxford University Press, 2003, str. 306.

extraneos Serviana utentur: inter ipsos autem si quaestio moveatur, possidentis meliorem esse condicionem: dabitur enim possidenti haec exceptio: 'si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset'. Si autem id actum fuerit, ut pro partibus res obligarentur, utilem actionem competere et inter ipsos et adversus extraneos, per quam dimidiam partis possessionem adprehendant singuli.“³⁸

Prema Ulpianu, u slučaju da dužnik založi stvar istovremeno dvojici vjerovnika kao cjelinu, svaki od njih može koristiti Servijansku tužbu protiv trećih osoba koje su u posjedu stvari, potražujući stvar u cjelini. Drukčija je situacija ako se između njih pojavi spor, kada je posjednik u povoljnijem položaju jer ima pravo na prigovor ‘ukoliko nije ugovoreno da će stvar biti založena i meni’, dakle Servijansku tužbu nisu mogli koristiti jedan protiv drugoga. Ukoliko stvar ne bi bila založena kao cjelina, nego po dijelovima, vjerovnici imaju pravo na *actio utilis*, kako prema trećima, tako i međusobno, u kojem slučaju bi svaki od njih dobio jednu polovinu posjeda. Takvo stajalište u uskoj je vezi s Marcijanom:

D. 20, 1, 16, 8 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Si duo pariter de hypotheca paciscantur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debiti an pro partibus dimidiis, quaeritur. Et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. Sed uterque, si cum possessore agat, quemadmodum? Utrum de parte quisque an de toto, quasi utriusque in solidum res obligata sit? Quod erit dicendum, si eodem die pignus utrique datum est separatim: sed si simul illi et illi, si hoc actum est, uterque recte in solidum aget, si minus, unusquisque pro parte.*“³⁹

³⁸ D. 20, 1, 10: „Ako dužnik svoje stvari istovremeno dvojici založi, tako da one budu predmet zaloga (kao cjelina) solidarno, onda svaki od založnih vjerovnika ima pravo da se koristi Servijanskom tužbom protiv trećih osoba potražujući stvar u cjelini. Ali ako se između njih pojavi spor, onda je povoljniji položaj posjednika, jer će se u tom slučaju posjedniku dopustiti ovaj prigovor: 'ukoliko nije ugovoreno da će ova stvar biti založena i meni'. Ako je ugovoreno da će stvar biti založena po dijelovima, u tom slučaju (založni vjerovnici) imaju pravo na *actio utilis* i međusobno i prema trećim osobama, na osnovi koje će svaki od njih dobiti jednu polovinu posjeda.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

³⁹ D. 20, 1, 16, 8: „Ako se dva vjerovnika slože u isto vrijeme o zalaganju, ima li svaki hipoteku na stvari proporcionalno svom dugu ili svaki ima polovicu? Stav je da svaki ima hipoteku proporcionalno vlastitom dugu. Ali tuži li svaki posjednika za svoj dio ili za cjelinu? Prvi je slučaj ako su dvije hipoteke sklopljene odvojeno, ali na isti dan. Ako su sklopljene sporazumno, svaki može tužiti za cjelinu, ali inače, svaki za svoj dio.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 127.

Dakle, Marcijan problematizira pitanje istovremenih založnih vjerovnika u smislu opsega hipoteke na stvari, odnosno, ima li svaki vjerovnik hipoteku na stvari proporcionalno svojoj tražbini ili svaki ima polovicu. Odgovara kako bi u tom slučaju svaki vjerovnik imao hipoteku proporcionalno svojoj tražbini, no u situaciji kada bi se posjed zaloga našao u rukama treće osobe, a hipoteka je sklopljena sporazumno između vjerovnika, svaki od njih bi mogao tužiti za cjelinu. Drukčija situacija bi bila da su hipoteke sklopljene odvojeno, ali na isti dan, u kojem slučaju bi svaki vjerovnik mogao tužiti samo za svoj dio, što bi značilo da izostankom posebnog sporazuma između vjerovnika svaki ima puno založno pravo na stvari, što potvrđuje i Paul u D. 13, 7, 20, 1 (*Paulus libro 29 ad edictum*)⁴⁰ govoreći kako svaki vjerovnik ima jednaka prava i prema dužniku.

Treći oblik višestrukog zalaganja, ujedno i najčešći, bio je onaj u kojem su vjerovnici bili sukcesivni u vremenu i nisu bili povezani nikakvim sporazumom, zbog čega je založni dužnik bio dužan obavijestiti vjerovnike o postojanju drugih založnih prava na stvari.⁴¹ Riječ je o akcesornoj obvezi koja proizlazi iz ugovora o založnom pravu, a ukoliko dužnik namjerno zataji tu informaciju, može odgovarati za *crimen stellionatus* – zločin prijevarnog ponašanja. Ulpijan u D. 47, 20, 3, 1 (*Ulpianus libro octavo de officio proconsulis*)⁴² navodi kako bilo tko tko počini kakvu prijevarnu radnju može biti procesuiran za ovo kazneno djelo te primjerice navodi da to osobito vrijedi za onog koji zalaže nekretninu koja je već opterećena, a on to prikriva. Ono što bi u privatnom pravu dovelo do tužbe za prijevaru je osnova za kazneni progon u ovoj optužbi.

⁴⁰ D. 13, 7, 20, 1: „*Si pluribus res simul pignori detur, aequalis omnium causa est.*“ („Ako je ista stvar dana u zalog više vjerovnika istovremeno, položaj svakog od njih je jednak.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 35, str. 410.

⁴¹ Benke, N.; Meissel, F., *Roman Law of Property*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2019., str. 213.

⁴² D. 47, 20, 3, 1: „*Stellionatum autem obici posse his, qui dolo quid fecerunt, sciendum est, scilicet si aliud crimen non sit quod obiciatur: quod enim in privatis iudiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio. Ubi cumque igitur titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus. Maxime autem in his locum habet: si quis forte rem alii obligatam dissimulata obligatione per calliditatem alii distraxerit vel permutaverit vel in solutum dederit: nam hae omnes species stellionatum continent. Sed et si quis merces supposuerit vel obligatas averterit vel si corruperit, aequè stellionatus reus erit. Item si quis imposturam fecerit vel collusionem in necem alterius, stellionatus poterit postulari. Et ut generaliter dixerim, deficiente titulo criminis hoc crimen locum habet, nec est opus species enumerare.*“ („Treba napomenuti da se ova optužba može usmjeriti prema onima koji su krivi za prijevaru, ali i onima koje se ne može optužiti za konkretno kazneno djelo. Ono što u privatnim parnicama dovodi do tužbe za prijevaru je osnova za kazneni progon u ovoj optužbi. Tako, gdje god nedostaje ime djela, možemo optužiti za prijevaru. Posebno je relevantno u slučajevima: pretpostavimo da osoba, nakon što je drugome nešto založila, prikriva ovu obvezu i lukavstvom stvar proda, da u zamjenu ili za zadovoljenje treće osobe; sve su to slučajevi prijevarne. Opet, ako zamijeni robu koju je prodao ili ju preusmjeri drugdje ili uništi stvar koja je predmet osiguranja, jednako je kriv za prijevaru. Tako i ako je kriv za prijevaru ili dogovaranje na tuđu štetu, može biti optužen za prijevaru. Ali kao što sam rekao, općenito, u nedostatku konkretnog kaznenog djela, ova se optužba može podići i nema potrebe nabrajati slučajeve.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *The Digest of Justinian*, vol. 4, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998., str. 305.

Najstroža kazna za takvo postupanje bila je *opus metalli* (prisilni rad u rudnicima), a pripadnici viših društvenih klasa bili su osuđivani na *motio ab ordine* (gubitak društvenog položaja) ili *relegatio ad tempus* (progon na određeno vrijeme).⁴³ Jedina iznimka kojom bi se dužnik mogao osloboditi odgovornosti za optužbu propisana je također u Ulpijanovom fragmentu:

D. 13, 7, 36, 1 (*Ulpianus libro 11 ad edictum*): „*Sed et si quis rem alienam mihi pignori dederit sciens prudensque vel si quis alii obligatam mihi obligavit nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est et ad modicum aeris fuerit pignerata, dici debet cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pigneraticiam et de dolo actionem, quasi in nullo captus sit, qui pignori secundo loco accepit.*“⁴⁴

Ulpijan navodi da optužbe za *crimen stellionatus* neće biti ako je stvar znatne vrijednosti, a osigurana tražbina malog iznosa, u smislu ako je vrijednost zaloga bila veća od zbroja tražbina koje je osiguravala, jer u toj situaciji nije bilo opasnosti za drugog vjerovnika da s uspjehom namiri i svoju tražbinu, nakon namirenja prvog vjerovnika. Možemo zaključiti kako dužnost informiranja o prethodnim opterećenjima zaloga ipak nije bila apsolutna.

U nastavku ćemo detaljnije se osvrnuti upravo na probleme vezane uz ovaj treći oblik višestrukog zalaganja.

4. NAČELO *PRIOR TEMPORE, POTIOR IURE*

Mogućnost zasnivanja više založnih prava na istoj stvari od strane zalagodavca zahtijevala je razvoj pravila o prioritetu naplate u slučaju prodaje zaloga. Do 2. stoljeća osnovno je pravilo bilo da se red prvenstva višestrukih založnih prava određuje prema redosljedu njihovog nastanka – prvi

⁴³ Hausmaninger, H.; Gamauf, R., *op. cit.* u bilj. 37, str. 301.

⁴⁴ D. 13, 7, 36, 1: „Ako netko dobrovoljno i sa sviješću založi stvar koja pripada drugom ili mi založi stvar koja je već založena bez da mi kaže, bit će optužen za isto kazneno djelo. Naravno, ako je stvar znatna i založena za skroman iznos, treba reći kako i optužba za kazneno djelo i tužba trebaju otpasti, temeljem toga što drugi vjerovnik ni na koji način nije u opasnosti.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 35, str. 413.

u vremenu je imao prednost pred svim ostalima, što se izražava načelom *prior tempore, potior iure*.⁴⁵

Da bi se osiguralo da prvi vjerovnik zadrži pravo na namirenje duga prije svih ostalih vjerovnika, njegovo založno pravo ima prvi, odnosno najviši red. To znači da založno pravo drugog vjerovnika stoji na drugom mjestu, on je kasniji s obzirom na pravo prvog vjerovnika. Upravo taj rang založnog prava važan je kod prodaje zaloga. Prvo se namiruje starije založno pravo, zatim slijedi založno pravo drugog reda i tako dalje. Glavno pravilo, izuzev privilegiranih hipoteka, da raniji vjerovnik u vremenu ima prednost prilikom namirenja, vrijedilo je čak i ako je zalog u posjedu kasnijeg vjerovnika.⁴⁶ Uzmimo za primjer da je osoba A u velikoj potrebi za novcem. Osoba B mu je spremna dati zajam od 400, ako mu A založi svoj srebrni tanjur u vrijednosti od 1000. Godinu dana prije, osoba A je založila isti srebrni tanjur osobi C, kojoj još duguje 500 od ranijeg zajma. Iako je za osobu B zasnovano založno pravo na srebrnom tanjuru, ona je na drugom mjestu, iza C.⁴⁷ Ako je zalog prodan, prihod, za koji ćemo pretpostaviti da je 1000, prvo ide za namirenje nepodmirenog duga prema C (500), ostatak se koristi za namirenje duga osobe B (400), a *superfluum* (višak) od 100 ide osobi A kao zalagodavcu. Redoslijed založnih prava posebno je važan kada prihod od prodaje zaloga nije dovoljan za podmirenje svih osiguranih dugova. U primjeru, ako pretpostavimo da je prihod od prodaje srebrnog tanjura 800, C dobiva cijelih 500 kao prvi vjerovnik, dok B, kao drugi u redu namirenja dobiva samo 300.

