

Универзитет Џон Незбит, Београд

Правни факултет, Београд

Слободан Стошић

**ОБЕЗБЕЂЕЊЕ ПОТРАЖИВАЊА ЗАСНИВАЊЕМ
ЗАЛОЖНОГ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ**

- докторска дисертација -

Име и презиме ментора:

Проф. Др. Здравко Петровић

Име и презиме студента:

Слободан Стошић

Београд, септембар 2017. године

АПСТРАКТ	9
ABSTRACT	11
УВОДНА РАЗМАТРАЊА	13
1 ФОРМУЛАЦИЈА ПРОБЛЕМА ИСТРАЖИВАЊА	16
1.1 Хипотетички ставови о проблему истраживања	16
1.2 Значај истраживања у докторској дисертацији.....	17
1.3 Резултати претходних истраживања	19
2 ОДРЕЂИВАЊЕ ПРЕДМЕТА ИСТРАЖИВАЊА	20
2.1 Теоријско одређивање предмета истраживања	21
2.1.1 Научно верификовано сазнање	21
2.1.2 Научно евидентирано, али не и верификовано сазнање	21
3 ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА	22
3.1 Научни циљеви истраживања.....	22
3.2 Друштвени циљеви истраживања	23
4 ХИПОТЕТИЧКИ ОКВИР ИСТРАЖИВАЊА	23
4.1 Генерална хипотеза	23
4.1.1 Прва посебна хипотеза	24
4.1.2 Друга посебна хипотеза	24
4.1.3 Трећа посебна хипотеза	24
4.1.4 Четврта посебна хипотеза	24
5 НАЧИН ИСТРАЖИВАЊА	24

5.1	Методe које ће се примењивати у истраживању	24
5.2	Опште научне методе.....	25
5.3	Методe прикупљања података.....	26
6	НАУЧНА И ДРУШТВЕНА ОПРАВДАНОСТ ИСТРАЖИВАЊА	26
6.1	Научна оправданост истраживања	26
6.2	Друштвена оправданост истраживања	27
1	ЗАЛОЖНО ПРАВО.....	28
1.1	Општи појам и правна природа.....	28
1.2	Историјски осврт	31
1.3	Позитивна законска регулатива у Републици Србији	33
1.4	Начела заложног права	34
1.4.1	Начело акцесорности	35
1.4.2	Начело официјелности.....	37
1.4.3	Начело специјалности.....	39
1.4.4	Начело недељивости	40
2	ВРСТЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА ПРЕМА ОСНОВУ НАСТАНКА.....	41
2.1	Заложно право на основу правног посла.....	41
2.2	Судско заложно право.....	42
2.2.1	Споразумно судско заложно право	43
2.2.2	Принудно судско заложно право	45
2.3	Законско заложно право	50
3	ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА И ПРАВИМА	54
3.1	Ручна залога	54
3.1.1	Појам и особине уговора о залози	54
3.1.2	Предмет ручне залогe	56

3.1.3	Дејство уговора у односу на залогодавца	57
3.1.4	Дејство уговора у односу на залогопримца	58
3.1.5	Располагање заложним правом	61
3.1.6	Престанак ручне залогe	61
3.2	Регистрована залогa	62
3.2.1	Појам	62
3.2.2	Уговор о залози као правни основ настанка	63
3.2.3	Ствар као предмет залогe	65
3.2.4	Правно дејство уговора о регистрованој залози	67
3.2.5	Намирење на предмету залогe	68
3.2.6	Престанак регистроване залогe	72
3.3	Заложно право на правима	73
3.3.1	Општи појмови	73
4	ПРАВО РЕТЕНЦИЈЕ	76
4.1	Појам и опште карактеристике	76
4.2	Однос права ретенције и заложног права	79
5	ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС ПРАВА СВОЈИНЕ	80
1	ОПШТИ ПОЈАМ ХИПОТЕКЕ	84
1.1	Дефиниција и елементи појма	84
1.1.1	Право на уновчење предмета залогe	85
1.1.2	Право на намирење	86
1.1.3	Право првенственог намирења	86
1.1.4	Право следовања	87
1.1.5	Хипотека је заложно право	89
1.1.6	Хипотека је право које се стиче уписом у регистар	90
1.1.7	Хипотека је бездржавинско право	90
1.2	Историјски развој	90
2	УПОРЕДНО ПРАВНИ ПРИКАЗ ИНСТИТУТА ХИПОТЕКЕ	92
2.1.1	Немачко право	92
2.1.2	Француско право	93

2.1.3	Англосаксонско право	94
2.1.4	Право европске уније (еуроhipотека)	95
2.1.5	Право земаља региона	97
3	ПРЕДМЕТ ХИПОТЕКЕ	99
3.1	Појам.....	99
3.2	Предмет хипотеке	100
3.3	Заједничка (симултана) хипотека	102
3.4	Обим (домашај) хипотеке.....	104
4	ПОТРАЖИВАЊА КОЈА СЕ ХИПОТЕКОМ МОГУ ОБЕЗБЕДИТИ.....	104
4.1	О потраживањима која се могу хипотеком обезбедити.....	104
4.2	Максимална хипотека (хипотека на највиши износ)	105
5	ЗАСНИВАЊЕ ХИПОТЕКЕ.....	106
5.1	Претпоставке настанка хипотеке.....	106
5.2	Уговор о хипотеци	107
5.2.1	Форма уговора.....	108
5.2.2	Обавезни елементи.....	108
5.3	Извршна вансудска хипотека.....	109
5.4	Заложна изјава	110
5.5	Ништаве одредбе уговора о хипотеци.....	112
6	САДРЖИНА ХИПОТЕКАРНОГ ОДНОСА.....	113
6.1	Посебна права хипотекарног повериоца.....	114
6.2	Правни положај власника непокретности.....	115
6.2.1	Право употребе и располагања	115
6.2.2	Право на повраћај остатка вредности.....	116

6.2.3	Располагање рангом хипотеке	116
6.2.4	Обавезе власника непокретности	118
7	РАСПОЛАГАЊЕ ХИПОТЕКОМ	118
7.1	Уступање потраживања (цесија)	118
7.2	Надхипотека	120
7.3	Преузимање дуга.....	120
8	ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ	121
8.1	Престанак хипотеке услед престанка потраживања	122
8.2	Престанак хипотеке независно од престанка потраживања	122
9	НЕАКЦЕСОРНА ОБЕЗБЕЂУЈУЋА ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА	124
9.1	Земљишни дуг	124
9.1.1	Појам	124
9.1.2	Врсте земљишног дуга.....	125
9.1.3	Предности и мане одсуства акцесорности	127
9.2	Реални дуг према Нацрту Законика о својини.....	128
9.2.1	Настанак реалног дуга	130
9.2.2	Реализација и престанак реалног дуга.....	132
9.3	Писмо о дугу	132
1	ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕВИДЕНЦИЈЕ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА	134
1.1	Системи евиденције	134
1.2	Систем евиденције непокретности у Србији	135
2	НАЧЕЛА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ.....	137
2.1	Начело јединствене евиденције	137

2.2	Начело уписа	137
2.3	Начело обавезности	138
2.4	Начело јавности	139
2.5	Начело поуздања.....	139
2.6	Начело законитости	141
2.7	Начело првенства	141
2.8	Начело одређености.....	142
3	САДРЖИНА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ	142
3.1	Елаборат премера	143
3.2	Збирка исправа	143
3.3	База података катастра непокретности	143
3.4	Лист непокретности	143
4	УПИС У ЈАВНИ РЕГИСТАР	145
4.1	Појам и врсте уписа	145
4.1.1	Упис непокретности	145
4.1.2	Упис стварних права (укњижба).....	145
4.1.3	Предбележба.....	147
4.1.4	Забележба.....	149
4.2	Претпоставке за упис.....	151
4.2.1	Уписана непокретност	151
4.2.2	Уписани претходник	151
4.2.3	Исправе подобне за упис	152
1	УОПШТЕ О НАМИРЕЊУ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА	153
2	СУДСКИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК	157
2.1	Уопште о поступку извршења и обезбеђења	157

2.1.1	Начела извршног поступка.....	157
2.1.2	Извршна и веродостојна исправа као основ за одређивање извршења	162
2.1.3	Спровођење извршења – однос суда и јавних извршитеља	164
2.2	Извршење на непокретности.....	166
2.2.1	Однос судског и вансудског поступка намирења	167
2.2.2	Положај заложног (хипотекарног) повериоца у извршном поступку	169
2.2.3	Покретање поступка извршења на непокретности – предлог за извршење.....	172
2.3	Структура поступка извршења на непокретности.....	177
2.3.1	Забележба решења о извршењу или закључка о спровођењу извршења у јавну књигу	178
2.3.2	Утврђивање вредности (процена) непокретности	181
2.3.3	Продаја непокретности – уновчење предмета залогe	185
2.3.4	Намирење заложног повериоца у извршном поступку.....	188
2.3.5	Уопште о вансудском поступку намирења	191
2.4	Структура вансудског поступка намирења.....	193
2.4.1	Претпоставке за вансудску продају непокретности.....	194
2.4.2	Спровођење вансудске продаје	195
2.4.3	Непосредно намирење хипотекарног повериоца	201
3	НАМИРЕЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ	205
3.1	Општи појам разлучног и заложног повериоца	205
3.2	Обавеза обавештавања суда о постојању заложног права.....	206
3.3	Положај заложног повериоца у поступку продаје.....	207
	ЗАКЉУЧАК.....	210
	ЛИТЕРАТУРА:	219
	НАВЕДЕНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ:	226

Апстракт

Предмет истраживања у овој докторској дисертацији је анализа правних односа који настају заснивањем хипотеке као облика обезбеђење потраживања. Циљ овог рада је да укаже на који начин ефикасност хипотеке, као облика залог, може да побољшава правни положај повериоца, односно на који начин га чини сигурнијим. Докторска дисертација „Обезбеђење потраживања заснивањем заложног права на непокретности“ је структуриран из пет међусобно повезаних делова.

У првом делу овог рада предмет научног истраживања јесу стварноправна средства обезбеђења потраживања. На једном месту ће се извршити анализа стварноправних механизма који имају за циљ да правни положај повериоца учине сигурнијим, и умање ризик инсолвентности дужника. У посебном фокусу ће се наћи заложно право. Анализираће се појам правна природа, начела као и посебне врсте заложног права.

Други део рада обухвата анализу појма, предмета, настанка и правних дејстава и престанак хипотеке, као заложног права на непокретности. У раду смо дефинисали хипотеку као бездржавинску залог на непокретној ствари која настаје уписом у јавни регистар, а која овлашћује хипотекара, да наплати потраживање из вредности добијене продајом непокретне ствари, пре хирограферних и каснијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој је својини непокретна ствар.

У трећем делу дисертације предмет анализе биће систем евиденције права на непокретностима. Посебна пажња ће бити посвећена установи уписа у јавни регистар, као конститутивном елементу настанка стварног права на непокретности. Анализираће наведених института сматрамо неодвојивим од истраживања о обезбеђењу потраживања заснивањем заложног права на непокретности. Ово пре свега из разлога, што заснивање и дејство заложног права на непокретности, зависи од прецизно организованог система евиденције права на непокретностима.

Четврти део дисертације обухвата поступак реализације заложног права на непокретности. У овом делу указаће се на спорна питања која се могу јавити у пракси, те ће бити изнета нека од могућих решења. Такође, анализираће се

вансудски поступак продаје непокретности уз паралелни осврт на одредбе закона који регулише судски извршни поступак. На једном месту понудиће се алтернативе које стоје на располагању заложном повериоцу, у случају да његов дуг не буде измирен о доспелости, као и позитивне и негативне стране сваког од поступака, односно разлози због којих би се требало одредити за један или други правни пут намирања. Најзад, биће дат сумаран приказ положаја хипотекарног повериоца у случају отварања стечаја над власником заложене непокретности.

Истраживање проблема обезбеђења потраживања заснивањем заложног права на непокретности, фокусирано је на стање законодавства и праксе до 01.05.2016. године, а обухвата период од 1990. године, који почиње увођењем у правни систем тадашње СФРЈ извршне судске хипотеке изменама допунама Закона о извршном поступку из 1978. године.¹ Просторно одређено истраживања у овој дисертацији односи се на територију Републике Србије, уз упоредно правни преглед позитивних прописа, судске праксе, и искустава у региону и шире. Предмет истраживања овог рада припада пољу друштвено хуманистичких наука, научној области правних наука, ужој научној области грађанско-правних наука и научним дисциплинама стварног права, облигационог права и грађанско процесног права.

Кључне речи: обезбеђење потраживања, заложно право, хипотека, непокретности, извршни поступак.

¹ Закон о извршном поступку, *Сл. Лист СФРЈ бр.20/78, 6/82, 74/87, 57/89, 20/90, 27/90 и 35/91 и Сл. Лист СРЈ 27/92/31/39, 24/94 и 28/00.*

Abstract

The subject of this doctoral thesis is the analysis of legal relations resulting by establishing a mortgage as a form of securing claims. The aim of this paper is to show how the efficiency of the mortgage, as a form of stocks, can improve the legal position of the creditor, or in any way makes it safer. Doctoral dissertation "Security claims caving lien on real estate" is structured in five interrelated parts.

In the first part of this work the subject of scientific research are rem collateral claims. In one place, will be analyzed rem mechanisms aimed at making a legal position of the creditor more secure and reduce the risk of insolvency of the debtor. A special focus will be on a lien. It will be analyzed the legal nature of the concept, principles and specific types of lien.

The second part includes the analysis of the concept, subject, origin and legal effects and termination of the mortgage as a lien on real estate. In this work we have defined mortgage as a lien on fixed warns that occurs registration in a public register, with no possession, which authorizes the mortgage lender that if the debtor does not pay his debt to maturity, requires the collection of receivables secured with a mortgage from the value obtained by selling real assets, before ordinary creditors and later mortgage creditors, regardless of who owned is the property owner.

In the third part of the thesis the subject to analysis will be system of public records of property rights. Special attention will be paid to the institution of registration in a public register, as a constituent element of the emergence of real rights on real estate. Analyzing the above mentioned institutes is considered inseparable from research on security claims caving lien on real estate. This is primarily the reason is the fact that the establishment of a lien on real estate, depends of precisely organized system of recording property rights on real estate.

The fourth part of the thesis includes the process of realization of a lien on real estate. This section will point out issues that may occur in practice, and will be given some of the possible solutions. Also it will be analyze the non-judicial procedure for the sale of real estate with parallel review of the provisions of law regulating the judicial enforcement procedure. In one place, will be offered alternatives that are available

pledgee, in the case that his debt is not paid when due, as well as the positive and negative aspects of each procedures, and reasons why should opt for one or the other legal procedures. Finally, we will give a brief review of status of the mortgage lender in case of bankruptcy of the owner of the pledged real estate.

The study of the problem of securing claims caving lien on real estate, focused on the state of legislation and practice to 01/05/2016. , and covers the period from 1990, which begins by introducing into the legal system of the former Yugoslavia executive judicial mortgage modifications Amendments to the Law on Enforcement Procedure Act 1978. Spacious specific research in this thesis refers to the territory of the Republic of Serbia, with comparative legal review of positive legislation, judicial practice and experience in the region and beyond. The subject of this work belongs to the field of the social sciences and humanities, scientific field of legal sciences, scientific field of civil law doctrine and disciplines of the actual law of contract law and civil procedure law.

Keywords: Security claims, liens, mortgage, real estate, execution procedure.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Обезбеђење потраживања, у најширем смислу, можемо схватити као пружање посебне гаранције повериоцу, односно стварање додатне правне могућности за наплату. Испуњење сваког потраживања осигурано је општом правном санкцијом. Наведена констатација произилази из чињенице, да уколико дужникова обавеза не буде добровољно испуњена, поверилац га на испуњење може судским путем принудити. Међутим, у одређеним ситуацијама оваква општа гаранција испуњења обавезе није довољно сигурна и ефикасна. Тако, у случају инсолвентности дужника, могућност повериоцевог намирења, практично и не постоји. Такође, поверилац који претендује на намирење из дужникове имовине, конкурише са осталим повериоцима истог дужника, што његов положај чини доста неизвесним. Стога, како би се положај повериоца учинио сигурнијим прибегава се додатним, посебним средствима обезбеђења испуњења обавезе. Она значе још једну гаранцију више да ће поверилац добити оно што му дужник дугује.² Обезбеђење потраживања заснива се на правним механизмима, односно средствима, која су утемељена ради постизања горе поменутог циља. Као што је већ било речи, наведена средства припадају различитим гранама права, што свакако отежава њихово класификовање. Управо због тога, као и због самог значаја које право обезбеђења има, постоје тенденције да се посматра као посебна грана права. Ефикасност се посматра као заједнички именоватељ свих средства обезбеђења, обзиром да се једино на тај начин може остварити њихова обезбеђујућа функција. Несумњиво да нема савршеног средства обезбеђења, јер потраживање у својој природи увек крије одређену дозу неизвесности и не може постојати без ризика. Уговарањем обезбеђења поверилац подиже само границу вероватноће да ће заиста намирити своје потраживање.³

Према класичној подели, средства обезбеђења потраживања могу се поделити на облигационоправна и стварноправна. Стварно обезбеђење постоји онда када се из имовинске масе дужника, или неког другог лица издвоји одређена ствар или друга имовинска вредност из које се поверилац може наплатити ако дужник не изврши своју обавезу. Код личних средстава обезбеђења, као гаранција

² Јаков Радишић, *Облигационо право*, Београд 2000, 318.

³ Душко Медич, *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука 2013, 7.

да ће повериочево потраживање бити намирено, појављује се одређено лице, а не ствар, односно друга имовинска вредност. Према основу настанка, средства обезбеђења потраживања можемо поделити на уговорна, законска и судска.

У литератури наилазимо на доследно разликовање средстава учвршћења од средства обезбеђења потраживања.⁴ Док је учвршћење уговарање једне споредне обавезе на терет дужника, којом се чини још јачом, „чвршћом“ његова главна обавеза, обезбеђење је давање могућности повериоцу да своје потраживање наплати из унапред одређене ствари или друге одређене вредности из имовинске масе дужника – тзв. стварно обезбеђење, или из целокупне имовине једног другог лица тзв. лично обезбеђење.⁵ Такође, сматра се да средства учвршћења не повећавају, по дефиницији могућност повериоца да намири своје потраживање, обзиром да не стварају право на приоритетно намирење, већ једино додатну обавезу која се ставља на терет дужнику уколико уредно не изврши своју обавезу.⁶

И поред чињенице да уважавамо ставове на којима се наведена подела заснива, ради термилошке одређености, у даљем излагању користићемо израз средства обезбеђења потраживања, којим ћемо обухватити и средства учвршћења и средства обезбеђења потраживања у ужем смислу. Ово, пре свега у циљу концизности даљег излагања. Наведени став можемо бранити и констатацијом да је заједничка сврха и средстава учвршћења и средстава обезбеђења, снабдевање повериоца гаранцијом извршења обавезе. Такође, приликом посебног анализирања средстава обезбеђења, биће обрађене њихове карактеристике, које ће на одговарајући начин одредити њихову правну природу, ефекат, односно домаћај у пружању сигурности приликом наплате.

Поред обезбеђења потраживања, битан категоријални појам овог истраживања је заложно право на непокретности – хипотека. Појам хипотеке прописан на следећи начин: „Хипотека је заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, ако дужник не исплати дуг о доспелости захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних

⁴ А. Гамс (1994), 174.

⁵ *Ibid.*

⁶ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 18.

поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој својини се непокретност налази“.⁷ Из ове законске формулације може се закључити да хипотека представља стварно право на туђој ствари, и то право уновчења, које се активира када дужник не исплати дуг о доспелости. Сврха хипотеке је да осигура, али да и омогући извршење обавезе из облигационог односа коју дужник није добровољно испунио. Њено постојање врши психолошки притисак на дужника, а уколико то не би имало ефекта, хипотекарни поверилац може се намирити из вредности заложене непокретности.⁸

⁷ Чл. 2, Закон о хипотеци – ЗХ, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005, 60/2015, 63/2015-ОУС и 83/2015.

⁸ Душко Медих: „Хипотекарноправни однос као аспект садржине хипотеке“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека*, Ријека 2006, 441.

ДЕО ПРВИ:

МЕТОДОЛОШКИ ОКВИР НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА

1 ФОРМУЛАЦИЈА ПРОБЛЕМА ИСТРАЖИВАЊА

1.1 Хипотетички ставови о проблему истраживања

Проблем истраживања у овој докторској дисертацији представља свеобухватна анализа правних односа који настају поводом заснивања заложног права на непокретности, а ради обезбеђења потраживања.

Основни структурални проблем јесте однос између ефикасности заложног права на непокретности и правног положаја повериоца обезбеђеног потраживања. Наведена проблематика је вишеструко друштвено актуелна и значајна, а такође и научно интересантна. Отуда заслужује посебну монографску обраду какву ова врста рада захтева. Наведена констатација се заснива на више чињеница.

Једна од полуга успешног функционисања модерне економије је свакако кредитни механизам, који омогућава адекватно усмеравање друштвеног богатства, доприноси технолошком развоју, адекватној алокацији производних средстава, како на националном, тако и на међународном плану. Развијено кредитирање подразумева изградњу и законско утемељење принципа којима би се пружило додатно обезбеђење лицима који међусобно заснивају кредитни однос, који конституише права и обавезе. Стога, питање како појачати степен извесности наплате потраживања, не губи на својој актуелности. Отуда су функционални проблеми који се јављају у настанку и реализацији обезбеђења потраживања, посебно заснивањем заложног права на непокретности, значајан проблем који се истражује у овом раду.

Право обезбеђења потраживања, чине правне норме које припадају различитим гранама права, а имају за циљ да повериоцу из једног односа пруже појачану сигурност, односно додатну могућност наплате потраживања.

Анализи наведене проблематике, исправно би било прићи, најпре, посматрајући је у контексту социјално економских прилика које су непосредно утицале на потребу измене постојећих законских решења. Друштвено економске

промене у земљама транзиције, пре свега нестајање државне својине као доминантног облика, улазак страних банака на домаће тржиште, наметнуле су потребу за доношењем закона којима би се тадашња привреда прилагодила захтевима модерне тржишне економије, и самим тим овај регион учинио привлачнијим за прилив страног капитала на домаће тржиште.

1.2 Значај истраживања у докторској дисертацији

1.2.1. Научни значај

Ово истраживање има за циљ употпунити фонд научног знања о заложном праву на непокретности као правном механизму обезбеђења потраживања. Истраживање ће дати одговоре на питања како и на који начин се постиже појачана сигурност повериоца заснивањем залоге на непокретности, те како хипотеку учинити што ефикаснијим средством обезбеђења. Резултати истраживања могу представљати добру полазну основу за будућа комплекснија истраживања из ове области.

Такође, научни значај овог истраживања не произилази само из значаја ове теме и проблема и предмета истраживања, већ из чињенице да заложно право на непокретности доживљава континуирану афирмацију као све актуелније средство обезбеђења потраживања. Хипотека је, као средство обезбеђења кредита, имала сразмерно мали значај у социјалистичкој привреди, пошто су се инвестиционе одлуке у социјализму доносиле на основу критеријума невезаних за тржиште.⁹ Као правни институт, била је регулисана Законом о основама својинско правних односа,¹⁰ које су престале да важе доношењем ЗХ, који је донекле успео да одговори потребама развоја једног транзиторног друштва. Најновије измене ЗХ,¹¹ које су у примени од 11. октобра 2015. године, учиниле су хипотеку ефикаснијим средством обезбеђења, пре свега изменом одредби које су се односиле на резервацију права доцнијих хипотекарних поверилаца у случају вансудске продаје.

⁹ Милош Живковић: „Ново хипотекарно право у Републици Србији“, у Татјана Јосиповић (ред.), *Стварноправна уређења транзицијских земаља – стања и перспективе*, Загреб 2009.

¹⁰ Закон о основама својинско правних односа - ЗОСПО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 10/80, 36/90 и *Службени лист СРЈ* бр. 29/96.

¹¹ *Службени гласник РС* бр. 83/15.

1.2.2. Друштвени значај

С друштвеног становишта финансијске институције (пре свега банке) врше свакодневни утуцај на грађане, путем медија да се одреде за кредит, нудећи различите погодности. Кредит се представља као „магично“ решење егзистенцијалних проблема, али, по правилу, без реалног сагледавања могућег начина отплате. Банке пласирају новчана средства својим клијентима, али, по правилу условљавају закључење уговора о кредиту могућношћу клијента да пружи одређено обезбеђење да ће новчана средства (са каматом) вратити.

У земљама у транзицији чести су случајеви продаје хипотекованих непокретности и иселењем бројних породица из стамбених јединица. Тако је на пример, само у Пољској зарад намирења хипотеком обезбеђеног потраживања продато преко 100.000 станова. Наравно, ово не мора увек бити епилог заснивања заложног права на непокретности, али сматрамо да је неопходно указати и на овакву могућност, која је од великог друштвеног значаја.

Свако потраживање са собом носи одређени ризик, без обзира на средство обезбеђења. Као што је већ било речи, савремено пословање се не може замислити без установе кредита. Повериоци су заинтересовани за уредно враћање кредита. Стога, од пресудног значаја, не само за утврђивање услова давања кредита, већ и за само ступање у уговорни однос, је питање избора механизма који ће уредно враћање и обезбедити. Недостатак одговарајућег средстава обезбеђења, подиже цену кредита, чинећи га мање привлачним и исплативим.

Наведени подаци афирмишу обезбеђење потраживања залагањем непокретности, као тему од изузетног друштвеног значаја, што предмет овог истраживања чини друштвено актуелним. Друштвени значај овог рада је да се сложени правни односи који настају поводом обезбеђивања потраживања залагањем непокретности, анализирају и објасне како би исти били доступни, не само стручној јавности, већ и осталим лицима, на која наведени односи могу утицати.

1.3 Резултати претходних истраживања

Обезбеђење потраживања је несумњиво интересантна област за проучавање, која због свог значаја представља област интересовања мноштва аутора. Тако, проф. Андрија Гамс сматра да се поред учвршћења уговора, уговорна обавеза може појачати и обезбеђењем. Док је учвршћење уговарање једне споредне обавезе на терет дужника, којом се чини још јачом, „чвршћом“ његова главна обавеза, обезбеђење је давање могућности повериоцу да своје потраживање наплати из унапред одређене ствари или друге одређене вредности из имовинске масе дужника – тзв. стварно обезбеђење, или из целокупне имовине једног другог лица тзв. лично обезбеђење. Стварно обезбеђење постоји онда када се из имовинске масе дужника, или неког другог лица издвоји одређена ствар или друга имовинска вредност из које се поверилац може наплатити ако дужник не изврши своју обавезу. У стварна средства обезбеђења убраја залог и кауцију, а у лична јемство.¹²

Према мишљењу проф. Владимира Водинелића титулар стварног права обезбеђења је поверилац, којем права обезбеђења пружају сигурност да ће се намирити из објекта на ком постоји право залог а који служи као јемство за случај да дужник не изврши своју обавезу кад она доспе. Објекат који служи обезбеђењу може да буде покретна нпр. аутомобил (ручна залога) или непокретна ствар нпр. стан (хипотека), у ствари право својине на њима, или неко друго право нпр. ауторско право, право новчаног потраживања и др. (залога права).¹³

Према ставу прихваћеном од стране проф. Александра Јакшића, обезбеђење извршења обавезе јесте правни институт који има за циљ и ефекат да повериоца снабде гаранцијом извршења потраживања, било из целокупне, или пак, дела имовине дужника, са успостављањем права приоритета у односу на ту имовину према осталим дужниковим повериоцима, било из целокупне, или пак дела имовине трећег лица који није допринео настанку дуга, његовим солидарним или субсидијарним обавезивањем на извршење гарантоване обавезе.¹⁴

¹² Андрија Гамс, *Увод у грађанско право*, Београд 1994, 174.

¹³ Владимир Водинелић, *Грађанско право*, Београд 2014, 246.

¹⁴ Александар Јакшић, Срђан Стојановић, *Елементи за једно уговорно право*, Београд 1995, 221.

Како се већи део овог истраживања односи на заложно право на непокретности, не би смо смели изоставити одређивање овог појма у савременој домаћој литератури.

Наводимо став проф. Миодрага Орлића:¹⁵ „заложно право је стварно право на туђој ствари на основу кога поверилац може наплатити своје потраживање из вредности зложене ствари (ако дужник не испуни своју обавезу о доспелости) пре осталих поверилаца. Даље, хипотека се дефинише као: „заложно право на непокретним стварима које се стиче уписом повериочевог права у јавне књиге, а оптерећена непокретност остаје и даље у државини дужника“.¹⁶

Најзад, анализирање резултата досадашњих истраживања области која је предмет нашег интересовања у овом раду не би било потпуно без осврта на монографију Драгора Хиберера и Милоша Живковића.¹⁷ Према наведеном делу „средства обезбеђења су правни инструменти чији је циљ да отклоне или умање ризик инсолвентности дужника, умањења дужникове имовине које угрожава намирење повериоца“.¹⁸ Појам хипотеке је дефинисан на тај начин што се одређује као право хипотекарног повериоца (користи се још и термин „хипотекар“) да приоритетно наплати своје доспело обезбеђено потраживање из вредности оптерећене непокретности, тако што ће уновчити оптерећену непокретност продајом.

2 ОДРЕЂИВАЊЕ ПРЕДМЕТА ИСТРАЖИВАЊА

Сам наслов докторске дисертације „Обезбеђење потраживања заснивањем заложног права на непокретности“, одређује предмет истраживања. Предмет истраживања у овој докторској дисертацији односи се на обе појаве, а то су: обезбеђење потраживања и заложно право на непокретности, те њихове међусобне везе и односе.

¹⁵ Обрен Станковић, Миодраг Орлић, *Стварно право*, Београд 1999, 229.

¹⁶ *Ibid.*, 269.

¹⁷ Драгор Хиберер, Милош Живковић, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015.

¹⁸ *Ibid.*, 16.

2.1 Теоријско одређивање предмета истраживања

2.1.1 Научно верификовано сазнање

До теоријских сазнања о предмету истраживања могуће је доћи анализом постојећих сазнања која се везују са конкретним или сличним проблемима, припадају различитим гранама права. Пре свега, заложно право на непокретности изучава се у оквиру стварног права. Међутим, као што ћемо видети, одређена средства обезбеђења припадају корпусу норми облигационог права. Најзад, поступак реализације заложног права темељи се на принципима процесног, грађанско-процесног (односно извршног), права, али и на правилима Закона о хипотеци, који регулише вансудски поступак намирења, а који се, опет изучава у оквиру стварног права. Одредбама земљишно-књижног права, утврђује се организација јавних регистара, начела и врсте уписа права на непокретностима. Предмет научног истраживања у овом раду, у најужем смислу представља истраживање садржаја и форме наведених прописа, као и њихови међусобни односи. Такође, ови прописи се неће истраживати самостално и изоловано, већ као функционални делови предмета истраживања. Имајући у виду наведено, право обезбеђења потраживања, се не може изучавати у оквиру једне гране права, обзиром да правни институти који припадају различитим гранама: стварном праву, облигационом, грађанско-процесном праву.

2.1.2 Научно евидентирано, али не и верификовано сазнање

Доношењем општих прописа, држава својим ауторитетом прописује правила понашања у одређеној друштвеној заједници. Међутим, да би општа правила и заживела, потребно је иста конкретизовати, односно применити на појединачне случајеве. Самим тим, намеће се потреба да се један конкретан случај подведе под општу - апстрактну норму, на основу које се, дакле има закључити како поступити у конкретној, реалној ситуацији. Да цитирамо Слободана Јовановића, према којем „законодавац иде од посебног ка општем, - а судија обрнуто, од општег ка посебном“. Дакле, конкретизујући објективно право, суд доноси појединачне акте, који се на непосредан или посредан начин тичу, учесника неког конкретног животног догађаја или стања. На тај начин формира се

судска пракса, чија обухватност, с једне, и неусаглашеност, с друге стране представља један од битних сегмената изложеног истраживања.

3 ЦИЉЕВИ ИСТРАЖИВАЊА

3.1 Научни циљеви истраживања

Примарни циљ истраживања је систематично изналажење нових знања, која ће своју примену наћи решавању нових или постојећих проблема у области обезбеђења потраживања заснивањем заложног права на непокретности.

Појединачни научни циљеви у овој докторској дисертацији су: научна дескрипција, научна класификација и типологизација обезбеђења потраживања заснивањем заложног права на непокретности, те научно откриће и научно објашњење узрочно-последичних веза и односа између главних чинилаца обезбеђења потраживања заснивањем заложног права на непокретности и научна прогноза заснивања заложног права на непокретностима.¹⁹

Полазећи од предмета истраживања, у докторској дисертацији ће се извршити дескрипција (опис) наведених појава, а на основу добијених резултата, описане појаве ће се према сродности сврстати у посебне категорије у оквиру којих ће бити детаљније анализирани. Научни циљ истраживања представља такође, и откривање узрочно последичних односа између појава које су предмет истраживања.

У том смислу, у фокусу ће бити утврђивање везе, односно међусобног односа који постоји између заложног права на непокретности и обезбеђења потраживања. Најзад, циљ истраживања је да се сагледа ефекат који залагање непокретности производи на правни положај не само повериоца, већ и осталих субјеката који су обухваћени овим односом, те да се понуде могућа *de lege ferenda* решења.

¹⁹ Милојко Базић, Неђо Даниловић: „Нацрт научне замисли пројекта истраживања“, *Мегатренд ревија* 2/2015, 27.

3.2 Друштвени циљеви истраживања

Резултати истраживања и остваривање научног циља могу представљати полазни основ, односно подлогу за усклађивање нормативног оквира хипотекарног и извршног права, са новонасталим проблемима који се јављају у пракси.

Друштвени циљ истраживања је, пре свега да подигне ниво свести грађана о значају заснивања заложног права на непокретности, те да их упозна са свим позитивним, али и негативним ефектима који овакав вид обезбеђења са собом носи.

Формирано научно сазнање, као резултат истраживања биће употребљиво пре свега, повериоцима приликом избора правних механизма који ће смањити ризик ненаплативости потраживања. Такође, биће изложене све битне карактеристике хипотеке, што ће бити од значаја повериоцима који су се определили за овај облик обезбеђења. Како се у улози хипотекарних поверилаца, налазе по правилу банке, то ће добијени резултати наћи примену и у домену банкарског пословања. Наиме, један од највећих проблема пословних банака у Србији је висок степен ненаплативих потраживања. Највећи део тих потраживања је покривен хипотекарним залозима над некретнинама. Процењује се да тренутни збир колатерала у некретнинама у српским пословним банкама износи преко 6 милијарди евра.

Такође, како залагање непокретности ствара комплексне односе, који своје ефекте остварују и у имовинским сферама осталих лица која нису непосредни учесници ових односа, сматрамо да ово истраживање може дати свој допринос и широј заједници.

4 ХИПОТЕТИЧКИ ОКВИР ИСТРАЖИВАЊА

4.1 Генерална хипотеза

Од стабилности система заложног права на непокретности као средства обезбеђења потраживања зависи степен правне сигурности повериоца.

4.1.1 Прва посебна хипотеза

Обезбеђење потраживања, као посебна гаранција претпоставља повећан степен извесности намерења повериочевог потраживања.

4.1.2 Друга посебна хипотеза

Од усклађености прописа који уређују хипотеку, са потребама савремене привреде зависи и заступљеност овог облика стварноправног обезбеђења у пракси.

4.1.3 Трећа посебна хипотеза

Правно ваљан упис хипотеке у јавни регистар, претпоставка је остваривања њене обезбеђујуће функције.

4.1.4 Четврта посебна хипотеза

Савремена пракса обезбеђења потраживања исказује тенденције које условљавају потребу за уједначавањем судског и вансудског поступка продаје заложене непокретности.