Važno je napomenuti da se određivanje vremena za prvenstveni red temeljilo na datumu čina zalaganja, a ne na datumu sporazuma o založnom pravu.⁴⁸ O tome govori Gaj:

D. 20, 4, 11, pr (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut, si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit: poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.*“⁴⁹

⁴⁵ Du Plessis, P., *op. cit.* u bilj. 17, str. 304. U punoj verziji: „*Qui prior est tempore, potior (et prior) est iure.*“ (Tko je raniji u vremenu, viši je (i raniji) u pravu.) Prijevod na temelju: De-Mauri, L., *Regulae iuris*, Ex officina libraria Ulrici Hoepli, Milano, 2004., str. 219., reg. 54.

⁴⁶ Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 210.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ Goebel, R., J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 61.

⁴⁹ D. 20, 4, 11, pr: „Založni vjerovnik koji je prvi pozajmio novac i zasnovao hipoteku ima prednost, iako se dužnik prethodno sporazumio založiti imovinu drugom ako mu da zajam. Iako su se sporazumjeli o zasnovanju hipoteke ranije, nije faktično uzeo zajam.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 134.

Prema tekstu, iako se dužnik sporazumio založiti imovinu drugom ako mu da zajam, vjerovnik koji će imati prednost je onaj koji mu je faktično pozajmio novac i zasnovao hipoteku na imovini. To nam potvrđuje da je bitan čin zalaganja, a ne sam sporazum o hipoteci. Drugim riječima, ako se založni dužnik s određenom osobom samo sporazumio da bi trebao dobiti zalog ako ikada pozajmi određenu svotu od nje, ovaj sporazum nije imao nikakvu snagu protiv naknadnog zaloga druge osobe od koje je i pozajmio novac i u njezinu korist zasnovao hipoteku. To stavlja vjerovnika s kojim se samo sporazumio da će mu založiti imovinu na eventualno drugo mjesto u slučaju naknadnog zajma te se smatra kasnijim u vremenu zbog izostanka ranijeg čina zalaganja. Činjenicu važnosti čina zalaganja kod određivanja vremena potvrđuje i C. 8, 17, 3 (*Imperator Antoninus*)⁵⁰ koji naglašava *prior tempore, potior iure* čak i u situaciji kada se kao drugi vjerovnik javlja država, izuzev privilegirane hipoteke fiska, o čemu šire *infra*.

Uvjetna obveza također je služila kao odgovarajući temelj za legitimno zasnivanje založnog prava, ali samo pravo nije moglo postati učinkovito sve dok se uvjet nije ispunio. Međutim, pitanje je tko bi od dva vjerovnika imao prednost da je isti predmet u međuvremenu još jednom korišten kao osiguranje, ali ovaj put za bezuvjetni zajam. Naravno, nije bilo problema ako se uvjet nije ostvario; prva hipoteka je otpala zajedno s dugom kojeg je trebala osigurati, a prvenstvo je stekao drugi vjerovnik.⁵¹ U suprotnome, ako je uvjet zadovoljen, Gaj objašnjava situaciju sljedećim riječima:

D. 20, 4, 11, 1 (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Videamus, an idem dicendum sit, si sub condicione stipulatione facta hypotheca data sit, qua pendente alius credit pure et accepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat condicio, ut potior sit qui postea credidisset. Sed vereor, num hic aliud sit dicendum: cum enim semel condicio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine condicione facta esset. Quod et melius est.*“⁵²

⁵⁰ C. 8, 17, 3: „*Si fundum pignori accepist, antequam rei publicae obligaretur, sicut prior es tempore, ita potior iure.*“ („Ako si primio zemljište u zalog prije nego što je ono postalo zalog državi, onda si kako prvi po vremenu, tako i preči u pravu.“) Prijevod prema Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

⁵¹ Zimmermann, R., *op. cit.* u bilj. 9, str. 727.

⁵² D. 20, 4, 11, 1: „Trebamo li reći isto ako je hipoteka dana za osiguranje uvjetne stipulacije, a dok uvjet nije ispunjen, drugi vjerovnik dao je bezuvjetni zajam uz hipoteku na istoj stvari? Ako je uvjet nakon toga ispunjen, ima li drugi vjerovnik prvenstvo? Mislim da nema. Kada je uvjet ispunjen, prva stipulacija se promatra kao da je dan bezuvjetni zajam.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 134.

Prema tekstu, ako je osigurana uvjetna tražbina prvog vjerovnika te je uvjet ispunjen nakon što je drugi vjerovnik dao bezuvjetni zajam, drugi je vjerovnik ostao drugi u redu jer se na stvar gledalo kao da je prva stipulacija postala djelotvorna u trenutku kada je sklopljena. Prvi vjerovnik je retroaktivno stekao prvenstvo u vremenu i tada je uživao prvenstvo kakvo bi imao u slučaju da se radilo o bezuvjetnom zajmu.

Pitanje prioriteta među vjerovnicima problematizira i Marcijan u D. 20, 4, 12, 2 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*)⁵³ govoreći da, ako prvi vjerovnik pozajmi dužniku novac bez osiguranja, nakon toga dužnik zalaže imovinu drugom, a tek onda daje imovinu kao osiguranje prvom, drugi se vjerovnik smatra prioriternim. Prvi vjerovnik ne može retroaktivno steći prvenstvo naknadnim zalaganjem imovine kao što je slučaj kod ispunjenja uvjeta. U sljedećem paragrafu navodi situaciju u kojoj je ista stvar založena prvom vjerovniku, zatim drugom, a zatim ponovno za još jedan iznos prvom.⁵⁴ Prvi vjerovnik imat će prednost pred drugim vjerovnikom za prvi zajam, ali dolazi kao treći vjerovnik nakon zajma drugog vjerovnika. Dakle, drugi vjerovnik imat će prednost nad dugom koji je proizašao iz drugog zaloga prvog vjerovnika.

U navedenim paragrafima Marcijanovog teksta zalog drugog vjerovnika se smatrao ranijim u vremenu i kao rezultat toga jači u pravu, no u sljedećem, trećem paragrafu, on problematizira situaciju prema kojoj drugi vjerovnik može biti kasniji u vremenu, ali jači u pravu:⁵⁵

D. 20, 4, 12, 4 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Si tecum de hypotheca paciscatur debitor, deinde idem cum alio tua voluntate, secundus potior erit: pecunia autem soluta secundo an rursus teneatur tibi, recte quaeritur. Erit autem facti quaestio agitanda, quid inter eos actum sit, utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum,*

⁵³ D. 20, 4, 12, 2: „*Si primus, qui sine hypotheca credidit, post secundum, qui utrumque fecit, ipse hypothecam accepit, sine dubio posterior in hypotheca est: unde si in diem de hypotheca convenit, dubium non est, quin potior sit, licet ante diem cum alio creditore pure de eadem re convenit.*“ („Ako je prvi vjerovnik dao zajam bez hipoteke, te, nakon drugoga koji je dao zajam i uzeo hipoteku – došao do stvari koja je predmet hipoteke, onda je on nesumljivo u odnosu prema hipoteci drugi. Ako je hipoteka ugovorena na rok, nema sumnje tko tu ima prednost, bez obzira da li je odnosni prije isteka tog roka s drugim vjerovnikom o istoj stvari, ali bez roka, ugovarao.“) Prijevod prema Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

⁵⁴ D. 20, 4, 12, 3: „*Si idem bis, id est ante secundum et post eum crediderit, in priore pecunia potior est secundo, in posteriore tertius est.*“ („Ako prvi vjerovnik pozajmi novac prije, ali ponovno i nakon drugog vjerovnika, on ima prednost pred drugim za prvi, raniji zajam, ali dolazi kao treći vjerovnik za zajam dan nakon što je drugi vjerovnik pozajmio.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 135.

⁵⁵ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 61.

*prior concessit creditor alii obligari hypothecam, an ut ordo servetur et prior creditor secundo loco constituatur.*⁵⁶

Riječ je o situaciji kada je prvi vjerovnik izričito pristao na dužnikovo drugo opterećenje zaloga, u kojem slučaju bi drugi vjerovnik stekao prednost. Tada je jedini problem bio vezan uz stanje prvog vjerovnika – smatra li se da se potpuno odrekao svog založnog prava ili je samo pristao na podređenost drugoga? Odgovor na to pitanje nam ne daje Marcijan, ali možemo ga pronaći u mišljenju drugog pravnika:

D. 20, 6, 12, pr (*Paulus libro quinto responsorum*): „*Paulus respondit Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, ius suum pignoris remisisse videri, non etiam tertium in locum eius successisse, et ideo medii creditoris meliorem causam effectam. Idem observandum est et si res publica tertio loco crediderit.*“⁵⁷

Prema Paulu, kada je prvi vjerovnik pristao da dužnik založi istu stvar trećem vjerovniku, smatra se da se odrekao svoje hipoteke, ali treći neće stupiti na njegovo mjesto. Time će se poboljšati položaj drugog vjerovnika koji će postati prvi, a treći odmah iza njega. Iz navedenog možemo zaključiti kako odricanje jednog od vjerovnika ne utječe ni na koga osim na njega, time što gubi svoje pravo, odnosno njegovo odricanje dovodi samo do toga da će sljedeći u redu stupiti na njegovo mjesto, kako je navedeno u fragmentu.⁵⁸ U navedenom tekstu također se odražava rješenje rimskog prava prema kojem je prodaja stvari od strane dužnika uz suglasnost vjerovnika dovodila do prestanka založnog prava.

⁵⁶ D. 20, 4, 12, 4: „Ako dužnik zasnjuje hipoteku za tebe, i onda tvojom voljom zasnjuje drugu hipoteku, druga ima prednost. Raspravlja se o tome hoće li tvoja hipoteka oživjeti ako se drugi namiri. To je pitanje činjenica. Je li se prvi vjerovnik slagajući se s drugom hipotekom potpuno odrekao svog prava ili je samo promijenio prioritet i prihvatio mjesto drugog vjerovnika?“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 135.

⁵⁷ D. 20, 6, 12, pr: „Paul odgovara da kada je Sempronius, prvi vjerovnik, pristao da dužnik založi istu stvar trećem vjerovniku, smatra se da se odrekao svoje hipoteke, a treći nije stupio na njegovo mjesto. Time je poboljšán položaj drugog vjerovnika. Isto vrijedi ako je treći vjerovnik bila država.“ Prijevod prema: *ibid.*, str. 143.

⁵⁸ Buckland, W. W., *op. cit.* u bilj. 8, str. 479.