5 НАЧИН ИСТРАЖИВАЊА

5.1 Методе које ће се примењивати у истраживању

Формулисани проблем истраживања, дефинисани предмет и циљеви истраживања те постављене хипотезе условљавају примену конкретних научних метода у овој докторској дисертацији.

Из корпуса основних метода сазнања користиће се готово све основне методе сазнања, са тежиштем на: методама анализе, синтезе, генерализације, специјализације.

Метода анализе биће примењена у процесу растављања предмета истраживања на његове саставне делове, на чиниоце структуре веза и односа на

одређеном простору и у одређеном временском периоду ради утврђивања ефикасности заложног права на непокретности.

Метода синтезе, ће наћи своју примену у процесу спајања више чинилаца, њихових појединачних и посебних делова у целовиту структуру правних односа, који настају поводом настанка, дејства и реализације обезбеђења потраживања.

Метода генерализације ће се примењивати приликом истраживања појединачних правила која важе за одређене облике заложног права, те ће се мисаоним уопштавањем извршити утврђивање општих ставова, односно начела.

Методом специјализације, ћемо се служити приликом сагледавања апстрактног појма обезбеђења потраживања, које ћемо третирати као целину састављену од делова међусобно повезаних заједничким својствима, али уз евидентне разлике на основу којих ћемо идентификовати њихову посебност у правном поретку.

Примена поменутих метода је неопходна јер ће у фокусу истраживања бити питања и институти различитог садржаја и степена општости, тако да је њихова опсервација могућа само коришћењем различитих метода истраживања. На основу добијених резултата, коришћењем индуктивно-дедуктивног метода биће дато мишљење о претпостављеним хипотезама и општим резултатима докторске дисертације.

5.2 Опште научне методе

Из корпуса опште научних метода у докторској дисертацији ће бити коришћене компаративна и статистичка метода.

Компаративна метода ће бити примењена приликом анализирања позитивних прописа, судске праксе, те ставова правне науке у погледу предмета истраживања, сагледано кроз просторну и временску димензију. Наведена метода биће примењена приликом сагледавања идентичности, сличности и разлика правних односа који настају поводом обезбеђења потраживања, са посебним освртом на залагање непокретности, земаља региона у различитим временским периодима.

Статистичка метода ће бити примењена ради откривања учесталости појава одређених особина везаних за предмет истраживања, те давања нумеричких приказа добијених резултата. Наведена метода ће своју примену наћи посебно приликом анализирања података а судова, јавних извршитеља, банака и осталих институција, чија делатност је у непосредној или посредној вези са проблематиком која је област истраживања ове дисертације.

5.3 Методе прикупљања података

Када је реч о оперативним методама за прикупљање података, у овом истраживању ће се примењивати квантитативна и квалитативна метода анализа садржаја докумената, као емпиријско-теоријска метода прикупљања објективних, квантитативних и квалитативних података на основу којих ће се, уз доследну примену правила логике, анализе, дефинисања, суђења и закључивања, доћи до истинитог сазнања. Овом методом ће се анализирати национални прописи, упоредно правна решења, судска пракса и друштвени реалитети.

6 НАУЧНА И ДРУШТВЕНА ОПРАВДАНОСТ ИСТРАЖИВАЊА

6.1 Научна оправданост истраживања

Научна оправданост истраживања произилази, пре свега из научног значаја, као и из специфичности нормативног оквира којим је заснивање заложног права на непокретности регулисано. Предмет истраживања представља свеобухватна анализа норми, те правних односа који настају поводом заснивања заложног права на непокретности, а ради обезбеђења потраживања. Отуда је истраживање научно оправдано обзиром да ће употпунити фонд научног знања о наведеним појавама и њиховим међусобним односима, те ће омогућити научну критику и усавршавање постојећих решења и њихову имплементацију у научну теорију и праксу.

Такође, научну оправданост истраживања употпуниће се доприносом теорији уже научне области грађанског права, пре свега права обезбеђења потраживања, те доприносом логици, примењеним методама, техникама и инструментима у докторској дисертацији. Најзад, научна оправданост ове

докторске дисертације, произилази из доприноса који ће дати примењене научне методе у истраживању специфичног правног проблема који се заснива на односу обезбеђења потраживања и хипотеке. Наведени однос биће сагледан кроз фазе настанка, дејства и реализације заложног права на непокретности са посебним освртом на поступак принудног извршења.

6.2 Друштвена оправданост истраживања

Друштвено, односно социјално оправдање истраживања произилази из научног сазнања о предмету истраживања, као и из могућности практичне примене добијених резултата, приликом решавања друштвених проблема. Обзиром да је предмет проучавања детерминисан сложеним правним и социјалним односима, намеће се потреба за систематичним научним истраживањем, која утемељује његову друштвену оправданост. Такође, друштвена оправданост, заснива се и на доприносу дисертације у решавању сложеног друштвеног проблема поводом правних односа који су резултат позитивних, и негативних ефеката залагања непокретности.

Резултати истраживања ће представљати добру основу и полазну основу државним органима у надоградњи постојећих нормативних решења у области обезбеђења потраживања и заложног права на непокретности.

ДЕО ДРУГИ:

СТВАРНОПРАВНА СРЕДСТВА ОБЕЗБЕЂЕЊА ПОТРАЖИВАЊА

1 ЗАЛОЖНО ПРАВО

1.1 Општи појам и правна природа

Излагање о сложеном правном феномену заложног права, започињемо од његове превасходне сврхе – обезбеђења испуњења обавезе из облигационог односа. Као што је већ било речи у уводним разматрањима, испуњење сваког потраживања осигурано је општом правном санкцијом, односно општим обезбеђењем који гарантује правни поредак једне земље. Наиме, уколико дужникова обавеза не буде добровољно испуњена, поверилац га може на то принудити судским путем. Међутим, генерално обезбеђење испуњења обавезе из облигационог односа, носи са собом и елемент неизвесности. Као сликовиту илустрацију наведеног, цитирамо Валтазара Богишића: „ Ти истина можеш дужника судом гонити да дуг намири, али ту треба парницења...Па и кад се парница сврши повољном за тебе пресудом, још је могуће да не постигнеш оно што желиш, јер се и тада још не зна хоће ли ти ствар о којој је у пресуди ријеч, збиља у руке доћи, или ће то каква запрека осујетити“.²⁰

Општа имовинска одговорност дужника, не ствара довољно сигуран правни положај повериоца, посебно у условима савремене привреде. Заложно право представља једно од најтипичнијих стварноправних средстава, за обезбеђење потраживања. Наведена, обезбеђујућа сврха се остварује двојачко, кроз психолошку и имовинску компоненту. Пре свега, постојање заложног права врши психолошки притисак на дужника. Дужник је свестан, да ће он или неко друго лице, изгубити својину на ствари или неком другом имовинском добру, уколико своју обавезу не испуни. Стога дужник, по правилу приступа испуњењу обавезе с већим степеном одговорност и савесности, него што би то чинио да оваквог средства нема. С друге стране, уколико обезбеђено потраживање не буде намирено по доспелости, активира се имовинска санкција заложног права, која овлашћује заложног повериоца да предмет заложног права уновчи. Као механизам

²⁰ Чл. 871, ст. 3 Општи имовински законик за Црну Гору, према: О. Станковић, М. Орлић, 229.

обезбеђења, заложно право се афирмише као средство конституисано, пре свега, у интересу повериоца. Наведена констатација је неспорна из више разлога. Пре свега, уколико дужник, и поред додатног обезбеђења, своју обавезу не испуни по доспелости заложни поверилац има право да предмет залог уновчи, те право и да се приоритетно намири из добијеног износа. Међутим, гледано из перспективе дужника заложно право не мора у век бити посматрано као терет, односно средство притиска. Могућност заснивања заложног права, увећава кредитну способност једног лица, што доприноси адекватнијој економској употребљивости његове имовине. Примера ради, лице без икаквих прихода које поседује стан вредности 200.000 евра, жели да закључи уговор о готовинском кредиту са банком, којим ће му бити стављена на располагање одређена новчана средства која су му неопходна. Хипотетички, банка ће одобрити кредит, али под условом заснивања хипотеке на стану. Другим речима, давалац кредита условљава закључење уговора о кредиту могућношћу примаоца кредита да пружи одговарајуће обезбеђење (залогу) – без залог неће има обезбеђеног потраживања, или су услови задуживања знатно неповољнији.²¹ Дакле, без заложног права, лице из нашег примера, било би без готовог новца, и поред чињенице да поседује имовину релативно велике вредности, она остаје економски потпуно неадекватно искоришћена.

Заложно право, због својих особености, заузима посебно место у систему у систему стварних права. По својој структури, право залог се разликује од осталих стварних права (права својине, право службености).²² Једна од основних карактеристика заложног права је акцесорност – зависност у односу на друго, облигационо право. Сврха заложног права је да обезбеди облигационо право. Пођимо од констатације да је право залог стварно право на туђој ствари, које овлашћује титулара да се, уколико му потраживање не буде намирено по доспелости, приоритетно намири из вредности заложене ствари, без обзира код кога се заложена ствар налази. Из наведеног, може се извести закључак да је постојање потраживања, претпоставка за настанак заложног права. Дакле, потраживање може постојати само за себе као такво - необезбеђено, док заложно

²¹ Д. Хибер, М. Живковић, 30.

²² Здравко Петровић, Владимир Козар, *Средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Београд 2009, 23.

право мимо потраживања не може постојати. Према томе, судбина заложног права, зависи од потраживања ради чијег обезбеђења је настало. Дакле, реч је о несамосталном праву, за разлику од права својине, права плодоуживања, државине и других стварних права која су самостална.²³ Такође, специфичност заложног права манифестује се у посебно ограниченом овлашћењу заложног повериоца упереном на ствар.²⁴ Уколико обезбеђено потраживање не буде намирено о доспелости, ствар може уновчити и намирити се из вредности добијене продајом заложене ствари. У томе се исцрпљују сва овлашћења која заложни поверилац има према ствари. Сва остала овлашћења²⁵ су споредна и служе реализацији наведеног. Заложни поверилац, по правилу, није овлашћен да ствар употребљава и прибира плодове.

У погледу одређивања правне природе заложног права у доктрини, и законодавној пракси не постоји консензус. Доминирају ставови који истичу стварноправни карактер.²⁶ Дејство и објекат, јесу основне детерминишуће одреднице одређеног субјективног права као стварног. Наиме, стварно право делује *erga omnes* - према свима, а за свој објекат има ствар, право на ствари (*ius in rem*). С друге стране субјективно облигационо право делује између одређених лица, и усмерено је на одређену чинидбу. Анализом заложноправног односа, могу се извести и одређени закључци о самој правној природи. Наиме, у ужем смислу наведени однос постоји на релацији заложни поверилац – заложни дужник, и делује између наведених лица. Међутим, посматран у ширем смислу заложноправни однос постоји између заложног повериоца и свих трећих лица, и има дејство *erga omnes*. Такође, заложно право је снабдевано правом следовања, оно је супротстављиво. Наведена особина означава то да на опстанак права које постоји на неком објекту не утиче то коме објекат припада, не утиче промена имаоца објекта, сукцесија.²⁷ Заложни поверилац има право да се намири из

²³ Изузетак би било право службености на чији се акцесорни карактер указује у правној доктрини.

²⁴ На ограничен домашај заложног права указује се и законским формулацијама, тако: чл. 139, ст.1, Закон о стварним правима Републике Српске, Службени Гласник РС 124/08, 58/09 и 95/11.

²⁵ На пример, захтев за пружањем додатног обезбеђења или захтев којим ће тражити од суда да нареди власнику ствари, или трећем лицу, да престане са одређеним понашањем којим се умањује вредност заложене ствари.

²⁶ Наведени став изражен је у већини европских грађанских кодификација: Аустријски грађански законик, Немачки грађански законик, Српски грађански законик, итд.

²⁷ В. Водинелић (2014), 211.

вредности заложене ствари, без обзира ко је њен власник. Свако лице код кога се ствар налази дужно је да трпи наведено право намирења заложног повериоца. Заложни поверилац као титулар, може вршећи своја овлашћења у границама правних норми, искључити сва лица из уживања ствари. Стога, можемо закључити да је заложно право усмерено директно на ствар. Оно је, са аспекта правне и фактичке власти на ствари деперсонализовано, обзиром да прати ствар без обзира у чијој својини, односно државини налази.

Ставови који полазе од облигационе природе заложног права, и ако спорадични, присутни су у правној теорији.²⁸ Наведени карактер, посебно је присутан код залагања потраживања. Сматра се да предмет заложног права – потраживање, одређује и његову облигациону природу, те да се заснивањем заложног права ствара правна конструкција слична цесији.

1.2 Историјски осврт

Потреба за обезбеђењем потраживања јавља се од најранијих ступњева развоја људске цивилизације. Стављање у изглед неког терета, односно санкције дужнику, који своју обавезу не испуни, наилазимо још у старом Египту и Месопотамији. Залог је у почетку, у Старом веку, била пре средство извршења него обезбеђења зајма. Поверилац је стављањем руке или на неки други симболичан начин стекао право наплате на стварима (и члановима породице дужника).²⁹ Залогу познају Хамурабијев и Мојсијеви закони.

У ранијим фазама римског права до периода Републике персонална средства обезбеђења имала су већи значај, те је залагање ствари била ретка пракса. Римско право је познавало три облика залог: фидуцију, пигнус и хипотеку. Фидуција (*fiducia cum creditore*) је најранији облик заложног права. Састојала се у томе што се, ради обезбеђења потраживања, на повериоца преносило право својине на заложеној ствари. Својина се није преносила трајно, већ до испуњења обавезе односно до наступања одређеног услова. Ствар се обично преносила свечаним начином манципације или „уступањем на суду“ (*in*

²⁸ Тако, између осталог: Никола Огорелица, *Хипотека на сопственој ствари или тзв. власничка хипотека*, Београд 1893, према: Д. Хибер, М. Живковић, 23, фн. 29.

²⁹ Андрија Гамс, *Основи стварног права*, Београд 1980, 134.

iure cessio), uz неформални споразум да ће бити враћена кад дуг буде измирен.³⁰ Након исплате дуга, поверилац је имао обавезу да ствар врати дужнику. Наведена обавеза се заснивала на повериочевом поштењу (*fides*), па отуда и назив фидуција. Међутим, како није било никакве правне санкције која би погодила повериоца за случај да заложена ствар не врати, уведена је тужба којом се имао заштитити положај дужника – *actio fiduciare*. Наведена тужба се могла поднети само против несавесног повериоца, не и против лица којем би ствар отуђио. Због наведеног фидуција је доводила дужнике у доста незавидан положај, што је резултирало све мањим посезањем за овакав начин обезбеђења, и најзад њеним формалним укидањем Јустинијановим кодификацијама.

Код пигнуса, дужник је такође предавао повериоцу заложена ствар, једну суштинску разлику – на заложеној ствари је задржавао право својине. Настанак ове установе везује се за почетак II века пре наше ере, и за сазревање схватања о раздвојености својине и државине. Дужник више није био у толико незавидном положају, те су самим тим негативни ефекти фидуције били отклоњени. Залогодавац је прво имао право само да држи ствар док дужник не испуни обавезу, али убрзо постаје уобичајено уговарање могућности продаје ствари ради намирења (*pactum de vendendo*, још назван и Марцијанов пакт), које у доба Севера постаје овлашћење (*ius distrahendi*) које се није морало посебно уговарати.³¹ Такође, могуће је било уговорити да неизвршење обавезе претвара повериочеву фактичку власт у правну, државину или притежање у својину. Такав неформални споразум који се по правилу закључивао у тренутку заснивања пигнуса, звао се *lex commissoria*, или комисорна клаузула.³² Међутим, пигнус није отклонио другу рђаву страну фидуције – лишавање дужника државине на заложеној ствари. На тај начин он је био онемогућен да ствар употребљава, да извлачи користи из ње, те да на тај начин и исплати дуг. Наведени недостаци, условљавали су потребу за развојем бездржавинских облика залогa.

Хипотека (*hypotheca*) се у Риму развила под утицајем грчког права, и првобитно се односила на залагање пољопривредног земљишта. Представљала је

³⁰ Обрад Станојевић, *Римско право*, Београд 1999, 218.

³¹ Милош Живковић, *Аксесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010, 22.

³² О. Станојевић, 220.

залагање ствари без државине, а настајала на основу споразум тестаментa или закона. Како се начело специјалности, доследно није примењивало, хипотека је могла настати на целокупној имовини дужника. Занимљиво је напоменути да се у погледу предмета није правила суштинска разлика између пигнуса и хипотеке. Наиме, оба облика заложног права могла су бити заснована и на покретним и на непокретним стварима, те се једина разлика заснивала на преносу државине на заложеној ствари. Ради заштите хипотеке постојала су правна средства, најпре *interdictum Salvianum*, које се користила против дужника који је одбија да преда ствар, а затим и *actio Serviana*, која је могла бити усмерена против сваког трећег лица код којег се нађе заложена ствар. Наведена тужба је проширена на све облике бездржавинске залогe, а у Јустинијановој кодификацији се помиње под именом *actio hipothecaria*. Један од суштинских недостатака римске хипотеке, представљао је недостатак јавности, а као последица неразвијеног система вођења и публикавања права на непокретностима. Савесни стицаоци предмета хипотеке се нису могли упознати са теретима на непокретности, што је у пракси стварало доста потешкоћа. Темељи савременог хипотекарног права установљавају се тек у позном добу римског царства увођењем јавних регистара у правни систем.

У новијој историји, заложно право, посебно хипотека као средство обезбеђења доживљава пуну афирмацију тек развојем тржишне привреде. У социјалистичким земљама, због нарочитог регулисања кредитног система, те постојања државне својине као доминантног облика власништва, хипотека није имала велики значај, и користила се пре свега за обезбеђење личних дуговања.³³ Од потпуне маргинализације у периоду државног интервенционизма у привреди, хипотека као средство обезбеђења доживљава ренесансу тек развојем савремених тржишних односа, и представља неизоставан елемент функционисања кредитног система.

1.3 Позитивна законска регулатива у Републици Србији

И поред чињенице да заложно право представља јединствен правни институт, у позитивном праву Србије, није регулисано једним законом. Тако,

³³ Више о томе: А. Гамс (1980), 135.

Закон о облигационим односима регулише ручну залогу.³⁴ За регистровану залогу на покретним стварима релевантне су одредбе Закона о заложном праву о покретним стварима уписаним у регистар.³⁵ До доношења ЗХ, на заложно право на непокретним стварима примењивале су се одредбе ЗОСПО. Поред наведених, можемо рећи изворних, прописа нормативни оквир заложног права одређује и Закон о извршењу и обезбеђењу³⁶, којим је регулисан судски поступак намирења, као и заложно право које настаје у поступку обезбеђења. Закон о јавном бележничтву,³⁷ између осталог, уређује поступак услове за настанак уговора о хипотеци и заложне изјаве, као основа за упис хипотеке. Закон о стечају,³⁸ регулише поступак различног намирења заложног повериоца. Законом о државном премеру и катастру³⁹ утврђује се начин уписа права на непокретностима. За заложна права на бродовима релевантан је Закон о трговачком бродарству.⁴⁰

1.4 Начела заложног права

Начела заложног права посматрамо као опште смернице, односно принципе који опредељују карактер овог појма. Представљају путоказе у поступку примене општих норми на појединачне случајеве, који се руководе циљем и сврхом сложене структуре заложног права. И поред чињенице да између посебних облика заложног права постоји низ разлика, одређена општа правила својствена су ручној залози, хипотеци, регистрованој залози, те се могу подвести као заједнички именовани поменутих, и потврдити свој статус начела заложног права. То су: начело акцесорности, начело официјелности, начело специјалности, начело недељивости, начело јавности и начело приоритета.

³⁴ Закон о облигационим односима - ЗОО, *Службени лист СФРЈ*, бр. 29/78, 31/93, *Сл. Гласник РС*, бр. 17/93 и 3/96, чл. 966-996.

³⁵ Закон о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар - ЗЗПП, *Службени гласник РС*, бр. 57/03, 61/05, 64/06 и 99/11.

³⁶ Закон о извршењу и обезбеђењу - ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 99/2011-др.закон, 109/2013-ОУС, 55/2014 и 139/2014.

³⁷ Закон о јавном бележничтву – ЗЈБ, *Сл. гласник РС*, бр. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014-др. закон, 93/2014-др. Закон, 121/2014 и 6/2015.

³⁸ Закон о стечају – ЗС, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009, 99/2011-др.закон, 71/2012-ОУС и 83/2014.

³⁹ Закон о државном премеру и катастру, ЗДПК - *Сл. гласник РС*, бр.72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015-ОУС и 96/2015.

⁴⁰ Закон о трговачком бродарству, *Сл. гласник РС*, бр. 96/2015.

1.4.1 Начело акцесорности

Акцесорност, односно зависност је фундаментално начело заложног права, које произилази из његове основне, обезбеђујуће функције. Основна сврха заложног права јесте да обезбеди потраживање из облигационог односа, те отуда право залог не може настати ако претходно нема потраживања које се има обезбедити. Начело акцесорности значи да је право залог споредно, односно зависно од облигационог права као главног. У правној теорији постоји доста дефиниција акцесорности. Најпотпунијом сматрамо дефиницију према којој акцесорност представља непосредну и на самом закону засновану зависност једног права, које се назива акцесорним или зависним, од другог права, које се назива главним, при чему је циљ акцесорног права реализација циља главног права.⁴¹ Заложно право, дакле прати судбину обезбеђеног облигационог права. Његово постојање зависи од постојања и пуноважности права потраживања.⁴² Стога, уколико је потраживање које се има обезбедити ништаво, заложно право ће такође бити ништаво. Ако је потраживање рушљиво – поништењем потраживања престаје и заложно право. Несамосталност залог условљава одређену „везу“ са потраживањем и одређене последице у фази настанка, трајања, преноса, реализације и престанка залог.⁴³

Најзначајнија одступања од начела акцесорности представљају заснивање заложног права ради обезбеђења будућег, условног и застарелог потраживања, те обезбеђења споредних трошкова наплате, и располагање неисписаном хипотеком.

Код обезбеђења будућег и условног потраживања долази до одступања од начела акцесорности, обзиром да у тренутку заснивања заложног права не постоји потраживање које се обезбеђује. Доследном применом начела акцесорности, заложно право не би могло настати пре потраживања. Међутим, економски разлози намећу потребу за ублажавањем овог начела. Тако, изузетак од поменутог начела постоји код обезбеђења уговора о кредиту, као *кредитна залога*. Наиме, закључење уговора о кредиту, банке као велики повериоци, најчешће условљавају постојањем средства које би обезбедило уредно испуњење обавеза из уговора који

⁴¹ М. Живковић (2010), 47.

⁴² О. Станковић, М. Орлић, 240.

⁴³ Мирослав Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш 2009, 57.

још није ни закључен. Уколико ова средства не би постојала, ради смањења ризика, поверилац би посезао за средствима који би његов положај учинили сигурнијим (нпр. веће каматне стопе), а што би учинило кредит мање приступачним. У овом случају, заложно право обезбеђује потраживање које још није ни настало или можда неће ни настати. Обзиром да у тренутку настанка заложног права, потраживање не постоји, по правилу се у регистар уписује максималан износ оптерећења непокретности, како би се потраживање учинило одредљивим. У погледу правног дејства залог, до настанка обезбеђеног потраживања постоје различита мишљења.⁴⁴ Најинтересантнијим нам се чини став Адолфа Екснера, који залог за будуће и условно потраживање назива „неразвијеном залогом“, којом се ствара „ембрионски заложни однос“, са потенцијалом да прерасте у готово заложно право.⁴⁵ Обезбеђујућу сврху заложног права сматрамо доминантном у односу на сврху прибављања кредита, које се темељи на економским, а не правним разлозима. Стога, док обезбеђено потраживање не нестане, заложно право нема шта да обезбеди, те се може сматрати „неразвијеним“. Тек настанком потраживања оно еволуира и добија пуни правни капацитет, и оправдава своју суштину.

Последице које застарелост главног потраживања производи на заложно право, обично се у теорији наводе као изузетак од начела акцесорности. Међутим, у овом случају одступање је у толикој мери ублажено, да оправдано можемо поставити питање, да ли га у опште и има. Ово стога, што застарелошћу потраживање не престаје, већ само право повериоца да захтева принудно испуњење. Тако у случају застарелости главног потраживања, заложно право не престаје, јер ни потраживање није престало (доследна примена акцесорности). Ипак, застарелост потраживања производи одређене последице заложно-правни однос. Наиме, постојање заложног права и даље пружа повлашћен положај повериоцу застарелог потраживања. Према ЗОО: „кад протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи. Међутим, застарела потраживања камата и

⁴⁴ Више о томе: М. Живковић (2010), 56 и даље.

⁴⁵ Adolf Exner, Kritik des Pfandrechtsbegriffes nach römischem Recht, према М. Живковић (2010), 59.

других повремених давања не могу се намирити ни из оптерећене ствари“.⁴⁶ Наведено решење представља санкцију за повериоца који је пропустио да захтева намирење свог потраживања пре наступања застарелости.

Према члану 7 став 2 ЗХ, потраживање обезбеђено хипотеком обухвата, поред главнице и трошкове наплате. Стога износ који заложни поверилац остварује реализацијом хипотеке, може бити и већи од износа обезбеђеног потраживања. Наведено решење, представља одступање од начела акцесорности, а објашњава се обезбеђујућом сврхом хипотеке, чији је циљ да заложног повериоца доведе у правни положај у којем би се налазио да је његов дуг намирен на дан доспелости.

Најзад, као изузетак од начела акцесорности наводимо установу својинске хипотеке, односно хипотеке на сопственој непокретности. Наиме, правило је да заложно право престаје консолидацијом, тј. када хипотекарни поверилац постане власник оптерећене непокретности.⁴⁷ Међутим, до престанка долази тек кад се изврши испис хипотеке из јавних књига. Стога, уколико хипотекарни поверилац стекне право својине на непокретности (нпр. куповином, наслеђем), а не тражи испис хипотеке она ће и даље постојати, и поред чињенице да се потраживање може угасити. Хипотека сада припада власнику некретнине и то за њега ствара могућност да то искористи како би осигурао неко друго потраживање.⁴⁸ Стога, ако сопственик хоће да тражи нови кредит, он може повериоцу дати, као обезбеђење, овакву неугашену хипотеку и уступити му заложно право на непокретности са оним редом првенства који је он сам имао.⁴⁹

1.4.2 Начело официјелности

Уколико дужник не измири дуг о доспелости, заложни поверилац се може намирити из вредности заложене ствари. Међутим, према начелу официјелности то може учинити једино у судском поступку, тј. путем јавне продаје. Начело је установљено у интересу дужника, односно власника заложене ствари, а циљ је да

⁴⁶ Чл. 368 ЗОО.

⁴⁷ Чл. 50, ст. 2 ЗХ.

⁴⁸ Душко Медић: "Акцесорност заложног права у Републици Српској" *Годишњак факултета правних наука-Апекрон* 5/2015, 34.

⁴⁹ О. Станковић, М. Орлић, 241.

наведена лица заштити од евентуалне арбитражности у поступку реализације заложног права. Доследном применом начела официјелности, забрањена је комисорна клаузула (*lex commissoria*). Реч је о одредби којом би се уговорило да ће заложни поверилац постати власник заложене ствари уколико дужник не измири дуг о доспелости, односно клаузула да ће у том случају поверилац моћи по унапред одређеној цени продати ствар која је предмет залогe или је задржати за себе (Марцијанов пакт).⁵⁰

Суштина, забране комисорне клаузуле лежи у томе да је често вредност заложене ствари већа од висине обезбеђеног потраживања, те да би на тај начин дужник био оштећен. Међутим, у тренутку доспелости обезбеђеног потраживања дозвољено је уговорити прелазак права својине на предмету залогe.⁵¹ Сходно томе, поставља се питање због чега је тренутак доспелости обезбеђеног потраживања пресудан у погледу дозвољености комисорне клаузуле. Разлог лежи у природи положаја дужника, који се по правилу до овог тренутка налази у стању економске нужде. Њему је новац потребан, те пристаје и на одредбе које су по њега неповољне, што га доводи у неравноправан преговарачки положај. Збрана уговарања комисорне клаузуле, у нашем позитивном праву прописана је за ручну залогу, регистровану залогу и хипотеку. Изузетак представља одредба члана 27 ЗЗПП, у случају када залогодавац има својство привредног субјекта.⁵² Законодавац је вероватно стао на становиште да прописивање посебне заштите за привредне субјекте није неопходно, обзиром да је по правилу реч о лицима која поседују одређена стручна знања, као и одговарајући ниво материјалне самосталности.

Марцијанов пакт се у нашој доктрини схвата као овлашћење заложног повериоца да може да по унапред одређеној цени задржи ствар за себе или да је вансудски прода.⁵³ Забрана наведене одредбе темељи се такође заштитим интереса дужника. Међутим, за разлику од комисорне клаузуле, интереси дужника у овом случају нису у истој мери погођени, обзиром да заложни поверилац има обавезу да исплати разлику између цене добијене продајом заложене ствари и висине

⁵⁰ Вид. чл. 973 ЗОО.

⁵¹ Вид. чл. 27 ЗХ, чл. 28, ст. 2 ЗЗПП.

⁵² Вид. чл. 27 ЗЗПП.

⁵³ Д. Хибер, М. Живковић, 127.

обезбеђеног потраживања. Марцијанов пакт је најдоследније забрањен код хипотеке.⁵⁴ Прописи који регулишу ручну залогу и регистровану залогу, такође забрањују наведену одредбу, али уз одређене изузетке.⁵⁵

Сходно, наведеном можемо закључити да начело официјелности трпи бројне изузетке. Разлог за то лежи, не у правним већ економским потребама брже реализације заложног права, што се оправдава задовољењем динамичних потреба савремене привреде. Уз то, поменимо да ЗХ потпуно искључује начело официјелности, (о чему ће више бити речи у делу који се односи на хипотеку), што наводи на закључак да је значај овог начела у савременом праву доста умањен.

1.4.3 Начело специјалности

Начело специјалности развија се у модерном праву, као потреба за прецизношћу и одређеношћу у оквиру заложноправног односа. Римско право није познавало наведено начело, а као резултат тога предмет залогe је могла бити целокупна дужникова имовина (генерална хипотека), што је у пракси стварало проблеме како за дужника, тако и за његове повериоце. Начело специјалности се испољава кроз одређеност потраживања, с једне, и одређеност заложене ствари, с друге стране. У том смислу, заложним правом се може обезбедити потраживање повериоца које је прецизно одређено. Заложно право може настати на тачно одређеној ствари или праву, никако на свим стварима или правима заложног дужника. Суштина заложног права и јесте у изузимању заложене ствари из судбине преостале имовине дужника.⁵⁶

Изузетак од начела специјалности, односно одређености у погледу потраживања постоји код ручне залогe. Тако, ЗОО прописује следеће: „залога којом је обезбеђено испуњење неке обавезе протеже се и на уговорне обавезе које би настале између залогопримца и залогодавца после закључења уговора о залози,

⁵⁴ Вид. чл. 13 ЗХ.

⁵⁵ Вид. чл. 973 ЗОО, чл. 28 ЗЗПП.

⁵⁶ Илија Бабић, *Стварно право*, Београд 2012, 268.

а које би доспеле за исплату пре намирења обавезе за чије је обезбеђење залога дата“.⁵⁷

Проширивање предмета заложног права, самим тим и одступање од начела специјалности предвиђа и ЗХ. Сходно принципу екстензивности хипотеке хипотека обухвата, поред непокретности и природне плодове који нису одвојени, припатке, као и сва побољшања и повећања вредности непокретне ствари насталих након заснивања хипотеке.⁵⁸ Такође, на недовољну одређеност предмета, наилазимо и код регистроване залогe. У одређеним случајевима, предмет залогe може бити и збир покретних ствари.⁵⁹ Код залагања генерично одређених ствари,⁶⁰ начело специјалности је ипак очувано. Чак и кад се залажу генерично одређене ствари, границе оптерећеног добра постоје, као својеврстан оквир у коме поверилац има право првенственог намирења.⁶¹

1.4.4 Начело недељивости

Заложно право је недељиво: у погледу потраживања које је обезбеђено залогом (залога обезбеђује цело потраживање); у погледу заложене ствари (цела заложена ствар обезбеђује потраживање).⁶² Отуда, уколико дужник делимично испуни обезбеђено потраживање заложно право и даље остаје, у истом обиму као и пре, све до исплате дуга - у целости. Другим речима, делимично испуњење дужникове обавезе не доводи „аутоматски“ до пропорционалног смањења заложног права и права да се један део заложених ствари „ослободи“ залогe као непотребног терета.⁶³ Наведено правило важи, невезано од тога да ли је предмет залогe дељива или недељива ствар или више ствари. С друге стране, уколико дође до физичке деобе предмета залогe, заложно право наставља да оптерећује све њене делове. Принцип недељивости правда се, пре свега, потребама заштите интереса повериоца, и обезбеђујућом функцијом заложног права, у смислу да оно остаје као средство притиска на дужника све до измирења целокупног

⁵⁷ Чл. 972 ЗОО.

⁵⁸ Вид. чл. 5 ЗХ.

⁵⁹ Вид. чл. 9, ст. 3 ЗЗПП.

⁶⁰ Вид. чл. 9, ст. 2 ЗЗПП.

⁶¹ Ненад Тешић: „О предмету заложног права“, *Правни живот* 10/2003, 123.

⁶² О. Станковић, М. Орлић, 245.

⁶³ М. Лазич (2009), 63.

потраживања. Међутим, сматрамо да би према начелу акцесорности, заложно право требало да „кореспондира“ са висином обезбеђеног потраживања. Тако, како се хипотека проширује на сва побољшања и повећања вредности непокретности, сматрамо да би се и умањење обезбеђеног потраживања имало прилагодити и на заложно право, уколико се на тај начин може сачувати његова обезбеђујућа сврха. Функција залогe и њена акцесорност захтевају да се она прилагођава не само проширењу већ и смањењу тражбине.⁶⁴ Код залога које публицитет остварују уписом у регистар, сматрамо оправданим став према којем би требало дозволити регистрацију смањења обезбеђеног потраживања. Илустрације ради, наводимо сликовит пример из поменуте монографије проф. Драгора Хиберa и проф. Милоша Живковића, у којем постоји уписана хипотека од сто милиона динара главнице са каматом, а дужник је исплатио 97 милиона главнице. Хипотекарни поверилац у том случају може из вредности непокретности да наплати само три милиона динара главнице са каматом и трошковима, а лица која се информишу о правној ситуацији оптерећене непокретности, рецимо банка која разматра захтев за одобрење кредита власнику уз упис хипотеке другог реда првенства, из јавне књиге добијају податак да је оптерећење многоструко веће.⁶⁵ Међутим, сасвим је оправдано очекивати да се свако смањење обезбеђеног потраживања не може евидентирати. Стога, да не би било превише арбитрености и честих захтева, законодавац треба да одреди да се примена ових правила допушта тек након отплате одређеног дела дуга, нпр. 25%, 50% и 75% главнице дуга.⁶⁶

2 ВРСТЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА ПРЕМА ОСНОВУ НАСТАНКА

2.1 Заложно право на основу правног посла

Најчешћи начин основ настанка заложног права је правни посао. То је, по правилу двострани правни посао, односно уговор. Међутим, као што ћемо видети, хипотека често настаје на основу једностране изјаве воље – заложне изјаве. ЗОО дефинише уговор о залози на следећи начин: „уговором о залози обавезује се

⁶⁴ *Ibid.*, 64.

⁶⁵ Вид. М. Живковић, у Д. Хибер, М. Живковић, 106.

⁶⁶ М. Лазих (2009), 65.

дужник или неко трећи (залогодавац) према повериоцу (залогопримцу) да му преда неку покретну ствар на којој постоји право својине да би се пре осталих поверилаца могао наплатити из њене вредности, ако му потраживање не буде исплаћено о доспелости, а поверилац се обавезује да примљену ствар чува и по престанку свог потраживања врати неоштећену залогодавцу“.⁶⁷ Уговор је само правни основ настанка заложног права (*iustus titulus*), док се само право стиче предајом ствари (*modus acquirendi*). Слично је и код регистроване залогe.⁶⁸ Наведени уговор мора бити у писменој форми. Обзиром да је реч о бездржавинској залози *modus acquirendi* је упис у регистар залогe. Заложно право на непокретним стварима, на основу правног посла, настаје уписом у јавне књиге. Упис, дакле има конститутивно дејство. Наведени став, прихваћен је у већини европско континенталних правних система. Супротно од овог, у француском праву за настанак хипотеке довољно је постојање само пуноважног правног основа.⁶⁹ Правни посао - уговор о хипотеци, односно заложна изјава се сачињавају у форми јавнобележничког записа или солемнизоване исправе.⁷⁰ Могуће је, додуше ређе, да хипотека настане на основу тестаментa, као једностраног правног посла. Наследник наслеђује непокретност, која је вољом оставиоца оптерећена заложним правом, ради обезбеђења неког потраживања.

У сваком случају, моменат настанка заложног права на основу правног посла је тренутак предаје ствари код ручне залогe, односно тренутак уписа у одговарајуће регистре код регистроване залогe и хипотеке.

2.2 Судско заложно право

Судско заложно право, у зависности од тога да ли је за његов настанак потребна сагласност залогодавца можемо поделити на споразумно, односно добровољно и принудно. У сваком случају за настанак залогe неопходни су правни основ (у овом случају одлука суда) и начин стицања.

⁶⁷ Чл. 966 ЗОО.

⁶⁸ Вид. чл. 2 ЗЗПП.

⁶⁹ Француски грађански законик, чл. 2117.

⁷⁰ Вид. чл. 85 и 93 ЗЈБ.

2.2.1 Споразумно судско založno право

Споразумно судско založno право⁷¹ настаје у поступку обезбеђења, може бити засновано само пред судом.⁷² Наведеним средством може се обезбедити само новчано потраживање. Такође, предмет залогe могу бити само ствари – покретне и непокретне, дакле, не и права.

Закон о извршењу и обезбеђењу правила о споразумном судском zaloжном праву конципира у делу који се односи на средства обезбеђења. Према наведеном закону ради обезбеђења новчаног потраживања zaloжно право се може конституисати на предлог повериоца и дужника.⁷³

У сваком случају, било да је реч о покретним или непокретним стварима, потписаном споразуму странака даје се ауторитет судског поравнања, те исто представља правни основ за стицање zaloжног права. Када је реч о начину стицања, неспорно је да је то сам упис у јавне књиге, који се врши на основу наведеног споразума, код непокретних ствари. Међутим, код покретних ствари законски текст остаје недоречен, обзиром да није јасно да ли се zaloжно право стиче пописом ствари или уписом споразума у одговарајући регистар, као код регистроване залогe.⁷⁴ Услед изостанка прецизнијих законских одредби, сматрамо да има места аналогној примени правила о принудном судском zaloжном праву према којима „на основу записника о попису, на пописаним стварима извршни поверилац стиче право уписа zaloжног права“.⁷⁵ Дакле, у случају споразумног судског zaloжног права на покретним стварима, упис споразума у одговарајући регистар је начин стицања залогe, с тим што би се приликом регистрације уз споразум морао поднети и записник о попису покретних ствари. Ово стога што се покретне ствари које су предмет залогe могу једино индивидуализовати и

⁷¹ У литератури се помиње и назив уговорно-судско zaloжно право (Вид. М. Живковић, у Д. Хибер, М. Живковић, 106). Међутим, сматрамо да је адекватније користити термин „споразумно“, јер се наведени облик не темељи ни на каквом уговору, већ на одлуци коју суд доноси по иницијативи странака.

⁷² Закон о извршењу и обезбеђењу прописује искључиву судску надлежност у поступку стицања zaloжног права на основу споразума странака. Дакле, пред извршитељем странке не би могле закључити овакав споразум. Наведени споразум, са истим дејством могуће је закључити пред јавним бележником.

⁷³ Вид. чл. 267 ЗИО и чл. 429 нови ЗИО.

⁷⁴ Чл. 267, ст. 3 ЗИО.

⁷⁵ Вид. чл. 87, ст. 1 ЗИО.

одвојити од остатка дужникове имовине на овај начин, а што је неопходно као последица начела специјалности заложног права.

За наше истраживање посебно је интересантно споразумно судско заложно право на непокретним стварима, односно извршна судска хипотека. Иста се заснива на споразуму странака - хипотекарног повериоца и дужника, односно власника хипотековане непокретности, сачињеним пред судом. Уведена је у правни систем тадашње СФРЈ, 1990. године изменама и допунама Закона о извршном поступку из 1978. године. Од тада представља један о најчешће коришћених основа за стицање хипотеке. Данас, се у пракси ређе користи. Разлог томе треба тражити у увођењу извршне вансудске хипотеке, односно у тенденцијама изједначавања судског и вансудског поступка реализације заложног права, о чему ће бити речи касније.

Суштина извршне судске хипотеке лежи у чињеници да споразум странака, који сачињава суд у облику записника, има снагу судског поравнања, те се за реализацију ове хипотеке не тражи претходно вођење парничног поступка против дужника, по хипотекарној тужби. Извршна судска хипотека је непосредно извршива, представља извршну исправу на основу које се може покренути поступак извршења. Дакле, споразум странака представља само основ за стицање заложног права док се само заложно право стиче уписом споразума у регистар. Упис заложног права врши суд по службеној дужности, достављањем споразума органу који води евиденцију права на непокретностима.

Са истим дејством странке могу пред јавним бележником закључити споразум о постојању новчаног потраживања и времену његовог доспећа.⁷⁶ И поравнање закључено пред јавним бележником изједначено је са судским поравнањем, те представља извршну исправу. У поступку закључивања, јавни бележник има положај као и судија пред којим се води спор које странке желе окончати судском поравнањем. Он одлучује о дозвољености поравнања. Јавни бележник је дужан да укаже странкама на суштину и последице правног посла.

⁷⁶ Чл. 88 ЗЈБ.

2.2.2 Принудно судско заложно право

Принудним судским заложним правом у поступку обезбеђења може се осигурати само испуњење новчаног потраживања. Предмет залогe, као и у случају судског споразумног заложног права могу бити само покретне и непокретне ствари. ЗИО у члановима 268-274 утврђује заснивање заложног права на основу извршне исправе, као једно од средстава обезбеђења. *Iustus titulus* настанка заложног права представља решење о обезбеђењу које се доноси на основу извршне исправе која гласи на новчано потраживања. Начин стицања код непокретних ствари је упис заложног права у јавну књигу. Код покретних ствари, у члану 273 ЗИО наводи се да се заложно право стиче пописом. Међутим, наведеном решењу може се упутити критика као и у случају споразумног судског заложног права. Наиме, сматрамо погрешним став да се заложно право стиче пописом. Попис, прецизније записник о попису би само уз донето решење о обезбеђењу, представљао правни основ за упис заложног права. У пракси се наведена мера обезбеђења веома ретко користи. Ово пре свега што се извршни поверилац који у рукама има извршну исправу подобну за извршење,⁷⁷ по правилу неће одредити само за заснивање заложног права, веће за покретање извршног поступка.

Када је реч о поступку извршења посебно ћемо анализирати заложно право на покретним и непокретним стварима. Према одредбама Закона о извршном поступку из 2004. године,⁷⁸ на пописаним покретним стварима извршни поверилац стицао је судску залогу моментом потписивања записник о попису, од стране судског извршитеља. Извршни суд је *ex officio* достављао копију записника о попису односно закључка о измени пописа Агенцији за привредне регистре. Сам упис је, дакле имао декларативни карактер обзиром да је његова улога била једино да трећа лица упозна са постојањем заложног права, које је настало моментом потписивања записника о попису, од стране судског извршитеља. За разлику од наведеног, на основу одредбе 87 ЗИО, записник о попису и процени представља само правни основ за стицање заложног права, које се дефинитивно

⁷⁷ У погледу питања да ли се ова мера обезбеђења може тражити на основу извршне исправе која није извршива, вид. Вид. М. Живковић, у Д. Хибер, М. Живковић, 48, ф. 96.

⁷⁸ Закон о извршном поступку – ЗИП, *Сл. гласник РС*, број 125/2004.

стиче уписом у регистар Агенције за привредне регистре. Упис је у диспозицији извршног повериоца, и има конститутивни карактер. Међутим, из записника о попису не могу се утврдити подаци о заложном повериоцу и заложном дужнику, и што је најважније подаци на основу којих би се идентификовало обезбеђено потраживање. Имајући у виду начело специјалности заложног права, потраживање које се обезбеђује мора бити одређено, односно индивидуализовано. С друге стране, према начелу акцесорности заложно право је зависно у односу на конкретно – одређено потраживање, те отуда постоји потреба за његовом јасном идентификацијом. Имајући у виду изнето, сам записник о попису није подобра исправа на основу које би се могао извршити упис заложног права. Међутим, и поред чињенице да то експлицитно није прописано⁷⁹, сматрамо да се уз записник о попису треба приложити и решење о извршењу, на основу којег је попис извршен. На овај начин би се искључила могућност нетачног приказивања чињеница приликом достављања наведених података. Да резимирамо, записник о попису и процени представља, само један део правног основа – други део је, решење о извршењу.

На непокретностима принудно судско заложно право стиче са на основу решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења. Упис решења о извршењу је прва извршна радња у спровођењу извршења коју спроводи суд по службеној дужности. Кад извршење спроводи извршитељ, он такође по службеној дужности врши упис закључка о спровођењу извршења на непокретности дужника. Забележбом решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења извршни поверилац стиче право на намирење, а које право се остварује само у конкретном извршном поступку, дакле у поступку који је покренут на основу његовог предлога. С друге стране, на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења извршни поверилац има право да захтева упис заложног права на непокретности дужника (судска хипотека) и тако постаје заложни извршни поверилац и обезбеђује своје потраживање и ако не успе да га намири у конкретном извршном поступку.⁸⁰

⁷⁹ Вид. чл. 87, ст. 1 ЗИО.

⁸⁰ Тако, на пример у случају обуставе конкретног извршног поступка.

Позитивни прописи раздвајају појмове заложног права и права на намирење које се стиче уписом решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења.⁸¹ Тако, забележбом решења о извршењу односно закључка о спровођењу извршења у јавну књигу успоставља се право извршног повериоца на намирење. Право на намирење је по свом дејству једна врста стварног права, блиско заложном праву на непокретности, а његово дејство се остварује у извршном поступку у коме настаје, траје и престаје.⁸² Међутим, право на намирење не производи дејство само у конкретном извршном поступку у којем је засновано. Извршни поверилац који је стекао право на намирење, има статус различног повериоца у стечајном поступку.⁸³

С тим у вези, потребно је разликовати појмове уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења, од уписа заложног права на непокретности. Радње у вези са уписом решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења спроводе се по службеној дужности достављањем надлежном органу који води регистар непокретности. С друге стране, упис заложног права на непокретности у диспозицији је извршног повериоца, и не представља обавезну радњу у поступку извршења на непокретности.

Имајући у виду наведено може се поставити питање каква је разлика у правном положају извршног повериоца који је уписао заложно право на непокретности (на основу решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења) у односу оног који није искористио наведену могућност?

Из члана 107 ЗИО произилази да извршни поверилац стиче уписом решења о извршењу, односно одговарајућег закључка извршитеља само *право на намирење* из предметне непокретности. Основна сврха наведеног права огледа се у могућности извршног повериоца да своје потраживање намири у ситуацији када треће лице, доцније постане власник те непокретне ствари.⁸⁴ Дакле, наведеним уписом извршни поверилац стиче *право следовања* да се наплати из вредности

⁸¹ Вид. чл. 107 ЗИО.

⁸² Јасна Стаменковић, Ивана Павловић, Мирјана Димитријевић, *Приручник за практичну примену закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 123.

⁸³ Вид. чл. 46, ст. 1 ЗС.

⁸⁴ Вид. чл. 107, ст. 3 ЗИО.

непокретне ствари без обзира у чијој својини се она буде нашла. У наведеном сегменту, право на намирење се изједначава са заложним правом. Међутим, уписом решења о извршењу, односно одговарајућег закључка извршитеља не стиче се *ipso facto* и заложно право. Према одредби раније важећег ЗИП-а: „извршни поверилац који је предложио извршење, а није раније стекао заложно право, стиче уписом решења о извршењу право да се из непокретности намири пре лица које је доцније стекло на тој непокретности заложно право или право на намирење“.⁸⁵ Дакле, право на намирење је сходно принципу *prior tempore potior iure*, имало првенство у односу на доцније настало заложно право и право на намирење. Важећи ЗИО не садржи наведену одредбу, што извршног повериоца који није искористио могућност уписа заложног права може довести незавидан положај. Наиме, одредбом члана 138 ЗИО прописано је: „да се по намирењу потраживања из члана 137, намирују: 1) потраживања обезбеђена заложним правом; 2) потраживања накнаде за личне службености и стварне терете који се продајом гасе, ако су настали пре покретања извршног поступка; 3) потраживања извршних поверилаца по чијем је предлогу одређено извршење“. Произилази закључак да потраживање обезбеђено заложним правом има првенство у намирењу у односу на потраживање извршног поверилаца по чијем је предлогу одређено извршење. Стога, могућа је ситуација да извршни поверилац који је стекао само право на намирење, нема првенство наплате у односу на извршног повериоца који је доцније стекао право на намирење али који је искористио могућност уписа заложног права. Илуструјмо наведено примером. Извршном повериоцу А је на основу решења о извршењу извршен одговарајући упис у катастар дана 01.03.2015. године, чиме стиче право на намирење из непокретности. Дана 10.03.2015. године, врши се упис решења о извршењу на истој непокретности у корист извршног повериоца Б, који при том користи право из члана 107 ЗИО и уписује заложно право. Приликом намирења из износа добијеног продајом непокретности извршни поверилац Б ће имати првенство и поред чињенице да је стекао право на намирење након извршног повериоца А. Такође, уколико је вредност непокретности мања од потраживања извршног повериоца Б, извршни поверилац А ће остати ненамирен. Наведено решење

⁸⁵ Чл. 102, ст. 3 ЗИП.

сматрамо неприхватљивим, обзиром да је у супротности са општим принципом *prior tempore potior iure*, и у крајњој линији са захтевом очувања правне сигурности. Ради превазилажења наведеног можемо понудити два решења. Прво, јасно „озакоњење“ становишта да се уписом решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења стиче залога на непокретној ствари, а не само право на намирење. Друго, решење ЗИП-а према којем извршни поверилац, стиче уписом решења о извршењу право да се из непокретне ствари намири пре лица које је касније конституисало на тој ствари залогу односно право на намирење. Вероватно увидевши наведену аномалију, законодавац се определио за друго решење. Тако према Закону о извршењу и обезбеђењу који ће ступити на снагу 01.07.2016. године,⁸⁶ „извршни поверилац који пре уписа забележбе решења о извршењу није стекао заложно право, стиче од уписа забележбе право да се намири пре сваког ко после тога стекне заложно право или право на намирење на непокретности“.⁸⁷

У доктрини владајући став,⁸⁸ је да се моментом уписа решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења у теретном листу има стећи заложно право на предметној непокретности.

На непокретним стварима које нису уписане у јавну књигу основ за стицање принудног судског заложног права је попис, или прецизније записник о попису. На овом месту упућујемо на излагања (изнета у делу принудног судског заложног права на покретним стварима) о немогућности да записник о попису, буде *titulus* без решења о извршењу. Отуда, само понављамо констатацију да записник о попису непокретности може бити правни основ настанка заложног права, али само уз решење о извршењу. Даље, према ЗИО записник о попису има својство уписа извршења и истиче се на судској огласној табли.⁸⁹ Наведену одредбу сматрамо недореченом, обзиром да се из ње не може утврдити да ли се право на намирење, односно заложно право стиче састављањем записника о

⁸⁶ Закон о извршењу и обезбеђењу – нови ЗИО, *Сл. гласник РС*, бр. 106/15, доступан на сајту: <http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/zakoni/2015/2851-15.pdf>

⁸⁷ Чл. 155, ст. 3 нови ЗИО.

⁸⁸ Вид. А. Гамс (1980), 137; О. Станковић, М. Орлић 236-237; Д. Медић (2013), 87; Д. Хибер, М. Живковић, 51; Боривоје Познић, Весна Ракић Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд 1999, 470 (право на намирење у извршном поступку се изједначава са судски заложним правом).

⁸⁹ Вид. чл. 144, ст. 5 ЗИО.

попису или објављивањем записника о попису на огласној табли суда.⁹⁰ Друго становиште сматрамо исправнијим.⁹¹ Ово из разлога што попис непокретности стиче публицитет објављивањем записника на огласној табли суда, и на тај начин производи дејство према свим трећим лицима која би евентуално, након тог објављивања стекла својину на непокретности. И ако закон то изричито не наводи, уз записник о попису непокретности на огласној табли суда треба објавити и решење о извршењу.⁹² Најзад, указаћемо на још једну законску недореченост. Наиме, према члану 144 став 5 ЗИО записник о попису има својство уписа извршења и истиче се на судској огласној табли.⁹³ Међутим, наведени закон, као што је већ речено, не изједначава упис решења о извршењу у катастар, са стицањем заложног права. Отуда, следи закључак да се истицањем записника о процени (заједно са решењем о извршењу) на огласној табли суда *ipso facto* не стиче заложно право, на неукњиженој непокретности.

На потраживању извршни поверилац конституише судску залогу „достављањем решења, односно закључка о заплени потраживања извршном дужнику“.⁹⁴ На акцијама, судско заложно право се стиче „уписом решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења у Централни регистар хартија од вредности, који по службеној дужности врши наведени упис“.⁹⁵

2.3 Законско заложно право

Законско заложно право издваја се по својој специфичности, јер правни основ црпи директно из закона. Најчешће настаје тренутком наступања чињеница предвиђених законом, тако да посебан начин стицања није потребан. Од осталих карактеристика ваљало би поменути још две. Прво, као и код принудног судског заложног права, за његов настанак није потребна сагласност дужника, односно власника заложене ствари. Друго, настанак законског заложног права често не

⁹⁰ Нови ЗИО, остаје доследан у непрецизности: „Записник о попису непокретности за коју се утврди да је у својини извршног дужника има дејство као упис забележбе решења о извршењу у катастар непокретности и објављује се на огласној табли Коморе“, чл. 210, ст. 3 нови ЗИО.

⁹¹ Супротно Милош Милошевић, *Приручник за извршитеље*, Београд 2012, 118. Према наведеном аутору основ стицања је записник, а *modus acquirendi* састављање записника.

⁹² Небојша Шаркић, Младен Николић, *Коментар закона о извршном поступку*, Београд 2008, 456.

⁹³ Остаје нејасно шта значи „значај уписа извршења“ (?). Претпостављамо да је жељена формулација била: „дејство уписа забележбе решења о извршењу“.

⁹⁴ Чл. 154 ЗИО.

⁹⁵ Чл. 194 ЗИО.

прати публицитет тако да оно може бити засновано и без предаје ствари у државину, без уписа у регистар залогe, односно регистар непокретности. У односу на уговорно заложно право, законско заложно право има првенство у намирењу. То подразумева да ће у евентуалном односу конкурентне наплате, повериоца који потражују по основу законског заложног права и поверилаца који потражују по основу уговорне залогe или уговорне хипотеке, законски заложни повериоци први намирити своје потраживање, а да ће они који се намирују по основу уговорног заложног права, доћи тек пошто се намире претходно наведени.⁹⁶ Укратко ћемо анализирати три најспецифичнија облика законског заложног права који се сусрећу код уговора у привреди, затим код обезбеђења потраживања државе ради наплате пореза и најзад привилегована потраживања у поступцима јавне продаје.

Код уговора у привреди законско заложно право јавља се као средство које има за циљ олакшавање одвијања привредно-правних послова, уводећи посебно обезбеђење за испуњење уговорних обавеза.⁹⁷ У нашем праву, законско заложно право имају повериоци из више уговора у привреди: превозиоци свих грана превоза робе, шпедитер, комисионар, трговински заступник, складиштар, вршилац контроле, банка као држалац сефа. Предмет законског заложног права је роба као телесна покретна ствар.⁹⁸ Законско заложно право из уговора у привреди има привилегован статус у односу на друга заложна права.⁹⁹ Међутим, како на једном предмету може постојати више законских заложних права, поставља се питање утврђивање њиховог редоследа. Према ЗОО: „кад поред заложног права превозиоца постоје на истој ствари истовремено заложна права комисионара, отпремника и складиштара, првенство наплате имају потраживања ма ког од ових

⁹⁶ Драгиња Вуксановић: „Специфичности у правној природи законског заложног права“, *Правни живот* 10/2005, 536.

⁹⁷ Више о законском заложном праву код уговора у привреди: З. Петровић, В. Козар, 81 и даље.

⁹⁸ Мирко Васиљевић: *Пословно право*, Београд 2006, 452.

⁹⁹ Чл. 33 ЗЗПП.

„Законско заложно право превозиоца, комисионара, отпремника и складиштара, настала отпремом или превозом ствари које су предмет залогe према закону којим се уређују облигациони односи, имају првенство у односу на заложно право уписано у Регистар залогe.

Законско заложно право посленика за потраживања награде за рад, накнаде за утрошени материјал и остала потраживања у вези са његовим радом, настала на основу уговора о делу из закона којим се уређују облигациони односи, има првенство у односу на заложна права уписана у Регистар залогe.“

поверилаца настала отпремом или превозом, и то обратно реду којим су настала“.¹⁰⁰

Заложно право државе ради обезбеђења потраживања наплате пореза, спада у најзначајније појавне облике овог облика залогa. Ово стога што, ради обезбеђења наведених потраживања држава за себе конституише заложно право најбољег ранга приликом наплате. Такође, настанак заложног права, по правилу није праћен публицитетом, што ствара несигурност у правном промету, слаби систем заложноправног обезбеђења, јер се за постојање заложног права не може сазнати увидом у јавне књиге. Тако, треће лице које хоће да купи непокретност (или да позајми новац сопственику) не може сазнати оно што је за њега најважније: колико износи потраживање обезбеђено законском хипотека и колико законских хипотека на непокретности (или поморском броду) постоји итд.¹⁰¹ Закон о пореском поступку и пореској администрацији од 26. новембра 2002. године,¹⁰² уводи новину прописујући обавезну регистрацију законског заложног права. Тако, према члану 87, став 7 законско заложно право у корист Републике установљава се уписом у одговарајући регистар. На тај начин проблеми у пракси резултирани изостанком публицитета били су елиминисани. С друге стране ЗХ изједначава законско заложно право, са уговорним и судским у погледу начина стицања, на тај начин што се упис у надлежни регистар прописује као *modus acquirendi* за све три облике залогa.¹⁰³ Дакле, законско заложно право државе ради обезбеђења потраживања наплате пореза не настаје аутоматски стицањем услова прописаних законом већ је потребно да се изврши и упис те чињенице као *modus acquirendi*. У том правцу изјашњава се и судска пракса:¹⁰⁴

„За стицање заложног права на одређеној непокретности није довољно да постоје услови за то, већ и да се изврши упис те чињенице.

Из образложења: Жалбени наводи у којима се истиче да је тужилац, подношењем захтева за укњижбу хипотеке на предметним непокретностима дана 17.3.2008.

¹⁰⁰ Чл. 680 ЗОО.

¹⁰¹ О. Станковић, М. Орлић, 238.

¹⁰² Закон о пореском поступку и пореској администрацији – ЗППА, *Сл. гласник РС*, број 80/2002, последње измене у бр. 112/2015.

¹⁰³ Вид. чл. 8 ЗХ.

¹⁰⁴ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 12930/2010 од 19. октобра 2011. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

године, а који је од стране Републичког геодетског завода - Службе за катастар непокретности Комисије за излагање података о непокретностима и правима на њима усвојен и донето решење 30.12.2008. године, стекао услове да му се призна статус хипотекарног повериоца, нису основани. Ово стога што се, испуњењем одређених услова, па ни оних које тужилац наводи, не стиче заложно право на непокретностима, већ, сходно члану 8 Закона о хипотеци и члану 60 став 1 Закона, самим уписом, који има конститутивно дејство.

Не може се прихватити жалбени навод да се ради о законској хипотеци, која настаје тренутком испуњености услова, те да је то дан доношења решења пореског органа, којим се налаже Републичком геодетском заводу да изврши упис заложног права. У прилог томе говори одредба члана 87 став 7 ЗПППА, која јасно прописује да се законско заложно право у корист Републике установљава уписом у одговарајући регистар, а на то несумњиво упућује и члан 8 Закона о хипотеци, који каже да хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности“.

Најзад, међу законска заложна права убрајају се и привилегована потраживања која се намирују поступку јавне продаје. Тако, ЗИО¹⁰⁵ и ЗХ¹⁰⁶ прописују приоритетно намирење одређених потраживања приликом расподеле средстава добијених продајом непокретности. Међутим, према нашем мишљењу наведена привилегована потраживања не би се могла подвести под појам законског заложног права. Сматрамо исправнијим став који их карактерише као законска права намирења која у себи не садрже овлашћење да се захтева намирење из неке ствари већ само овлашћење да се, кад неко други захтева намирење, у том поступку намире и њихови имаоци.¹⁰⁷ Као аргумент за наведено истичемо начело специјалности заложног права према којем залога може постојати на само на одређеној ствари. Предмет залоге, дакле мора бити прецизно одређен. Тачно је да се привилегована потраживања, односе на *одређену ствар* у поступку продаје, али са друге стране, она оптерећују *сваку ствар* дужника која наведеној продаји изложи. Такође, привилегованим потраживањима недостаје

¹⁰⁵ Вид. чл. 137 ЗИО.

¹⁰⁶ Вид. чл. 41 ЗХ.

¹⁰⁷ Nikola Gavella, *Stvarno pravo, Svezak drugi*, Zagreb 2007, 295, ф. 471, према: Д. Хибер, М. Живковић, 58, ф. 135.

начин стицања, као један од два есенцијална елемента настанка заложног права.¹⁰⁸ Најзад привилегована потраживања дају свом имаоцу право првенствене наплате, на одређеним стварима, али се она не наплаћују увек из тих ствари, већ само када се налазе у својини дужника. Обзиром да не прате ствар као такву, већ су везана за власника ствари, немају право следовања. Сходно изнетом, привилегована потраживања можемо посматрати као одвојени институт, установљен у циљу обезбеђења потраживања.

3 ЗАЛОЖНО ПРАВО НА ПОКРЕТНИМ СТВАРИМА И ПРАВИМА

Критеријум према којем је извршена подела заложног права у претходном делу био је основ настанка. У наставку ће бити анализирани основне посебних облика заложног који за предмет имају покретну ствар – ручна залога и регистрована залога, као и заложно право које се конституише на праву. Хипотека као заложно право на непокретности, имајући у виду предмет истраживања, биће детаљно анализирана у посебном поглављу.

3.1 Ручна залога

3.1.1 Појам и особине уговора о залози

Специфичност ручне залоге као заложног права на покретној ствари, јесте да иста настаје предајом ствари у државину заложном повериоцу. Дакле *modus acquirendi* је увек предаја ствари заложном повериоцу, док правни основ може бити различит. Најчешће је то уговор. Отуда је и сам институт ручне залоге регулисан одредбама ЗОО.¹⁰⁹ Залогопримац је увек поверилац потраживања које се залогом обезбеђује. Залогодавац је по правилу дужник потраживања које се обезбеђује, али то може бити и треће лице ван облигационог односа које залаже сопствену ствар ради обезбеђења туђег дуга. Закључењем уговора о залози успоставља се обавеза за дужника, односно за треће лице да преда ствар залогопримцу (заложном повериоцу).

¹⁰⁸ Вид. чл. 8 ЗХ, који предвиђа упис у регистар као конститутиван елемент код уговорне, једностране, законске и судске хипотеке; чл. 4 ЗЗПП; чл. 968 ЗОО.

¹⁰⁹ Заправо, прецизније би био рећи су Законом о облигационим односима регулисани правни односи који настају поводом закључења уговора о залози. Наведено, свакако не умањује стварноправни карактер ручне залоге.

Сама чињеница да уговор о залози спада у именоване уговоре, упућује на важност и значај који остварује у правном промету. Имајући у виду да је законом регулисан, будуће стране у уговору су ослобођене од обавезе да своје односе прецизно регулишу. Довољно је да постигну споразум о есенцијалним елементима уговора, док ће се на остале правне односе који настају, примењивати одговарајуће законске одредбе. Међутим, ручна залога нема толики значај у савременом пословању, као рецимо регистрована залога. Државинске залогe, начелно имају мањи значај од бездржавинских, пре свега због тога што најчешће привредно „умртвљују“ предмет залогe – залогодавац не може да га користи јер неме државину, а залогопримац нема право да га употребљава (осим ако се не уговори антихреза), тако да је државинско заложно право сасвим неадекватно за предмете чија се намена састоји у њиховом привредном искоришћавању.¹¹⁰

Уговор о залози је консесуалан, који се закључује тренутком прихватања понуде, дакле без предаје ствари. Даље, уговор о залози је несамосталан, акцесоран уговор који не може егзистирати самостално, већ искључиво уколико постоји други - главни уговор (најчешће, уговор о кредиту, уговор о зајму, итд.). Код уговора о залози врши се узајамна размена чинидби, што га сврстава у двострано обавезне уговоре. За обе стране у уговору настају узајамна права и обавезе. Најзад, реч је о уговору *intuitu personae*, који се закључује обзиром на лична, својства уговорних страна.

Међутим, ручна залога може настати и без сагласности странака наступањем чињеница предвиђених законом. Реч је о законском заложном праву које се сусреће код уговора у привреди. Тако на пример, код уговора о делу,¹¹¹ уговора о превозу,¹¹² итд.

Судска бездржавинска залога на покретним стварима не постоји. Наиме, прихватимо став да је претпоставка ручне залогe чињеница да се заложена ствар не налази у рукама залогодавца.¹¹³ У поступку извршења, приликом заснивања принудног судског заложног права, покретне ствари које се попиши, по правилу

¹¹⁰ Д. Хибер, М. Живковић, 65.

¹¹¹ Вид. чл. 628 ЗОО.

¹¹² Вид. чл. 679 ЗОО.

¹¹³ Вид. О. Станковић, М. Орлић, 246.

се остављају на чување извршном дужнику.¹¹⁴ Споразумно судско заложно право на покретним стварима, као што је већ било речи, заснива се уписом у регистар, на основу решења о извршењу и записника о попису. Извршен попис покретних ствари и поступку обезбеђења, такође не лишава извршног дужника искључиве државине на заложеној ствари.¹¹⁵

Имајући у виду наведено, према основу настанка можемо разликовати уговорну и законску ручну залогу, док се судска залога покретних ствари јавља као посебан облик регистроване залоге.

3.1.2 Предмет ручне залогe

Предмет ручне залогe може бити само покретна, индивидуално одређена и непотрошна ствар на којој постоји право својине.

Међутим ни све покретне ствари не могу бити предмет ручне залогe. Тако, покретне ствари на којима се настанак, промена и престанак стварних права региструје, предмет су посебних облика залогe.

Захтев да ствар буде индивидуално одређена произилази из потребе да се ствар преда заложном повериоцу. Само ствар која је одређена, и на тај начин издвојена од осталих залогодавчевих ствари се може предати.

Начелно, предмет ручне залогe је непотрошна ствар. Изузетно, уговорне стране могу уговорити да предмет залогe буде потрошна ствар на којој ће поверилац стећи право својине, уз обавезу да, по исплати дуга, врати исту врсту и количину ствари. То је случај тзв. ирегуларне залогe (*pignus irregulare*). У доктрини се наведена конструкција сматра дозвољеном, али се сматра да није реч о залози већ о посебном уговорном односу.¹¹⁶ С друге стране, новац као потрошна ствар може бити предмет ручне залогe, када се одређена сума новца посебно издвоји.¹¹⁷ Према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима (у даљем

¹¹⁴ Вид. чл. 89. ст. 1 ЗИО.

¹¹⁵ Тако, чл. 267 ЗИО говори о попису покретних ствари извршног дужника, али како ближих одредби о дејству пописа нема, сматрамо да се аналогно могу применити правила о дејству пописа; уписа и јавности судског заложног права и, посебно чувању пописних ствари прописаних одредбама чланова 87-89 ЗИО.

¹¹⁶ Вид. А. Гамс (1980), 139.

¹¹⁷ О. Станковић, М. Орлић, 248.

тексту: Нацрт Законика о својини, Нацрт), „залогопримац који у залогу добије новац постаје његов власник, уз обавезу да, по престанку права залог, залогодавцу преда исти износ новца у својину, ако није друкчије уговорено“.¹¹⁸

Ствар се такође мора налазити у промету, односно мора имати тржишну вредност, обзиром да се заложно право реализује продајом ствари. Према начелу официјелности продаја спроводи у судском, односно извршном поступку. С тим у вези, ствари изузете од извршења¹¹⁹ не могу бити предмет ручне залог, јер не могу бити предмет извршења. Другим речима, не могу се уновчити, па самим тим ни залога не може остварити своју сврху. Такође, не могу се заложити ствари које за залогодавца имају *preatium affectionis*. Ако би полазећи од принципа аутономије воље прихватили и ову опцију, таква залога би била само средство притиска на дужника, да испоштује своје уговорне обавезе.¹²⁰

Најзад, заложити се може како ствар у целини тако и сувласнички (аликвотни) део ствари. У доктрини наилазимо на став да нема потребе дозвољавати постојање ручне залог на сувласничком уделу, пошто се то противи државинском карактеру залог.¹²¹ Међутим, „како више лица могу имати државину ствари или права“,¹²² сматрамо да не постоје препреке да предмет ручне залог буде сувласнички део.

3.1.3 Дејство уговора у односу на залогодавца

Залогодавац је, по правилу власник заложене ствари. Он не мора бити и дужник из облигационог односа, већ и свако друго лице (стварни дужник) који залаже сопствену ствар ради обезбеђења туђег дуга. Заложити се може и туђа ствар, под условима којима је могуће стећи својину од невласника.

¹¹⁸ Чл. 486, ст. 2, Законик о својини и другим стварним правима, Ка новом стварном праву Србије, Београд 2007, доступан и на сајту:

<http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/xivmil/NACRT%20ZAKONIKA%20O%20SVOJINI.pdf>

¹¹⁹ Вид. чл. 81 ЗИО.

¹²⁰ Н. Тешић (2003), 118.

¹²¹ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 142. Наведени став се темељи на чињеници да ЗОО нигде не предвиђа могућност залагања сувласничког удела, а да је законом који регулише регистровану залог то изричито дозвољено

¹²² Вид. чл. 70, ст. 4 ЗОСПО.

Предаја ствари залогопримцу, или трећем лицу које је споразумно одређено, је једина обавеза залогодавца. Заложно право настаје тренутком предаје. При томе, залогодавац и даље остаје власник ствари, може вршити сва овлашћења која произилазе из права својине, осим фактичке власти.

И поред чињенице да ЗОО не прецизира начин, сматрамо да су сви видови предаје, који лишавају залогодавца државине, подобни за настанак ручне залогe. Начин предаје, условљен је природом саме ствари (физичка предаја, симболична предаја). Фиктивну предају, *constitutum possessorium* не сматрамо подобном за настанак залогe, обзиром да залогодавац и даље остаје фактички држалац ствари, те ручној залози недостаје публицитет.