5. PRIVILEGIRANE HIPOTEKE

Načelo *prior tempore, potior iure* narušeno je, naročito u kasno carsko doba, kada je stvaranjem privilegiranih hipoteka uređeno da određena založna prava prevladavaju nad svim drugim založnim pravima u trenutku prodaje zaloga neovisno o tome kada su nastala, čime se privilegiraju određene tražbine.⁵⁹ Razlog davanja prioriteta određenim tražbinama bila je zaštita slabije strane ili poticanje nekog odnosa.⁶⁰ Temeljem takvih povlastica prednost pred starijim založnim pravima imala su sljedeća založna prava: zakonska generalna hipoteka fiska za dužne poreze, ugovorno ili zakonom priznato založno pravo za osiguranje iznosa koji su dani u svrhu nabave, održanja ili popravka založene stvari, zakonska generalna hipoteka maloljetnika nad imovinom tutora ili kuratora zbog obveze u vezi s upravljanjem imovinom, zakonska generalna hipoteka u korist žene na imovini muža za osiguranje primljenog miraza, a posebno pravo prednosti s obzirom na formu ugovorne hipoteke stvorio je car Leon.⁶¹

Zakonsko založno pravo fiska (tzv. legalna hipoteka) nastalo je u vrijeme cara Karakale, i to kao generalna hipoteka na čitavoj dužnikovoj imovini.⁶² Unatoč činjenici da je većina zakonskih založnih prava nastala u kasnom carstvu, ova privilegirana hipoteka datira tako iz ranijeg doba.⁶³ Pritom se u literaturi razilaze i mišljenja o tome je li fisku zakonsko založno pravo pripadalo zbog svih tražbina ili samo zbog javnih daća i tražbina iz ugovora.⁶⁴ Gledajući prije svega svoje interese, država je stvorila privilegirani položaj založnog prava fiska za neplaćene poreze, kako objašnjava Ulpijan:

D. 49, 14, 28 (*Ulpianus libro tertio disputationum*): „*Si qui mihi obligaverat quae habet habiturusque esset cum fisco contraxerit, sciendum est in re postea adquisita fiscum potioem esse debere Papinianum respondisse: quod et constitutum est. Praevenit enim causam pignoris fiscus.*“⁶⁵

⁵⁹ Horvat, M.; Petrak, M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 212.

⁶⁰ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 62.

⁶¹ Buckland, W. W., *op. cit.* u bilj. 8, str. 480.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Phillipson, D. E., *op. cit.* u bilj. 30, str. 1246.

⁶⁴ Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 303.

⁶⁵ D. 49, 14, 28: „Kada mi netko optereti imovinu koju ima ili bi je mogao imati, i nakon toga sklopi ugovor s fiskom; treba znati da je Papinijan dao mišljenje da će u pogledu naknadno stečene imovine fisk imati prednost. To je bilo

Tako, neovisno o tome koji bi red prvenstva zauzela tražbina fiska za dužne poreze po vremenu, ona je uvijek imala prioritet i bila prva u redu namirenja u slučaju prodaje zaloga. S tim u vezi je i konstitucija C. 4, 46, 1 (*Imperator Antoninus*)⁶⁶ iz 337. godine koja potvrđuje da je hipoteka fiska generalna, nad cijelom imovinom dužnika te da je u slučaju da je riječ o neplaćenom porezu, njegova tražbina privilegirana i kod prodaje zaloga dolazi na prvo mjesto u redu namirenja.

Početak 3. stoljeća uz zakonske hipoteke i određeni ugovori su doveli do privilegiranih hipoteka, tako ugovorna hipoteka zbog tzv. *in rem versio*, tj. tko je dao novac za nabavu, održanje ili popravak založene stvari ima prednost pred svim ostalim založnim pravima.⁶⁷ O navedenom je pisao Ulpijan:

D. 20, 4, 5 (*Ulpianus libro tertio disputationum*): „*Interdum posterior potior est priori, ut puta si in rem istam conservandam impensum est quod sequens creditit: veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero.*“⁶⁸

Tekst možemo analizirati na jednostavnom primjeru. Vjerovnik ima založno pravo na brodu koji pripada dužniku (vrijednost broda 1000), za osiguranje zajma od 800. Budući da je brod u lošem stanju (pala je vrijednost zbog lošeg stanja na 500), dužnik treba novac za popravak. Drugi vjerovnik mu daje zajam od 500 kako bi brod ponovno bio sposoban za plovidbu. Njegovo založno pravo na brodu, koji je sada uporabljiv i vrijedi ponovno 1000, ima prednost pred založnim pravom prvog vjerovnika. Razlog privilegiranja ovih tražbina su komercijalne svrhe budući da takav zajam rezultira povećanjem vrijednosti založene imovine, iako je možda nastao kasnije te odražava zajednički interes vjerovnika i dužnika da zalog zadrži svoju punu vrijednost.⁶⁹ U C. 8, 17, 7

mišljenje Papinijana, a utvrđeno je i konstitucijama. Fisk dolazi prije glede založnog prava.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 42, str. 395.

⁶⁶ C. 4, 46, 1: „*Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris. Potior est enim causa tributorum, quibus priore loco omnia cessantis obligata sunt.*“ („Prodaja učinjena zbog prestanka plaćanja poreza ne može biti opozvana, čak ni ako prijašnji vlasnik ponudi platiti cijenu ili njegov založni vjerovnik; porez je povlašten, a sva imovina stranke odgovara joj po osnovi prvenstva.“) Prijevod na temelju: Frier, B., *The Codex of Justinian, vol. 2*, Cambridge University Press, 2016., str. 1005.

⁶⁷ Vidi: Phillipson, D. E., *op. cit.* u bilj. 30, str. 1246.

⁶⁸ D. 20, 4, 5: „Može se dogoditi da posljednji vjerovnik bude preči u pravu od prvoga, na primjer, u slučaju kada su učinjeni izdaci radi očuvanja stvari, a to je učinio kasniji vjerovnik, kao što je to, na primjer, kod broda koji je bio založen, pa sam ja dao novac za njegovu opremu i popravak.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

⁶⁹ Usp. Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 214.

(*Imperatores Diocletianus, Maximianus*)⁷⁰ ista prednost daje se i onom čijim je novcem kupljena založena stvar, ukoliko je odmah tada ugovoreno da će ono služiti kao zalog.

U sljedećem fragmentu istog pravnika privilegiraju se i druge tražbine koje osiguravaju sigurnost zaloga:

D. 20, 4, 6, pr.-2 (*Ulpianus libro 73 ad edictum*): „*Huius enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. Item si quis in merces sibi obligatas crediderit, vel ut salvae fiant vel ut naulum exsolvatur, potentior erit, licet posterior sit: nam et ipsum naulum potentius est. Tantundem dicitur, et si merces horreorum vel areae vel vecturae iumentorum debetur: nam et hic potentior erit.*“⁷¹

U fragmentu se navodi slučaj prioriteta kasnijeg vjerovnika kada se novac pozajmljuje za uzdržavanje mornara bez kojih brod ne bi mogao sigurno stići na odredište. Isto se primjenjuje i u slučaju kada je založena roba koja se treba prevesti, pa vjerovnik koji podmiri troškove prijevoza ima prednost pred ostalima. Dakle, analizirajući Ulpijanove fragmente, možemo zaključiti koja je bila svrha navedenih privilegija i zašto su bile privilegirane. Uz očuvanje vrijednosti zaloga – „*salvam fecit totius pignoris*“, uvažava se i širi interes – kako bi se potaknula veća trgovina, navedena pravila daju prednost onima koji su značajno unaprijedili istu.⁷²

Vraćajući se na zakonske hipoteke, još jedno zakonsko založno pravo nastalo pod Konstantinom 314. godine opisano je u C. 5, 37, 20 (*Imperator Constantinus*).⁷³ Riječ je o generalnoj hipoteci

⁷⁰ C. 8, 17, 7: „*Licet isdem pignoribus multis creditoribus diversis temporibus datis priores habeantur potiores, tamen eum, cuius pecunia praedium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter statim convenit, omnibus anteferri iuris auctoritate declaratur.*“ („Iako se u slučaju kada je ista stvar u različito vrijeme dana u zalog većem broju vjerovnika prvi po vremenu smatra preči u pravu, ipak se pravnim propisom određuje da onaj vjerovnik koji dokaže da je njegovim novcem zemljište kupljeno i da je odmah tada posebno ugovoreno da će ono služiti kao zalog, ima prednost pred svim drugima.“) Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

⁷¹ D. 20, 4, 6, pr.-2: „Dakle, novac drugog vjerovnika osigurava sigurnost cjelokupnog zaloga. To je također slučaj kada se novac pozajmljuje za uzdržavanje mornara, bez kojeg brod ne bi mogao sigurno stići na odredište. Štoviše, ako je netko pozajmio novac za robu koja mu je založena, bilo za njeno očuvanje ili podmirenje troškova prijevoza, on će imati prednost, iako može biti drugi vjerovnik; jer se troškovi prijevoza smatraju osigurani ranijim založnim pravom. Isto se pravilo primjenjuje kada se plaća najam skladišta ili zemlje ili prijevoza robe tovarnim životinjama; jer će u takvim okolnostima ovaj vjerovnik imati prednost.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 133.

⁷² Usp. Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 62.

⁷³ C. 5, 37, 20: „*Pro officio administrationis tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tamquam pignoris titulo obligata minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est et si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administravit.*“ („Nema smetnje da maloljetnici mogu za sebe potraživati imovinu tutora ili kuratora zbog njihove

maloljetnika nad imovinom tutora ili kuratora zbog obveza u vezi s upravljanjem imovinom, primjerice ako su nepravilno upravljali imovinom ili ju oduzeli ili otuđili, a u krajnjem slučaju, ako nisu htjeli upravljati njihovom imovinom. Kako bi se zaštitila imovina štíćenika, budući da je skrbniku bilo onemogućeno djelovanje u ime štíćenika pa je tako svaka kupnja ili prodaja štíćenikove imovine bila obavljana u skrbnikovo ime, uključujući sve prihode, bilo je potrebno stvoriti hipoteku nad tom, ali i drugom imovinom skrbnika u ime štíćenika.⁷⁴ Ta generalna hipoteka, svjedoči Ulpijan, također je bila privilegirana i imala prednost pred ostalim vjerovnicima: „*Idemque est, si ex nummis pupilli fuerit res comparata.*“⁷⁵ Fragment ne govori izravno kako je zalag maloljetnika privilegirano, ali na to nas upućuje „*idemque est*“ (u prijevodu: „isto je“), što se nadovezuje na prethodni Ulpijanov fragment D. 20, 4, 6.⁷⁶ Dakle, kako smo naveli kod hipoteke onoga tko je dao novac za nabavu, održanje ili popravak založene stvari, da je ista privilegirana, vrijedi i u slučaju hipoteke maloljetnika nad imovinom tutora ili kuratora.⁷⁷

Kao pokušaj da se riješi problem nepoznatih založnih prava, 472. godine car Leon je stvorio posebno pravo prednosti za određena založna prava, kako je opisano u sljedećoj konstituciji:

C. 8, 17, 11, 1 (*Imperator Leo*): „*Sin autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur: tunc enim quasi publice confecta accipiuntur.*“⁷⁸

Njome je odredio da založno pravo osnovano javnom ispravom ili privatnom ispravom potpisanom po tri besprijeckorna svjedoka ima prednost pred svim drugim privatnim založnim pravima koja

obveze u vezi s upravljanjem imovinom, ako su im oni postali dužnici (ako su npr. nepravilno upravljali imovinom, otuđili je ili oduzeli), kao da je ta imovina na osnovi zaloga založena. Isti je slučaj i onda kada postavljeni tutor ili kurator nije htio upravljati imovinom maloljetnika.“) Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 271.

⁷⁴ Usp. Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 58.

⁷⁵ D. 20, 4, 7, pr (*Ulpianus libro tertio disputationum*): „Isto pravilo vrijedi za imovinu kupljenu novcem štíćenika. (...)“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 133.

⁷⁶ Objašnjenje D. 20, 4, 6 vidi u bilj. 71.

⁷⁷ Van Hoof, V., *op. cit.* u bilj. 6, str. 201.