3.1.4 Дејство уговора у односу на залогопримца

За разлику од залогодавца, који може бити дужник или неко друго лице, залогопримац је увек поверилац из облигационог односа.

Обавезе залогопримаца су: чување ствари, уздржавање од њене употребе и враћање ствари по намирењу дуга.

Чување ствари. Залогопримац има обавезу чувања ствари, са одговарајућим степеном пажње. Уколико се не опходи на такав начин, дужан је да накнади штету која због тога настане на заложеној ствари. Уговорне стране се, међутим, могу споразумети и друкчије.¹²³

Уздржавање од употребе ствари. Залогопримац није овлашћен да употребљава заложену ствар, нити да дозволи другоме да је употребљава. Неовлашћена употреба ствари, поштрава одговорност залогодавца, те он одговара и за случајну пропаст ствари која настане том приликом. Ипак, уговором о залози могуће је предвидети и могућност употребе ствари (антихреза). Уколико залогодавац употребљава ствар, односно уколико поступа с њом супротно уговору, залогодавац може покренути судски поступак одузимања ствари од залогопримца, уз предају исте трећем лицу, које ће држати ствар за њега.

¹²³ Вид. чл. 974, ст. 2 ЗОО.

Враћање ствари. Најзад, заложни поверилац је дужан да ствар врати кад његово потраживање буде намирено.¹²⁴

Права залогопримца су: државина ствари, допуна залогe, право следовања право намирења, право првенства у наплати.

Државина ствари је основно овлашћење залогопримца и претпоставка настанка ручне залогe. Залогопримац постаје заложни поверилац моментом успостављања државине на ствари, *eo ipso* губитком државине заложно право престаје. Међутим, није неопходно да залогопримац има непосредну и искључиву државину на ствари. Већ је поменуто да се предмет залогe може одузети од залогопримца судским путем.¹²⁵ Тада залогопримац има посредну државину. Залогодавац у овом случају нема ствар у рукама, али, ипак, има државину на ствари посредством трећег лица у чијим рукама се ствар налази.¹²⁶ Такође, у случају вишеструког залагања једне ствари само ће први залогопримац имати непосредну државну, док ће остали бити посредни држаоци. Предмет залогe може бити и идеални део ствари. У том случају залогопримац, стиче судржавину - не постаје искључиви држалац ствари.

Право на допуну залогe. Уговор о залози је теретан правни посао, јер се због акцесорности, сматра да је вредност заложене ствари „надокнада“ за кредит.¹²⁷ Отуда, у случају материјалног или правног недостатка предмета залогe, заложни поверилац је овлашћен да захтева од залогодавца другу адекватну залогу.¹²⁸ Наведено право постоји само уколико је заложена ствар имала недостатке приликом настанка заложног права, односно у тренутку предаје

Право следовања. Залогопримац има право следовања. Заложно право, као стварно право, усмерено је на саму ствар, те је прати без обзира у чијим се рукама она нађе. Отуда, уколико залогопримцу ствар буде одузета на располагању му стоји посебна тужба за враћање ствари (*vindicatio pignoris*). Да би успео у спору залогодавац мора доказати да тужени има слабији правни основ за државину,

¹²⁴ Чл. 975, ст. 2 ЗОО.

¹²⁵ Вид. чл. 978 ЗОО.

¹²⁶ О. Станковић, М. Орлић, 250.

¹²⁷ М. Лазић (2009), 75.

¹²⁸ Чл. 979 ЗОО.

односно да нема никакав правни основ. Наведена тужбу може поднети против сваког трећег лица, дакле и против залогодавца, односно власника ствари, односно против другог заложног повериоца.

Право на намирење из вредности заложене ствари, је основно овлашћење залогодавца, у случају да дужник не плати дуг о доспелости. При томе, залогопримац може да бира на који начин ће наплатити своје потраживање, да ли захтевом за исплату главног потраживања или реализацијом ручне залоге, односно продајом покретних ствари и наплатом потраживања из вредности истих. Постојање заложног права не утиче на право повериоца да претходно судским путем захтева исплату дуга, као главног права које му припада и од чије основаности зависи наплата дуга из заложене ствари, као акцесорног права.¹²⁹ Међутим, у том случају имаће положај хирограферног повериоца.

Према начелу официјелности намирење из вредности заложене ствари врши се у поступку јавне продаје. Залогодавац мора прво исходovati извршну исправу у когниционом (парничном) поступку, којом се залогодавац обавезује да трпи намирење продајом заложене ствари. На основу извршне исправе покреће извршни поступак за продају заложене ствари, по правилима извршења на покретним стварима.¹³⁰ Међутим, уговор о залози се може подврћи непосредном извршењу, без потребе за вођењем претходног поступка. Наведена могућност постоји, уколико се исти сачини у форми јавнобележничког записа или солемнизоване исправе,¹³¹ односно уколико странке заснују заложно право на основу споразума пред судом, у поступку обезбеђења.¹³²

Изузетно, ако ствар има прописану цену, залогодавац може да прода ствар по тој цени уколико је то уговором предвиђено.

Право првенства у наплати. Залогопримац има право да наплати обезбеђено потраживање из вредности предмета залогe пре хирограферних поверилаца, као и пре заложних поверилаца чије је право доцније настало. Код вишеструког залагања исте ствари, редослед намирења заложних поверилаца

¹²⁹ Из пресуде Вишег трговинског суда, Пж. 13471/2005 од 16.2.2006. године

¹³⁰ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 154.

¹³¹ Чл. 85 ЗЈБ.

¹³² Чл. 267 ЗИО.

одређује се према редоследу настанка заложног права, сходно правилу *prior tempore potior iure*.

3.1.5 Располагање заложним правом

Обзиром на акцесорни карактер заложног права, оно се може пренети искључиво преносом обезбеђеног потраживања. Само за себе се не може пренети, јер прати судбину главног права ради чијег је обезбеђења и настало. Тако, у случају уступања обезбеђеног потраживања, на пријемника прелази и залога као споредно право. Међутим, „уступилац може предати заложену ствар пријемнику само ако залогодавац пристане на то, иначе она остаје код уступилоца да је чува за рачун пријемника“.¹³³ Наведено решење, као што је било речи, произилази из личног карактера уговора о залози. залогодавцу није свеједно коме ствар предаје у државину. Изостанак његовог пристанка на предају ствари, неће бити од утицаја на пренос потраживања. У том случају, пријемник ће стећи заложно право, али уз посредну државину на ствари.

Подзалога је такође један од облика располагања заложним правом. Наиме, како заложни поверилац може уступити заложено потраживање, тако га може и заложити свом повериоцу. Тако настаје подзаложно право, које за предмет има обезбеђено потраживање, а не саму ствар. Начелно, подзалога је забрањена, осим уколико се залогодавац с тим не сложи.

3.1.6 Престанак ручне залогe

Престанком потраживања, као главног права престаје и право залогe као споредно, акцесорно право. То је уједно и најчешћи, начин престанка заложног права. Сам начин престанка потраживања¹³⁴ није релевантан за престанак за ручне залогe, битно је да је потраживање престало у целости. Наиме, сходно начелу недељивости, залога обезбеђује потраживање у целини, отуда једино потпун престанак потраживања има за последицу престанак залогe.

¹³³ Чл. 472 ЗОО.

¹³⁴ О начиним престанка потраживања вид. ЗОО глава IV.

Ручна залога престаје када заложни поверилац изгуби државину на ствари, а изнова се успоставља уколико државину поврати.¹³⁵ Наведени начин престанка произилази из чињенице да је стицање државине претпоставка настанка, те њен губитак повлачи престанак ручне залоге. Наведено правило се односи, дакле, на трајни губитак, и то како непосредне, тако и посредне државине.

Ручна залога престаје и пропашћу заложене ствари, одрицањем залогопримца од заложног права (у том случају потраживање и даље постоји), протеком времена (уколико је уговорена на одређено време), конфузијом (кад се у истом лицу стекну својства дужника обезбеђеног потраживања и заложног повериоца), консолидацијом (када заложни поверилац постане власник ствари) и јавном продајом заложене ствари.

3.2 Регистрована залога

3.2.1 Појам

Један од основних принципа на којем се ручна залога заснива је депосесија, односно лишење залогодавца државине на заложеној ствари. И ако је и даље власник, залогодавац нема право да ствар употребљава. С друге стране, залогопримац, стиче на ствари државину, али има обавезу пасивног понашања. Ствар се налази у вакууму – економски неупотребљива, постаје терет за уговорне стране. Залогодавац је не може користити приликом обављања своје делатности, убирати плодове, те на тај начин увећати своју имовину којом би отплатио дуг. Од залогопримца, чување ствари захтева додатно ангажовање, које је неретко изискује и трошкове. Све наведено, ручну залогу чини непримереном да одговори на захтеве које намећу потребе савремене привреде. Чињеница да се привредном експлоатацијом покретних ствари, остварују приходи који вишеструко превазилазе њихову вредност, с једне, и економско „умртвљавање“ предмета ручне залоге, с друге стране, искључују је из савремених средства обезбеђења потраживања. Отуда, се у пракси све ређе користи. Залога без предаје ствари у државину залога, отклања наведене недостатке те се афирмише као посебна гаранција за повериоца у условима модерне привредне делатности. Изменама

¹³⁵ Вид. Чл. 986 ЗОО.

Закона о извршном поступку из 1990. године,¹³⁶ у СФРЈ ствара се могућност заснивања бездржавинске залогe, на основу споразума пред судом. У државама које су наследнице бивше СФРЈ, бездржавинска залогa је прихваћена без изузетка.¹³⁷

У нашем праву, на регистровану залогу се примењује ЗЗПП који представља *lex specialis*, а ЗОО *lex generalis*, тако да посебне норме првог закона искључују опште нормe другог закона, а и неких других општих прописа, као што је ЗОСПО.¹³⁸

На залагање покретних ствари на којима се право својине заснива уписом у одговарајући регистар (бродови, ваздухоплови и сл.), као и хартија од вредности, примењују се посебни правни акти. Наведени облици залогe неће бити предмет анализе, обзиром да због обимности изискују шире излагање од оног које се пред ово истраживање поставља.

3.2.2 Уговор о залози као правни основ настанка

ЗЗПП дефинише појам уговора о залози на следећи начин: „Уговором о залози обавезује се залогодавац према повериоцу да му пружи обезбеђење за његово потраживање тако што ће се повериочево право на ствари залогодавца уписати у регистар заложног права“.¹³⁹ Садржина самог уговора законом је такође прецизно прописана.¹⁴⁰ Међутим, закон не прописује правне последице изостанка неког од наведених елемената. Предмет заложног права, и податке о обезбеђеном потраживању сматрамо битним састојцима уговора (*essentialia negotii*), без којих не би могао производити правно дејство. Ово из разлога, што сходно начелу специјалности предмет залогe и обезбеђено потраживање морају бити прецизно одређени. Такође, и начело акцесорности намеће додатну потребу за одређивањем потраживања, јер дејство залогe, према наведеном начелу, зависи управо тог потраживања.

¹³⁶ Сл. Лист СФРЈ бр. 20/90.

¹³⁷ Више о томе: Д. Медић (2013), 133-142.

¹³⁸ З. Петровић, В. Козар, 41.

¹³⁹ Чл. 2, ст. 1 ЗЗПП.

¹⁴⁰ Вид. чл. 3, ст. 1 ЗЗПП.

Уговор се закључује између залогодавца, који може бити дужник или неко треће лице и залогопримца, као повериоца обезбеђеног потраживања. Закон прописује битну (*ad solemnitatem*) писмену форму, чији изостанак, повлачи ништавост уговора.

У погледу правне природе, уговор о залози је именован, двострано обавезан, формалан, каузалан, комутативан и акцесоран. Обзиром да се залога заснива без предаје ствари у државину, то *intuitu personae* нису присутни, те представља уговор који се закључује без обзира на лична својства уговорних страна.

Регистрована залога као облик заложног права на покретним стварима, поред уговора може настати и на основу закона, односно у поступку извршења и обезбеђења (тако, нпр. ради обезбеђена пореских дуговања).¹⁴¹ У поступку извршења и обезбеђења, као што је већ било речи, залога настаје уписом на основу записника о попису и решења о извршењу (принудно судско заложно право),¹⁴² односно споразума странака закљученог пред судом (споразумно судско заложно право).¹⁴³ Исто дејство производи и споразум странака сачињен пред јавним бележником о постојању новчаног потраживања и времену његовог доспећа који садржи сагласност да се заснивањем заложног права пописом покретних ствари дужника, обезбеђује новчано потраживање. Наведени споразум има снагу судског поравнања.¹⁴⁴ Проблем конкуренције више регистрованих залога на истој покретној ствари решава се сходно принципу *prior tempore potior iure*.

Закључењем уговора заложни поверилац стиче основ да упише заложно право у регистар залогe. Упис који има конститутивно дејство, за настанак заложног права, биће пуноважан једино уколико је залогодавац власник заложене ствари. Од тренутка уписа, поверилац стиче право да се наплати из вредности предмета залогe пре осталих хирограферних повериоца, односно пре доцнијих заложних повериоца.

¹⁴¹ Вид. чл. 86, ст. 1 ЗПППА.

¹⁴² Чл. 88 ЗИО.

¹⁴³ Чл. 267 ЗИО.

¹⁴⁴ Чл. 88 ЗЈБ.

Регистрованом залогом се може обезбедити свако потраживање изразиво у новцу, у домаћој или страног валути. Потраживање мора бити правно ваљано, у супротном ни залога неће производити правно дејство. Ако је рушљиво, залога ће важити уколико се потраживање не огласи ништавим. Обезбеђено потраживање обухвата поред главнице, камату и трошкове остварења наплате. Сходно начелу специјалности, потраживање мора бити одређено. Залогом се може обезбедити и више одређених потраживања између истих лица. Супротно, сва међусобна потраживања између повериоца и дужника не могу се обезбедити на овај начин. Потраживање може бити и одредиво.

3.2.3 Ствар као предмет залогe

Начелно, излагања о предмету ручне залогe могу се односити и на ствар која је предмет регистроване залогe. Како би избегли непотребна понављања, на овом месту ћемо анализирати неке особености објекта регистроване залогe, које су последица напуштања принципа депосесије залогодавца. Тако, заложно право може бити засновано не само на индивидуално одређеној и већ и на генеричној ствари, на одређеном збиру покретних ствари, као и на будућој ствари.

Предмет заложног права дефинисан је одредбама ЗЗПП.¹⁴⁵ Једна од специфичности предмета регистроване залогe јесте и могућност залагања будуће ствари. Обзиром да ручна залога настаје предајом, на будућој ствари не би могло засновати заложно право, јер се не може предати ствар која још не постоји. Напуштањем концепције реалних уговора у ЗОО, отклоњене су сметње да уговор о залагању буде закључен у погледу будуће ствари, с тим, да заложно право као право *erga omnes* настаје тек кад ствар буде предата повериоцу.¹⁴⁶

Према члану 13 ЗЗПП заложно право на будућој ствари настаће моментом успостављања права својине од старане залогодавца на предмету залогe. Међутим, тумачењем наведене нормe можемо уочити нелогичност. Наиме, како поверилац може тражити упис заложног права на будућој ствари, ако је прописано да заложно право настаје тек залогодавац стекне право својине на

¹⁴⁵ Вид. чл. 9 ЗЗПП.

¹⁴⁶ Ненад Тешић, *Регистрована залога*, Београд 2007, 141.

ствари? Из наведеног произилази да поверилац може тражити упис у регистар права које не постоји, односно које ће тек настати. Међутим, у наведеном случају уписом поверилац не стиче заложно право. Упис, дакле нема конститутивни карактер за настанак залогe. Стога, сматрамо да би *de lege ferenda* решење, било оно према којем би на основу закљученог уговора поверилац могао тражити забележбу првенственог реда уписа заложног права на будућој ствари. Ставови судске праксе, иду такође у том правцу:¹⁴⁷

„На стварима које ће залогодавац стећи у будућности, заложно право повериоца настаје у моменту када на њима залогодавац стекне право својине.

Из образложења: Погрешно првостепени суд тумачи одредбе Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар и Закона о основама својинскоправних односа, а то је резултирало тиме да је на утврђено чињенично стање погрешно примењено материјално право усвајањем тужбеног захтева. Тачно је да је чланом 4 Закона прописано да поверилац стиче заложно право уписом у регистар залогe. Међутим, заложно право се стиче уписом само ако законом није одређено нешто друго, а то је случај са залагањем будуће ствари. У члану 13. Закона прописано је да предмет заложног права могу бити ствари или права које ће залогодавац прибавити у будућности и да заложно право у том случају настаје кад залогодавац стекне право својине на ствари.

Погрешан је закључак првостепеног суда да је тужилац заложно право стекао уписом код Агенције за привредне регистре дана 2.10.2006. године, на основу уговора о залози закљученим са првотуженим, с обзиром да су предмет залогe биле будуће ствари.

Меркантилна соја на одређеним парцелама је представљала плодове тих парцела, непокретности, и није имала своју индивидуалност пре "скидања". Пре жетве није била одвојена ствар на којој би се могло стећи право својине од стране залогодавца, а тиме и право залогe од стране заложног повериоца. С обзиром на

¹⁴⁷ Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 9243/2012 од 31. јануара 2013. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

то, пре него што је соја пожњевена, залогодавац, првотужени, није могао бити власник ствари, а тужилац није стекао заложно право."

3.2.4 Правно дејство уговора о регистрованој залози

Уговор о залози закључују заложни поверилац и залогодавац. Као и код сваког облика заложног права, заложни поверилац је поверилац из облигационог односа, ради чијег се обезбеђења залога заснива. С друге стране, залогодавац може бити дужник из основног посла, или треће лице која залаже своју ствар ради обезбеђења туђег дуга. У сваком случају, он мора бити власник ствари на којој се залога заснива. Закон искључује могућност стицања залогe од невластника. Упис у регистар уговора закљученог са залогодавцем који није власник ствари не производи правно дејство.¹⁴⁸

Као власник, залогодавац има право на државину и употребу ствари, право на прибирање плодова и право располагања предметом залогe.

Заложена ствар и након заснивања залогe остаје у државини залогодавца. Заложни поверилац нема до момента доспелости ни посредну државину. Међутим, ако не испуни доспелу обавезу, залогодавац губи право на државину *ex lege*. Након закљученог уговора, залогодавац има обавезу да чува предмет залогe са одговарајућим степеном пажње, и да одржава ствар у исправном стању. Поступање залогодавца супротно наведеним правилима, представља кршење уговорних одредби и разлог за раскид уговора. Међутим, у случају понашања, власника којим се умањује вредност предмета залогe не видимо разлог због којег у законски текст нису унете одредбе о додатном обезбеђењу, односно о судској забрани оштећења, по угледу на ЗХ.¹⁴⁹

Залогодавац има право располагања предметом залогe, које може бити искључено уговором. У погледу правног располагања залогодавац може вршити

¹⁴⁸ У новијој теорији наилазимо и на супротне ставове. Тако Н. Тешић (2007), 152. Наведени аутор сматра да залога заснована од невластника производи иста правна дејства као и она коју је конституисао власник оптерећеног добра. Власник ствари је дужан да трпи принудно намирeње из предмета залогe, али се тиме не дира у његово право на накнаду штете у односу на лице које је залогу неовлашћено засновало. Међутим, сматрамо да, чак и кад би наведена могућност законски била могућа иста би створила простор за злоупотребе. Обзиром да се залога стиче без предаје у државину, практично свако би могао да заснује на основу уговора, залогу на туђој ствари.

¹⁴⁹ Вид. чл. 18 и 19 ЗХ.

транслативни пренос права на ствари, отуђењем. У том случају купац стиче ствар, оптерећену залогом. Међутим, када залогодавац продаје заложену ствар у оквиру своје редовне делатност купац ће стећи право својине на тој ствари ослобођену од терета. Закон не прави разлику између савесног и несавесног купца, што је, по нашем мишљењу суштина наведене одредбе. Сматрамо стога да би једино савестан купац могао стећи заложену ствар без терета. Наиме, наведено решење установљено је, пре свега ради заштите савесних купаца од несавесних продаваца. За примену цитираних одредби потребно је постојање основа стицања - уговора, као и начина стицања, односно да је купљена ствар предата купцу. Међутим, уколико је и купац лице које се, у оквиру своје делатности, купује заложену ствар онда има обавезу поступања са повећаном пажњом, односно пажњом доброг привредника. Стога би при куповини ствари од залогодавца, био дужан проверити у регистру да ли постоји упис терета залогe - или забележба да је такав захтев поднет.¹⁵⁰ Имајући у виду наведено сматрамо да би једино савестан купац могао стећи без терета право својине на ствари која је предмет залогe.

С друге стране залогодавац може вршити конститутивни пренос права на предмету залогe, засновати неко уже право у корист трећег лица, нпр. да заложену ствар изда у закуп. Такође, залогодавац има и право на прибирање плодова.

ЗЗПП не прописује посебно права и обавезе заложног повериоца. Обзиром да не стиче државину на ствари, нема места примени одредби које уређују његов положај код ручне залогe (чување ствари, уздржавање од њене употребе и враћање ствари по намирењу дуга). Као што је већ наведено, сматрамо да би ради заштите његових интереса заложном повериоцу требало признати овлашћење да захтева додатно обезбеђење, односно о судску забрану оштећења предмета залогe.

3.2.5 Намирење на предмету залогe

Уколико дужник не измири дуг о доспелости наступа фаза намирења. Од тог тренутка заложни поверилац стиче право на државину заложене ствари

¹⁵⁰ У том смислу: Решење Привредног апелационог суда, Пж. 8307/2010 од 12. новембра 2010. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

односно право да се намири из вредности предмета заложног права, и то: главно потраживање, камату и трошкове настале у вези са наплатом потраживања.

Први део поступка намирења, усмерен је на стицање државине на предмету залогe. Након доспелости потраживања заложни поверилац стиче право на државину. Уколико дужник, односно залогодавац добровољно на не преда заложену ствар, заложни поверилац државину може стећи принудним путем. То може учинити на два начина: сам, узимањем ствари путем самопомоћи, или, судским путем, подношењем предлога за извршење којим ће тражити да се одузме заложена ствар од лица код којег се налази.

3.2.5.1 Успостављање државине повериоца на предмету залогe

Поверилац успоставља принудним путем, државину на ствари у извршном поступку. Извод из Регистра залогe изједначен је, према ЗЗПП са извршном исправом. Захтев за доношењем решења о одузимању предмета залогe, представља предлог за извршење. Како ЗЗПП не прописује шта наведени захтев треба да садржи, то сматрамо да се могу применити одредбе ЗИО којима је уређена садржина предлога за извршење.¹⁵¹ На основу наведеног предлога суд доноси решење о извршењу, којим одређује одузимање ствари од залогодавца, односно лица у чијим рукама се ствар налази, и предају повериоцу у државину.

Једина сврха наведеног извршног поступка је да учини повериоца држаоцем ствари, те његов домашај треба бити у том смислу ограничен. Другим речима, домашај извода из Регистра залогe, као извршне исправе, ограничен је сврхом извршног поступка који се њиме иницира. У поступку извршења, покренутог на основу извода из Регистра залогe, као извршне исправе, поверилац може само успоставити државину на предмету залогe, не може се из њега намирити. Наведене констатације потврђују и ставови судске праксе:¹⁵²

¹⁵¹ Вид. чл. 35 ЗИО.

¹⁵² Решење Вишег трговинског суда, Иж. 689/2009 од 18.3.2009. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

„Не представља извршну исправу решење о упису заложног права у регистар залогe, на основу које би се могла захтевати принудна судска продаја заложених ствари и намирење повериоца из вредности добијене продајом.

Из образложења: Из меродавних одредаба Закона о заложном праву на покретним стварима уписану у регистар следи да поверилац чије је потраживање обезбеђено заложним правом уписаним у регистар заложног права на покретним стварима има право да се из предмета залогe намири у вансудском или у судском поступку. Такође, наведени поверилац има права да уколико залогодавац добровољно не изврши своју обавезу од суда захтева доношење решења о одузимању предмета заложног права од залогодавца или лица у чијој се државини предмет заложног права налази и предају тог предмета заложном повериоцу у државину. Наведена могућност уређена је чланом 41 Закона о заложном праву на покретним стварима уписаним у регистар под насловом посебан поступак за стицање државине на предмету заложног права. У наведеном члану у ставу 3 изричито је прописано да у том поступку Извод из регистра залогe се изједначава са извршном исправом. Консеквентно изнетом на основу решења о упису заложног права у Регистар залогe, као и Извода о претходној забележби започетог поступка намирења из предмета залогe, извршни поверилац може предлогом заснованим на извршној исправу захтевати од суда да донесе решење о одузимању предмета заложног права. *Наведеном нормом, нити другим одредбама Закона, нигде није прописано да се на основу наведеног решења може захтевати принудна судска продаја заложених ствари, као и намирење повериоца из вредности добијене продајом тих ствари (наглашавање наше).*"

Једна од иновација коју ЗИО доноси у систем извршења јесте и навођење извода из регистра залогe као извршне исправе.¹⁵³ Наведено решење на први поглед се не мора учинити као посебна новина, обзиром да је већ раније ЗЗПП извод из регистра залогe изједначио са извршном исправом. Међутим, оно што је значајно, јесте пропуст законодавца да ограничи домашај извода из регистра залогe као извршне исправе. Наиме, извод из регистра залогe није подобан да буде извршна исправа за поступак уновчења предмета залогe и намирења, из једног

¹⁵³ Вид. чл. 13 ЗИО.

једноставног разлога – он не садржи све елементе које једна извршна исправа мора да садржи да би била извршна исправа. Конкретно, износ дуга се из извода не може утврдити.¹⁵⁴ Другачије речено, извод из регистра залогe подобан је за извршење када се ради о одузимању и предаји, али није подобан за извршење када се ради о реализацији залогe.¹⁵⁵ На основу тога, можемо закључити да поступак, на основу извода из регистра залогe као извршне исправе, представља поступак извршење ради остварења неновчаног потраживања, предајом покретне ствари извршном повериоцу. Стога уколико би поверилац предлогом за извршење тражио да суд одреди извршење ради остварења новчаног потраживања, у висини обезбеђеног потраживања, пописом проценом и продајом ствари (предмета залогe), суд би такав предлог требао одбити као неоснован.

3.2.5.2 Уновчење предмета залогe

Успоставивши државину на предмету залогe поверилац остварује претпоставку да се намири из њене вредности, односно да ствар уновчи. Поверилац може изабрати да се намири из вредности заложене ствари у поступку судске или у поступку вансудске продаје предмета заложног права. Уколико се поверилац определио за судску продају предмета заложног права онда се обраћа суду са захтевом да суд предмет заложног права прода на јавној продаји.¹⁵⁶

Изостанак јасне формулације у којем судском поступку поверилац остварује наведено право у пракси изазива забуну.¹⁵⁷ ЗЗПП као материјални закон, не прописује ту процедуру. Проблем наведене правне празнине можемо решити на тај начин што ћемо ЗЗПП посматрамо као *lex specialis*, у поступку продаје ствари, а ЗИО, као једни процесни закон којим је регулисана јавна продаја као *lex generalis*. Даље, на сва питања која нису регулисана посебним законом применићемо правила општег закона. Отуда, на судски поступак уновчења предмета залогe, уколико друкчије није прописано одредбама ЗЗПП, имају се

¹⁵⁴ Д. Хибер, М. Живковић, 202.

¹⁵⁵ Милош Живковић: „О квалитету новијих грађанскоправних прописа у Србији“, *Правни записи* 1/2010, 124.

¹⁵⁶ Вид. чл. 43 ЗЗПП.

¹⁵⁷ Више о томе: Д. Хибер, М. Живковић, 204 и даље.

применити правила ЗИО којима је регулисана продаја покретних ствари.¹⁵⁸ Сходно наведеном, поверилац треба покренути извршни поступак ради продаје предмета залогe. Међутим, поставља се питање шта се у наведеном извршном поступку сматра извршном исправом? Ово из разлога, што је извод из регистра залогe подобан је за извршење када се ради о одузимању и предаји, али није подобан за извршење када се ради о продаји предмета залогe. Судска пракса у том смислу, изводу из регистра залогe, признаје својство извршне исправе и у извршном поступку ради продаје ствари, али уз ограничење на намирење из предмета залогe. „Извод из регистра заложних права на покретним стварима и правима и извод из регистра финансијског лизинга који садржи податке о уговору о финансијском лизингу и предмету финансијског лизинга јесте извршна исправа, али постојање ове извршне исправе само значи право тужиоца да своје потраживање наплати искључиво из предмета залогa“.¹⁵⁹

Вансудска продаја се спроводи као јавна, путем надметања, коју организује поверилац или лице које се тиме професионално бави.

3.2.6 Престанак регистроване залогe

Услед акцесорности престанком потраживања, као главног права престаје и право залогe. Застарелост потраживања не утиче на право повериоца да се намири из вредности заложене ствари. С друге стране ЗЗПП познаје случајеве престанка регистроване залогe који нису везани за престанак потраживања. Пропашћу предмета залогe престаје и залогa, односно долази до брисања права из Регистра залогe.

Тако, право залогe престаје и брише се пропашћу предмета заложног права. „Ако је предмет заложног права био осигуран, заложно право се успоставља, по самом закону, на потраживању износа (или накнаде) осигурања“.¹⁶⁰ Наступа, дакле, реална суброгација, *ex lege* без икакве изјаве воље повериоца или залогодавца.

¹⁵⁸ Вид. чл. 95 – 103 ЗИО.

¹⁵⁹ Из пресуде Привредног апелационог суда, Пж. 5743/2012 од 3. априла 2013. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

¹⁶⁰ Чл. 52 ЗЗПП.

Поред наведених случајева регистрована залога престаје услед конфузије, консолидације односно одрицањем повериоца од заложног права.

У сваком случају, формалноправно, регистрована залога престаје увек брисањем, односно исписом из регистра залогe. Сходно томе, чини се да је регистрована залога која настаје уписом у регистар много ближа хипотеци, за чији је престанак неопходна радња исписа, брисања из јавних књига.¹⁶¹ С тим у вези може се поставити питање дозвољености својинске регистроване залогe, односно располагањем неисписане регистроване залогe као у случају хипотеке. Како од тренутка регистрације, залога као јавнокњижно право има извесну самосталност и формално престаје тек чином екстабулације,¹⁶² сматрамо да накнадна својинска залога могла бити дозвољена и код регистроване залогe, из истих разлога због којих постоји и код хипотеке.¹⁶³ Међутим, ЗЗПП искључује могућност постојања својинске залогe, те наведени начин располагања неисписаним заложним правом остаје могућ једино код залагања непокретности.

3.3 Заложно право на правима

3.3.1 Општи појмови

Заложно право на правима у теорији изазива контроверзе у погледу правне природе. Известан број аутора негира стварноправни карактер овог облика залогe, заступајући став да предмет залогe може бити само телесна ствар.¹⁶⁴ Спор око правне природе, обзиром на предмет истраживања дотичемо само начелно. Упућујући на детаљнију литературу,¹⁶⁵ за потребе овог истраживања задовољавамо се констатацијом да поред телесних ствари (покретних и непокретних) предмет залогe могу бити потраживања и друга имовинска права.

¹⁶¹ Н. Тешић, (2007) 157.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Институт својинске хипотеке биће детаљно анализиран наредном делу.

¹⁶⁴ Вид., уместо свих, А. Гамс (1980), 146. Гамс сматра да потраживања у правнотехничком смислу не могу бити предмет залогe као стварног права. Дужник из заложеног потраживања мора да плати залогопримцу, те сматра да је залагање потраживања посебна врста цесије, односно облигационо право. У погледу залогe на осталим правима (нпр. на патентима и лиценцама), наведени аутор сматра да је предмет залогe приход од тих права.

¹⁶⁵ Детаљније о правној природи залогe на потраживањима и другим правима: Мелиха Денишлић, *Правна природа залагања права*, магистарски рад, Београд, 1988.

У нашем праву, залагање потраживања регулишу два закона – ЗОО и ЗЗПП. Одредбе о залагању свари примењују се и на залогу потраживања, уколико друкчије није прописано. Сходно томе, како би избегли понављања, изнети само неке специфичности овог облика залогe.

Основ настанка заложног права је уговор о залагању потраживања, којим се залогодавац обавезује да на залогопримаца пренесе ради обезбеђења неко своје потраживање које има према трећем лицу, свом дужнику. Писмено обавештење дужника заложеног потраживања је, према ЗОО начин стицања заложног права. С друге стране, ЗЗПП прописује да залога настаје уписом у Регистар залогe.¹⁶⁶ Однос реда првенства заложног права насталог у складу са одредбама ЗОО и ЗЗПП, посебно је уређен законом.¹⁶⁷

Сходно томе, правна конструкција залогe потраживања подразумева три лица: 1) залогопримца (лице А), заложног повериоца који има потраживање према свом дужнику; 2) залогодавца (лице Б), који је залогопримчев дужник и залаже потраживање које има према свом дужнику; 3) залогодавчевог дужника (лице Ц). Такође, постоје два потраживања: примарно, ради чијег се обезбеђења заснива заложно право, потраживање у којем је А поверилац, а Б дужник; и секундарно, потраживање које се залаже, и у којем је Б поверилац и Ц дужник. Односи се могу и даље усложњавати када, залогодавац не представља дужника из основног облигационог односа, већ треће лице које залаже своје потраживање, ради обезбеђења туђег дуга.

Поред уговорног, постоји судско и законско заложно право на правима. Судско настаје у поступку извршења. „Извршни поверилац стиче залогу на потраживању достављањем решења, односно закључка о заплени потраживања извршном дужнику“.¹⁶⁸ Такође, код извршења на уделима у привредном друштву, извршни поверилац стиче заложно право тренутком уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења, у регистар Агенције за привредне

¹⁶⁶ Чл. 10, ст. 2 ЗЗПП.

¹⁶⁷ Вид. чл. 31, ст. 2 ЗЗПП.

¹⁶⁸ Чл. 154, ст. 2 ЗИО.

регистре.¹⁶⁹ ЗПППА уређује законско заложно право у корист пореског повериоца за обезбеђење наплате пореза и других дажбина.¹⁷⁰

Предмет заложног права могу бити сва имовинска права која су преносива. Циљ заложног права је да се обезбеди поверилац, тако што му се омогућује да ако му дужник не плати потраживање, да се може наплатити из права које му је заложено. Из тога произилази да се заложно право ограничава на таква права која имовинску вредност и која се у циљу уновчења могу одвојити од свог титулара и пренети на друго лице.¹⁷¹ Поред потраживања предмет залог може бити и неко друго право: имовинска компонента ауторског права, патент, лиценца, удео у привредном друштву, итд.¹⁷²

Док примарно потраживање не доспе за наплату, дужник секундарног потраживања може испунити тражбину заложном повериоцу или залогодавцу, свом повериоцу. С друге стране, након доспелости примарног потраживања, заложни поверилац је једино овлашћен да тражи испуњење заложене тражбине. Испуњењем заложеног потраживања, наступа реална суброгација и заложно право прелази на ствар којом је потраживање испуњено. Међутим, „кад је предмет заложеног потраживања новац, залогопримац је дужан на захтев залогодавца положити наплаћени износ код суда, али ако је предмет његовог потраживања такође новац, и ако је оно доспело за наплату, залогопримац може задржати за себе колико му се дугује, а остало је дужан предати залогодавцу“.¹⁷³

Најзад, ваља напоменути да код залог потраживања нема потребе за принудним извршењем на заложеном потраживању јер би његов исход био судско заложно право на том потраживању забраном дужниковом дужнику да га исплати, а код залог потраживања (уговорно) заложно право на том потраживању већ постоји.¹⁷⁴

¹⁶⁹ Чл. 199 ЗИО.

¹⁷⁰ Вид. чл. 86 ЗПППА.

¹⁷¹ Драгољуб Стојановић, *Стварно право*, Београд 1978, 212.

¹⁷² Више о залагању права интелектуалне својине: Нина Планојевић: „Нека запажања о могућим облицима заложног права на правима интелектуалне својине код нас“, *Право и привреда* 4-6/2013, 711-725.

¹⁷³ Чл. 993, ст. 3 ЗОО.

¹⁷⁴ Д. Хибер, М. Живковић, 221.

4 ПРАВО РЕТЕНЦИЈЕ

4.1 Појам и опште карактеристике

Право ретенције (*ius retentionis*) је средство законске самозаштите права и дозвољене самопомоћи. Представља овлашћење повериоца доспелог потраживања (ретинент), да задржи дужникову ствар која му се нашла у рукама, и да се намири из њене вредности, пошто о томе благовремено обавести дужника. Са процесног аспекта, право ретенције је средство које поверилац супротставља дужниковом захтеву да му врати ствар. Недоумице око правне природе права ретенције продубљује чињеница да је овај институт уређен одредбама ЗОО, у одељку о повериочевим правима и дужниковим обавезама. Међутим, неспорно је да право ретенције делује *erga omnes*, те да његов стварноправни карактер не би требао да се доводи у питање.¹⁷⁵ Реч је о својеврсном средству притиска на дужника, односно о посебној стварноправној гаранцији испуњења обавезе која испољава доста сличности са заложним правом, али и знатна одступања што све захтева посебну анализу овог института.¹⁷⁶ Садржина права ретенције састоји се из овлашћења задржавања дужникове ствари и намирења из вредности остварене њеном продајом.

Право ретенције настаје аутоматски, испуњењем законских претпоставки те никаква изјава воље није потребна за вршење овог права. Релевантне чињенице за настанак права ретенције су: *доспелост потраживања*, у случају када се дужникова ствар налази у рукама повериоца; односно *заснивање непосредне државине* на ствари након доспелости потраживања.

Право ретенције је акцесорно у односу на потраживање које обезбеђује. Отуда, је постојање пуноважног потраживања претпоставка за настанак права ретенције. Престанком потраживања престаје и право ретенције, јер нема више шта да обезбеђује. Из законске изреке, изводи се закључак да једино поверилац доспелог потраживања може задржати дужникови ствар.¹⁷⁷ Доспелост

¹⁷⁵ Супротно: Д. Стојановић, 215. Наведени аутор приликом поређења права ретенције и заложног права, прво одређује као облигационо, а друго као стварно право.

¹⁷⁶ Више о праву ретенције, са посебним освртом на уговоре у привреди: З. Петровић, В. Козар, 81 и даље.

¹⁷⁷ Вид. чл. 286, ст. 1 ЗОО.

потраживања је, дакле, претпоставка настанка права ретенције, што га уједно и разликује од заложног права, које може настати пре доспелости, као и за будуће, условно потраживање. Изузетно, поверилац недospelог потраживања може задржати ствар, у случају дужникове неспособности за плаћање – тзв. нужна ретенција.

У теорији посебну пажњу заузимају расправе о томе, да ли поверилац застарелог потраживања може задржати дужникову ствар, односно може ли се намирити из њене вредности. До решења изнете недоумице, ваља доћи тумачењем норми које уређују институт права задржавања. Према ЗОО: „поверилац који држи у рукама дужникову ствар наплати из њене вредности на исти начин као заложни поверилац“.¹⁷⁸ Отуда, како се заложни поверилац, и у случају застарелости потраживања, може намирити своје потраживање из вредности предмета залогe,¹⁷⁹ може се извести закључак да то овлашћење припада ретиненту.¹⁸⁰ Међутим, ако је потраживање застарело пре него што је поверилац дошао до дужникових ствари, поверилац неће моћи да их задржи нити да се намири из њихове вредности.¹⁸¹ Наиме, право ретенције представља средство притиска на дужника да испуни обавезу. Отуда, не би било логично да се (застарела) обавеза, која се не може остварити државном принудом (посредством суда), може остварити посредном принудом коју омогућава право задржавања.¹⁸²

Права ретинента не исцрпљују се у овлашћењу да задржи ствар. Он је може уновчити и намирити се из њене вредности. Отуда, предмет права ретенције јесу само ствари које се могу уновчити. Начелно, можемо констатовати да предмет ретенције може бити свака ствар која може бити предмет залогe. При томе, ствар као предмет ретенције мора припадати дужнику. Поверилац, позивајући се на право ретенције, не би могао задржати ствар трећег лица. Заснивање залогe, као што је већ било речи, могуће је на туђој ствари, када треће лице (стварни дужник) залаже своју ствар ради обезбеђења туђег дуга.

¹⁷⁸ Чл. 289 ЗОО.

¹⁷⁹ Вид. чл. 368, ст. 1 ЗОО.

¹⁸⁰ Аналогном применом чл. 368 ст. 2 ЗОО, може се закључити да ретинент не би могао намирити из вредности ствари застарела потраживања камата и других повремених давања.

¹⁸¹ О. Станковић, М. Орлић, 262.

¹⁸² Д. Хибер, М. Живковић, 162.

У доктрини, не постоји сагласност о томе да ли непокретна ствар може бити предмет права ретенције. Законска одредба је недоречена,¹⁸³ а мишљења су различита. Постоје ставови да право ретенције може настати и на непокретностима, али само као средство притиска на дужника, те да се поверилац не би могао намирити из вредности задржане непокретности.¹⁸⁴ С друге стране, неки аутори сматрају да је могуће засновати право ретенције и на непокретним стварима, и то не само као средство притиска, него и као средство намирења.¹⁸⁵ У судској пракси наилазимо на ставове, да предмет права ретенције могу бити само покретне ствари, те да ретинент чак нема ни овлашћење задржавања дужникове непокретне ствари.¹⁸⁶ Чини се да је немогућност уписа ретинентовог права у регистар, одлучујућа чињеница која нас опредељује да прихватимо први став, те да ретенцију посматрамо само као средство притиска на дужника, не и као средство намирења.¹⁸⁷

Државина на ствари је претпоставка за настанак и вршење права ретенције. При томе, није од значаја да ли је државина стечена пре или после доспелости потраживања. Ретинент мора „држати ствар у рукама“. Смисао наведене формулације је заправо да ретенција подразумева непосредну државину на ствари. Ретинент, дакле, не може као заложни поверилац имати посредну државину, преко трећег лица. „Поверилац нема право задржавања кад дужник захтева да му се врати ствар која је изашла из његове државине против његове воље, или кад дужник захтева да му се врати ствар која је предата повериоцу на чување или на послугу“.¹⁸⁸ Чињеница је право ретенције условљено непосредном државином, отежава могућност располагања овим правом. Тако, у случају цесије

¹⁸³ Тако, чл. 286, ст. 1 ЗОО: „Поверилац доспелог потраживања у чијим се рукама налази нека дужникова ствар има право задржати је док му не буде исплаћено потраживање.“ Наведени члан не прави разлику између покретних и непокретних ствари.

¹⁸⁴ Вид., уместо свих, О. Станковић, М. Орлић, 262.

¹⁸⁵ Вид., З. Рашовић, 451.

¹⁸⁶ Вид. Пресуду Округног суда у Ваљеву Гж.бр.1619/03 од 5.12.2003 године, доступна у бази *PropisiSoft Online*. Према тој пресуди: „Тужени не могу задржати стан на коришћењу по основу права задржавања из чл.286 ст.1 ЗОО-а, а у вези са обавезом коју тужилац има према туженима као својој деци поводом неплаћене алиментације, јер се право задржавања може односити само на покретне, али не и на непокретне ствари, тако да није од значаја да ли је тужилац из предметног стана изашао противно својој вољи.“

¹⁸⁷ За детаљнију теоретску разраду наведеног става вид. Д. Хибер, М. Живковић, 166. Вид. чл. 522, ст. 1 Нацрта Законика о својини, који прописује да се поверилац може намирити из вредности дужникове ствари, осим уколико је ствар непокретна.

¹⁸⁸ Чл. 287, ст. 1 ЗОО.

потраживања на цесионара се аутоматски не преноси ретенција. Ипак, у претпоставци да цедент (ретинент), уступа потраживање и предаје задржану ствар, на шта дужник даје пристајак,¹⁸⁹ онда цесионар ступајући на место ранијег повериоца (ретинента), моментом предаје ствари стиче и право ретенције.

У погледу права на намирење из задржане ствари, правило је да се ретинент може намирити као заложни поверилац. Разлика је у томе што је поверилац дужан да пре намирења о томе обавести дужника.

4.2 Однос права ретенције и заложног права

На основу изнетог, изводи се закључак да право ретенције испољава доста сличности са заложним правом. И једно и друго су акцесорна права, која служе за обезбеђење главног потраживања. Чини се да заложно представља „сложенији феномен“, који поред задржавања оптерећене ствари и намирења из њене вредности, обухвата и друга овлашћења која ретинент нема. Отуда, потребно је указати на разлике између наведених правних института.

Прво, разлика се испољава већ у правном основу настанка. Тако, заложно право настаје као уговорно, судско и законско, док право ретенције настаје искључиво на основу закона. Чак и у ситуацији кад дужник доспелог потраживања, предаје ствар повериоцу у државину, овај стиче право ретенције *ex lege* предајом, без икакве изјаве воље повериоца или дужника.

Друго, право ретенције може настати само након настанка потраживања које обезбеђује, никако пре тога. Такође, изузев нужне ретенције, потраживање мора бити доспело. С друге стране, заложним правом може се обезбедити условно и будуће потраживање, односно потраживање које није доспело.

Треће, ретенција, подразумева искључиво непосредну државину. Заложни поверилац, за разлику од ретинента, може бити посредни држалац заложене ствари.

¹⁸⁹ Пристајак дужника је неопходан, аналогно примени одредбе чл. 437, ст. 2 ЗОО.

Четврто, поверилац има обавезу враћања ствари дужнику уколико му овај пружи адекватно обезбеђење потраживања. Наведена могућност не постоји код заложног права.

Пето, поверилац може по основу ретенције задржати искључиво ствар у својини дужника – није могућа ретенција за туђ дуг. С друге стране, залогодавац не мора бити власник заложене ствари. Треће лице може заложити своју ствар, ради обезбеђења туђег дуга.

Шесто, најзначајнија разлика између ретенције и заложног права јесте чињеница да ретинент нема право следовања. Уколико ствар изађе из његове непосредне државине, право ретенције престаје, и не може следити ствар. Ретинент не може успети у спору по петиторној тужби новог држаоца ствари коју је он држао раније по основу ретенције.

5 ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС ПРАВА СВОЈИНЕ

Фидуцијарни пренос права својине ради обезбеђења – *fiducia cum creditore contracta* је најстарије реално средство обезбеђења потраживања, које вуче корене још из римског права. Данас, у континенталној правној пракси представља све прихваћенију гаранцију испуњења дужникове обавезе. У англо-америчким правним системима посебно је развијена установа траста (*trust*), која је по правним својствима блиска фидуцији.¹⁹⁰ Сматра се да је неефикасност и крутост заложног права иницирала ренесансу бездржавинског стварноправног средства обезбеђења које користи својину као начин гарантовања дужникове обавезе, фидуцијарног трансфера права својине.¹⁹¹

Фидуцијарни правни посао постоји када једно лице (фидуцијант) пренесе неко своје право на друго лице (фидуцијара), које се обавезује да ће стечено право вршити и по наступању одређених претпоставки то право пренети фидуцијанту, или неком трећем лицу. Фидуцијант, је дужник из основног посла, ради чијег обезбеђења преноси на фидуцијара неко своје право. Реч је по правном послу који

¹⁹⁰ Више о односу установе траста и фидуцијарног преноса права својине: Атила Дудаш: „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, *Зборник радова правног факултете у Новом Саду*, 1/2014, 209-227.

¹⁹¹ А. Јакшић, С. Стојановић, 255.

се темељи на поверењу фидуцијанта, у фидуцијара – да ће му пренето право вратити.¹⁹² Акцесорност уговора о фидуцијарном преносу својине једна је од његових основних карактеристика. Овај уговор нема свој самостални циљ, већ служи обезбеђењу потраживања које произилази из главног уговора (најчешће уговора о зајму или кредиту), па је његова пуноважност условљена пуноважношћу главног уговора.¹⁹³

На основу фидуцијарног правног посла стиче се фидуцијарна својина. То није својина у класичном смислу већ само реално средство обезбеђења потраживања које је условно, временски ограничено и чија правна судбина зависи од извршења главног уговора.¹⁹⁴ Концепт фидуцијарног преноса права својине најдоследније је развијен у немачком праву, које прави разлику између фидуцијарне својине пренете ради управљања и фидуцијарне својине ради обезбеђења потраживања. У другом случају поверилац и дужник склапају посебан уговор, на основу којег се поверилац обавезује да ствар не сме отуђити, те да ће по исплати дуга вратити ствар у својину дужника.

И поред чињенице да домаћи позитивни прописи посебно не уређују институт фидуцијарног преноса права својине, уступање права ради обезбеђења потраживања није потпуно искључено. Тако, ЗОО прописује посебан случај цесије ради обезбеђења. „Кад је уступање извршено ради обезбеђења пријемниковог потраживања према уступиоцу, пријемник је дужан да се стара са пажњом доброг привредника, односно доброг домаћина о наплати уступљеног потраживања и да по извршеној наплати, пошто задржи колико је потребно за намирење сопственог потраживања према уступиоцу, овоме преда вишак“.¹⁹⁵ Предмет наведеног споразума, дакле, може бити искључиво потраживање, не и телесна ствар. Негативну конотацију наведене установе изазива чињеница да се фидуцијом скрива кауза, те се поставља питање није ли фидуцијарни трансфер *per se* изигравање права и противан јавном поретку.¹⁹⁶ Домаћи судови су у више наврата доносили су пресуде у којима су истицали став да закључивање

¹⁹² Отуда и назив ове установе који етимолошки потиче од латинске речи “fides” (вера).

¹⁹³ Тамара Ђурђић: „Фидуцијарни пренос права својине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011, 484.

¹⁹⁴ Д. Медић (2013), 198.

¹⁹⁵ Чл. 445 ЗОО.

¹⁹⁶ А. Јакшић, С. Стојановић, 256.

фидуцијарних споразума, према нашем Закону о облигационим односима, наводно није дозвољено, односно, практично су изједначавали забрањену клаузулу *lex commissoria* из заложног права са овим споразумима.¹⁹⁷ У доктрини наилазимо на различите ставове у погледу овог института. Тако, поједини аутори сматрају да фидуцијарни пренос својине не доноси нарочито велику предност за повериоца, фидуцијара, у односу на регистровану бездржавинску залогу, док у неупоредиво већој мери (и неоправдано) угрожава интерес дужника, јер фидуцијант дуби право својине у моменту обезбеђења потраживања.¹⁹⁸ С друге стране, истиче се бржа реализација наплате потраживања, у односу на (остала) реална средства обезбеђења.¹⁹⁹

Установа фидуцијарног преноса права својине прихваћена је у већини правних система земаља региона (Македонија, Хрватска, Словенија, Црна Гора). У Црној Гори фидуцијарно обезбеђење уређује Закон о фидуцијарном преносу права својине.²⁰⁰ Према наведеном закону уговор о фидуцијарном преносу права својине мора бити закључен у писаној форми, а када су у питању непокретности и оверен од стране суда.²⁰¹ Фидуцијарна својина на непокретним стварима стиче се уписом уговора у земљишне књиге.

Чињеница да се фидуцијарни посао заснива на поверењу носи са собом ризик изигравања истог. Наиме, фидуцијар може пренети право својине на треће лице. Обзиром да фидуцијарни посао није заштићен посебном тужбом, фидуцијанту стоји на располагању само тужба из неоснованог обогаћења против фидуцијара коме је указао своје поверење. Такође, као недостатак овог института истиче се и недостатак публицитета. Уколико за фидуцијарни пренос својине не би био предвиђен упис у регистар као конститутивни елемент, то би имало за последицу прикривање публицитета фидуцијарне својине, стварање лажне слике о бонитету дужника и подривање правне сигурности.²⁰²

¹⁹⁷ Бојан Пајтић: „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права са правом Европске уније - фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4/2012, 294.

¹⁹⁸ А. Дудаш, 223.

¹⁹⁹ У том смислу: Б. Пајтић, 301.

²⁰⁰ Закон о фидуцијарном преносу права својине - *Сл. Лист РЦГ*, бр. 29/1996.

²⁰¹ Чл. 1, ст. 4 Закон о фидуцијарном преносу права својине.

²⁰² Т. Ђурђић, 492.

Најзад, и поред подељених ставова у погледу дозвољености овог института, Нацртом Законика о својини предвиђен је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања у форми „Поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“.²⁰³

²⁰³ Чл. 646-668 Нацрт законика о својини.

ДЕО ТРЕЋИ:

ХИПОТЕКА - ЗАЛОЖНО ПРАВО НА НЕПОКРЕТНОСТИ

1 ОПШТИ ПОЈАМ ХИПОТЕКЕ

1.1 Дефиниција и елементи појма

У теорији наилазимо на мноштво дефиниција појма хипотеке. У зависности од ставова аутора, истичу се различити елементи као кључни. Стога, ради потпунијег сагледавања, навешћемо неке од њих.

У старијој доктрини дефинише се као стварно право, на основу кога оптерећено добро јамчи извесном лицу за испуњење једне новчане обавезе, тако, да ту обавезу има да испуни поред или осим личног дужника свакидашњи господар добра.²⁰⁴

Хипотека је заложно право на непокретним стварима, код кога се залагање постиже уписом у јавне књиге (земљишне или интабулационе) док оптерећена непокретност остаје у државини дужника.²⁰⁵

Заложно право (хипотека) на непокретностима је стварно право на основу кога је титулар – хипотекарни поверилац овлашћен тражити намирење свог потраживања из хипотекарне ствари ако то потраживање не буде исплаћено у року, а при том ствар која је предмет хипотеке остаје у државини дужника.²⁰⁶

Хипотека је заложно право на непокретним стварима које остају у државини заложног дужника.²⁰⁷

Хипотека је право залогe на непокретној ствари, које имаоца хипотеке овлашћује да се намири из вредности ствари под хипотеком ако дужник не испуни своју обавезу ради које је хипотека конституисана.²⁰⁸

²⁰⁴ Лазар Марковић, *Хипотекарно право*, Београд 1911, 25.

²⁰⁵ Миодраг Орлић, „Заложно право“, у *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Том III, Београд 1978, 957.

²⁰⁶ Мидхат Муслић, *Приручник за примјену земљишнокњижног права и поступка*, Београд 1981, 36.

²⁰⁷ И. Бабић (2012), 270.

²⁰⁸ Златко Стефановић, *Привредно уговорно право*, Београд 2010, 416.

Најзад, хипотека се дефинише као стварно право на непокретној ствари које свом имаоцу, хипотекару, омогућава да своје доспело потраживање намири из цене добијене продајом непокретне ствари и то пре осталих поверилаца власника те ствари.²⁰⁹

Из изнетог, можемо закључити да све дефиниције полазе од непокретности, као предмета хипотеке, те да је одсуство депосесије заложене ствари неизоставан елемент. Имајући у виду и остале, по нашем мишљењу битне елементе појма, најпотпунијом сматрамо следећу дефиницију: хипотека је бездржавинска залога на непокретној ствари која настаје уписом у јавни регистар, а која овлашћује хипотекара, да наплати потраживање из вредности добијене продајом непокретне ствари, пре хирограферних и каснијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој се својини та непокретна ствар налази.

Анализом наведене дефиниције можемо закључити да је хипотека комплексан појам, који се може рашчланити на посебне чиниоце. Пре свега, хипотеку можемо посматрати као сложено право, које обухвата неколико посебних права: 1) право на уновчење предмета залогe; 2) право на намирење; 3) право првенствене наплате и 4) право следовања. Такође, можемо издвојити и битне елементе појма: 1) хипотека је заложно право на непокретности; 2) хипотека настаје уписом у јавни регистар; 3) заложена непокретност остаје у државини дужника.

Хипотека се најчешће користи за обезбеђење обавеза из уговора о кредиту, као банкарском правном послу, а непокретност која је предмет хипотеке остаје у државини дужника.²¹⁰

1.1.1 Право на уновчење предмета залогe

Како заложни поверилац има право да се намири из вредности добијене продајом непокретности, то је продаја претпоставка његовог намирења. Право наплате (право на намирење) по правилу, не може бити реализовано ако претходно није извршено уновчење предмета хипотеке. Међутим, право продаје

²⁰⁹ М. Живковић (2010), 50.

²¹⁰ З. Перовић, В. Козар, 26.

може бити реализовано, а да наплата (намирење) изостане, зато што новчана маса не достиже потребан износ.²¹¹ Такође, хипотекарни поверилац може остварити право на продају, али због лошијег ранга хипотеке остати ненамирен. Могуће је и обрнуто, да изостане уновчење ствари а да се заложни поверилац намири. Тако, у судском поступку продаје, када после два безуспешна јавна надметања заложни извршни поверилац пристане да му се ствар досуди, када се сматра намиреним у вредности која износи 30% од процењене вредности ствари.²¹²

Сходно начелу официјелности, уновчење предмета залоге остварује се јавном продајом. Потреба за бржом реализацијом залоге ствара знатна одступања од наведеног начела. Према нашем позитивном праву уновчење хипотековане непокретности може се остварити у судском и вансудском поступку.

1.1.2 Право на намирење

Субјективно право заложног повериоца је сложено право које садржи више овлашћења. Право на намирење из вредности добијене продајом непокретности, основно је овлашћење хипотекарног повериоца. Поред права на уновчење предмета залоге, представља компоненту сложеног - заложног права, која се активира доспелашћу обезбеђеног потраживања. Сваки хипотекарни поверилац има право намирења из вредности оптерећене непокретне ствари. Међутим, право на намирење се у одређеним случајевима може стећи мимо заложног права. Тако, у поступку извршења, извршни поверилац, уписом решења о извршењу, односно одговарајућег закључка извршитеља стиче само *право на намирење* из предметне непокретности, дакле не и заложно право.

1.1.3 Право првенственог намирења

Сваки поверилац има општу залогу на целокупној имовини дужника. Отуда, право на намирење из непокретности оптерећене хипотеком имају сви повериоци. Међутим, хипотекарни поверилац, поред опште, има и специјалну залогу на предмету хипотеке. Та специјална залога, овлашћује га да се из вредности добијене продајом предмета хипотеке намири пре свих обичних

²¹¹ М. Лазић (2009), 120.

²¹² Вид. чл. 102 ЗИО.

(хирограферних) повериоца, и пре повериоца који су доцније стекли специјалну залогу на тој непокретности. Обзиром да и хипотекарни поверилац има и општу залогу на дужниковој имовини, он се не мора намирити само из вредности оптерећене непокретности. Другим речима, има право избора намирења. Међутим, уколико се определи за намирење из остале дужникове имовине, неће уживати овлашћење првенственог намирења, већ ће конкурисати у наплати једнако са осталим повериоцима. Право првенственог намирења, није апсолутно. Наиме, ЗХ²¹³ и ЗИО²¹⁴ предвиђају привилегована потраживања која по самом закону уживају првенствено намирење, пре потраживања хипотекарног повериоца.

Када на намирење из једне ствари конкурише више хипотекарних поверилаца, њихов ред првенства утврђује се применом принципа *prior tempore potior iure*.²¹⁵ На тај начин се успоставља ранг хипотека који се утврђује приликом уписа хипотеке у катастар непокретности.

До ступања на снагу ЗХ у нашем праву био је прихваћен принцип обавезног клизећег ранга. Исплатом хипотекарног повериоца са првенственим редом, на његово место ступа први следећи са слабијим редом првенства. ЗХ прихвата одступања од обавезног клизећег ранга, уводећи могућност власника непокретности да задржи постојећи ранг хипотеке и то: располагањем неисписаном хипотеком, забележбом првенственог реда и предбележбом нове хипотеке.

1.1.4 Право следовања

Право следовања представља овлашћење хипотекарног повериоца да се намири из вредности непокретне ствари, при чему није од значаја чињеница у чијој својини се ствар налази. Наведено право, проистиче из саме природе, заложног односно стварног права, и последица је апсолутног дејства према свим трећим лицима. Стога, хипотека је терет који прати ствар без обзира ко је њен власник. Када је непокретност оптерећена хипотеком ради намирења

²¹³ Чл. 41 ЗХ.

²¹⁴ Чл. 137 ЗИО.

²¹⁵ Вид. чл. 40 ЗХ.

потраживања због кога се извршење спроводи, онда се дозвољено извршење не може прогласити недопуштеним због промене власника, јер је хипотека везана за непокретност, а не за личност.²¹⁶ Право следовања се, дакле, састоји у томе што ималац стварног права може ово вршити против сваког трећег у чијим се рукама нађе ствар, било бесправно било по неком слабијем правном основу.²¹⁷

Док се хипотекована непокретност налази у својини хипотекарног дужника за ефикасност хипотеке довољно је постојање првенствене наплате из ствари. Међутим, уколико хипотекарни дужник прода хипотековану непокретност и пренесе право својине на прибавиоца, право првенства није више довољно да обезбеди наплату повериочевог потраживања. Потребно је да поверилац има и право следовања.²¹⁸ Без постојања права следовања, целокупни концепт хипотекарног права би био обезвређен. Хипотекарни дужник би отуђујући непокретност трећим лицима могао осујетити могућност повериочеве наплате.

У случају отуђења непокретности, поверилац се може позвати на право следовања само уколико је хипотека уписана пре отуђења хипотекованог добра, односно док је дужник био сопственик. Отуда је публицитет, односно формални чин регистрације хипотеке значајан за право следовања, јер од тренутка уписа хипотеке хипотекарни поверилац стиче ово право. Пажљив поверилац ће зато увек похитати, да што пре упише хипотеку, на којој је стекао право, да би прибавио и право следовања и право првенствене наплате.²¹⁹

Сврха права следовања је да заштити интересе хипотекарног повериоца, а не да онемогући дужнику, односно власнику да располаже оптерећеним добром. Отуда, постојање овог права ни на један начин не утиче на могућност власника да непокретност отуђи. Право следовања се супротставља праву својине сваког прибавиоца непокретности. Међутим, поставља се питање може ли се хипотекарни поверилац позвати на право следовања у случају конституисања неког ужег права на непокретности, нпр. права службености или права закупа? До одговора на наведено питање можемо доћи анализом односа између, права

²¹⁶ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 05.03.2003. године, доступна у бази *ParagrafLex*.

²¹⁷ З. Петровић, В. Козар, 59.

²¹⁸ О. Станковић, М. Орлић, 267.

²¹⁹ Л. Марковић (1911), 183.

хипотекарног повериоца, с једне, и права које се стиче на хипотекованом добру, с друге стране. Основна права хипотекарног повериоца су право на уновчење и намирење из вредности непокретности. Стога, било која промена права на непокретности, која угрожава права на хипотекарног повериоца на уновчење и намирење, неће бити од утицаја на могућност њихову реализацију. Такав случај постоји код промене права својине на непокретности, након уписа хипотеке. Међутим, у случају сукоба стварне службености или неког другог стварног права које не утиче на вредност хипотекованог добра, сматрамо да би било исправно узети да та права важе и према хипотекарном повериоцу.²²⁰

1.1.5 Хипотека је заложно право

Доминантан став у теорији одређује хипотеку као стварно, заложно право, које делује *erga omnes*. Можемо рећи да се једном заснована, инкорпорише у само ствар те, представља терет који је прати, отуда ствар, уместо дужника одговара за исплату дуга. Специфична веза између хипотеке и ствари, те право следовања одређује њен стварноправни карактер. Да би се радило о стварном праву довољно је имати власт на ствари, без потребе да се за вршење те власти обезбеди сарадња другог лица, како је то иначе случај код облигационих права.²²¹ Хипотека као заложно право, представља посебну гаранцију, конституисану у корист титулара која га овлашћује да своје потраживање намири пре осталих поверилаца. Отуда се на ову установу примењују начела заложног права (акцесорност, официјелност, специјалност и недељивост). Међутим, специфичност хипотеке условљава и низ изузетака од општих начела. Пре свега, сама дефиниција заложног права, као стварног права на туђој ствари, код хипотеке трпи значајан изузетак. Тако, код својинске хипотеке власник може имати хипотеку – заложно право, на сопственој ствари. Такође, ступањем на снагу ЗХ, у правни систем Републике Србије уводи се вансудски поступак намирења хипотекарног повериоца, те се напушта до тада владајуће начело официјелности. На тај начин ствара се могућност да заложни поверилац сам организује продају непокретности на којој је конституисано заложно право.

²²⁰ У том смислу: Лазар Марковић, *Грађанско право – Општи део и Стварно право*, Београд 1927, 551.

²²¹ З. Рашовић, 458.

1.1.6 Хипотека је право које се стиче уписом у регистар

Принцип да хипотека настаје уписом у јавни регистар, прихваћен је у свим модерним правима. Упис као формалан акт, представља конститутиван елемент настанка хипотеке - *modus acquirendi*. На основу уписа хипотека стиче публицитет, те се сва трећа лица могу обавестити да ли је непокретност оптерећена залогом увидом у јавни регистар.

1.1.7 Хипотека је бездржавинско право

Хипотекарни поверилац нема право на државину заложене непокретности, која и након залагања остаје у државини власника. Стога је и ништава уговорна клаузула која овлашћује поверилац на употребу предмет залогa, односно на прибирање плодова које та ствар даје. Самим тим, овлашћења хипотекарног повериоца у односу на ствар су знатно ужа од овлашћења која има залогопримац код ручне залогa. Основно право хипотекарног повериоца је продаја ствари и намирење из вредности добијене продајом, те су на остварење тог права усмерена, и ограничена сва овлашћења према ствари.

1.2 Историјски развој

Напуштањем првобитног концепта римског права према којем је сам дужник био залогa, који својом личношћу гарантује за испуњење обавезе, долази до афирмације стварноправних средстава обезбеђења. И поред чињенице да је римска хипотека поставила темеље даљег развоја заложног права на непокретности, представљала је несавршени правни институт. Одсуство публицитете хипотеке био је један од главних недостатака.

Под утицајем реципираног римског права развијало се и германско хипотекарно право. У ранијим фазама германско право обезбеђења, темељило се на принципима фидуције. Наиме, заложни поверилац је постајао власник ствари, али под раскидним условом, који је наступао моментом исплате дуга. Временом идеја о преносу својине, уступа место концепту да поверилац, ради обезбеђења, стиче на ствари посебно право – залогу. За разлику од римске – „скривене“, германска хипотека је била јавна. Уз то, принцип специјалности заложног права у

погледу хипотеком оптерећеног добра, доследно је био прихваћен, што резултира ишчезавањем генералне хипотеке, на целокупној дужниковој имовини. Традиционално, хипотека је била споредно право – акцесорно у односу на потраживање које обезбеђује. Међутим, германско право развија концепт неакцесорних обезбеђујућих права на непокретностима, најзначајније – земљишни дуг (*Grundschild*).

На зачетке модерне идеје хипотеке у Француској наилазимо у 17. веку. До тада је преношење својине на заложног повериоца био доминантан облик обезбеђења потраживања. Залагање непокретности није било праћено публицитетом. Недостатак наслеђен из римског права, отклања *Code Civil* увођењем принципа публицитета.

Почетком 19. века, у Србији сазрева идеја о кредиту као потпори успешног функционисања привреде. Наведено је резултирало доношењем прописа којима се посебно уређује хипотека, као основни механизам обезбеђења кредита. Тако је 1839. године, донета Уредба о интабулацији. На основу наведеног акта сваки поверилац имао је право интабулацију, односно да заснивање залоге на непокретном имању дужника. Хипотека је и по овој уредби била тако везана за добро, да је важила увек, ма у чије руке то добро дошло. Хипотекарни поверилац је имао, дакле, право следовања. У случају уписа више хипотека на једном истом земљишту, одређивао се ранг по дану уписа.²²² У периоду пре Другог светског рата, хипотекарно право, је на територији коју данас обухвата Република Србија, било регулисано различитим правним изворима - Грађанским закоником за Кнежевину Србију из 1844. године (даље: СГЗ), (неновелираним) Општим грађанским закоником Аустрије из 1811. године (даље: АБГБ), те мађарским обичајним правом, које је у овој области сасвим наликовало АБГБ-у. Након Другог светског рата примењивала су се тзв. 'правна правила' предратног права, у складу с Законом о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. и за време непријатељске окупације из 1946. године.²²³ Доношењем Закона о хипотеци, Србија добија, после 170 година од Уредбе о интабулацији, закон који посебно

²²² Л. Марковић (1911), 20.

²²³ М. Живковић (2009), 1.

уређује хипотеку. Отуда ће позитивна решења законодавства бити полазна основа и централни предмет расправе у овој студији.

2 УПОРЕДНО ПРАВНИ ПРИКАЗ ИНСТИТУТА ХИПОТЕКЕ

2.1.1 Немачко право

У немачком праву хипотека је уређена Грађанским закоником (*Bürgerliches Gesetzbuch* - даље: BGB), и то одредбама пар. 1113 до 1190. Дефинисана је на следећи начин: „Непокретност може бити оптерећена тако да се оном, у чију корист је терет, мора из вредности непокретности исплатити одређена сума новца, ради намирања његове тражбине“.²²⁴ Хипотеком се може обезбедити будуће и условно потраживање.

За конституисање хипотеке, поред пуноважно закљученог уговора неопходан је упис у земљишне књиге. У немачком праву титулар хипотеке је увек поверилац тражбине. С друге стране позиција дужника може одступати од позиције власника непокретности.²²⁵ Хипотека се преноси једино заједно са преносом потраживања. Пренос хипотеке одвојено од преноса потраживања не производи дејство.

Немачко право познаје више врста хипотека, које се деле по различитим критеријумима. Прво у зависности од тога у којој мери се поштује принцип акцесорности хипотека може бити прометна - *Verkehrshypothek* (код које се принцип акцесорности не поштује у потпуности) и хипотека ради обезбеђења (*Sicherungshypothek*). Даље, у зависности од тога да ли се њен пренос уписује у земљишну књигу или не, разликују се земљишнокњижна хипотека (*Buchhypothek*) и хипотека у облику писма (*Briefhypothek*).²²⁶

²²⁴ Пар. 1113 BGB.

²²⁵ Драгољуб Стојановић: „Уговорна хипотека у француском и немачком праву“, *Копачичка школа цивилног права: својински односи у правном поретку*, Београд 1991, 313.

²²⁶ Јасмина Вукотић, *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Београд 2012, 348.

У борби принципа акцесорности и принципа самосталности, развио се аутохтони принцип тзв. земљишног дуга (*Grundschild*) који је био регулисан Пруским законом о баштенским односима из 1872. године.²²⁷

2.1.2 Француско право

Грађански законик Француске (*Code Civile*) дефинише хипотеку као право на непокретности установљено ради обезбеђења испуњења обавезе.²²⁸ Хипотека је по природи недељива и обухвата заложену непокретну ствар у целини, укључујући њене саставе делове и припатке. Према основу настанка постоји: уговорна, законска и судска хипотеку. Поред хипотеке француско право познаје и привилегије и антихресту као заложна права на непокретности. Привилегије су средство обезбеђења установљене корист одређених поверилаца, овлашћених на приоритетно намирење. На основу антихресте поверилац стиче државину на заложеној непокретности, може је користити и убирати плодове које даје.

Једна од специфичности француског хипотекарног права јесте уговорни принцип, према којем је за настајак хипотеке довољан само уговор између хипотекарног повериоца и власника оптерећене непокретности. Међутим, како наведени уговор производи дејство само *inter partes*, неопходно је извршити његову инскрипцију како би се настала хипотека могла супротставити трећим лицима ван уговорног односа. Претпоставка пуноважности уговора је нотарска овера изјаве дужника, којом се саглашава са заснивањем хипотеке. Конституисање хипотеке од стране лица које није власник оптерећеног добра не производи дејство.