⁷⁸ C. 8, 17, 11, 1: „Kada netko pred sudom ispravama dokazuje da ima pravo zaloga ili hipoteke, taj tko se koristi ispravama sastavljenim u javnom uredu ima prednost pred drugima, čak i u slučaju kada su one kasnijeg datuma, osim u slučaju kada podnese ispravu potpisanu vlastoručno od trojice ili većeg broja svjedoka neporočnog ugleda, jer se u tom slučaju ova prihvaća kao da je sastavljena u javnom uredu.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 279.

nisu na takav način dokazana, iako su možda zasnovana ranije.⁷⁹ Treba naglasiti da car nije poništio založne ugovore koji nisu sklopljeni u skladu s ovom odredbom, oni su i dalje bili na snazi, samo su bili podređeni. Tim što se prioritet daje založnom pravu potvrđenom javnom ispravom, nazire se u rimskom pravu isticanje načela publiciteta zaloga. Međutim, smatra se da je sustav cara Leona zapravo bio neučinkovit iz dva razloga. Prvo, bio je to samo sustav kojim se dokazivalo zasnivanja hipoteke, ovisno je li zasnovana u javnom uredu ili potpisana od trojice svjedoka. Kako bi dokument potpisan od strane trojice svjedoka mogao biti potpuno tajan, očito je da nema stvarne sigurnosti, i drugo, budući da nije postojao trajni sustav registra zapravo nije postojalo ništa više od privremenog ili lokalnog publiciteta.⁸⁰

U postklasičnom pravu došlo je do temeljitog preuređenja miraznog (dotalnog) prava. Justinijan je najprije konstitucijom iz 529. godine zahtjevu na povratak miraza nakon razrješenja braka pružio *privilegium exigendi*, tj. prednost pred drugim osobnim vjerovnicima muža.⁸¹ Kako se navodi u C. 5, 12, 30⁸², imovinu koja je dana u miraz, pokretna ili nepokretna, procijenjena ili ne, nakon što je brak razvrnut, žena ima potpuno pravo da je povрати i nijedan vjerovnik muža neće moći zahtijevati prednost putem hipoteke, čak i ako je prvi u vremenu. Konstitucijom iz 530. godine priznata je generalna hipoteka na muževoj imovini, a toj generalnoj hipoteci je 531. godine priznato prvenstvo pred drugim založnim pravima. O prvenstvu govori Justinijan:

C. 8, 17, 12, 1 (*Imperator Justinianus*): „*Nos itaque ad antiquas leges perspeximus in personalibus actionibus rei uxoriae actioni, quam in praesenti sustulimus, magnam praerogativam praestantes, ut contra omnes paene personales actiones habeat privilegia et creditores alios antecedit, licet fuerant anteriores.*“⁸³

⁷⁹ Horvat, M.; Petrak, M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 212.

⁸⁰ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 63.

⁸¹ Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 166.

⁸² C. 5, 12, 30: „*In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, sibi potiore causam in his per hypothecam vindicare, cum eadem res et ab initio uxoris fuerant et naturaliter in eius permanserunt dominio.*“ (Nakon što je brak razvrnut, Mi naređujemo da žena mora uživati prvenstvo na imovini miraza, bilo da je pokretna ili nepokretna, ili sposobna da se sama kreće (ako još postoji) i da li je procijenjena ili ne, i da niti jedan raniji vjerovnik muža ne može imati jače pravo povezano sa osiguranjem (hipotekom), jer ta imovina pripada ženi od početka.) Prijevod na temelju: Frier, B., *op. cit.* u bilj. 66, str. 1181.

⁸³ C. 8, 17, 12, 1: „Stoga, vodeći računa o starim zakonima po kojima je tužba *rei uxoriae* bila uključena u osobne tužbe, tu tužbu ovdje ukidamo, dajući im veliku prednost, a to je – da imaju prvenstvo pred gotovo svim drugim osobnim tužbama i da budu ispred svih drugih vjerovnika, makar oni bili i raniji.“. Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 175.

Prema tekstu, koji je nastao kao rezultat čestih upita žena koje su trpile gubitak miraza budući da bi se raniji vjerovnici naplatili iz muževe imovine, Justinijan je nastojao zaštititi pravo žena na povratak miraza jer je on u biti bio sve što su imale od imovine. Tom konstitucijom ženi je priznato prvenstvo pred drugim založnim pravima, čak i onima koji su zasnovani prije davanja miraza. Zakonsku hipoteku žene i prednost pred ostalim založnim vjerovnicima spominju i Justinijanove Institucije u IV, 6, 29, ali uz uvjet da sama žena potražuje vraćanje svog miraza, „jer smo samo u njihovu korist uveli ovu pogodnost“.⁸⁴ Dakle, u slučaju smrti kćeri, miraz može potraživati i *pater familias*, ali on neće imati pogodnosti kakve su dane ženama.

Važno je napomenuti da unatoč postojanju širokog spektra privilegiranih hipoteka, osobito u kasnom i postklasičnom razdoblju, nikada nije razvijena sustavna metoda postupanja s istima. Nepoznat je čak i prioritet u slučaju sukoba nekoliko privilegiranih hipoteka. Vjerojatno je hipoteka fiska za poreze bila prva, zatim hipoteka žene za povrat miraza, no kakav je bio red među ostalima, prilično je neizvjesno.⁸⁵ Moguće da je ponovno bila riječ o poretku temeljenom na vremenu zasnivanja samih privilegiranih hipoteka i primjeni temeljnog načela *prior tempore, potior iure*.

6. ODNOSI MEĐU VIŠE ZALOŽNIH VJEROVNIKA

Prvenstveni red založnih prava kod višestrukog zalaganja, izuzev redosljedna naplate nakon prodaje zaloga, bio je važan i zbog činjenice da su prava kasnijih vjerovnika bila ograničena, za razliku od prava prvog vjerovnika.⁸⁶ O tome je pisao Marcijan u D. 20, 4, 12 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*).⁸⁷ Založni dužnik, kasniji vjerovnici, ali i svaka treća osoba mogli su biti tuženi sa *actio hypothecaria* prvog vjerovnika, dok su kasniji vjerovnici imali pravo podnošenja

⁸⁴ Iust. Inst. 4, 6, 29: „*Fuerat antea et rei uxoriae actio ex bonae fidei iudiciis: sed cum, pleniorum esse ex stipulatu actionem inveniunt, omne ius quod res uxoria ante habebat cum multis divisionibus in ex stipulatu actionem, quae de dotibus exigendis proponitur, transtulimus, merito rei uxoriae actione sublata, ex stipulatu, quae pro ea introducta est, naturam bonae fidei iudicii tantum in exactione dotis meruit ut bonae fidei sit. Sed et tacitam ei dedimus hypothecam: praeferrere autem aliis creditoribus in hypothecis tunc censuimus, cum ipsa mulier de dote sua experiat, cuius solius providentia hoc induximus.*“ („... Njoj smo uz to dodali i prešutnu (zakonsku) hipoteku u tom smislu što smo smatrali da u pogledu hipoteke žene imaju prednost pred ostalim hipotekarnim vjerovnicima, ali jedino onda kada sama žena potražuje vraćanje svog miraza, jer smo samo u njihovu korist uveli ovu pogodnost.“) Prijevod prema: Romac, A., (ur.), *Justinijan Institucije*, Latina et Graeca, Zagreb, 1994., str. 469.

⁸⁵ Vidi više u: Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 62.

⁸⁶ *Ibid.*, str. 60.

⁸⁷ Buckland, W. W., *op. cit.* u bilj. 8, str. 479.

tužbe protiv dužnika i trećih osoba, ali ne i protiv ranijeg koji je imao prigovor jačeg prava, čime se ogleda njegovo ograničeno pravo spram pravom prvog vjerovnika. Najveća slabost pozicije kasnijeg vjerovnika bila je u tome što nije imao izravan način ostvarivanja svog osiguranja. U D. 20, 4, 12, 5⁸⁸, Marcijan iznosi kako je jedino prvi vjerovnik imao pravo prodaje zaloga, što bi rezultiralo prestankom njegovog založnog prava, ali i založnog prava daljnjih vjerovnika.⁸⁹ Nakon što bi namirio svoju tražbinu, preostali višak išao bi kasnijim založnim vjerovnicima sukladno prvenstvenom redu, a eventualni krajnji višak založnom dužniku. Tehnički, svi su vjerovnici mogli prodati stvar, pa čak i ako kasniji prodaja nije bila ništetna, ali nije utjecala na založno pravo ranijih vjerovnika koji su mogli vratiti stvar od kupca, za razliku od kasnijih koji nisu.⁹⁰ Konačan rezultat je da zapravo nisu mogli efektivno prodati stvar.

O navedenim pravima kasnijih vjerovnika prilikom namirenja govori Gaj:

D. 20, 1, 15, 2 (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit? De quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter convenerit de eo quod excedit ut sit hypothecae? Et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? Sed illud magis est, quod prius diximus.*“⁹¹

Tekst navodi kako, s obzirom na dužnikovu obvezu informacije o prethodnom zalogu prvog vjerovnika i opasnosti kojima se izlaže višestrukim zalaganjem bez obavijesti, dužnik može ugovoriti s drugim vjerovnikom da mu je stvar založena za višak koji ostane nakon namirenja prvog

⁸⁸ D. 20, 4, 12, 5: „(...) prvi vjerovnik može prodati stvar i namiriti svoj dug, te platiti drugom vjerovniku svaki višak koji ostane od prodaje.“ Slično i u D. 20, 5, 5: „Kada je drugi vjerovnik ponudio isplatu prvom i zauzeo njegovo mjesto, on može s pravom prodati zalog na temelju zajma“, te D. 20, 4, 12, 7: „Ako drugi založni vjerovnik ima bezuvjetnu hipoteku na stvari, može tražiti stvar od bilo kojeg posjednika, osim prvog vjerovnika ili njegovog kupca.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 135.

⁸⁹ Horvat, M.; Petrak, M., *op. cit.* u bilj. 7, str. 213.

⁹⁰ Buckland, W. W., *op. cit.* u bilj. 8, str. 479.

⁹¹ D. 20, 1, 15, 2: „Oni koji stave svoju imovinu pod hipoteku drugom vjerovniku i žele izbjeći opasnost sankcije davanja višestrukih hipoteka, obično izjavljuju da imovina nije založena nikome, osim, recimo, Luciju Ticiju, te da je stvar založena za višak koji ostane od prijašnje obveze, a kad je stvar oslobođena prethodnog duga, za cijelo. Je li tako i ako se jednostavno ugovori da je stvar pod hipotekom za višak? Kada je prvi vjerovnik namiren, je li hipoteka sadržana u ugovoru za cijelo ili samo dio? Više prvo.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 126.

vjerovnika, a kada je namiren, za cijeli dug. Dakle, Gaj je smatrao da se daljnjim zalagnjem stvari ne utemeljuje bezuvjetni zalog, nego da dolazi do zalaganja osobnog zalagateljevog zahjeva na hiperohu ili zalaganju stvari pod uvjetom namirenja ranijeg založnog vjerovnika, čime bi drugi vjerovnik stekao prava na stvari tek po ispunjenju uvjeta. Čak i ako se ugovori da je stvar pod hipotekom samo za višak, kada je prvi vjerovnik namiren i time uvjet ispunjen, hipoteka sadržana u ugovoru odnosi se na cijeli dug, a ne samo dio. Ispunjenjem uvjeta, za drugog vjerovnika bi nastalo založno pravo na stvari. Ukoliko bi prvi vjerovnik prodao zalog, uvjet ne bi mogao biti zadovoljen tako da založno pravo drugog vjerovnika nikada ne bi nastalo.⁹² Budući da su pravници iz ranog klasičnog doba smatrali da se višestrukim zalaganjem zalaže osobni zalagateljjev zahtjev na hiperohu, čini se da je višak u cijelosti išao dužniku, a kasniji vjerovnik mogao je namiriti svoju tražbinu putem *actio utilis*.⁹³

Kasniji vjerovnik imao je pravo na *actio Serviana* protiv svih trećih osoba koji su bili u neovlaštenom posjedu, iako bi čak i tada bio podložan pravu ranijeg vjerovnika, o čemu Marcijan piše u uvodu D. 20, 4, 12:

D. 20, 4, 12, pr: „*Creditor qui prior hypothecam accepit sive possideat eam et alius vindicet hypothecaria actione, exceptio priori utilis est ‘si non mihi ante pignori hypothecaeve nomine sit res obligata’*. *Sive alio possidente prior creditor vindicet hypothecaria actione et ille excipiat ‘si non convenit, ut sibi res sit obligata’*, *hic in modum supra relatum replicabit.*“⁹⁴

Prema tekstu, kada vjerovnik zasnuje hipoteku ili uzme stvar u posjed, svaki kasniji vjerovnik koji bi podnio hipotekarnu tužbu ne bi uspio jer je raniji vjerovnik imao prigovor da je njemu imovina založena ranije. Ako bi raniji vjerovnik istom tužbom tužio kasnijeg koji je u posjedu zalog, uspjet će dobiti stvar u posjed jer bi na prigovor da je stvar založena stavio *replicatio* da mu je stvar ranije založena.

⁹² Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 210.

⁹³ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 60.

⁹⁴ D. 20, 4, 12, pr: „Ako raniji vjerovnik zasnuje hipoteku ili uzme stvar u posjed, i drugi ga tuži hipotekarnom tužbom, raniji vjerovnik može se braniti sa prigovorom da je imovina njemu založena ranije. Ako raniji vjerovnik tuži kasnijeg koji je u posjedu stvari te on stavi prigovor osim ako mu stvar nije založena, bit će mu replicirano na isti način.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 134.

Osim toga, u slučaju kada bi založni dužnik prodao zalog i tim novcem isplatio tražbinu prvog vjerovnika, kasniji vjerovnik imao je pravo isplatiti kupcu cijenu i preuzeti stvar od njega.⁹⁵ O tome govori Papinijan u D. 20, 5, 3, 1 (*Papinianus libro tertio responsorum*).⁹⁶ No, nakon postklasičnog carskog reskripta⁹⁷, a kako i Marcijan navodi u D. 20, 4, 12, 7:

D. 20, 4, 12, 7 (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Si simpliciter convenisset secundus creditor de hypotheca, ab omni possessore eam auferre poterit praeter priorem creditorem et qui ab eo emit*“⁹⁸,

u situaciji kada bi prvi vjerovnik prodao stvar, čini se da kasniji nije mogao ponuditi kupovnu cijenu njegovom kupcu i vratiti predmet. Slično se spominje i u C. 4, 10, 6 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*)⁹⁹ gdje se ponovno naglašava načelo prioriteta i prednost ranijih vjerovnika koji su mogli iskoristiti svoje pravo prodaje. Možemo zaključiti kako je pravo kasnijih vjerovnika bilo doista suženo u usporedbi sa prvim vjerovnikom te da je jedini način kako bi se spriječila prodaja od strane prvog vjerovnika bila isplata njegove tražbine.

6.1. Sudski postupak i značaj posjeda

Što se tiče parnica među založnim vjerovnicima iste stvari, rimsko pravo ograničilo je doktrinu *res iudicata* na strane koje su stvarno uključene u parnicu. Kako je opisano u D. 20, 4, 16 (*Paulus libro*

⁹⁵ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 60.

⁹⁶ D. 20, 5, 3, 1: „*Si tamen debitor non interveniente creditore pignus vendiderit eiusque pretium priori creditori solverit, emptori poterit offerri quod ad alium creditorem de nummis eius pervenit et usurae medii temporis: nihil enim interest, debitor pignus datum vendidit an denuo pignori obliget.*“ („Ako pak dužnik, bez prigovora vjerovnika, proda založenu imovinu i time isplati dug prvom vjerovniku, moguće je ponuditi kupcu cijenu koja je isplaćena prvom vjerovniku, zajedno s kamatama nastalim u međuvremenu. Ne čini razliku je li dužnik prodao založenu stvar ili ju založio po drugi put.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 137.

⁹⁷ C. 8, 19, 3 (*Imperatores Dioclecianus, Maximianus*): „*Quominus creditor, qui ante pignus accepit, distrahat, non offerendo secundus priori debitum interpellare non potest.*“ („Ako drugi vjerovnik nije ponudio prvom isplatu njegovog duga, ne može ga spriječiti u prodaji založene stvari.“) Prijevod na temelju: Frier, B., *The Codex of Justinian*, vol. 3, Cambridge University Press, 2016., str. 2099.

⁹⁸ D. 20, 4, 12, 7: „Ako drugi vjerovnik ima bezuvjetnu hipoteku, može uzeti posjed zaloga od svakog posjednika izuzev prvog vjerovnika i njegovog eventualnog kupca.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 135.

⁹⁹ C. 4, 10, 6: „*Quod si ab his, quibus fuerant obligata, cum potiores erant, distracta probentur, ab emptoribus avocari non posse perspicis.*“ („Ako ti tvoj dužnik za isplatu svoje obveze da tražbinu koju ima prema svom dužniku, i ti tako postaneš tužitelj, ti možeš potraživati zalog koji je generalno ili specijalno založen. Ali ako dokažu da su zalog prodali oni kojima je ranije bio založen, zbog svoje predosti, shvatite da ga ne možete zahtijevati od kupca.“) Prijevod na temelju: Frier, B., *op. cit.* u bilj. 66, str. 829.

tertio quaeactionum)¹⁰⁰, ako je u parnici između prvog i trećeg vjerovnika prevladao treći, to mu nije davalo prioritet nad drugim vjerovnikom. Kako drugi vjerovnik nije bio uključen u parnicu, njegov položaj nije bio upitan, tj. nije mogao biti neizravno promijenjen. Također, nakon parnice u kojoj je prvi vjerovnik izgubio od trećeg vjerovnika, a drugi vjerovnik pobijedio trećeg, ni drugi vjerovnik se ne može osloniti na presuđenu stvar protiv prvog vjerovnika. Zaključak je da presuda djeluje *inter partes* i nikako ne može djelovati protiv ili u korist osobe koja nije stranka.

U sudskom postupku, ukoliko bi kasniji založni vjerovnik tražio restituciju stvari putem *vindicatio pignoris*, raniji vjerovnik može istaknuti prvenstvo svog prava putem *exceptio rei sibi ante pigneratae*, na temelju činjenice da mu je imovina založena ranije.¹⁰¹ Na primjer, prvi vjerovnik je u posjedu zaloga. Drugi vjerovnik se želi namiriti iz zaloga i pokreće *vindicatio pignoris* protiv prvog vjerovnika i zahtijeva predaju zaloga. Prvi vjerovnik može odbiti njegov zahtjev putem opisane *exceptio*.

Ako istodobno nastanu dva založna prava, pitanje je koji vjerovnik ima prednost? Kako je već navedeno, Ulpijan u D. 20, 1, 10 govori da jači položaj ima vjerovnik koji je u posjedu založene stvari – *melior est causa possidentis*.¹⁰² Ako vjerovnik, koji nije i posjednik stvari, podigne tužbu protiv vjerovnika posjednika istog reda, vjerovnik koji je u posjedu ima *exceptio rei sibi quoque*

¹⁰⁰ D. 20, 4, 16: „*Claudius Felix eundem fundum tribus obligaverat, Eutythianae primum, deinde Turboni, tertio loco alii creditori: cum Eutythiana de iure suo doceret, superata apud iudicem a tertio creditore non provocaverat: Turbo apud alium iudicem victus appellaverat: quaerebatur, utrum tertius creditor etiam Turbonem superare deberet, qui primam creditricem, an ea remota Turbo tertium excluderet. Plane cum tertius creditor primum de sua pecunia dimisit, in locum eius substituitur in ea quantitate, quam superiori exsolvit: fuerunt igitur qui dicerent hic quoque tertium creditorem potioem esse debere. Mihi nequaquam hoc iustum esse videbatur. Pone primam creditricem iudicio convenisse tertium creditorem et exceptione aliove quo modo a tertio superatam: numquid adversus Turbonem, qui secundo loco crediderat, tertius creditor, qui primam vicit, exceptione rei iudicatae uti potest? Aut contra si post primum iudicium, in quo prima creditrix superata est a tertio creditore, secundus creditor tertium optinuerit, poterit uti exceptione rei iudicatae adversus primam creditricem? Nullo modo, ut opinor. Igitur nec tertius creditor successit in eius locum quem exclusit, nec inter alios res iudicata alii prodesse aut nocere solet, sed sine praeiudicio prioris sententiae totum ius alii creditori integrum relinquitur.*“ („Klaudije Feliks je založio svoju farmu trojici vjerovnika, prvo Eutihijanu, zatim Turbonu, pa još jednom vjerovniku. Eutihijan, koji nije dokazao svoju tvrdnju, izgubio je u parnici protiv trećeg vjerovnika i nije se žalio. Turbon je izgubio u parnici pred drugim sucem i žalio se. Pitanje je treba li treći vjerovnik, koji je pobijedio u parnici s prvim vjerovnikom prevladati nad Turbonom ili je Turbon, u nedostatku prvog, isključio trećeg vjerovnika. Naravno, kada bi treći platio prvom, on bi preuzeo njegovo mjesto u pogledu uplaćenog iznosa, pa su neki tvrdili da i ovdje treba prevagnuti treći vjerovnik. Smatrao sam to krajnje nepravednim. Pretpostavimo da je prvi vjerovnik tužio trećeg i izgubio. Može li se treći vjerovnik, nakon što je porazio prvog, osloniti na presuđenu stvar protiv drugog vjerovnika Turbona? Opet, ako je nakon parnice u kojoj je prvi izgubio od trećeg, drugi pobijedio trećeg, može li se drugi vjerovnik osloniti na presuđenu stvar protiv prvog? Ni na koji način. Dakle, treći vjerovnik nije, isključivši Eutihijana, naslijedio njegovo mjesto, niti je presuda između stranaka protiv ili u korist osobe koja nije strana. Prvom presudom stvar se ne dovršava, nego se cijelo pravo drugog vjerovnika ostavlja netaknutim.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 136 .

¹⁰¹ Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 212.

¹⁰² D. 20, 1, 10: vidi u bilj. 38.

pigneratae, jer je sporna stvar založena i njemu. Što se sukcesivnih vjerovnika tiče, ako raniji vjerovnik koji nema posjed stvari podigne tužbu protiv kasnijeg vjerovnika s posjedom, kasniji može tvrditi da je i njemu ta stvar založena, na što raniji vjerovnik koji je podigao tužbu može odgovoriti da je njemu stvar založena ranije u vremenu sa *replicatio rei sibi ante pigneratae*.¹⁰³ Na primjer, ako je založena imovina u posjedu drugog založnog vjerovnika, prvi vjerovnik podnosi *vindicatio pignoris* protiv njega. Drugi vjerovnik se brani pomoću *exceptio rei sibi quoque pigneratae*, a prvi odgovara sa *replicatio rei sibi ante pigneratae* i pobjeđuje. Djelovanje *exceptio* i *replicatio* ide u korist prvog založnog vjerovnika, time što mu osigurava stjecanje posjeda zaloga, a s druge strane, i obranu svog prava u slučaju tužbi svih drugih vjerovnika.