Према француском праву предмет хипотеке је стварно право на ствари, а не сама ствар. За разлику од немачког права, предмет хипотека може бити и право плодоуживања, које се одређује као непреносиво право коришћења туђе ствари, без задирања у њену супстанцу.

Хипотека се може конституисати на будућој имовини. Заштитна идеја овог принципа је двоструке природе: треба најпре дужника заштитити од тога да

²²⁷ З. Петровић, В. Козар, 15.

²²⁸ Чл. 2114, ст. 1 Грађанског законика Француске

проигра свој будући кредит, а с друге стране треба повериоца заштитити од хипотеке, чији настанак зависи од понашања дужника.²²⁹

Задњих година француско право обезбеђења доживљава значајне реформе, у циљу прилагођавања потребама динамичног кредитног тржишта. Као најзначајнији предлози реформи наводе се следећи: претварање специјалних привилегија на непокретности у хипотеке; осавремењивање правног режима уговорне хипотеке, пре свега кроз ублажавање строгости принципа специјалности кад је реч о обезбеђеном потраживању; озакоњење правила о самосталном преносу хипотеке; поједностављење правила о реализацији хипотеке.²³⁰

2.1.3 Англосаксонско право

Најзад, на овом месту требало би поменути и *mortgage* – институт англосаксонског права, који се често доводи у везу са хипотеком, међутим између ових установа постоје значајне разлике. Наиме, основна карактеристика установе *mortgage* је да на основу ње долази до преноса права својине на непокретности са дужника на зајмодавца. Тек уколико дужник благовремено врати дуг, могао је повратити право својине на предметној непокретности. И поред предности које овај систем има, исти је стављао дужника у прилично незавидан положај у односу на зајмодавца, па је самим тим отварао могућност злоупотребе – нпр. поверилац коме би то било у интересу, могао је намерно осујетити исплату дуга, и на тај начин задржати непокретност.²³¹

За хипотеку у англосаксонским земљама је карактеристично да је она у веома блиској вези са ручном залогом. Преплитање хипотеке и ручне залоге у англосаксонском праву произилази из схватања да подела на ручну залогу и хипотеку није у природи предмета залогe, већ у томе да ли заложни поверилац има притежање на предмету залогe или не.²³²

²²⁹ Д. Стојановић (1991), 322.

²³⁰ Више о томе: М. Живковић (2010), 98.

²³¹ Carol Rose, *Crystals and Mud in Property Law*, Yale Law School 1998, 583.

²³² З. Петровић, В. Козар, 19.

2.1.4 Право европске уније (еурохипотека)

Еурохипотека се може дефинисати као инструмент за транснационално обезбеђење кредита земаља Европске уније. То је покушај да се широм Европске уније створи инструмент за обезбеђивање кредита, који се може користити на флексибилан начин. Присталице еурохипотеке тврде да је централни аспект ове установе - слабљење акцесорности, тј. везе између хипотекарног обезбеђења и хипотекарних кредита.²³³ Под појмом иностраног кредита подразумева се коришћење кредита банака из стране државе уз обезбеђење уз обезбеђење залагањем непокретности на територији националне државе корисника кредита.²³⁴

Потреба за еурохипотеком произашла из развоја сложених имовинских трансакција, које захтевају флексибилан и модеран концепт заложног права на непокретности. Наведена потреба постоји на националном нивоу, али посебно у наднационалним трансакцијама.²³⁵ Такође, на неопходност интеграције хипотекарног тржишта у Европи, указује се јер би се на тај начин оствариле бројне предности у транснационалним кредитним пословима, који се тренутно реализују уз велике потешкоће.²³⁶

Идеја еурохипотеке није нова, датира још од шездесетих година прошлог века и везује се за извештај групе експерата о развоју европског тржишта капитала, познат под називом Сегре извештај (*Segre Report*).²³⁷ Задатак стручњака био је да се спроведе свеобухватна анализа проблема који произилазе из либерализације кретања капитала и импликације интеграција тржишта капитала.

У извештају експертске групе (*Forum Group on Mortgage Credit*) „Интеграција тржишта хипотекарних кредита у ЕУ“ из 2004. године²³⁸ између

²³³ Green paper Mortgage Credit in the EU, Commission of the european communities, Brussels 2005, доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0327>

²³⁴ М. Лазић (2009), 177.

²³⁵ Otmar Stöcker: „The Eurohypothec“, *The Future of European Property Law*, 2012, 77.

²³⁶ Sergio Nasarre-Aznar: „The need for the integration of the mortgage market in Europe“ *The Future of European Property Law*, 2012, 81.

²³⁷ The development of a European capital market. Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission, доступно на:

http://ec.europa.eu/archives/emu_history/documentation/chapter1/19661130en382deveurocapitm_a.pdf

²³⁸ The Integration of the EU Mortgage Credit Markets, доступно на:

http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf

осталог, истиче се да постоји повећана потреба за флексибилним средствима обезбеђења, због трендова кредита са краћим роком отплате и потребом да се механизми обезбеђења поново користе, у различите сврхе и то ван националних граница.

Као најзначајнији принципи еурохипотеке, односно трендову у којима се наведена установа развија, издвајају се следећи:²³⁹

- еурохипотека је неакцесорно право које овлашћује носиоца на исплату одређеног новчаног износа добијеног уновчењем оптерећене непокретности;
- представља флексибилан, вишенаменски инструмент који може се користити у интернационалним, и националним кредитним односима;
- правни основ настанка је уговор - *security agreement*, којим се предвиђа начин заснивања и реализације средства обезбеђења. Уговор о заснивању еурохипотеке може бити саставни део уговора о кредиту;
- начин стицања и публикације еурохипотеке је упис у јавни регистар који би требао да буде доступан путем интернета свим грађанима ЕУ.
- меродавно право за еурохипотеку, као и за правила о регистрацији у јавне књиге, примењује се закон земље у којој се налази оптерећена имовина (*lex rei sitae*);²⁴⁰
- у погледу трошкова заснивања (таксе, накнаде) требало би да буде изједначена са хипотеком прописаном домаћим прописима.

Потреба за еурохипотеком произашла из развоја сложених имовинских трансакција, које захтевају флексибилан и модеран концепт заложног права на

²³⁹ Sergio Nasarre-Aznar, Looking for a model for a Eurohypothec, доступно на: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypothec.pdf>

²⁴⁰ Basic Guidelines for a Eurohypothec, *Outcome of the Eurohypothec workshop*, Warsaw 2005, доступно на: <http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf>

непокретности. Наведена потреба постоји на националном нивоу, али посебно у наднационалним трансакцијама.

2.1.5 Право земаља региона

У праву Републике Албаније појам хипотеке је одређен у Грађанском закону, као стварно право на имовини дужника или трећег лица, у корист повериоца како би се обезбедило испуњење обавезе из вредности одређене ствари. Основ настанка хипотеке може бити: закон, уговор односно судска одлука. Предмет хипотеке може бити: непокретност, односно право својине на непокретности, али и друга права која се односе на непокретност (нпр. право плодоуживања). Уговор о хипотеци сачињава се у форми нотарске исправе, и депонује се код надлежног органа.

У републици Словенији хипотека је регулисана Стварноправним законом,²⁴¹ као заложно право на непокретности (имовини). Хипотека настаје уписом у јавне књиге, на основу правног посла, непосредно извршивог нотарског акта или судске одлуке. Законска хипотека настаје у тренутку испуњења услова прописаних законом, дакле без акта регистрације. Словеначко право познаје и максималну хипотеку. Хипотека се може оснивати тако да се одреди максимални износ обезбеђеног потраживања за који гарантује имовина. Хипотека престаје брисањем из земљишне књиге, уколико: дужник исплати обезбеђену тражбину; престане захтев обезбеђен хипотеком; се хипотекарни поверилац одрекне хипотеке; иста особа постане власник имовине (непокретности) и носилац хипотеке; се хипотека угаси проласком времена.

У праву Републике Македоније хипотека се одређује као средство којим се обезбеђује намиривање одређеног новчаног потраживања или потраживања које може да се изрази у новцу, из предмета хипотеке. Предмет хипотеке може бити непокретна ствар у правном промету која припада хипотекарном дужнику. Код заснивања хипотеке на непокретним стварима примењује се начело *superficies*

²⁴¹ Стварноправни законик Републике Словеније, Урадни лист Словеније, бр. 87/2002 од 17.10.2002. године.

solo cedit. Намирење обезбеђеног потраживања остварује се преко нотара, правног лица регистрованога за промет некретнина или преко суда у извршном поступку.

Према Закону о стварним правима Републике Српске заложно право је ограничено стварно право на одређеној ствари или праву (залогу) које даје овлашћење свом носиоцу (заложном повјериоцу) да одређено потраживање, уколико му не буде испуњено након доспећа, намири из вриједности те ствари, а власник ствари (заложни дужник) дужан је то да трпи. Заложним правом може бити оптерећена појединачно одређена покретна или непокретна ствар која се може уновчити, као и идеални део такве ствари.²⁴² Према природи предмета (објекта) заложно право се дели на заложно право на покретним и непокретним стварима, те на правима.²⁴³

Црногорско право познаје више стварноправних средстава обезбеђења потраживања, која за предмет имају непокретност: хипотеку, право ретенције и фидуцијарни пренос права својине. Закон о хипотеци Црне Горе,²⁴⁴ прописује: „непокретна ствар може бити оптерећена правом залогe у корист повјериоца који је овлашћен, на начин прописан законом, да тражи намирење свог потраживања из вриједности те непокретности прије повјерилаца који на њој немају хипотеку, као и прије повјерилаца који су хипотеку на њој стекли послије њега, без обзира на промјену власника оптерећене непокретности. Хипотекарни поверилац нема право на државину непокретности оптерећене хипотеком ни право на убирање и присвајање плодова и других користи од те непокретности, нити је на било који начин може употребљавати. Хипотеком може бити оптерећена појединачно одређена непокретност подобна за уновчење, као и идеални део непокретности. Ако се вредност непокретности повећа за време трајања хипотеке, хипотека се односи и на побољшање непокретности (екстензивност хипотеке). Уговор о хипотеци може имати за предмет и будућу непокретност, али се хипотека може уписати у катастар непокретности тек настанком те непокретности“.²⁴⁵

²⁴² Чл. 139 ст. 1 и 2 Закона о стварним правима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 124/2008 и 58/2009.

²⁴³ Д. Медић (2013), 62.

²⁴⁴ Закон о хипотеци Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 52/2004.

²⁴⁵ Чл. 2 Закона о хипотеци Црне Горе.

Према Закону о власничким и другим правима Републике Хрватске хипотека је уређена као добровољно заложно право које се на ствари оснива без предаје ствари вјеровнику у посјед и које га не овлашћује да држи залог у посједу.²⁴⁶ „Уговором о давању у залог, односно уговором о хипотеци, обвезује се дужник или нетко трећи (залогодавац) да ће ради оснивања заложнога права које ће осигуравати одређену вјеровникову тражбину, предати вјеровнику одређену покретну ствар у залог, или ће му допустити да своје заложно право упише у јавну књигу као терет одређене ствари, или ће му пренијети неко право ради осигурања. Уједно се обвезује друга страна да ће чувати покретни залог и чим његова тражбина престане, вратити га залогодавцу, или да ће учинити што је потребно да би се избрисало заложно право из јавне књиге, или да ће му натраг пренијети право“.²⁴⁷

3 ПРЕДМЕТ ХИПОТЕКЕ

3.1 Појам

За разлику од римског права које није правило суштинску разлику између залогне на покретним и непокретним стварима, данас је опште прихваћен став да је хипотека заложно право на непокретним стварима. Начелно, хипотеком се могу оптеретити непокретности које су у промету. Изузетно, предмет хипотеке могу бити и посебне покретне ствари о којима се воде посебни регистри (бродови, ваздухоплови и сл.), а чије залагање је уређено посебним прописима.²⁴⁸ „Непокретности у јавној својини које, у целини или делимично, користе органи Републике Србије, затим природна богатства, добра у општој употреби, мреже у јавној својини, водно земљиште и водни објекти у јавној својини, заштићена природна добра у јавној својини и културна добра у јавној својини не могу бити предмет хипотеке“.²⁴⁹

²⁴⁶ Чл. 304 Закон о власничким и другим правима Републике Хрватске, *Народне новине Републике Хрватске*, бр. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/2008.

²⁴⁷ Чл. 307, ст. 1 Закон о власничким и другим правима Републике Хрватске.

²⁴⁸ Закон о трговачком бродарству, Закон о облигационим и основама својинско-правних односа у ваздушном саобраћају, *Сл. гласнику РС*, бр. 87/2011 и 66/2015.

²⁴⁹ Вид. Чл. 17 Закона о јавној својини, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2011, 88/2013 и 105/2014.

3.2 Предмет хипотеке

ЗХ на доста широк начин одређује, предмет хипотеке.²⁵⁰ Став да предмет хипотеке представља право својине на ствари, представља поистовећивање ствари са правом својине. Међутим, наведени став је у теорији наишао на критике. Поставља се оправдано питање: ако је власништво над непокретности предмет хипотеке, како то да она преживи пренос власништва, односно како прати ствар, а не власника?²⁵¹ Из законске формулације да предмет хипотеке може бити право својине на земљишту, односно грађевинском објекту, произилази могућност одвојеног залагања зграде и земљиште на којем је подигнута. Наведено решење супротно је принципу *superficies solo cedit*. Нацрт Законика о својини исправља наведене аномалије – „хипотека се може засновати на неизграђеном земљишту и на изграђеном земљишту на коме не постоји етажирана зграда. Хипотека на земљишту обухвата и све зграде на том земљишту, осим оне за коју постоји службеност грађења“.²⁵²

Према ЗХ, предмет хипотеке, може бити и физички део непокретне ствари „у складу са одлуком о деоби“. Претпостављамо да је законодавац имао у виду деобу између сувласника, која још није спроведена у регистру непокретности. Наведену одредбу можемо, такође окарактерисати као спорну. Наиме, све док се деоба не спроведе у регистру, део ствари не може бити оптерећен хипотеком (јер тек од спровођења деобе постоји непокретност у вези с којом је могуће уписати хипотеку), а кад се деоба спроведе, више није реч о делу ствари, него о новонасталој ствари, која је настала деобом.²⁵³

Сувласник има право да располаже својим делом, те му за то сагласност осталих сувласника није потребна.²⁵⁴ Отуда, и предмет хипотеке може бити идеални део непокретности. За залагање идеалног дела, није потребна сагласност осталих сувласника. Међутим, и цела непокретност у сусвојини може бити

²⁵⁰ Вид. чл 3 ЗХ.

²⁵¹ Вид. Miloš Živković: „Country Report Serbia”, Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe. Vol. 3, Berlin 2007, 174, фн. 60.

²⁵² Чл. 544 Нацрт Законика о својини.

²⁵³ Д. Хибер, М. Живковић, 232.

²⁵⁴ Вид. чл. 14, ст. 2 ЗОСПО.

предмет хипотеке. У том случају, за заснивање хипотеке неопходно је да се са тим сви сувласници сагласе.²⁵⁵

„Предмет хипотеке може бити и посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања“.²⁵⁶ Реч је о становима, пословним просторијама, гаражама, и сл. као предмету етажне својине. Наведено решење усаглашено је са ЗОСПО, према којем „право својине на посебном делу зграде може постојати на стану, пословној просторији или гаражи, односно гаражном месту“.²⁵⁷ Да би посебан део зграде, у смислу наведеног члана, могао бити предмет хипотеке неопходно је да као такав буде уписан у регистру непокретности на свог власника.

Омогућавање залагања објекта у изградњи представља једну од најзначајнијих новина које уводи ЗХ. Услов је да је за изградњу наведеног објекта издато правоснажно одобрење та градњу, односно грађевинска дозвола. Суштина наведеног решења је двојака. Пре свега, омогућава се купцима станова финансирање кредитима које би обезбедили стављањем хипотеке на стан који купују. С друге стране, ствара се могућност кредитног активирања објекта за које је издато правоснажно одобрење за градњу, али који нису регистровани. Публицитет, односно упис хипотеке код објекта у изградњи, остварује се на тај начин што се хипотека уписује на земљишту на којем се објекат гради. Након уписа објекта у одговарајући регистар, хипотека се уписује на изграђеном објекту, односно посебном делу

²⁵⁵ Сувласнички удео као предмет хипотеке, изазвао је дилеме посебно у јавнобележничкој пракси. Тако, стручном савету Јавнобележничке коморе постављено је питање: да ли сувласничке уделе на једној непокретности залагати путем једне заложне изјаве на којој би се потписали сви сувласници? **Одговор:** „Ако се залажу сви сувласнички удели, сви сувласници требало би да дају једну (скупну) заложну изјаву, која може бити дата и истовремено и у различито време и пред различитим јавним бележницима. Ако се залажу неки, а не сви сувласнички удели, ради се о специфичном случају заједничке хипотеке, па сваки сувласник треба да да засебну заложну изјаву. **Образложење:** „Чини се да одговор на ово питање зависи од тога шта је у конкретном случају предмет хипотеке. Ако би предмет хипотеке била непокретна ствар у целини, односно део зграде на којем може постојати право својине (код етажне својине) у целини, онда би, као што је напоменуто у одговору на претходно питање, заложну изјаву требало да дају („потпишу”) сви сувласници, било истовремено, било у различито време, било код једног или код више јавних бележника. Ако би пак предмет хипотеке био само један или више сувласничких удела (али не сви, односно не ствар у целини), онда би правилно било да сваки од сувласника чији удео се оптерећује да засебну заложну изјаву (ако их је више, али не сви, то би био специфичан случај заједничке хипотеке).“ Мишљења стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20.10.2015. године, доступно на сајту: http://beleznik.org/images/pdf/misljenja_strucnog_saveta.pdf

²⁵⁶ Чл. 3 ЗХ.

²⁵⁷ Чл. 19, ст. 1 ЗОСПО.

зграде, по службеној дужности. Хипотека на објекту у изградњи реализује се уступањем уз накнаду (правноснажног) одобрења за градњу и продајом уграђених ствари (дакле, намирење се врши из износа добијеног уступањем и продајом), а издалац одобрења за градњу има обавезу да поништи старо и изда ново одобрење, на име купца/прибавиоца којем је после аукције одобрење уступљено.²⁵⁸

3.3 Заједничка (симултана) хипотека

Ради обезбеђења *једног* потраживања, могуће је засновати *једну* хипотеку на *више* непокретних ствари, без обзира да ли су у својини једног или више лица. Тада говоримо о заједничкој (симултаног) хипотеци. Смисао ове установе лежи у потреби додатног обезбеђења повериоцевог потраживања, посебно у случају када вредност потраживања премашује вредност хипотекованог добра. Заложни поверилац може, по свом избору, намирити обезбеђено потраживање у целини, из било које непокретности. Стога, заједничку хипотеку можемо посматрати као солидарну одговорност ствари за дуг.

Заједничка хипотека може настати изворно, тако што се од почетка заснује на више непокретности. Међутим, могућ је и накнадни настанак. Тако, ако се етажира зграда оптерећена хипотеком, „залога се наставља као заједничка на свим насталим деловима, ако није друкчије уговорено“.²⁵⁹ Када је реч о настанку заједничке хипотеке, у пракси се јавило спорно питање у вези заложне изјаве, као правног основа настанка, када непокретности припадају различитим лицима. Конкретно, да ли хипотеку којом се обезбеђује један пласман банке с више непокретности с више власника уписивати путем: а) једне заложне изјаве или б) на онолико заложних изјава колико има непокретности или ц) на онолико заложних изјава колико има власника непокретности? Став који је заузет, гласи: у овом случају треба сачинити онолико заложних изјава колико је власника непокретности. Ако је нека од тих непокретности у режиму заједничке својине или сусвојине, сви заједничари, односно сувласници сматрали би се једним власником и требало би да дају једну (скупну) заложну изјаву, која може бити

²⁵⁸ М. Живковић (2009), 9.

²⁵⁹ Чл. 443, ст. 3 Нацрт законика о својини.

дата и истовремено и у различито време и пред различитим јавним бележницима.²⁶⁰

Од заједничке хипотеке треба разликовати случај када се једно потраживање обезбеђује се више заложних права на више непокретности, при чему сваку непокретност терети сразмерни део потраживања.²⁶¹

Сложеност правних односа који настају заснивањем заједничке хипотеке долази посебно до изражаја када, уз заједничку хипотеку једног хипотекарног повериоца, постоје и хипотеке других поверилаца. Положај накнадних заложних поверилаца на појединим непокретностима обухваћеним заједничком хипотеком је неизвесан. Наиме, уколико се заложни поверилац определи на намирење из предмета на којем они имају залогу лошијег реда првенства, накнадни заложни

²⁶⁰ Мишљења Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20.10.2015. године, доступно на сајту: http://beleznik.org/images/pdf/misljenja_strucnog_saveta.pdf. Као образложење наведеног става дато је следеће: Хипотека којом се једно потраживање („пласман”) обезбеђује залогом на више различитих непокретности јесте заједничка хипотека (чл. 4 ЗХ). Супротно од земљишнокњижног права, правила о катастру непокретности не садрже детаљније одредбе о начину уписа заједничке хипотеке у катастар. Оно што би се могло претпоставити као минимум јесте да се у катастру непокретности назначава да је посреди заједничка хипотека, како би се сва заинтересована лица обавестила да је износ обезбеђеног потраживања обезбеђен залагањем више непокретности.

Да би се одговорило на питање да ли је за заједничку хипотеку на непокретностима које припадају различитим власницима потребно сачинити једну или више заложних изјава, треба поћи од природе заложне изјаве, с једне, и природе заједничке хипотеке, с друге стране. Заложна изјава је једностранна изјава власника непокретности на основу које се он обавезује да ту непокретност оптерети хипотеком ради обезбеђења неког потраживања. У том смислу, када би се предвидело да више лица дају једну заложну изјаву, заправо би се радило о неколико различитих и међусобно независних правних послова који би били дати у једном акту (солемнизованој приватној исправи или запису), што је као кад би једном исправом била обухваћена два уговора између три или четири различита уговарача. Због тога се исправнијим чини да заложну изјаву, као једнострану правни посао на основу којег може да настане хипотека, увек треба да да само оно лице које је власник оптерећене непокретности, односно више лица – сви сувласници или заједничари ако се ради о оптерећењу ствари у сусвојини или у заједничкој својини. При том, у овом потоњем случају (ствар у сусвојини или заједничкој својини), није неопходно да сви сувласници, односно заједничари дају своју изјаву истовремено, нити да је дају пред истим јавним бележником – могуће је да је дају истовремено, могуће је да је дају у различито време пред истим јавним бележником, а могуће је да је дају и у различито време пред различитим јавним бележницима (с тим што ће за потребе уписа најпогодније бити ако могу да је дају истовремено). С друге стране, имајући у виду да је заједничка хипотека по природи ипак више од простог скупа оног броја хипотека колико има оптерећених непокретности (тзв. начело јединства или монизма, које подразумева и извесна одступања), чини се да би било сувишно да се за сваку од непокретности обухваћених заједничком хипотеком даје посебна заложна изјава.

Отуд се као најлогичније намеће решење да би у даатој ситуацији најправилније било сачинити онолико заложних изјава колико је власника оптерећених непокретности, уз напомену да би се, ако је нека од тих непокретности у режиму заједничке својине или сусвојине, сви заједничари, односно сувласници сматрали једним власником и требало би да дају једну (скупну) заложну изјаву, која може бити дата и истовремено и у различито време и пред различитим јавним бележницима.

²⁶¹ О. Станковић, М. Орлић, 272.

повериоци могу *de facto* остати без обезбеђења.²⁶² Стога сматрамо, да би ради заштите интереса хипотекарних поверилаца слабијег ранга, било неопходно увести обавезу хипотекарног повериоца заједничке хипотеке да своје потраживање намира *сразмерно* из вредности свих заложених непокретности.

3.4 Обим (домашај) хипотеке

Хипотека се односи на непокретност у целини. Како је хипотека бездржавинско право, то заложена ствар остаје у државини власника који је може искоришћавати и из ње извлачити користи. Из законске формулације да хипотека обухвата природне плодове који нису одвојени од непокретности, *argumentum a contrario* произилази да одвојени природни плодови нису обухваћени хипотеком. Даље, законодавац ништа не говори о цивилним плодовима непокретности (нпр. закупнина хипотековане куће), те можемо закључити да они не представљају имовину на којој хипотекарни поверилац има првенство наплате.

Обим хипотеке не мора да остане исти у току времена. Хипотека је екстензивна, што значи да се даје проширити и на све оне ствари, на које се првобитно није односила.²⁶³ Екстензивно дејство хипотеке објашњава се на тај начин што се сва побољшања и повећања вредности ствари као споредне ствари - *accessorium*, за које важи правило *accessorium sequitur principale*. Побољшања могу бити природна (нпр. увеличање земљишта наносом), или вештачка (нпр. кад власник сазида нови спрат на хипотекованој кући).

4 ПОТРАЖИВАЊА КОЈА СЕ ХИПОТЕКОМ МОГУ ОБЕЗБЕДИТИ

4.1 О потраживањима која се могу хипотеком обезбедити

Опште прихваћен став је да се хипотеком може обезбедити свако пуноважно потраживање. И поред чињенице да ЗХ то изричито не наводи, потраживање треба бити новчано, односно имати новчани еквивалент, који се може изразити у страном или домаћој валути. Изузев, застарелог потраживања о

²⁶² Д. Хибер, М. Живковић, 80.

²⁶³ Л. Марковић (1911), 51.

чему је било речи, обезбеђено потраживање мора бити утуживо јер се давањем обезбеђења не може природна облигација претворити у принудно извршиву.

Условно и будуће потраживање, се такође може обезбедити хипотеком. Наведено решење, као што је већ речено, представља одступање од начела акцесорности заложног права.

Хипотека обезбеђује потраживање у целини - главницу, камату и трошкове наплате. Такође, могуће је обезбедити и само део потраживања. Најновијим изменама ЗХ разрешио је дилеме у погледу тога да ли камата мора бити уписана у регистар да би била обезбеђена хипотеком.²⁶⁴

4.2 Максимална хипотека (хипотека на највиши износ)

Установа максималне хипотеке последица је могућности успостављања хипотеке ради обезбеђења условног или будућег потраживања. Наиме, обзиром да се у тренутку заснивања хипотеке не зна тачан износ потраживања у регистар се уписује највиши износ до којег хипотека оптерећује непокретност. За разлику од правних система многих земаља, ЗХ не предвиђа установу максималне хипотеке. Међутим, потреба за тачним одређивањем потраживања произилази из начела одређености прописаног Законом о државном премеру и катастру.²⁶⁵ Према наведеном начелу, потребно је да сваки упис у катастар непокретности буде потпуно одређен стога, могућност максималне хипотеке би се морала изводити из наведеног прописа.²⁶⁶

Такође, потреба да потраживање које се залогом обезбеђује буде одређено произилази из начела акцесорности и специјалности заложног права. Одступање од потоњег начела постоји код установе кауционе и кредитне хипотеке. Права обезбеђује потраживање чији је настанак несвестан. Кредитном хипотеком, обезбеђује се потраживање које у моменту залагања није настало у целини (нпр.

²⁶⁴ Вид. чл. 7, ст. 2 и 3 ЗХ.

²⁶⁵ Закон о државном премеру и катастру – ЗДПК, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015-ОУС и 96/2015.

²⁶⁶ У том смислу: Милош Живковић: „Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији“, у *Форум за грађанско право за југоисточну Европу*, Избор радова и анализа, Прва регионална конференција, Цавтат 2010, Београд 2010, 647.

кредит од банке који ће се исплаћивати убудуће и у ратама).²⁶⁷ У оба случаја уписује се у земљишне књиге највиши износ до кога заложно право обезбеђује оваква потраживања (максимални износ). Ако потраживање пређе означени износ, хипотека не обезбеђује овај вишак потраживања.²⁶⁸

5 ЗАСНИВАЊЕ ХИПОТЕКЕ

5.1 Претпоставке настанка хипотеке

У старијој литератури правила се разлика између редовне хипотеке које настаје на основу воље дужника и изузетне хипотеке. Редовна хипотека могла је бити уговорна – заснована на уговору између дужника и повериоца, или тестаментарна заснована изјавом последње воље дужника. Изузетним су се сматрале хипотеке које настају по самом закону или на основу судске одлуке.²⁶⁹

Према ЗХ хипотека се заснива на уписом у надлежни регистар непокретности (*modus acquirendi*). Правни основ настанка може бити: уговор или судско поравнање; заложна изјава; закон (законска хипотека), и најзад одлука суда.

Истраживање у наредним редовима биће усмерено пре свега на уговорну хипотеку. Ово из више разлога. Пре свега, ЗХ предвиђа да се правила о уговорној хипотеци, уколико друкчије није прописано, сходно примењују на једнострану, законску и судску хипотеку. Отуда, ћемо избећи непотребна понављања приликом обраде сваког од поменутих облика хипотеке. Правила о судској и законској хипотеци су нешто детаљније изложена у делу о врстама заложног права према основу настанка. И најзад, уговорна, и једнострана хипотека представљају најчешће облике у пракси, што оправдава потребу за подробнијом анализом наведених института.

Као регистарско заложно право, хипотека настаје уписом у регистар непокретности. Међутим, поред тога потребно је да су испуњена још два услова.

²⁶⁷ Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазић, *Стварно право*, Ниш 2009, 224.

²⁶⁸ О. Станковић, М. Орлић, 245.

²⁶⁹ Вид. Л. Марковић (1911), 61.

Пре свега, неопходно је да се хипотека стиче од лица које је овлашћено да је заснује и да се упис у регистар заснива на пуноважном правном послу.

Упис у регистар је конститутиван елемент настанка хипотеке, односно безусловни начин стицања (*modus acquirendi*) заложног права. Без уписа, нема хипотеке. Обзиром на значај који остварује, определили смо се да упис хипотеке у катастар непокретности детаљно обрадимо у посебном делу. На овом месту ћемо навести да потреба за уписом произилази из неопходности да се хипотека учини јавном, како би се сва трећа лица могла упознати са њеним постојањем. Такође, према моменту уписа утврђује се и ранг хипотеке, што је од значаја за каснију фазу намирења.

Лице које заснива хипотеку мора бити власник непокретности, односно титулар другог стварног права које се хипотеком оптерећује. Најчешће дужник из облигационог односа заснива хипотеку на сопственој ствари или праву. Међутим, могуће је да треће лице које није лично обавезано, оптерети своју ствар или право ради обезбеђења туђег дуга. Власник ствари, односно титулар права које се хипотекује, легитимишу се увидом у регистар непокретности. Отуда, како у нашем праву важи начело поуздања, савесни стичалац може стећи хипотеку и од лица које је погрешно уписано у јавни регистар као власник, односно титулар стварног права. Хипотеку на објекту у изградњи заснивају инвеститор, односно купац објекта у изградњи. Њихова легитимација не се може утврдити увидом у регистар, јер објекат у изградњи није уписан у регистар. Стога, се наведена лица легитимишу на основу решења о издавању грађевинске дозволе, односно на основу уговора о купопродаји објекта у изградњи који је закључен са носиоцем грађевинске дозволе.

Најзад, трећи услов заснивања хипотеке подразумева постојање правног основа, односно пуноважног правног посла, који је усмерен на заснивање хипотеке.

5.2 Уговор о хипотеци

Хипотека која се заснива правном послу – уговору, односно једностраној изјави воље, најзаступљенија је у пракси. Након последњих измена ЗХ дефинише

уговор о хипотеци на нешто другачији начин.²⁷⁰ „Уговор о хипотеци представља уговор између власника непокретности и повериоца којим се власник непокретности обавезује да у корист повериоца заснује хипотеку ради намирења обезбеђеног потраживања, на начин прописан законом“.²⁷¹ Уговор о хипотеци може бити како самосталан, тако и део неког другог уговора који уређује обезбеђено потраживање.

5.2.1 Форма уговора

Уговор о хипотеци, законодавац је препознао као комплексан правни посао од посебног значаја те је за његово закључење прописана форма јавнобележничког записа или јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Уговор којим се заснива вансудска извршна хипотека мора бити у облику јавнобележничког записа. Према ЗЈБ у облику јавнобележничког записа сачињавају се уговор о хипотеци и заложна изјава ако садрже изричиту изјаву обавезаног лица да се на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, може, ради остварења дуговане чинидбе, по доспелости обавезе непосредно спровести принудно извршење, било судским било вансудским путем.²⁷² Законодавац је стао на становиште да се формом јавнобележничког записа претежно штите јавни интереси тако да та форма не важи само за закључење одређеног уговора већ и за споразуми раскид тог уговора, односно његове доцније измене и допуне.²⁷³

5.2.2 Обавезни елементи

ЗХ прецизно прописује садржину уговора о хипотеци.²⁷⁴ Најновијим изменама ЗХ „безусловна изјава власника (залогодавца) да пристаје да поверилац упише хипотеку на његовој непокретности“, изостаје из обавезних елемената

²⁷⁰ Тако, чл. 9, ст. 1, Закон о хипотеци, *Сл. гласник РС*, број 115/2005: „Уговор о хипотеци је дефинисан као уговор између власника непокретности и повериоца којим се власник непокретности обавезује, ако дуг не буде исплаћен о доспелости, да поверилац наплати своје обезбеђено потраживање из вредности те непокретности, на начин прописан законом“. Наведено решење је критиковано у теорији. Вид, М. Живковић (2009), 10.

²⁷¹ Чл. 9 ЗХ.

²⁷² Чл. 82 ЗЈБ.

²⁷³ Дејан Ђурђевић, *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014, 120.

²⁷⁴ Вид. чл. 12 ЗХ.

уговора о хипотеци. У теорији, наведено решење се објашњава чињеницом да *clausula intabulandi*, заправо представља акт испуњења уговора.²⁷⁵

5.3 Извршна вансудска хипотека

Уговор о хипотеци, односно заложна изјава који садрже набројане елементе подобни су за заснивање хипотеке, представљају правни основ њеног настанка. Међутим, на основу таквог уговора о хипотеци односно заложне изјаве, и даље се не може непосредно покренути судски, односно вансудски поступак намирења. Неопходно је да садрже додатне елементе, који су законом прецизно прописани.²⁷⁶

Дакле, само уговор о хипотеци односно заложна изјава, закључени у форми јавнобележничког записа, а који поред општих садрже и посебне прописане чланом 15 став 3 ЗХ, могу представљати непосредно извршиву вансудску хипотеку, односно извршну исправу. Стога, сваки уговор о хипотеци, односно заложна изјава, не представљају извршне исправе.²⁷⁷ Отуда се и јавља потреба за прецизнијим дефинисањем овог појма. Наиме, према тренутно важећем ЗИО извршна исправа је, између осталог и уговор о хипотеци односно заложна изјава, сачињена сагласно прописима којим се уређује хипотека.²⁷⁸ Међутим, нови ЗИО „штуро“ прописује као извршну исправу само уговор о хипотеци и заложну изјаву, без упућивања на обавезне одредбе из ЗХ.²⁷⁹ Из наведеног решења могао би се извести закључак да сваки уговор о хипотеци, односно заложна изјава представљају извршну исправу, што је, као што смо навели погрешно.

Поменућемо још једно „својство“ које уговор о хипотеци, и заложна изјава морају имати да би представљали извршну исправу. Реч је о обавезном упису у регистар непокретности. У погледу обавезности уписа, у судској пракси јављали су се подељени ставови.²⁸⁰ Став који подржавамо је, да само уговор о хипотеци и

²⁷⁵ Вид. Драгор Хибер, Милош Живковић, 245.

²⁷⁶ Вид. чл. 15, ст. 3 ЗХ.

²⁷⁷ Супротно Милош Радовановић: „Уговор о хипотеци и заложна изјава као извршне исправе“, *Избор судске праксе* 11/2011, 21.

²⁷⁸ Чл. 13, ст. 1, т. 4 ЗИО.

²⁷⁹ Чл. 41, ст. 1, т. 4 нови ЗИО.

²⁸⁰ Више о томе: Слободан Стошић, *Положај хипотекарног повериоца у судском и вансудском поступку намирења*, мастер рад, Београд 2014, 21.

заложна изјава који су уписани у лист непокретности, могу бити извршне исправе. Ово из разлога што уговор о хипотеци, односно заложна изјава представљају само *iustus titulus*. Исти нису довољни за заснивање хипотеке, већ је потребно да се оствари и начин стицања, а то је упис у регистар. Наведено схватање је у складу са одредбом члана 8 ЗХ, према којој је за настанак хипотеке одлучујући критеријум упис у регистар непокретности.

На основу изнетих аргумената, сматрамо неопходним јасније дефинисање појма извршне исправе у новом ЗИО. Пре свега, не видимо разлог изостављања одредби које упућују на обавезну садржину уговора о хипотеци и заложне изјаве из ЗХ. Тренутно важеће решење ЗИО према којем су извршне исправе уговор о хипотеци односно заложна изјава, али само уколико су сачињени сагласно прописима којим се уређује хипотека, чини се доста прецизнијим. И најзад, сматрамо да је неопходно прописати обавезност уписа, уговора у хипотеци односно заложне изјаве у регистар непокретности.²⁸¹ Отуда, по нашем мишљењу исправно *de lege ferenda* решење би било: „Извршна исправа је уговор о хипотеци и заложна изјава, уколико су сачињени сагласно прописима којима се уређује хипотека, и уколико су уписани у регистар непокретности као „извршна вансудска хипотека“

5.4 Заложна изјава

Заложна изјава представља исправу коју сачињава власник непокретности. Наведеном исправом, једнострано се обавезује да у корист повериоца заснује хипотеку ради намирена обезбеђеног потраживања. На основу заложне изјаве, као једностране изјаве воље власника непокретности настаје једнострана хипотека.

Идеја да се хипотека може засновати на једностраној изјави воље критикована је у теорији, јер се могућност власника да заснује хипотеку у корист повериоца без његовог знања, противи фундаменталним начелима грађанског права, попут самоодређења (из истог разлога нико не може да буде присиљен да

²⁸¹ У том смислу и: Зоран Рогич, „Могући правци измена ЗИО код извршења на непокретностима“, *Зборник радова: Нови прописи у Републици Србији*, Београд 2015, 252.

прими поклон или да му се опрости дуг).²⁸² Нама се чини исправније друго мишљење. Према наведеном, у случају када дужник (власник непокретности) захтева да се стави хипотека на његово добро за рачун неког повериоца, сматра се, да је поверилац прећутно пристао.²⁸³ Томе иде у прилог и чињеница „да се упис једностране хипотеке на основу заложне изјаве врши се на захтев повериоца“.²⁸⁴ Отуда, није ни теоријски могућа ситуација да хипотека буде заснована у корист повериоца, без његовог пристања.²⁸⁵

Заложна изјава има исту форму и садржину као и уговор о хипотеци. Једнина разлика је у томе што је уговор о хипотеци двострани правни посао, док је заложна изјава једностран правни посао којим власник непокретности ствара посебну гаранцију наплате повериоца. У пословној пракси чест је случај да банке као велики кредитори, припреме већ готов образац заложне изјаве будућим клијентима, корисницима кредита. Међутим, поверилац не мора предузимати никакве активности приликом сачињавања заложне изјаве, што произилази из њене правне природе. „Хипотекарна изјава је једностран правни посао којим се дужници обавезују према хипотекарном повериоцу који нема обавезу да са њима обавља разговор о садржини и значају давања хипотекарне изјаве.

Из образложења: Тужиоци неосновано у жалби потенцирају да нико од службеника банке, трећетуженог, није са њима обавио разговор везано за давање заложне изјаве. Овакав навод жалбе није релевантан, јер је хипотекарна изјава једностран правни посао којим се тужиоци обавезују према хипотекарном повериоцу. Није било обавезе на страни хипотекарног повериоца да са тужиоцима обавља разговор о садржини и значају давања хипотекарне изјаве и у овим наводима тужилаца нема основа за другачију одлуку о тужбеном захтеву“.²⁸⁶

²⁸² Драгор Хибер, Милош Живковић, 247.

²⁸³ Вид. Л. Марковић (1911), 62.

²⁸⁴ Чл. 14, ст. 4 ЗХ.

²⁸⁵ Пре најновијих измена ЗХ, наведена могућност је, теоријски постојала обзиром да је захтев за упис једностране хипотеке могао поднети, поред повериоца, и власник непокретности.

²⁸⁶ Из пресуде Апелационог суда у Новом Саду, Гж 4332/2013 од 12. јуна 2014. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

5.5 Ништаве одредбе уговора о хипотеци

ЗХ предвиђа забрану уговарања појединих клаузула којима се угрожавају правни интереси дужника. Реч је о апсолутно ништавим одредбама, које не могу конвалидирати протеком времена, односно извршењем. Уколико су уговорене, сматра се, као да их нема.

Пре свега, ништава је уговорна клаузула која овлашћује повериоца да може продати предмет залоге, уколико дуг не буде исплаћен о доспелости, на начин који је супротан правилима ЗХ.

Даље, ЗХ забрањује комисорну клаузулу. Тако, ништава је одредба према којој поверилац стиче својину на непокретности падањем дужника у доцњу. Комисорна клаузула води губитку својине за власника заложене ствари, без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени.²⁸⁷ Отуда, наведена клаузула се забрањује, обзиром да вредност предмета залоге често прелази износ обезбеђеног потраживања. У супротном, створила би се могућност специфичног намирења којим би поверилац могао стећи несразмерну корист. Реч је о одредби којом се штите правни интереси дужника, који је, у односу поводом којег се заснива хипотека инфериоран у односу на повериоца. Наиме, дужник је у стању економске нужде, због потребе за новцем. Стога може прихватити и неповољне услове који му се намећу. Међутим, како исплатом зајма, односно кредита дужник више није у неравноправном положају, то отпада потреба за његовом заштитом. Другим речима, дужник није притиснут потребом за новцем као што је бо када је тражио зајам, па може равноправно да преговара о закључењу једног оваквог споразума са повериоцем.²⁸⁸ Отуда, ЗХ дозвољава уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања.²⁸⁹

Марцијанов пакт, спада такође у недозвољене одредбе уговора о хипотеци. Разлика у односу на комисорну клаузулу је у томе што, заложни поверилац приликом продаје заложене ствари има обавезу да дужнику врати вишак између вредности заложене ствари и обезбеђеног потраживања. Отуда је код

²⁸⁷ М. Лазић (2009), 115.

²⁸⁸ З. Петровић, В. Козар, 35.

²⁸⁹ Вид. чл. 27 ЗХ.

Марцијановог пакта, губитак за заложног дужника пропорционалан гарантованом дугу.²⁹⁰ Забрана уговарања, као и код комисорне клаузуле важи до тренутка доспелости потраживања.

Обзиром да је хипотека бездржавински облик залогe, заложни поверилац није овлашћен да употребљава заложену непокретност, нити да прибира плодове које она даје. Одредба којом би се уговорило супротно, не производи дејство.

Најзад, ништава је уговорна клаузула која забрањује власнику отуђење, односно поновно оптерећење хипотековане непокретности.

И поред чињенице да је недозвољена, одредба о забрани отуђења односно оптерећења непокретности, често се сусретала у банкарској пракси. Повод наведеном представљала је спорна одредба члана 49 ЗХ која се односила на престанак хипотеке у вансудској продаји. Према наведеном члану купац непокретности је у вансудском поступку, и након исплаћене купопродајне цене стицао непокретност оптерећену заложним правом доцнијих хипотекарних поверилаца.²⁹¹

6 САДРЖИНА ХИПОТЕКАРНОГ ОДНОСА

Хипотекарно-правни однос је грађанско-правни однос између хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника са једне и хипотекарног повериоца и трећег лица с друге стране, поводом објекта хипотеке. Сматра се да први представља унутрашњу страну хипотеке, а да други изражава њено спољашње дејство. Ради се о два међусобно повезана и условљена дела сложеног хипотекарног односа.²⁹²

Имајући у виду да је хипотека акцесорно право, може се закључити да су субјекти хипотекарног односа, по правилу, и лица која се јављају као субјекти основног правног посла ради чијег обезбеђења је хипотека и настала. У улози хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника може се наћи свако физичко и правно лице

²⁹⁰ М. Лазић (2009), 116.

²⁹¹ Више о томе: Слободан Стошић: „Реализација заложног права на непокретности“, *Мегатренд ревија*, 2/2015, 196.

²⁹² Д. Медић (2006), 444.

Поверилац обезбеђеног потраживања је увек титулар хипотеке. Наведено решење је и логично имајући у виду обезбеђујућу сврху хипотеке, другим речима суштина хипотеке је да обезбеди реализацију потраживања одређеног повериоца, па би самим тим постала незамислива ситуација да поверилац из основног посла и титулар хипотеке буду различита лица.

Са друге стране, власник заложене непокретности (*стварни дужник*) и дужник обезбеђеног потраживања (*лични дужник*) могу бити различита лица. Оваква ситуација постоји, рецимо, у случају када власник отуђи непокретност након заснивања хипотеке. Прибавилац права својине на непокретности, исту стиче оптерећену заложним правом, а преносилац, односно први власник и даље остаје дужник из основног посла. Такође, као што је већ речено власник може оптеретити хипотеком непокретност, ради обезбеђења туђег дуга.

6.1 Посебна права хипотекарног повериоца

Право на уновчење предмета залоге, право на намирење, право првенства у намирењу и право следовања су основна права хипотекарног повериоца, која произилазе из саме природе заложног права. Како је о наведеним правима већ било речи, то ћемо на овом месту изложити само посебно право хипотекарног повериоца у случају смањења вредности заложене непокретности.

Одређене радње власника, односно држаоца непокретности могу смањити њену вредност. На тај начин примарно право хипотекарног повериоца – право на намирење може бити доведено у питање. Отуда закон овлашћује повериоца да од дужника тражи додатно адекватно обезбеђење, уколико се понашањем власника, односно држаоца непокретности угрожава њена вредност.²⁹³ Наше право не тражи кривицу власника ствари код смањења њене вредности, већ је потребно да између његове радње и смањења вредности ствари постоји узрочна веза.²⁹⁴ Под „обезбеђењем сличног степена сигурности“, претпоставља се хипотека на другој непокретности, што представља својеврстан случај допуне залоге. Захтев за пружањем додатног обезбеђења, према ЗХ, односи се на дужника, и када он није власник заложене непокретности. У случају да дужник не пружи додатно

²⁹³ Вид. чл. 18, ст. 1 ЗХ.

²⁹⁴ Д. Медић (2006), 456.

обезбеђење, хипотекарни поверилац може намирити своје потраживање, из предмета хипотеке без одлагања, односно пре доспелости. Наведена могућност, по природи ствари не постоји једино код принудног судског заложног права на непокретности. Наиме, наведени облик залог не може стећи пре правоснажности и извршности пресуде којом је наложено дужнику да плати потраживање које се осигурава присилном хипотеком на дужниковој некретности.²⁹⁵

Поред наведеног, хипотекарни поверилац може захтевати од суда да обавезе власника, односно непосредног држаоца, да се уздржи од радњи чији би исход могао довести до умањења вредност непокретности. Код извршне вансудске хипотеке, или уколико је то посебно уговорено, поверилац може предузети наведене мере и без овлашћења суда.

Наше хипотекарно право не познаје установу секвестра, односно одузимање заложене ствари од залогопримца. Наведена могућност, постоји само код ручне залог.²⁹⁶ Црногорско право даје хипотекарном повериоцу овлашћење да захтева од суда да трећем лицу преда у државину непокретност оптерећену хипотеком, ако хипотекарни дужник не чува непокретност у складу са уговором и законом.²⁹⁷ Након одузимања ствари, власник постаје посредни држалац. Секвестар подразумева и трошкове, односно накнаду трећег лица за чување ствари, која би требала пасти на терет дужника обзиром да се због његове кривице прешло на увођење секвестра.²⁹⁸

6.2 Правни положај власника непокретности

6.2.1 Право употребе и располагања

Све до фазе реализације, хипотека суштински не утиче на својинска овлашћења власника непокретности. Он је овлашћен да употребљава непокретност, да извлачи користи остварене њеном употребом. Власник непокретности може фактички и правно да располаже предметом хипотеке. Код фактичког располагања, мора се уздржати од радњи којима умањује вредност

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Вид. чл. 978 ЗОО.

²⁹⁷ Чл. 20, ст. 2, Закон о хипотеци Црне Горе, *Сл. лист РЦГ*, бр. 52/2004.

²⁹⁸ З. Рашовић, 474.

непокретности. Власник непокретности може извршити транслативни и конститутивни пренос својине на предмету хипотеке. На тај начин се „не мења ништа у дужниковој обавези и у обезбеђеном потраживању“.²⁹⁹ Другим речима, имовински интереси заложног повериоца, на тај начин, не могу бити угрожени, обзиром да је заштићен правом следовања. Пошто је хипотека убележена у јавне књиге, хипотекарни поверилац се не излаже опасности да ће изгубити своје право.³⁰⁰ Стога, као што је већ било речи, уговорна клаузула која забрањује власнику отуђење, односно оптерећење предмета хипотеке, не производи правно дејство.

6.2.2 Право на повраћај остатка вредности

Власник непокретности има право на повраћај остатка вредности који преостане по наплати свих потраживања из продајне цене (*hiperocha*). Наведено право није својствено само за хипотеку, произилази из општих принципа грађанског права. Уколико би поверилац задржао вишак вредности, неосновано би се обогатио. Исто правило важи и у судском поступку намирења.³⁰¹

6.2.3 Располагање рангом хипотеке

Располагање рангом хипотеке, представља једно од нових решења ЗХ настало по узору на аустријско право. Реч је о овлашћењу власника непокретности да располаже рангом хипотеке које је материјално престала али формално још постоји.³⁰² Власник непокретности може располагати неисписаном хипотеком, извршити забележбу првенственог реда или предбележбу нове хипотеке. Заједничко за сва три института јесте омогућавање да се уписана хипотека, прецизније њен првенствени ред, сачува и у случају престанка обезбеђеног потраживања, те да се за тај случај омогући везивање хипотеке за неко друго, ново обезбеђено потраживање.³⁰³

²⁹⁹ Чл. 16 ЗХ.

³⁰⁰ А. Гамс (1980), 149

³⁰¹ Вид. чл. 136, ст. 3 ЗИО.

³⁰² Д. Хибер, М. Живковић, 269.

³⁰³ М. Живковић (2009), 24.

6.2.3.1 Располагање неисписаном хипотеком

Власник непокретности може у року од три године, од престанка обезбеђеног потраживања, да пренесе хипотеку која није исписана „на новог повериоца или, ради обезбеђења другог потраживања, на старог повериоца, до износа потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком“.³⁰⁴ Како наведено располагање не утиче на положај хипотекарних повериоца са каснијим рангом, они се томе не могу противити. Међутим, уколико ново потраживање премашује износ потраживања обезбеђеног неисписаном хипотеком, потребна је сагласност свих доцнијих хипотекарних поверилаца да би и тај већи износ био обезбеђен хипотеком приоритетног ранга (односно хипотеком која има ранг неисписане хипотеке). У супротном, већи износ ће бити обезбеђен новом хипотеком која стиче ранг подношењем захтева за упис.

Власник непокретности се може одрећи права на располагање неисписаном хипотеком само под одређеним условима.³⁰⁵ Наведено одрицање од права на располагање неисписаном хипотеком, правно је ваљано уколико се упише у регистар непокретности, у форми забележбе.

6.2.3.2 Забележба првенства реда

Забележба првенственог реда представља овлашћење власника непокретности да приликом исписа хипотеке, забележбом задржава првенствени ред који је имала избрисана хипотека ради уписа нове хипотеке. Као и у претходном случају нова хипотека може обезбеђивати потраживање, до износа обезбеђеног старом (ранијом) хипотеком. Нова хипотека се може уписати у року од три године од извршене забележбе.

6.2.3.3 Предбележба нове хипотеке

Код предбележбе нове хипотеке, власник непокретности предбележује нову хипотеку на место већ постојеће, са једнаким редом првенства и до износа потраживања које је обезбеђено већ уписаном хипотеком. Предбележба се

³⁰⁴ Чл. 53 ЗХ.

³⁰⁵ Вид. чл. 54 ЗХ.

претвара у укњижбу ако се постојећа хипотека избрише у року од годину дана од дана уписа предбележбе, а захтев за њено брисање поред власника непокретности може да поднесе и хипотекарни поверилац из предбележене хипотеке.³⁰⁶ Уколико се нова хипотека не упише у року од годину дана предбележба се брише по службеној дужности. Уколико је стара хипотека заснована на непокретних ствари, нова хипотека производиће правна дејства уколико се стара хипотека испише из свих регистара непокретних ствари у којима је извршен њен упис.³⁰⁷

6.2.4 Обавезе власника непокретности

Основна обавеза власника непокретности је да се уздржи од радњи којима се умањује вредност предмета хипотеке. Непокретност не сме физички мењати без писмене сагласности повериоца. Власник је дужан да чува и одржава заложену непокретност са одговарајућим степеном пажње. Власник, односно држалац својим радњама може повећати вредност непокретности. Тада ће се хипотека по принципу екстензивности простирати и на новонастала побољшања. У фази реализације хипотеке обавеза власника, али и сваког држаоца непокретности је трпљење намирења потраживања из вредности непокретности.

7 РАСПОЛАГАЊЕ ХИПОТЕКОМ

7.1 Уступање потраживања (цесија)

Потраживање обезбеђено хипотеком може се, сходно општим правилима облигационог права, пренети на треће лице. Дејство уступања потраживања огледа се у томе што на место хипотекарног повериоца – цедента, ступа треће лице – цесионар. Како је хипотека акцесорно право у односу на потраживање, то цесионар заједно са потраживањем стиче и хипотеку (акцесорност у припадању). Исто прописује и ЗОО: „Са потраживањем прелазе на пријемника споредна права, као што су право првенствене наплате, хипотека, залога, права из уговора са

³⁰⁶ *Ibid.*, 25.

³⁰⁷ Чл. Чл. 56 ЗХ.

јемцем, права на камату, уговорну казну и сл.³⁰⁸ Хипотека се не може пренети на треће лице одвојено од потраживања које обезбеђује.

Пренос обезбеђеног потраживања, односно хипотеке врши се на основу уговора између цедента и цесионара, закљученог у форми јавнобележничког записа односно јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. За пренос потраживања није неопходна сагласност дужника, односно власника непокретности, али је уступилац дужан обавестити дужника (по нашем мишљењу и власника непокретности) о извршеном уступању. Уступањем потраживања престаје потраживање уступеоца (хипотекарног повериоца) према дужнику.

У пракси се као спорно јавило питање: да ли се члан 20 ЗХ примењује и на уступање дела потраживања или само на потраживање које се у целини уступа, односно: „да ли се закључењем уговора о делимичном уступању потраживања на пријемника преноси и извршна вансудска хипотека установљена у корист уступеоца“.³⁰⁹ Као одговор на наведено питање, у Мишљењу Министарства финансија од 04. септембра 2014. године наведено је следеће: „Чланом 20 Закона о хипотеци, поред осталог, прописано је да се потраживање обезбеђено хипотеком може уступити на основу уговора између повериоца и лица коме се потраживање уступа, као и да уговор о преносу хипотеке који се закључује одвојено од уступања потраживања не производи правно дејство. Имајући у виду наведене одредбе Закона о хипотеци, Мишљење Министарства финансија је да се преносом дела потраживања обезбеђеног хипотеком преноси и хипотека као споредно право. Уговором о преносу потраживања уговорне стране су у обавези да уговоре и пренос хипотеке. Начин намирења, у случају да дужник не исплати дуг о доспелости, ближе ће бити уређен предметним уговором закљученим између уступеоца и пријемника.“³¹⁰

³⁰⁸ Чл. 437, ст. 1 ЗОО.

³⁰⁹ Мишљење Министарства финансија, бр. 401-00-1763/2014-05 од 04. септембра 2014. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*

³¹⁰ *Ibid.*

7.2 Надхипотека

У претходном делу, анализирали смо уступање обезбеђеног потраживања. Код надхипотеке обезбеђено потраживање се залаже. Хипотекарни поверилац може засновати хипотеку на постојећој хипотеци у корист трећег лица, без пристанка хипотекарног дужника.³¹¹ Предмет надхипотеке је, дакле, обезбеђено потраживање, а тек посредно хипотека као споредно право. Уговор о надхипотеци закључује се између хипотекарног повериоца и надхипотекарног повериоца у истој форми као и уговор о хипотеци. Залагање обезбеђеног потраживања производи дејство према дужнику достављањем писменог обавештења о залагању, а према трећим лицима од уписа уговора о надхипотеци у *odgovaraју* I регистар.

Обим надхипотеке управља се према обиму хипотеке.³¹² Отуда, уколико износ потраживања надхипотекарног повериоца прелази висину потраживања обезбеђеног хипотеком, надхипотекарни поверилац ће моћи да се евентуално намири само из имовинске масе хипотекарног повериоца.³¹³

7.3 Преузимање дуга

Преузимање дуга представља промену пасивног субјекта у облигационом односу ради чијег обезбеђења је хипотека настала. До преузимања дуга може доћи у случају преноса права својине на хипотекованој непокретности. Уколико власник отуђи непокретност, он и даље остаје (уколико је то раније био) лични дужник хипотекарног повериоца, док стицалац непокретности постаје реални дужник. Међутим, могуће је да се приликом продаје уговорници сагласе да ће купац преузети дуг према хипотекарном повериоцу.³¹⁴ Тада он постаје и лични и реални дужник. Преузимање дуга врши се на основу уговора о преузимању дуга.³¹⁵

³¹¹ Драгослав Живковић, *Коментар Закона о хипотеци*, Београд 2006, 39.

³¹² А. Гамс (1980), 150.

³¹³ О. Станковић, М. Орлић, 279.

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ Вид. чл. 22, ст. 1 ЗХ.

И поред чињенице да ЗХ не говори о форми уговора о преузимању дуга сматрамо да, уколико је у говор о хипотеци закључен у форми јавнобележничког записа, онда и уговор о преузимању дуга мора бити у истој форми. Наиме, према ЗЈБ уговори, односно изјаве којима се мењају правни односи настали закључењем уговора или давањем изјава за које је прописана обавезна форма јавнобележничког записа, закључују се, односно дају у облику јавнобележничког записа.³¹⁶

Пристанак хипотекарног повериоца на преузимање дуга је неопходан, обзиром да му није свеједно ко ће му бити дужник. Отуда, уговор о преузимању дуга производи правна дејства, само уколико је поверилац дао пристанак у писменом облику. Наведено решење, представља одступање од правила ЗОО о преузимању дуга обезбеђеног хипотеком. Тако, према ЗОО: „кад приликом отуђења неке непокретности на којој постоји хипотека уговорено између прибавиоца и отуђиоца да ће прибавилац преузети дуг према хипотекарном повериоцу, сматра се да је хипотекарни поверилац дао пристанак на уговор о преузимању дуга ако га на писмени позив отуђиоца није одбио у року од три месеца од пријема позива“.³¹⁷ Потенцирање ЗХ на писменој сагласности, уместо сагласности ћутањем објашњава се сигурношћу које наплати обезбеђеног дуга даје хипотека.³¹⁸

8 ПРЕСТАНАК ХИПОТЕКЕ

Хипотека је акцесорно право у односу на потраживање, чију правну судбину прати. Отуда престанком потраживања престаје и хипотека, обзиром да нема више шта да обезбеђује. Наведени однос између хипотеке и потраживања објашњава се акцесорношћу у престанку.³¹⁹ Међутим, један од основних принципа хипотекарног права је, да се хипотека прибавља једино уписом у јавне књиге, и обрнуто да се губи и да престаје тек исписом из истих књига.³²⁰ Формалноправно хипотека, дакле, увек престаје брисањем из јавних регистара, а

³¹⁶ Чл. 82, ст. 3 ЗЈБ.

³¹⁷ Чл. 447 ЗОО.

³¹⁸ Д. Хибер, М. Живковић, 252.

³¹⁹ Више о томе: М. Живковић (2010), 169-189.

³²⁰ Л. Марковић (1911), 191.

материјалноправно услед престанка потраживања или услед разлога независних од престанка потраживања.

8.1 Престанак хипотеке услед престанка потраживања

Сам начин на који је обезбеђено потраживање престало, није релевантан са аспекта престанка хипотеке. Најчешћи начин престанка је исплата, међутим у обзир долазе и други разлози: пребијање (компензација), отпуст дуга, пренов (новација), протек времена, смрт дужника код обавезе која је везана за личност дужника, итд. Битно је да потраживање престаје у целости. Уколико потраживање само делимично престане (нпр. исплатом дела дуга, опраштањем камата и сл.) хипотека, према начелу недељивости, непромењена наставља да постоји.

У случају конфузије у истом лицу стичу се својства хипотекарног повериоца дужника обезбеђеног потраживања (нпр. дужник наследи повериоца). Обзиром да нико не може себи дуговати нешто, наведени случај резултира престанком потраживања, а сходно начелу акцесорности престаје и хипотека.

Према ставовима старије доктрине застарелошћу тражбине престајала је и хипотека.³²¹ Данас, застарелост обезбеђеног потраживања не утиче на престанак хипотеке. „Кад протекне време застарелости, поверилац чије је потраживање обезбеђено залогом или хипотеком може се намирити само из оптерећене ствари, ако је држи у рукама или ако је његово право уписано у јавној књизи“.³²² Ипак, застарелост потраживања производи одређене последице заложно-правни однос. Тако, хипотекарни поверилац погођен је санкцијом застарелости обзиром да не може намирити застарела потраживања камата и других повремених давања из вредности оптерећене непокретности.³²³

8.2 Престанак хипотеке независно од престанка потраживања

Независно од престанка потраживања хипотека престаје кад предмет пропадне у целости. Међутим, уколико се предмет обнови предмет хипотека се поново успоставља по службеној дужности. Уколико заложена непокретност

³²¹ *Ibid.*, 194.

³²² Чл. 368, ст. 1 ЗОО.

³²³ Вид. чл. 368, ст. 2 ЗОО.

делимично или потпуно пропадне, ЗХ предвиђа реалну суброгацију у односу на потраживање накнаде из осигурања.

Задовољење општег интереса (наведен је пример експропријације, као најчешћи у пракси), законом је прописан случај престанка хипотеке.³²⁴ И поред чињенице да ЗХ то изричито не наводи сматрамо да, као и у претходном случају хипотекарни поверилац стиче заложно право на накнади коју је власник добио на име експроприсане непокретности.

Хипотекарни поверилац се може одрећи од хипотеке једностраном изјавом воље датој у форми јавнобележничког записа односно јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. На основу наведеног поверилац се одриче само специјалне залогe на ствари, не и потраживања према дужнику, те постаје обични (хирограферни) поверилац.

Хипотека престаје продајом у судском или вансудском поступку намирења.³²⁵ Најновијим изменама ЗХ, брисана је спорна одредба према којој су права доцнијих хипотекарних поверилаца остајала резервисана. Наведено решење обесмишљаваало је целокупан вансудски поступак намирења, обзиром да је купац стицао непокретност оптерећену заложним правом доцнијих хипотекарних поверилаца.

За разлику од конфузије где се у једном лицу стичу својства повериоца и дужника из облигационог односа, код консолидације исто лице постаје хипотекарни поверилац и власник непокретности. У наведеном случају, уколико су дужник и власник непокретности различита лица, хипотека престаје исписом, а поверилац задржава хирограферно потраживање према дужнику.

Најзад, хипотека престаје и на основу правоснажне одлуке суда којом се утврђује амортизација.³²⁶

³²⁴ Вид. чл. 47 ЗХ.

³²⁵ Вид. чл. 143 ЗИО и чл. 49 Закон о хипотеци, *Сл. Гласник РС*, бр.115/2005.

³²⁶ Вид. чл. 52 ЗХ.

9 НЕАКЦЕСОРНА ОБЕЗБЕЂУЈУЋА ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА

Из до сада изнетог можемо закључити да хипотека, као и други облици заложног права, у домаћем законодавству имају доминантну обезбеђујућу функцију. Отуда, се целокупан систем заложног права, уз одређене изузетке заснива на начелу акцесорности, односно зависности залог од потраживања које обезбеђује. Међутим, захтеви савремене привреде условиле су потребу за неакцесорним правима која могу имати и обезбеђујућу сврху. Наведене установе највећу афирмацију доживљавају у немачком и швајцарском праву. У Немачкој то су земљишни и рентни дуг (*Grundschild* и *Rentenschuld*), док швајцарско право познаје писмо о дугу и рентно писмо (*Schuldbrief* и *Gült*). Међутим, све присутнији трендови модернизације законодавстава иду у правцу увођења неакцесорних права обезбеђења. Тако, и Нацрт Законика о својини, као једну од новина предвиђа неакцесорно право обезбеђења на непокретностима, које је потребно за модерно тржиште капитала.³²⁷ Начелно, флексибилност се истиче као главна предност наведених института, у односу на класична акцесорна средства попут хипотеке. У овом делу, предмет биће дат сумарни приказ неакцесорних обезбеђујућих права на непокретностима у упоредном праву, уз осврт на право реалног дуга предвиђено Нацртом Законика својини. Циљ анализе јесте да се уоче основне карактеристике наведених института, како би се исти могли упоредити са решењима позитивног законодавства, које неакцесорна средства обезбеђења не познаје.

9.1 Земљишни дуг

9.1.1 Појам

Најсажетије, земљишни дуг представља право да се из вредности оптерећене непокретне ствари исплати одређени новчани износ. Одређује се и као „ограничено стварно право којим се оптерећује некретнина на начин, да се ономе

³²⁷ Томас Мајер: „Подршка реформи својинског права у Републици Србији путем пројекта правне реформе ГТЗ-а“, *Ка новом стварном праву Србије Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд 2007, 11.

у чију корист је некретнина оптерећена исплати одређени новчани износ из вредности некретнине, а свагдашњи власник некретнине је то дужан трпети“.³²⁸

Ималац права, односно поверилац земљишног дуга овлашћен је да захтева продају оптерећене непокретности, и намирење из износа оствареног продајом. Отуда, као и хипотека, земљишни дуг представља право на уновчење непокретности. Међутим, основна разлика између ових установа је у томе што земљишни дуг, за разлику од није акцесоран у односу на потраживање. Другим речима, настанак постојање и реализација земљишног дуга не зависе од постојања тражбине коју поверилац има према власнику непокретности или некој трећој особи.³²⁹ Отуда се земљишни дуг сликовито објашњава као „хипотека без тражбине“.³³⁰

Земљишни дуг нема никакву унапред одређену сврху, и може се искористити зарад постизања различитих циљева – рецимо, ради улагања у трговачко друштво, или ради плаћања неке обавезе чак ради чињења поклона – а износ земљишног дуга не зависи од било каквог потраживања, већ је садржан у самом праву земљишног дуга, односно регистру у који је уписан или писму земљишног дуга.³³¹

9.1.2 Врсте земљишног дуга

У складу са различитим улогама које овај институт може вршити, немачко право разликује више врста земљишног дуга: обезбеђујући и изоловани (подела према критеријуму сврхе), при чему је изоловани најнеакцесорнији модалитет земљишног дуга (ако се акцесорност може степенувати); затим, својински и несвојински (подела према титулару); књижни и у облику писма, с обзиром на начин заснивања и каснијег преноса земљишног дуга.³³²

³²⁸ Чл. 186 Закона о стварним правима Федерације БиХ, *Службене новине Федерације БиХ*, бр. 66/13, 100/13.

³²⁹ М. Лазић (2009), 157.

³³⁰ Hellmut Sholz, Hans Jurgen Lwowski, *Das Recht der Kreditsicherung*, Berlin 2000, 703.

³³¹ М. Живковић (2010), 207.

³³² Александра Павићевић: „Осврт на сличности и разлике између земљишног дуга и права ретенције“, *Право теорија и пракса* бр. 7-9/2015, 31.

И поред чињенице да, као хипотека нема изворно обезбеђујућу функцију, у пракси се најчешће сусреће обезбеђујући земљишни дуг. Тако, уколико се основа ради обезбеђења неке тражбине, реч је о обезбеђујућем земљишном дугу. Но, то не значи да између земљишног дуга и потраживања постоји акцесорност. Повезивање земљишног дуга и потраживања постоји само на облигационом нивоу и нема стварноправно дејство.³³³ У наведеном случају, обезбеђујућа сврха земљишног дуга одређује се посебним уговором о обезбеђењу (*pactum de hypothecando, Sicherungsvertrag*). Реч је о неформалном уговору, који се не уписује у регистар непокретности. На основу овог уговора, који се сматра суштинским, успоставља се однос између обезбеђених потраживања и земљишног дуга, односно успоставља се „квазиакцесорност“ обезбеђујућег земљишног дуга.³³⁴ У доктрини се указује на фидуцијарни карактер обезбеђујућег земљишног дуга. Ово из разлога што се стварноправна овлашћења која извиру из земљишног дуга уговорно ограничавају, односно додељује им се обезбеђујућа сврха. Прималац обезбеђења је поверилац земљишног дуга, док је давалац обезбеђења, по правилу власник оптерећене непокретности. С друге стране, изоловани земљишни дуг у пракси се сусреће веома ретко. То је случај када дужник склопи споразум са својим повериоцима да ће они посегнути само за одређеном некретнином на којој се земљишни дуг успоставља, а не за целокупном имовином.³³⁵

Својински или власнички земљишни дуг постоји када је поверилац земљишног дуга власник оптерећене непокретности. Битно је напоменути да власнички земљишни дуг за разлику од хипотеке, може настати изворно или накнадно. У првом случају власник непокретност изјавом воље, пред земљишнокњижним судом заснива земљишни дуг. Изворни настанак земљишног дуга власнику непокретности пружа предност, тако што њиме може заузети првенствени ранг, ради осигурања будућег кредита.

Земљишни дуг настаје увек уписом у земљишну књигу. Међутим, обзиром на начин преноса постоје књижни земљишни дуг и земљишни дуг у писменом облику (писмо земљишног дуга). Код првог, пренос се врши одговарајућим

³³³ Д. Медић (2013), 187.

³³⁴ М. Живковић (2010), 236.

³³⁵ Д. Медић (2013), 187.

земљишнокњижним уписом, док се у другом случају земљишни дуг преноси предајом писма земљишног дуга повериоцу, отуда је овај облик погоднији за бржи пренос.

Немачко право познаје и рентни дуг, као посебан модалитет земљишног дуга.³³⁶ Разлика у односу на матични облик који гласи на једнократно одређену новчану суму, је у томе што се рентни дуг односи на сукцесивна новчана давања.

9.1.3 Предности и мане одсуства акцесорности

Као што је већ било речи, неакцесорност једна је од суштинских разлика између земљишног дуга и хипотеке. Погодности које одсуство акцесорности омогућава су вишеструке. Земљишни дуг је флексибилно средство, који се поред обезбеђења потраживања може користити и у друге сврхе. Даље, поједностављен је поступак настанка и преноса права, који се врши независно од потраживања.