6.2. Odnos generalnih i specijalnih hipoteka

U primjeni načela *prior tempore, potior iure*, problem se može pojaviti u slučaju postojanja drugih založnih prava na stvari koja nisu bila poznata vjerovniku kada je zasnivao svoje založno pravo. Tako su se u drugom stoljeću sve više počele ugovarati generalne hipoteke nad cijelom dužnikovom imovinom kako bi se stvorila sigurnost kod vjerovnika da, s jedne strane, u slučaju izostanka plaćanja duga od strane dužnika ima dovoljno resursa za namirenje ukoliko vrijednost zaloga ne bi bila dostatna te, s druge strane, kako bi se u slučaju postojanja ranijih ili privilegiranih hipoteka mogao namiriti iz vrijednosti generalno založene imovine.¹⁰⁴ Budući da hipoteka može biti generalna, na cijeloj sadašnjoj, a i budućoj imovini dužnika, ili specijalna, na određenoj stvari, javilo se pitanje primjene načela *prior tempore, potior iure*, odnosno, utječe li činjenica generalne ili specijalne hipoteke na prvenstvo prilikom namirenja. O tome govori Papinijanov tekst:

D. 20, 4, 2 (*Papinianus libro tertio responsorum*): „*Qui generaliter bona debitoris pignori accepit eo potior est, cui postea praedium ex his bonis datur, quamvis ex ceteris pecuniam suam redigere possit, quod si ea conventio prioris fuit, ut ita demum cetera bona pignori haberentur, si pecunia de his, quae generaliter accepit, servari non potuisset, deficiente*

¹⁰³ Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 212.

¹⁰⁴ Phillipson, D. E., *op. cit.* u bilj. 30, str. 1245.

*secunda conventione secundus creditor in pignore postea dato non tam potior quam solus inveniatur.*¹⁰⁵

Sukladno Papinijanu, odgovor je negativan – u primjeni načela *prior tempore, potior iure* nije bilo davanja prednosti vjerovnicima sa specijalnom hipotekom u odnosu na vjerovnike s generalnom u pogledu određene stvari koja se zalaže, bez obzira što bi vjerovnik s generalnom hipotekom iz ostale imovine mogao namiriti dug. Ako je zalog vjerovnika sa generalnom hipotekom bio prvi i zahtijevao svu dužnikovu imovinu za namirenje duga, vjerovnik sa specijalnom hipotekom bio je potpuno podređen.¹⁰⁶ Drugi dio teksta analizira situaciju u kojoj je dužnik vjerovniku posebno založio određenu imovinu, a ostatak svoje imovine u njegovu korist opteretio pod odgovnim uvjetom, da su prihodi od prodaje posebno opterećene imovine bili nedostatni za ispunjenje osigurane obveze. Sve dok uvjet nije bio ispunjen, dužnik je još uvijek mogao stvoriti prvo založno pravo nad cjelokupnom imovinom u korist drugog vjerovnika. Da je ostatak imovine vjerovniku sa specijalnom hipotekom založen bezuvjetno, pravilo *prior tempore, potior iure* dovelo bi do nižeg ranga prava kasnijeg vjerovnika. To bi značilo da su stranke mogle utjecati na prvenstvo vjerovnika ovisno o tome kako je ugovor o založnom pravu sročeni.¹⁰⁷

Drukčija situacija propisana je u C. 8, 13, 2 (*Imperatores Severus, Antoninus*), kada isti založni vjerovnik ima i generalnu i specijalnu hipoteku na imovini dužnika:

C. 8, 13, 2 (*Imperatores Severus, Antoninus*): „*Quamvis constet specialliter quaedam et universa bona generaliter adversarium tuum pignori accepisse et aequale ius in omnibus habere, iurisdictio tamen temperanda est. Ideoque si certum est posse eum ex his, quae nominatim ei pignori obligata sunt, universum redigere debitum, ea, quae postea ex isdem bonis pignori accepisti, interim non auferri praeses iubebit.*“¹⁰⁸

¹⁰⁵ D. 20, 4, 2: „Ako netko cjelokupnu imovinu dužnika primi u zalog bez bližeg određivanja, preči je u pravu od onoga kome je kasnije dano zemljište iz te imovine, bez obzira na to što bi on mogao iz ostale imovine namiriti dug (kao prvi, a i zbog toga što u ugovoru nije predviđeno ograničenje, on može birati iz koje imovine će se namiriti). Ako je raniji vjerovnik ugovorio da će se ostala imovina samo onda smatrati zalogom, ukoliko se novac ne bi mogao namiriti od imovine koju je općenito primio (tj. bez posebnog određivanja), onda, prestankom ranijeg ugovora, drugi se vjerovnik u pogledu kasnijeg danog zaloga ne smatra toliko preči, koliko (zapravo) jedini.“ Prijevod prema Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

¹⁰⁶ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 61.

¹⁰⁷ Van Hoof, V., *op. cit.* u bilj. 6, str. 200.

¹⁰⁸ C. 8, 13, 2: „Jako je nesporno da je tvoj protivnik neke stvari posebno, a cjelokupnu imovinu općenito, primio u zalog i da jednako pravo ima u pogledu svega što je tu – ipak se to pravilo mora ublažiti. Stoga, ako je sigurno da se iz stvari koje su posebno njemu dane u zalog može namiriti dug u cjelini, ono što je kasnije od imovine dano na ime

Naime, carevi kuće Sever uzeli su u obzir razliku specijalne i generalne hipoteke te odredili da se u slučaju ako su za osiguranje tražbine bile ugovorene i generalna i specijalna hipoteka, tužitelj treba odbiti s izručenjem stvari obuhvaćene generalnom hipotekom dok nije tražio izručenje stvari koja je bila predmetom specijalne hipoteke (*beneficium excussionis realis*). Dakle, ako bi se dug mogao namiriti iz stvari obuhvaćene specijalnom hipotekom, dužniku se ne bi mogao oduzeti ostatak, pa makar postojala generalna hipoteka na cijeloj imovini. Justinijan je pak odredio da založni vjerovnik ne može tražiti namirenje iz založene stvari dok nije bez uspjeha pokušao namiriti svoju tražbinu putem osobnih tužbi protiv dužnika (*beneficium excussionis personalis*).¹⁰⁹

Ne čini se da vjerovnik sa specijalnom hipotekom ima ikakav prioritet spram vjerovnikom sa generalnom hipotekom istog datuma, budući da D. 20, 4, 8 (*Ulpianus libro septimo disputationum*)¹¹⁰ spominje samo slučaj u kojem je generalna hipoteka kasnija u odnosu na specijalnu, u kojem se slijedi temeljno načelo prvenstva, odnosno, da raniji vjerovnik ima prednost. Zanimljiva situacija proizlazi iz D. 20, 4, 11, 2 (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*)¹¹¹ – ako vjerovnik ima generalnu hipoteku nad cjelokupnom imovinom koju će dužnik unijeti na zakupljeno zemljište ili koja će na tom zemljištu nastati, a druga osoba naknadno stječe zalog na određenoj stvari prije nego što je unesena na zakupljeno zemljište, kada ju dužnik kasnije unese na zemljište, založno pravo drugoga smatra se ranijim, što se tiče te specifične stvari. Ovo bi bio primjer u kojem bi specijalna hipoteka imala prednost nad generalnom, no više se ističe načelo prioriteta jer je specijalna hipoteka ipak nastala ranije, budući da se stvari obuhvaćene generalnom hipotekom odnose na ono što je uneseno ili nastalo na zakupljenom zemljištu, to jest, u tom trenutku stvari postaju obuhvaćene generalnom hipotekom.

zaloga ne smije se u međuvremenu prodati; tako treba da naredi upravitelj provincije.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18., str. 283.

¹⁰⁹ Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 297.

¹¹⁰ D. 20, 4, 8: „*Si pignus specialiter res publica acceperit, dicendum est praeferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est, quia et privati praeferuntur.*“ („Ako država ima specijalnu hipoteku, smatram da ima prednost nad carskom riznicom-fiskom, ako je dužnikova odgovornost prema riznici ustanovljena kasnije, budući da se i u ovom slučaju preferiraju privatne osobe.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 133.

¹¹¹ D. 20, 4, 11, 2: „*Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventionem priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est.*“ („Ako se zakupnik na farmi složi da su stvari donesene na zemljište ili tamo nastanu pod hipotekom, i prije nego donese stvar na zemljište, on ju založi drugome (pa ju onda unese), specijalna hipoteka imat će prioritet.“) Prijevod na temelju: *ibid.*, str. 134.

7. PROMJENA PRVENSTVENOG REDA

Prvenstveni red vjerovnika nastao sukladno glavnom načelu *prior tempore, potior iure* mogao se mijenjati sporazumom između vjerovnika međusobno sa *ius offerendi*, ali i sporazumom dužnika i vjerovnika putem *successio in locum*. Ta prava imala su zasigurno najveći praktični značaj za kasnije vjerovnike, kojima su mogli stupiti na mjesto ranijeg te s obzirom na isplaćeni novac pravovaljano prodati zalog.¹¹² O tome govori Marcijan:

D. 20, 5, 5, pr (*Marcianus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Cum secundus creditor oblata priori pecunia in locum eius successerit, venditionem ob pecuniam solutam et creditam recte facit.*“¹¹³

Dakle, prvenstveni red mogao se modificirati - sa *successio in locum*, kada je novac korišten za isplatu ranijeg vjerovnika, u smislu da je predumljen izričito za tu svrhu i dogovoren u vrijeme davanja zajma između dužnika i vjerovnika, u situaciji kada bi dužnik uzeo novi zajam za vraćanje starog u svrhu rekonstruiranja duga, te sa *ius offerendi*, kada bi kasniji vjerovnik stupio na mjesto ranijeg, ponudivši mu iznos koji mu pripada, a bitna razlika je u tome što je ovdje dogovor bio izravno između dva vjerovnika. Sa *ius offerendi*, u svoje ime isplatio bi ranijeg vjerovnika, a sa *successio in locum* platio bi u ime dužnika kada bi prvi vjerovnik prijetio prodajom.¹¹⁴ Ako kasniji vjerovnik zadovolji tražbinu starijeg, on stupa na njegovo mjesto i može zahtijevati onoliko prihoda od prodaje zaloga koliko je platio svom prethodniku.¹¹⁵ O *ius offerendi* govori Paul:

D. 20, 3, 3 (*Paulus libro tertio quaestionum*): „*Etiam si ita contractum sit, ut antecedens dimitteretur, non aliter in ius pignoris succedet, nisi convenerit, ut sibi eadem res esset obligata: neve enim in ius primi succedere debet, qui ipse nihil convenit de pignore: quo casu emptoris causa melior efficietur. Denique si antiquior creditor de pignore vendendo*

¹¹² To je jedan od slučajeva tzv. hipotekarne sukcesije. Za ostale slučajeve vidi više u: Eisner, B.; Horvat, M., *op. cit.* u bilj. 4, str. 301.

¹¹³ D. 20, 5, 5, pr: „Kada drugi (po redu) vjerovnik isplati obvezu prvome i stupa na njegovo mjesto, on može s obzirom na isplaćeni novac i obvezu, pravovaljano prodati zalog.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 277.

¹¹⁴ Buckland, W. W., *op. cit.* u bilj. 8, str. 479.

¹¹⁵ Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 213.

*cum debitore pactum interposuit, posterior autem creditor de distrahendo omisit non per oblivionem, sed cum hoc ageretur, ne posset vendere, videamus, an dici possit huc usque transire ad eum ius prioris, ut distrahere pignus huic liceat, quod admittendum existimo: saepe enim quod quis ex sua persona non habet, hoc per extraneum habere potest.*¹¹⁶

Tekst govori o uvjetima koji se moraju ispuniti da bi se putem *ius offerendi* stupilo na tuđe mjesto, tako, potrebno je da vjerovnici ugovore da će ista stvar služiti kao zalog i drugome, što znači da je stvar morala biti založena prvom vjerovniku, inače ne bi mogao stupiti u pravo koje je imao prvi vjerovnik. Također, ako je raniji vjerovnik zaključio s dužnikom sporazum o prodaji založene stvari, a kasniji vjerovnik to propusti učiniti, nego suprotno, ugovori da se ne može prodati, Paulo smatra da ipak može prodati založenu stvar jer je to pravo stekao preko druge osobe, ranijeg vjerovnika.

Može se reći kako su oba prava bila zastupljena u rimskom pravu jer je prvi vjerovnik mogao stvar prodati te bi time prestalo založno pravo kasnijih vjerovnika, osim u dijelu eventualnog viška nakon prodaje. Kasniji vjerovnik prodaju je mogao spriječiti samo otkupom tražbine prvog vjerovnika.¹¹⁷

Ovim pravima, ne samo da je zaštitio vlastita imovinska prava, nego je, još važnije, mogao sam steći pravo na prodaju te namiriti otkupljenu tražbinu, a svoju prvotnu sukladno položaju koji zauzima u prvenstvenom redu. Dakle, ukoliko treći vjerovnik u redu iskoristi pravo otkupa tražbine prvog vjerovnika, ta tražbina ostaje na prvom mjestu i ona će se prilikom prodaje zaloga prva namirivati, no njegova prvotna tražbina ostaje na trećem mjestu.¹¹⁸

Konstitucijom iz 286. godine, C. 8, 18, 4 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*)¹¹⁹, navedena prava bila su dostupna kasnijem vjerovniku čak i ako je prethodni vjerovnik bila sama država, jer se dugovi prema državi koji nisu privilegirani gledaju kao da je dug privatn.

¹¹⁶ D. 20, 3, 3: „Iako je tako ugovoreno da će prethodnik ustupiti mjesto narednom založnom vjerovniku, ipak se kod zaloga ne može stupiti na tuđe mjesto ako se ne ugovori da će ista stvar služiti kao zalog i drugome, niti on može stupiti u pravo koje je imao prvi ako nije zaključen sporazum o zalogu; u tom slučaju položaj kupca postaje bolji. Isto tako, ako raniji vjerovnik zaključi s dužnikom sporazum o prodaji založene stvari, a kasniji vjerovnik propusti da se sporazumije o prodaji, i to ne zbog zaborava, nego zato što su tako ugovorili da se ne može prodati, treba vidjeti da li on može tvrditi da je na njega prešlo pravo ranijeg vjerovnika, to jest da on (ipak) može prodati založenu stvar. Smatram, naime, da mu to treba dozvoliti, jer često ono što netko ne može osobno steći, može to steći preko druge osobe.“ Prijevod prema: Romac, A., *op. cit.* u bilj. 18, str. 279.

¹¹⁷ Buckland, W. W.; McNair, A., *Roman law and Common law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936., str. 324.

¹¹⁸ Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 60.

¹¹⁹ C. 8, 18, 4: „*Si prior res publica contraxit fundusque ei est obligatus, tibi secundo creditori offerendi pecuniam potestas est, ut succedas etiam in ius rei publicae.*“ („Ako država ima prethodno založno pravo na farmi, vi, kao

Situaciju prvenstva i isplate prvog vjerovnika analizira i Trifonin:

D. 20, 4, 20 (*Tryphoninus libro octo disputationum*): „*Quaerebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta: quod plus est in pretio rei quam primo credidisti utrum Seio ob quinquaginta an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha. Finge Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam. Dixi consequens esse, ut Seius, potior sit in eo quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita usurarumque eius postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori credidit.*“¹²⁰

U tekstu se javljaju tri strane, založni dužnik i dva vjerovnika. Nakon što je prvi vjerovnik dao zajam dužniku, isto je učinio drugi, a nakon toga ponovno prvi. Kako je već spomenuto u Marcijanovom tekstu u D. 20, 4, 12, 3¹²¹, prvenstvo bi imao drugi vjerovnik nad drugim zajmom prvog vjerovnika. Trifoninovo rješenje, jednako kao Marcijanovo, u skladu je s načelom prvenstva, a nakon korištenja prava na *ius offerendi*, isplate prvog vjerovnika, drugi vjerovnik preuzima poziciju prvog za oba iznosa, onaj kojim je isplatio prvog vjerovnika za inicijalni zajam te onaj koji je on sam pozajmio dužniku.

Sporazum dužnika i vjerovnika, *successio in locum*, analizira Marcijan u D. 20, 4, 12, 9:

D. 20, 4, 12, 9 (*Maricanus libro singulari ad formulam hypothecariam*): „*Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori*

vjerovnik koji je drugi po vremenu, isplatom tražbine stupit ćete u položaj države.“) Prijevod na temelju: Frier, B., *op. cit.* u bilj. 99, str. 2097. Vidi više u: Goebel, R. J., *op. cit.* u bilj. 16, str. 61.

¹²⁰ D. 20, 4, 20: „Potpisao si prvi ugovor s dužnikom, a prije nego si mu dao drugi zajam, Seius mu je pozajmio 50 i dužnik mu je založio višak od prodaje stvari koja je založena tebi. Nakon toga, pozajmio si mu još 40. Pitanje je ide li višak od prodaje zaloge nakon namirenja prvog duga Seiusu za 50 ili tebi za 40? Pretpostavimo da ti Seius želi isplatiti inicijalni zajam. Tribonijan odgovara da Seius ima veće pravo na višak za svoj zajam. Nakon što isplati tvoj inicijalni zajam i kamate, on je smješten u poziciju prvog vjerovnika za cjelokupni iznos koji je pozajmio dužniku.“ Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 136.

¹²¹ Vidi bilj. 54, D. 20, 4, 12, 3, no proširena s *ius offerendi*.

*succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.*¹²²

Tekst govori o situaciji u kojoj založni dužnik daje u zalog imanje trojici vjerovnika. Treći po redu već ima drugu osiguranu imovinu od istog dužnika i dopušta dužniku prodaju svog zaloga kako bi prihodom od prodaje namirio prvog vjerovnika i stupio na njegovo mjesto. Tu dolazi do sporazuma dužnika i vjerovnika, no pitanje je što je s položajem drugog vjerovnika. Marcijan odgovara da bi u toj situaciji treći vjerovnik mogao izravno stupiti u položaj prvog ukoliko mu isplati njegovu tražbinu, bez dužnosti da isplaćuje tražbinu drugog vjerovnika. Drugi vjerovnik bi eventualno mogao iskoristiti svoj *ius offerendi* i stupiti na položaj prvog vjerovnika. U prethodnom paragrafu Marcijan je također dao prednost vjerovniku koji je pozajmio novac radi isplate prvog vjerovnika pred vjerovnikom čija je tražbina osigurana uvjetno, to jest, nakon što prestane osiguranje prethodnog vjerovnika.¹²³

Unatoč *ius offerendi* kasnijih vjerovnika, raniji vjerovnik nije morao pristati na to. O posljedicama odbijanja govori Gaj u D. 20, 4, 11, 4 (*Gaius libro singulari ad formulam hypothecariam*)¹²⁴, navodeći kako raniji vjerovnik gubi pravo na hipotekarnu tužbu ukoliko ne bi pristao na otkup tražbine od strane kasnijeg vjerovnika, što bi značilo da gubi založno pravo na stvari. No, ako

¹²² D. 20, 4, 12, 9: „*Si tertius creditor pignora sua distrahi permittit ad hoc, ut priori pecunia soluta in aliud pignus priori succedat, successurum eum Papinianus libro undecimo responsorum scripsit. Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.*“ („Ako vjerovnik trećeg reda pristane na prodaju svog (drugog) zaloga radi namirenja prvog vjerovnika kako bi ga naslijedio u položaju, on će stupiti u njegov položaj. A vjerovnik drugog reda imat će samo pravo namirenja prvog vjerovnika kako bi stupio u njegov položaj.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 135.

¹²³ D. 20, 4, 12, 8: „*A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset: deinde mutuatus est pecuniam a Maevio et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur: tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit et locum eius subeat: num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut Titio soluta pecunia impleatur condicio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.*“ („Netko tko je dobio zajam od Ticija pristao je da mu njegova zemlja bude založena. Nakon toga, dobio je zajam od Mevija i dogovorio se s njim da će zemlja biti osiguranje za njegovo potraživanje ako prestane biti osigurana u korist Ticija. Na kraju, treća osoba daje zajam s kojim dužnik namiruje Ticija i pristaje da se ista zemlja založi (trećem vjerovniku) i da on stupi na mjesto Ticija. Je li drugi vjerovnik Mevije, koji je pristao na uvjet da će njegov interes biti ispunjen ako Ticiju bude isplaćen njegov novac, u boljem položaju od trećeg vjerovnika, a treći se može žaliti samo na vlastiti nemar? Ali i ovdje treba dati prednost trećem vjerovniku pred drugim.“) Prijevod na temelju: *ibid.*

¹²⁴ D. 20, 4, 11, 4: „*Si paratus est posterior creditor priori creditoriolvere quod ei debetur, videndum est, an competat ei hypothecaria actio nolente creditore pecuniam accipere. Et dicimus priori creditori inutilem esse actionem, cum per eum fiat, ne ei pecunia solvatur.*“ („Ako je kasniji vjerovnik spreman ranijem platiti njegov dug, moramo se zapitati može li, uz pretpostavku da raniji odbije primiti plaćanje, pokrenuti hipotekarnu tužbu. Jasno je da raniji ne može pokrenuti tužbu jer je neplaćanje njegova krivnja.“) Prijevod na temelju: Watson, A., *op. cit.* u bilj. 36, str. 134.

navedeni slučaj povežemo sa C. 18, 17,1 (*Imperatores Severus, Antoninus*)¹²⁵, vjerovnik koji nudi isplatu ne može s odbijenim novcem slobodno raspolagati, nego ga mora zapečatiti i deponirati.

S obzirom na sve navedeno razumno je zaključiti kako *ius offerendi ac succedendi* nema negativan učinak na položaj vjerovnika nižeg ranga jer, iako se promijenila osoba založnog vjerovnika, opseg starijeg založnog prava ostaje nepromijenjen.¹²⁶ Kada sagledamo koliko su navedena prava bila značajna za kasnije vjerovnike, jasno je zašto su se toliko upotrebljavala u praksi.

8. ZAKLJUČAK

Sustav rimskog realnog osiguranja tražbina počivao je na tri oblika: fiduciji, pignusu i hipoteci. Nastankom hipoteke, kao ugovornog zaloga bez pojedinačne stvari tijekom 2. st. pr. Kr., javila se i mogućnost višestrukog zalaganja iste stvari. Višestruki zalog pritom je mogao nastati na tri načina. Prvo, založni vjerovnik mogao je dati stvar u podzalog. Drugo, založni dužnik mogao je založiti stvar istovremeno više vjerovnika te treće, vjerovnici su mogli biti sukcesivni u vremenu. Mogućnost daljnjeg zalaganja zahtijevala je razvoj pravila o prioritetu naplate u slučaju prodaje zaloga, a glavno pravilo slijedilo je načelo *prior tempore, potior iure*, kojim se prvenstveni red ravnao prema vremenu nastanka založnih prava, pri čemu je potrebno naglasiti kako se vrijeme nastanka prosuđivalo s obzirom na čin zalaganja, a ne na sami sporazum o tražbini ili budućem zasnivanju založnog prava. Načelo se ogleda u činjenici da se prodajom zaloga najprije namiruje prvi založni vjerovnik, kasniji ima pravo na višak koji ostane nakon namirenja, a eventualni krajnji višak je išao založnom dužniku.

Prvenstveni red bio je važan zbog prava i odnosa među založnim vjerovnicima, pri čemu prvi vjerovnik ima puno veća ovlaštenja od svih kasnijih. Njegova najveća prednost bila je pravo prodaje zaloga ako mu dug ne bi bio plaćen po dospelju, čime bi uzrokovao prestanak svih založnih prava u redu, iako bi vrijednost zaloga možda bila nedostatna za namirenje ostalih

¹²⁵ C. 18, 17, 1: „*Qui pignus secundo loco accepit, ita ius suum confirmare potest, si priori creditori debitam pecuniam solverit aut, cum obtulisset isque accipere nolisset, eam obsignavit et deposuit nec in usus suos convertit.*“ („Tko primi u zalog već opterećenu stvar, može ojačati svoje pravo tako da ranijem vjerovniku isplati novac koji mu pripada, ili, ako ga ponudi, a raniji ga odbije primiti, mora ga zapečatiti i deponirati, a ne pretvoriti za vlastitu upotrebu.“) Prijevod na temelju: Frier, B., *op. cit.* u bilj. 97, str. 2089.

¹²⁶ Benke, N.; Meissel, F., *op. cit.* u bilj. 41, str. 213.

vjerovnika. Nadalje, iako su svi vjerovnici imali pravo potraživati posjed zaloga od dužnika i trećih osoba, prvi vjerovnik imao je to pravo i u odnosu na kasnije vjerovnike. Time dolazimo do zaključka kako je navedeno pravo kasnijih vjerovnika svakako bilo podložno pravu prvog, tj. prvi vjerovnik je mogao tužbom ishoditi posjed zaloga od svih. Ukoliko bi kasniji vjerovnik prodao zalog, prodaja nije bila ništetna, ali bi raniji vjerovnik mogao vratiti stvar od kupca. U obrnutoj situaciji, kada bi prvi vjerovnik prodao predmet zaloga, kasniji nisu imali navedeno pravo. U slučaju sudskog postupka među vjerovnicima, *res iudicata* ograničena je na stranke koje su sudjelovale u istom postupku, tako da presuda nije mogla djelovati u korist ili na štetu vjerovnika koji nije bio stranka. Kako je prvi vjerovnik imao pravo na prigovor da je njemu imovina založena ranije, jednostavno je dolazio do posjeda stvari. Sam posjed imao je pak veliki značaj kod istovremenih založnih vjerovnika, kada je jači bio onaj koji je bio u posjedu zaloga.

Kako bi spriječili prodaju zaloga od strane prvog vjerovnika, kasniji vjerovnici imali su pravo na *ius offerendi* i *successio in locum*, kojima su isplatom njegove tražbine mogli stupiti na njegovo mjesto u prvenstvenom redu i steći pravo na prodaju zaloga. Razlika u navedenim pravima bila je u tome što se *ius offerendi* realizirao dogovorom između dva vjerovnika, a *successio in locum* sporazumom dužnika i vjerovnika, uz određene uvjete. Za kasnije vjerovnike modifikacija prvenstvenog reda nije značila pogoršavanje njihovog položaja jer je opseg otkupljene tražbine ostajao isti, jedino se mijenjala osoba založnog vjerovnika.

Pravilo *prior tempore, potior iure* znatno je narušeno u kasno carsko doba stvaranjem privilegiranih hipoteka povodom određenih tražbina koje u prvenstvenom redu dolaze ispred svih drugih, neovisno o tome kada su nastale. U radu su tako, primjerice, spomenute zakonska generalna hipoteka fiska za dužne poreze, ugovorno ili zakonom priznato založno pravo za osiguranje iznosa koji su dani u svrhu nabave, održanja ili popravka založene stvari i druge. Posebno pravo prednosti stvorio je car Leon dajući prednost založnim pravima osnovanim javnom ispravom ili privatnom ispravom potpisanom po tri bespriječna svjedoka. U slučaju sukoba više privilegiranih hipoteka, pretpostavlja se da hipoteka fiska dolazi na prvo mjesto, zatim žene za osiguranje miraza, no daljnji redosljed je nepoznat, a vjerojatno bi se u tom slučaju uzelo u obzir vrijeme nastanka tih hipoteka.

Zaključno, općenito bismo rekli da je višestruko zalaganje u rimskom pravu bilo opterećeno određenom razinom nesigurnosti za vjerovnike jer je se hipoteka osnivala neformalnim ugovorom, što za treće nije bilo vidljivo, te vjerovnik nije mogao biti siguran da na stvari ne postoje ranija

založna prava. U nedostatku publiciteta određenu dozu sigurnosti pružala je mogućnost dužnikove odgovornosti za kazneno djelo ako bi namjerno zatajio informaciju da je stvar već založena, osim ako vrijednost zaloga premašuje iznos osiguranih tražbina. Uz to, u carsko doba uvedene su privilegirane hipoteke koje su utjecale na prvenstveni red i vjerojatnost namirenja ostalih založnih vjerovnika, kao i prvog, koji nikada nije mogao biti siguran da stvarno i je prvi. Međutim, usprkos svemu tome, kao što potvrđuje broj i sadržaj analiziranih tekstova u radu, i građani su redoviti koristili mogućnost višestrukog zalaganja, a i pravnici su primjenom općih načela nastojali što učinkovitije riješiti probleme koju su iz toga proizlazili. Pritom kompleksnost obrađenih slučajeva jasno ukazuje na visoku razinu i ekonomske aktivnosti i pravničke djelatnosti koja je iznašla rješenja za različite probleme koje je višestruko zalaganje stvaralo.

9. POPIS LITERATURE I IZVORA

LITERATURA:

Apostolova Maršavelski, M., *O problemu porijekla rimske hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 24, br. 4, 1974., str. 345 – 361.

Apostolova Maršavelski, M., *Oko termina pojave interdikta Salvianum i servijanskih tužbi*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 37, br. 5-6, 1987., 713 – 721.

Benke, N.; Meissel, F., *Roman Law of Property*, MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2019.

Birks, P., *The Roman law of Obligations*, edited by Descheemaeker, E., Oxford University Press, UK, 2014.

Buckland, W. W., *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge University Press, Cambridge, 1963.

Buckland, W. W.; McNair, A., *Roman law and Common law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1936.

Diószdi, G., *Ownership in Ancient and Preclassical Roman law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1970.

Dodd, R., *Subprime: Tentacles of a Crisis*, Finance & Development, vol. 44, br. 4, 2007., str. 15 – 19.

Du Plessis, P., *Borkowski's Textbook on Roman Law*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford, 2010.

Du Plessis, P., *Urban Landlords and Tenants*, u: Du Plessis, P.; Ando C.; Tuori, K., *The Oxford Handbook of Roman Law and Society*, Oxford University Press, Oxford, 2016., str. 635 – 659.

Eisner, B.; Horvat, M., *Rimsko pravo*, Nakladni zavod Hrvatske, Zagreb, 1948.

Frier, B., *A Casebook on the Roman Law of Contracts*, Oxford University Press, 2021.

Gavella, N.; Josipović, T.; Gliha, I.; Belaj, V.; Stipković, Z., *Stvarno pravo*, Svezak drugi, Narodne novine d.d., Zagreb, 2007.

Goebel, R.J., *Reconstructing the Roman Law of Real Security*, Tulane Law Review, vol. 36, br. 29, 1961.-1962., str. 30 – 66.

Hausmaninger, H.; Gamauf, R., *A Casebook on Roman Property Law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

Horvat, M.; Petrak, M., *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, Zagreb, 2022.

Josipović, T., *Založno pravo na nekretnini*, u: Josipović, T. (ur.), *Zaštita vjerovnika: stvarnopravno, obveznopravno i ovršnopravno osiguranje tražbina*, Narodne novine, Zagreb, 2005., str. 146 – 192.

Karlović, T., *Neka razmatranja o actio fiduciae (Cic. De off. 3,17,70)*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, vol. 67, br. 3-4, 2017., str. 465 – 496.

Karlović, T., *O pravnoj zaštiti fiducije u rimskom civilnom pravu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 45, br. 4, 2008., str. 885 – 899.

Karlović, T., *Razvoj oblika namirenja fiducijarnog vjerovnika u rimskom i suvremenom hrvatskom pravu*, u: *Odabrane teme iz građanskog i obiteljskog prava*, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 2008., str. 69 – 106.

Medić, D., *Hipotekarnopravni odnos kao aspekt sadržine hipoteke*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, vol. 27, br. 1, 2006., str. 441 – 464.

Mousourakis, G., *Roman Law and the Origins of the Civil Law Tradition*, Springer, Cham, 2015.

Petrak, M., *Vindicatio pignoris u klasičnom rimskom pravu i suvremenim europskim stvarnopravnim porecima*, u: *Zbornik radova zaklade Zlatko Crnić*, Organizator, Zagreb, 2008., str. 141 – 154.

Phillipson, D. E., *Development of the Roman Law of Debt Security*, Stanford Law Review, vol. 20, br. 6, 1968., str. 1230 – 1248.

Pugsley, D., *The Roman Law of Property and Obligations; An historical introduction to some of the main institutions*, Juta, Cape Town, 1972.

Radić, Z., *Uzroci heterogenosti besposjedovnih osiguranja tražbina na pokretninama i pravima*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, vol. 52, br. 4, 2015., str. 1009 – 1035.

Romac, A., *Rimsko pravo*, Informator, Zagreb, 1992.

Van Hoof, V., *The priority of acquisition secured creditors in classical Roman law*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, vol. 139, 2022., str. 193 – 213.

Verhagen, H. L. E., *Das Verfallpfand im frühklassischen römischen Recht. Dingliche Sicherheit im Archiv der Sulpizier*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 79, br. 1, 2011., str. 1 – 46.

Verhagen, H. L. E., *The evolution of pignus in classical Roman law*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, vol. 81, br. 1-2, 2013., str. 51 – 79.

Zimmermann, R., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta, Cape Town et al., 1992.

Žuvela, M., *Vlasničkopravni odnosi: Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Zakon o zemljišnim knjigama : prateći propisi, pravna pravila, sudska praksa, napomene, prilozi, kazala*, Organizator, Zagreb, 2009.

IZVORI:

De-Mauri, L., *Regulae iuris*, Ex officina libraria Ulrici Hoepli, Milano, 2004.

Frier, B., *The Codex of Justinian*, vol. 2, Cambridge University Press, 2016.

Frier, B., *The Codex of Justinian*, vol. 3, Cambridge University Press, 2016.

Romac, A., *Izvori Rimskog Prava*, Informator, Zagreb, 1973.

Romac, A., (ur.), *Justinijan Institucije*, Latina et Graeca, Zagreb, 1994.

Romac, A., *Zakonik dvanaest ploča*, Latina et Graeca, Zagreb, 1994.

Watson, A., *The Digest of Justinian, Vol. 1 (Books 1-15)*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.

Watson, A., *The Digest of Justinian, Vol. 2 (Books 16-29)*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.

Watson, A., *The Digest of Justinian, Vol. 4 (Books 41-50)*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 1998.