Међутим, чињеница да земљишни дуг није везан за потраживање, може бити неповољна по власника непокретности. Сматра се да је у основи начела акцесорности идеја о заштити дужника од двоструког плаћања, те да код неакцесорних средстава осигурања ова заштита може бити ускраћена.³³⁷ Обзиром да је акцесорна, хипотека, по правилу не може настати пре потраживања које обезбеђује. Исто тако, престанком потраживања гаси се и хипотека, јер више нема шта да обезбеђује. С друге стране, већ је истакнуто да је веза између обезбеђујућег земљишног дуга и потраживања, само облигационе природе („квазиакцесорност“). Отуда, поверилац земљишног дуга може, противно уговору о обезбеђењу, и након исплате обезбеђеног потраживања, пренети земљишни дуг на треће лице. Отуда конституисање земљишног дуга почива, као и код фидуцијарног правног посла, на узајамном поверењу, а у пракси најчешће настаје у корист банака.³³⁸

Такође, недостатак земљишног дуга тиче се одсуства акцесорности у обиму. Наиме, хипотека нема сопствени обим, већ свој обим „позајмљује“ од

³³⁶ Пар. 1199-1203 BGB.

³³⁷ Мелиха Повлакић: „Земљишни дуг“, *Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе - зборник радова* 12/2014, 100.

³³⁸ М. Лазић (2009), 163

потраживања које обезбеђује.³³⁹ С друге стране земљишни дуг има сопствену вредност, независан је од потраживања, те се по њему не може равнати. Отуда би у извршном поступку поверилац могао добити номинални износ земљишног дуга, који може бити и већи од потраживања које се обезбеђује. Произилази да поверилац нема обавезу да врати даваоцу обезбеђења разлику између износа земљишног дуга и обезбеђеног потраживања, те се на тај начин ствара могућност неоснованог обогаћења. Код хипотеке, већ је било речи да власник непокретности има право на повраћај остатка вредности који преостане по наплати свих потраживања из продајне цене (*hiperocha*).

9.2 Реални дуг према Нацрту Законика о својини

Нацрт Законика о својини, институт земљишног дуга термилошки познаје као реални дуг. Дефинисан је као „право лица (прималац дуга) да наплати одређени новчани износ из вредности оптерећене непокретности (износ реалног дуга), без обзира на промену њеног власника (давалац дуга), и без обзира на то код кога је та непокретност“.³⁴⁰ На основу наведене дефиниције појам реалног дуга, већ на први поглед подсећа на хипотеку. Пре свега предмет, и хипотека и реални дуг могу за предмет имати само непокретну ствар. Даље, и прималац дуга и хипотекарни поверилац имају право уновчења непокретности те, право првенственог намирења из остварене вредности. Најзад, наведена права могу се остварити без обзира на то ко је власник, односно држалац непокретности. Отуда – право следовања, као заједничка карактеристика ова два института.

Међутим, у дефиницији реалног дуга не помиње потраживање. Другим речима, реализација овлашћења из реалног дуга не условљава се неплаћањем одређене тражбине, као што је то случај код хипотеке. Нацрт Законика прихвата немачки концепт неакцесорности земљишног дуга у односу на потраживање. Наведена неакцесорност, односно независност у односу на потраживање, огледа се, у настанку, постојању и преносу реалног дуга. Тако, за настанак и постојање

³³⁹ М. Живковић (2010), 69.

³⁴⁰ Чл. 584 Нацрт Законика о својини.

реалног дуга није неопходан настанак, односно постојање обезбеђеног потраживања, а за пренос реалног дуга – пренос потраживања.³⁴¹

Нацрт Законика о својини предвиђа два облика ове установе: „регистровани реални дуг, који се заснива у корист лица уписаног у јавном регистру на основу правног посла о реалном дугу и писмо о реалном дугу, као хартију од вредности по наредби у којој је утеловљено право реалног дуга, чији је први ималац давалац дуга“.³⁴² Увођење облика хартије од вредности, требало би да има за циљ повећање његове циркуларне способности, те омогућавање да се добре стране права хартија од вредности повежи са правом уновчења непокретности.³⁴³

Предмет реалног дуга начелно се поклапа са предметом хипотеке.³⁴⁴ Изузетак је једино објекат у изградњи, односно посебни део објекта у изградњи који може бити само предмет хипотеке. Обзиром да је мотив за омогућавање

³⁴¹ Чл. 588 Нацрт Законика о својини.

³⁴² Вид. чл. 584, ст. 2 и чл. 608 Нацрта Законика о својини.

³⁴³ Драгана Вујовић: „Права реалног дуга према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије, *Зборник радова правног факултета у Нишу* 67/2014, 324.

³⁴⁴ Чл. 593 Нацрт Законика о својини:

„(1) Оптерећена непокретност може бити земљиште, зграда или посебни део зграде који је уписан у јавном регистру као засебна ствар.

(2) Реални дуг се може засновати на неизграђеном земљишту и на изграђеном земљишту на коме не постоји етажирана зграда.

(3) Реални дуг на земљишту обухвата и све зграде на том земљишту, осим оне за коју постоји службеност грађења.

(4) Реални дуг на згради као засебној ствари може да постоји само ако за њу постоји службеност грађења, без обзира на то је ли зграда изграђена (реални дуг на службености грађења).

(5) Реални дуг се може засновати на посебном делу етажиране зграде, у ком случају он обухвата и заједничке делове зграде и земљиште на којем је етажирана зграда саграђена.

(6) Оптерећена непокретност мора бити одређена у часу предузимања правног посла ради заснивања реалног дуга, ознакама које носи у јавном регистру.

(7) Реални дуг обухвата непокретност у целини, са свим саставним деловима и неодвојеним плодовима, а припатке ако је тако уговорено.

(8) Реални дуг обухвата повећање вредности оптерећене непокретности до кога је дошло после заснивања реалног дуга (примера ради, изградњом зграде на оптерећеном земљишту, претварањем земљишта у грађевинско земљиште, адаптацијом оптерећене зграде и слично)“, упоредити са чл. 3 ЗХ: „Предмет хипотеке може да буде: 1) непокретна ствар (право својине на земљишту, грађевинском објекту и сл.); 2) део непокретне ствари, у складу са одлуком о деоби; 3) сусвојински удео у непокретној ствари; 4) посебан део зграде на коме постоји право својине, односно друго право које садржи право располагања (стан, пословне просторије, гаража, гаражно место и др.); 5) право на земљишту које садржи овлашћење слободног правног располагања, а нарочито право грађења, право прече градње, или располагања у државној, односно друштвеној својини; 6) објекат у изградњи, као и посебан део објекта у изградњи (стан, пословне просторије, гаража, и др.), без обзира да ли је већ изграђен, под условом да је издато правноснажно одобрење за градњу у складу са законом којим се уређује изградња објеката“.

залагања објеката у изградњи била кредитна „мобилизација“ нерегистрованих објеката, не видимо разлог због којег исти не могу бити предмет и реалног дуга.

Реални дуг се може засновати на сувласничком уделу оптерећене непокретности.³⁴⁵ Обзиром да изостају одредбе којима се прецизирају односи осталих сувласника поводом реалног дуга, сматрамо да има места примени правила о хипотеци на сусвојини.³⁴⁶

Као и код заједничке хипотеке предмет реалног дуга може бити више непокретности, без обзира у чијем су власништву. При томе, прималац заједничког реалног дуга може, по свом избору, цео реални дуг наплатити из једне или више оптерећених непокретности.

9.2.1 Настанак реалног дуга

За настанак реалног дуга потребна су два момента *iustus titulus* и *modus acquirendi*. Правни основ настанка, може бити само правни посао – уговор о реалном дугу или једнострана изјава воље власника непокретности. За разлику од хипотеке, реални дуг не може настати на основу судске одлуке или закона.

„Уговором о реалном дугу давалац дуга се обавезује примаоцу дуга да у јавном регистру у његову корист заснује реални дуг. Једностраном изјавом давалац дуга заснива својински реални дуг у облику писма или својински регистровани реални дуг“.³⁴⁷ Уговор се закључује између даваоца дуга и примаоца дуга. Код хипотеке, обзиром на акцесорност у припадању и њену обезбеђујућу сврху, поверилац обезбеђеног потраживања увек је и титулар хипотеке. Другим речима, својства реалног, и повериоца из облигационог односа, увек су сједињена у истом лицу. С друге стране, власник непокретности (стварни дужник) и дужник обезбеђеног потраживања (лични дужник) могу бити различита лица. Код реалног дуга, могуће је раздвајање не само на дужничкој, већ и на поверилачкој страни, тако да поверилац потраживања обезбеђеног земљишним дугом, и прималац дуга

³⁴⁵ Чл. 594 Нацрт Законика о својини.

³⁴⁶ Вид. чл., ст. ЗХ: „Хипотеку на идеалном делу непокретне ствари у сусвојини власник идеалног дела заснива без сагласности осталих сувласника, осим ако се хипотека заснива на идеалном делу објекта у изградњи, када је потребна сагласност свих сувласника“.

³⁴⁷ Чл. 612 Нацрт Законика о својини.

могу бити различита лица. Наведена ситуација може настати када прималац обезбеђујућег реалног дуга исти пренесе на треће лице. Како се реални дуг преноси независно од потраживања, поверилац обезбеђеног потраживања и ималац реалног дуга биће различита лица. Наведена ситуација код хипотеке, није могућа ни теоријски обзиром да би била у супротности са суштином овог обезбеђујућег акцесорног права. У том смислу и ЗХ прописује да правно није ваљан уговор којим се преноси хипотека мимо обезбеђеног потраживања.³⁴⁸

Нацртом Законика о својини прецизно су регулисани садржина и форма правног посла, на основу којег реални дуг настаје.³⁴⁹ Како у време доношења Нацрта³⁵⁰ нотаријат није био уведен у домаће право, то његови творци нису условили пуноважност правног посла, испуњењем посебне квалификоване форме. Међутим, сматрамо да би по узору на уговор о хипотеци, односно заложну изјаву и прави посао којим се заснива реални дуг требао бити у форми јавнобележничког акта.

Начин стицања реалног дуга је упис у јавни регистар. Регистровани реални дуг заснива се на правном послу као правном основу, при чему је потребан и упис у одговарајући регистар као начин стицања. „Право писма реалног дуга стиче се кад, на основу једностране изјаве власника непокретности и уписа реалног дуга у јавном регистру, орган надлежан да води јавни регистар преда даваоцу дуга писмо реалног дуга“.³⁵¹ Како се код писма реалног дуга предаја писма и у упис у јавни регистар не морају поклапати, поставља се питање за који од ова два момента везати настанак права. Према нашем мишљењу, као релевантан треба узети тренутак уписа, обзиром да се на тај начин остварује публицитет стварног права, те се успоставља и његов ранг који је од значаја за доцнију фазу намирења.

³⁴⁸ Вид. чл. 20, ст. 2 ЗХ.

³⁴⁹ Вид. чл. 613, ст. 1 Нацрт Законика о својини.

³⁵⁰ Званична историја Законика о својини и другим стварним правима, започела је октобра 2003. године, а текст је заокружен јула 2006. године. Више о томе: Владимир Водинелић: „Основно о Нацрту стварноправног законика Србије 2006“, *Ка новом стварном праву Србије Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд 2007, 13.

³⁵¹ Чл. 610 Нацрт Законика о својини.

9.2.2 Реализација и престанак реалног дуга

У погледу реализације реалног дуга Нацрт законика термилошки познаје појам исплате и наплате. Први се односи на добровољну исплату износа од стране даваоца дуга. С друге стране посебан одељак³⁵² уређује наплату, односно на принудну реализацију реалног дуга. Право намирења износа земљишног дуга из вредности оптерећене непокретности је основно, а његовом реализацијом се остварује сврха земљишног, односно реалног дуга.³⁵³

Нацрт Законика о својини уређује судски и вансудски поступак продаје.³⁵⁴ На овом месту, поменућемо одредбу према којој купац оптерећене непокретности, исту стиче без терета без обзира да ли је купљена на судској или вансудској продаји.³⁵⁵

Хипотека престаје брисањем из јавног регистра, а најчешћи основ брисања је престанак потраживања. Како реални дуг, начелно не стоји са потраживањем ни у каквој вези, то престанак потраживања није разлог због којег се може тражити његово брисање. Такође, сједињење у једном лицу својства власника непокретности и имаоца земљишног дуга (консолидација) није основ престанка. Својински регистровани реални дуг престаје евидентирањем брисања од стране надлежног регистра, и то по иницијативи даваоца дуга. С друге стране престанак несвојинског реалног дуга везује се, по правилу, за продају оптерећене непокретне ствари у циљу намирења.

9.3 Писмо о дугу

Установа писма о дугу, односно дужничког (*Schuldbrief*), има релативно дугу традицију - настаје у Швајцарској крајем XVI века. Представља хартију о вредности, у којој је инкорпорисано потраживање обезбеђено заложним правом

³⁵² Чл. 617-626 Нацрт Законика о својини.

³⁵³ Александра Павићевић: „Садржина и сврсисходност реалног дуга“, *Правни записи* 1/2015, 202.

³⁵⁴ Вид. чл. 621-626 Нацрт Законика о својини.

³⁵⁵ Вид. чл. 626, ст. 1 Нацрт Законика о својини. упоредити, са ранијом спорном одредбом чл. 49 Закона о хипотеци *Сл. Гласник РС*, бр.115/2005, према којој су права доцнијих поверилаца остајала резервисана која је обесмишљавала цео поступак вансудске продаје, те је на тај начин представљала разлог због којег су га повериоци „заобилазили“, и опредељивали се за продају у судском извршном поступку.

на непокретности. Хартија од вредности може гласити на доносиоца или на самог издаваоца.

Као и земљишни дуг немачког права, писмо о дугу се заснива на принципу неакцесорности. Идеја писма о дугу је да се неки дуг из каузалног посла (зајма, купопродаје и сл.) који је потпуно одређен по висини („фиксан“), „обуче“ у хартију од вредности која би инкорпорисала нови дуг истог износа. На тај начин основни, каузални дуг би престајао заснивањем писма о дугу, односно потраживања заснованог тим писмом, те би се део вредности непокретности који одговара висини тог дуга „мобилизовао“ и постао прометљив.³⁵⁶ У теорији се указује да се неакцесорност писма о дугу заснива на два нивоа: први, оснивање и истовремено обезбеђење личне и апстрактне обавезе власника непокретности, која није у правној вези са првобитним потраживањем; и други који се односи на гашење новацијом потраживања из облигационог односа.³⁵⁷

³⁵⁶ М. Живковић (2010), 277.

³⁵⁷ М. Лазић (2009), 166.

ДЕО ЧЕТВРТИ:
ХИПОТЕКА И ЈАВНИ РЕГИСТРИ НЕПОКРЕТНОСТИ

1 ПОЈАМ И ЗНАЧАЈ ЕВИДЕНЦИЈЕ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИМА

Потреба за вођењем јавних регистара о правима на непокретностима произилази из значаја који непокретне ствари имају за појединца и друштво. Евиденција непокретности, уопште, представља систематизоване податке о непокретностима који би требало да одговарају њиховом стварном стању, при чему пружају сазнање о тачном положају, простирању и границама непокретности, врсти и квалитету земљишта, објектима који се на њему налазе, али и о правима која на непокретностима постоје.³⁵⁸ Суштина евиденције непокретности јесте публикавање релевантних фактичких и правних чињеница, што представља темељ сигурности правног промета. Публицитет права на непокретности од посебног је значаја за хипотеку као право које се не испољава кроз државину. Тако, право својине може ефективно да се остварује и без уписа у регистар, али хипотека као бездржавинска залога не може постојати на други начин.³⁵⁹ Отуда, монографску обраду обезбеђења потраживања засновањем заложног права на непокретности сматрамо непотпуном без анализе јавних регистара непокретности.

1.1 Системи евиденције

И поред особености присутних у законодавствима различитих земаља, издвајају се три система евиденције непокретности: француски систем, Торенсов систем и немачко аустријски систем.

Основна карактеристика француског система темељи се на транслативном дејству уговора којим се преноси својина на непокретности. Својина, и друга стварна права, преносе се између странака моментом закључења уговора. Објављивање права има значај само у односу према трећим лицима јер према уговор производи дејство уписом у јавни регистар.

³⁵⁸ Раденка Цветић, *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад 2009, 17.

³⁵⁹ *Ibid.*, 114.

Торенсов систем настао је у Аустралији средином деветнаестог века. За разлику од француског система упис има конститутивни карактер за стицање стварних права на непокретности. Регистравање права је факултативно. Власник сам врши премер својих непокретности и са планом и доказима о праву својине пријављује се надлежном органу, који, пошто се увери да је овај заиста власник издаје писмену исправу власника, а други примерак исправе постаје саставни део земљишне књиге.³⁶⁰

Немачко аустријски систем састоји се од правне евиденције непокретности - земљишне књиге и катастра земљишта као система фактичке евиденције која се темељи на геодетском премеру.

1.2 Систем евиденције непокретности у Србији

Наше позитивно земљишно књижно право темељи се на немачко аустријском систему евиденције. Уговор, односно правни посао нема транслативно дејство, те је за стицање својине или другог стварног права на непокретности неопходан начин стицања, односно упис у јавне књиге. „На основу правног посла право својине на непокретност стиче се уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом“.³⁶¹ И поред чињенице да је успостављање катастра непокретности на целој територији Републике Србије у завршној фази, до недавно су постојала два паралелна система за упис стварних права: земљишне књиге и катастар непокретности.

На територији данашње Србије, земљишне књиге се најпре уводе на подручјима под управом некадашње Аустроугарске монархије, у Војводини. Суштина овог система је раздвајање фактичке и правне евиденције на непокретностима, при чему управни органи (геодетски завод) воде фактичку евиденцију (катастар земљишта), док судови воде правну евиденцију права на непокретностима (земљишну књигу).³⁶² Једна од највећих критика система земљишних књига јесте недовољно ажурирање евиденције. Обзиром да је важило

³⁶⁰ М. Муслић, 2.

³⁶¹ Чл. 33 ЗОСПО.

³⁶² Милош Живковић: „Регистри непокретности“, *Промене стварног права у Србији : могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи* 2005, 75.

начело добровољности уписа, постојао је велики број неуписаних непокретности што је онемогућавало функционисање хипотекарног, а самим тим и кредитног система.

Катастар непокретности представља јединствену правну и фактичку евиденцију непокретности. Зачеци увођења јединствене евиденције везују се за Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима,³⁶³ који је престао да важи 2009. године, ступањем на снагу ЗДПК. Вођење јединственог регистра препуштено је органу управне власти – Републичком геодетском заводу.³⁶⁴ Наведено решење наишло је на критике у стручној јавности. Оправдано се поставља питање да ли се у правном систему у којем је један од конститутивних елемената у смислу стицања, промене, ограничења или престанка субјективних права на непокретностима, упис у одговарајући јавни регистар, вођење таквог регистра могло препустити органу управне власти, што подразумева и управни поступак.³⁶⁵ Такође, истиче се да поверавање евиденције управном органу уместо суду, нарушава начело правне сигурности а и елементарну правну логику, јер управни орган одлучује о грађанскоправној, а не о управној ствари.³⁶⁶ Једна од последица увођења катастра непокретности је и законско афирмисање начела обавезности уписа, односно уписа по службеној дужности. Насупрот томе, у систему земљишних књига упис се вршио по предлогу заинтересованих лица. И поред чињенице да је прво решење критиковано јер се сматра да представља ограничење аутономије воље при вршењу субјективних грађанских права, сматрамо га друштвено оправданим. Избегавање уписа не доводи само до избегавања фискалних обавеза, већ до смањења тржишне вредности непокретности, која постаје мртав капитал чија се вредност не може искористити за добијање кредита, јер се без уписа не може хипотековати.³⁶⁷

На основу наведеног, могу се уочити основне разлике између система земљишних књига и катастра непокретности. Пре свега, вођење земљишних

³⁶³ Закон о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима, *Сл. гласник РС*, бр. 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96-испр., 34/2001-др.закон, 25/2002 и 101/2005.

³⁶⁴ Вид. чл. 4 ЗДПК.

³⁶⁵ Р. Цветић, 96.

³⁶⁶ М. Живковић (2005), 80.

³⁶⁷ Р. Цветић, 105.

књига у надлежности је земљишнокњижног суда, док катастар непокретности води орган управе. Даље, начело обавезности уписа није присутно у систему земљишних књига. Упис се врши на захтев заинтересованог лица. С друге стране упис непокретних ствари односно права својине врши се у *ex officio*. Најзад, систем катастра непокретности карактерише обједињавање фактичке и правне евиденције, чије се вођење поверава једном – управном органу.

2 НАЧЕЛА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ

2.1 Начело јединствене евиденције

Према наведеном начелу катастар непокретним стварима обједињује фактичку и правну евиденцију, тако да садржи податке који се односе на саму непокретност (површину, класу земљишта, спратност објекта, итд.) и податке о правима на непокретности. Наведена евиденција, је у систему земљишних књига била подељена на катастар земљишта (фактичка евиденција) и земљишну књигу (правна евиденција).

2.2 Начело уписа

Према начелу уписа стварна права на непокретностима могу се стећи, ограничавати, преносити или престати само уписом у регистар непокретности. Исто тако, само исписом из регистра могу престати. Међутим дејство уписа може бити различито. Према ЗДПК „својина и друга стварна права на непокретностима стичу се, преносе и ограничавају уписом у катастар непокретности (конститутивност уписа), а престају брисањем уписа. У случајевима одређеним законом, својина и друга стварна права на непокретностима могу се стећи и пре уписа у катастар непокретности, а уписом производе правно дејство према трећим лицима (декларативност уписа)“.³⁶⁸

Упис у регистар има конститутивни карактер код деривативног стицања, када следбеник своје право изводи из права претходника. Код наведеног облика стицања стварних права постоје два момента *iustus titulus* и *modus acquirendi*. Тако, према ЗОСПО „на основу правног посла право својине на непокретност

³⁶⁸ Чл. 60 ЗДПК.

стиче се уписом у јавну књигу или на други одговарајући начин одређен законом“.³⁶⁹ „За деривативно стицање права својине потребно је да на предметној непокретности већ постоји право својине неког носиоца, да то право буде пренето са тог на другог вољом носиоца (правним послом), као и да се изврши упис у јавну књигу“.³⁷⁰ Отуда је упис у регистар кључни тренутак када долази до стицања стварног права, пре тога право није настало. Тако на пример, и после закључења уговора продавац још увек има право својине, све док се купац не укњижи.³⁷¹

С друге стране, у појединим случајевима стварна права на непокретним стварима заснивају се и без уписа у регистар. Код оригинарног стицања, упис права у регистар има декларативни карактер. ЗОСПО прописује „да се право својине стиче се по самом закону, на основу правног посла и наслеђивањем, односно одлуком државног органа“.³⁷² За разлику од претходног случаја, дакле, није неопходно кумулативно постојање правног основа и начина стицања у ужем смислу. Тако, упис права својине у јавну књигу код стицања на основу наслеђа је деклараторног а не конститутивног карактера, те се на основу њега не може стећи право својине.³⁷³

Конститутивни карактер уписа најдоследније је примењен код хипотеке. Овлашћења из права својине могу се вршити и без уписа у регистар, односно могуће је разилажење правног и фактичког стања. Хипотека као бездржавинско може настати искључиво уписом у јавни регистар. Не може се говорити о „ванкњижној“ хипотеци.³⁷⁴

2.3 Начело обавезности

За разлику од система земљишних књига где се упис права на непокретностима врши на основу страначке диспозиције, у концепту јединствене евиденције упис је обавезан. Обавезност уписа уздигнуто је на ниво начела, и

³⁶⁹ Чл. 33 ЗОСПО.

³⁷⁰ Из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж 4675/2010 од 23. јула 2010. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

³⁷¹ О. Станковић, М. Орлић, 328.

³⁷² Чл. 20 ЗОСПО.

³⁷³ Из пресуде Апелационог суда у Београду, Гж 14347/2010 од 21. јула 2011. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

³⁷⁴ З. Рашовић, 548.

представља једну од значајних новина овога система. Титулар права дужан је да поднесе захтев за упис непокретности, односно упис права својине. Као што је већ било речи, увођење обавезности уписа, наишло је на негативне критике. Међутим сматрамо да увођење овог начела доприноси ажурности јавних регистара непокретности, а самим тим и сигурности правног промета.

2.4 Начело јавности

Према начелу јавности, подаци катастра непокретности су јавни и свако може у њих извршити увид. Отуда лице које жели да изврши увид у катастар не мора за то доказивати правни интерес. Овакво схватање начела јавности има знатно шири домашај него, рецимо, у немачком праву према којем је разгледање земљишне књиге допуштено свакоме ко за то покаже оправдан интерес. Међутим, наведено начело не успоставља само *право* увида, односно доступност података, већ намеће и *обавезу* заинтересованом лицу да се упозна са садржином јавног регистра. Отуда, нико се не може позивати на чињеницу да му подаци уписани у јавни регистар нису били познати.³⁷⁵ Начело јавности реализује се у пуном облику увођењем компјутерске технологије, односно електронских база података који су доступни свима путем интернета.³⁷⁶

2.5 Начело поуздања

Према начелу поуздања подаци о непокретним стварима који су уписани у катастар непокретности сматрају се истинитим и поузданим. Стога, нико не може сносити штетне последице уколико се поузда у те податке. Суштина наведеног начела је да заштити сва лица која су се у правном промету поуздала у садржину катастра непокретности. У теорији се указује на позитивни и негативни аспект начела поуздања. Према првом, ствара се претпоставка да све што је уписано заиста и постоји. С друге стране, негативни аспект значи да оно што није уписано

³⁷⁵ Вид. чл. 62, ст. 2 ЗДПК.

³⁷⁶ На званичном интернет сајту Републичког геодетског завода: <http://katastar.rgz.gov.rs/KnWebPublic/PublicAccess.aspx>, могуће је извршити претраживање ажурираних података о непокретностима.

у јавне регистре правно не постоји. Правна дејства начела поуздања у истинитост настају онда када се правно стање разликује од ванкњижног.³⁷⁷

У пракси је посебно интересантна ситуација која настаје у случају заједничке имовине брачних другова. Наиме, члан 176 Породичног закона гласи: „Сматра се да су супружници извршили деобу заједничке имовине ако су у јавни регистар права на непокретностима уписана оба супружника као сувласници на одређеним уделитема. Сматра се да је упис извршен на име оба супружника и када је извршен на име само једног од њих, осим ако након уписа није закључен писмени споразум супружника о деоби заједничке имовине односно брачни уговор, или је о правима супружника на непокретности одлучивао суд“.³⁷⁸ Наведена одредба послужила је као основ за различито тумачење судбине правног посла који поводом непокретности закључи брачни друг који је уписан као власник у јавни регистар. Питање је посебно актуелно у банкарском пословању, а поводом залагања непокретности. Често се дешава да један супружник оптерети хипотеком непокретност из заједничке својине, која је уписана на његово име. У доцнијој фази реализације залог, други брачни друг, који није уписан у јавни регистар, истицао би приговор трећег лица у извршном поступку, захтевајући да се извршење прогласи недопуштеним на једној половини непокретности, позивајући се на одредбе заједничке имовине. У погледу наведене ситуације Врховни суд Србије заузео је следећи став: „Када један брачни друг закључује уговор о продаји непокретности или предузима неки други правни посао у вези са непокретности која је заједничка имовина брачних другова, сматра се да то чини уз сагласност другог брачног друга, тако да други брачни друг не може накнадно оспоравати такав уговор“.³⁷⁹ Наиме, уколико се пође од начела поуздања, односно поверења у истинитост и потпуност уписаних података у катастар непокретности онда савесни стицалац који је проверио књижно стање и извршио увид у фактичко стање мора бити правно заштићен.³⁸⁰ Наведено решење чини се као оправдано из разлога што се у бројним правни пословима поводом

³⁷⁷ З. Рашовић, 550.

³⁷⁸ Породични закон - ПЗ, *Сл. гласник РС*, број 18/2005, 72/2011-др. закон и 6/2015.

³⁷⁹ Решење Врховног суда Србије, Рев. 2981/05 од 06.09.2006. године, *Избор судске праксе*, бр. 4/2008.

³⁸⁰ Велибор Кораћ: „Поуздање у катастар непокретности и располагање заједничком својином“, *Правни живот* 11/2009, 656.

непокретности, јављају као уговорници лица која су у браку. Да би се друга уговорна страна сматрала савесном, довољно је да се поузда у садржину јавних регистара, од ње се не може очекивати да утврђује да ли је саговорник у браку, односно да ли се предмет правног посла налази у заједничкој имовини. У супротном правни промет и начело правне сигурности би били доведени у питање. Овде се у ствари ради о сукобу два начела: начелу поуздања у катастар непокретности, као јавном регистру и начелу заштите имовинских интереса брачног друга. Прихватимо став, према којем предност треба дати првом начелу, јер без заштите савесног прибавиоца који се поуздао у податке из јавног регистра непокретности не би имало оправдања постојање прописане евиденције у катастру непокретности.³⁸¹

2.6 Начело законитости

Суштина овог начела је у томе да надлежни орган који врши упис права на непокретностима *ex officio* испитује да ли су испуњени законом прописани услови за упис. Према ранијим правилима земљишнокњижног права, наведено начело је било детаљније разрађено, те се прецизно прописивало шта је надлежни орган у поступку уписа утврђивао и проверавао.³⁸²

2.7 Начело првенства

Начело првенства уређује правно дејство различитих уписа у јавни регистар према временском редоследу. Јаче је оно право које је раније уписано, принцип *prior tempore potior iure*. Важећи ЗДПК наведено начело формулише на следећи начин: „Упис у катастар непокретности и утврђивање реда првенства права врши се према временском редоследу пријема захтева за упис, осим ако је законом друкчије одређено.“³⁸³ Одлучујући моменат према којем се утврђује првенства јесте подношење захтева за упис, а не тренутак формалног уписа у јавне регистре. Суштина начела приоритета јесте успостављање ранга стварних права на непокретности што је од значаја за њихово стицање односно

³⁸¹ *Ibid.*, 660.

³⁸² Вид. чл. 104, Закон о земљишним књигама Краљевине Југославије, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/30 и 281/31.

³⁸³ Чл. 65 ЗДПК.

реализацију. Отуда се приликом пријема захтева за упис наводе што дан, месец година, сат и минут пријема.

Начело приоритета је отуда најзначајније код хипотеке, обзиром да се према тренутку уписа утврђује редослед намирења хипотекарних поверилаца. У нашем праву, прихваћен је систем клизећег ранга, тако да исплатом хипотекарног повериоца са првенственим редом, на његово место долази први следећи са слабијим редом првенства. Међутим, ЗХ прихвата одступања од обавезног клизећег ранга, те дозвољава власнику непокретности да задржи постојећи ранг хипотеке и то: располагањем неисписаном хипотеком, забележбом првенственог реда и предбележбом нове хипотеке. О наведеним институтима било речи у делу који се односио на правни положај власника хипотековане непокретности. На овом месту ћемо само навести да измену првенственог реда уписа предвиђа и ЗДПК, тако што „титулар права може поднети захтев за упис измене првенственог реда тог права. Уз наведени захтев доставља се сагласност свих лица чија би права била повређена изменом првенственог реда“.³⁸⁴

2.8 Начело одређености

Према начелу одређености „садржина сваког уписа у катастар непокретности мора бити потпуно одређена у погледу непокретности на коју се упис односи, врсте уписа, права, односно друге чињенице која се уписује, као и у погледу субјекта уписа, редоследа првенства уписа и исправа на основу којих је упис извршен“.³⁸⁵ Домашај начела одређености изражен је нарочито код установа максималне хипотеке, када се у јавне регистре уписује највиши износ до кога заложно право оптерећује непокретност. Ако потраживање пређе означени износ, хипотека не обезбеђује овај вишак потраживања.

3 САДРЖИНА КАТАСТРА НЕПОКРЕТНОСТИ

ЗДПК прописује садржину катастра непокретности, који се састоји од: елабората премера, збирке исправа и базе података катастра непокретности.

³⁸⁴ Чл. 131 ЗДПК.

³⁸⁵ Чл. 66 ЗДПК.

3.1 Елаборат премера

„Елаборат премера јесте скуп докумената и података насталих у поступку пројектовања и реализације катастарског, комасационог премера или постојећег премера, на основу којих се оснива или обнавља катастар непокретности“.³⁸⁶

3.2 Збирка исправа

Збирка представља скуп исправа, односно података на основу којих је извршен упис или брисање уписа на непокретним стварима. С обзиром да је за сваки упис потребно надлежном органу поднети одговарајуће исправе у оригиналу, овереном препису односно овереној копији, то овај орган треба да задржи оверени препис од сваке исправе на основу које је извршен упис у катастар непокретности.³⁸⁷

3.3 База података катастра непокретности

Реч је о скупу података о непокретностима, стварним правима и одређеним облигационим правима на њима, и нарочито садржи податке.³⁸⁸ Из наведене базе издају се изводи и то катастарски план и лист непокретности.

3.4 Лист непокретности

Лист непокретности састоји се из четири дела:

- А лист – се састоји од података о земљишту, посебно садржи: број парцеле, број дела парцеле, потес или улицу где се земљиште налази, начин коришћења земљишта и катастарску класу, површину земљишта, катастарски приход и врсту земљишта (нпр. градско грађевинско земљиште);
- Б лист - се састоји од података о носиоцу права на земљишту, и то: матични број носиоца права и ближе податке (име, презиме, име

³⁸⁶ Чл. 68 ЗДПК.

³⁸⁷ Ј. Вукотић, 268.

³⁸⁸ Чл. 70, ст. 1 ЗДПК.

једног родитеља, пребивалиште и адреса, односно назив седиште и адреса), врсту права на земљишту, облик својине и обим удела;

- В лист - садржи податке о самој непокретности односно о носиоцима права на њима, и то: број катастарске парцеле на којој се посебан објекат налази, број посебног дела објекта, површина, начин коришћења (нпр. пословни простор, гаража, стан), адресу посебног дела, спратност, собност, означање носиоца права на посебном делу, врсту права, облик својине и обим удела.
- Г лист – у овај део листа непокретности уписују се терети и ограничења на непокретностима, посебно: опис терета (нпр. хипотека, стварне и личне службености, забележбе забране отуђења непокретности, забележба решења о извршењу) и податке на које се терет односно ограничење односи и датум уписа терета односно ограничења. Означање датума уписа посебно је значајно, обзиром да се према том моменту успоставља ранг уписаних права.

Важећи ЗДПК одређује лист непокретности као основни документ о непокретним стварима и стварним правима на њима и исти се издаје из базе података катастра непокретности и то за непокретност и за имаоца права.³⁸⁹ У првом случају лист непокретности садржи све податке који се односе на одређену непокретност, док у случају када се издаје на имаоца права садржи податке о свим непокретностима које му припадају. Обзиром да се овај потоњи извод може добити само на захтев лица које за то покаже правни интерес, оправдано се поставља питање доводи ли овакво решење у питање домаћај начела јавности катастра непокретности.³⁹⁰ Такође, на основу наведене садржине листа непокретности увиђа се напуштање принципа *superficies solo cedit*, обзиром да је правно дозвољена ситуација да власник земљишта и власник изграђеног објекта на њему, буду различита лица.

³⁸⁹ *Ibid.*, 269.

³⁹⁰ Вид. Р. Цветић, 145.

4 УПИС У ЈАВНИ РЕГИСТАР

4.1 Појам и врсте уписа

Упис непокретне ствари у регистар представља правну радњу на основу које се стичу, модификују и престају права на непокретностима. Као што је већ било речи, сам упис може имати конститутивни карактер када се уписом мења одређена правна ситуација поводом непокретности. С друге стране, уколико се уписом врши само публикување раније стеченог права, исти има декларативни карактер. Упис може бити позитиван, или негативан у зависности од тога да ли се одређено право стиче или престаје. Дефинитиван или безуслован упис постоји када се неко право дефинитивно стиче (нпр. упис права својине, заложног права). Привременим уписом, у виду предбележбе, одређено право се условно, односно привремено стиче, мења или укида. Најзад забележбом се врши публикување одређених, правно релевантних чињеница везаних за непокретност. На овом месту анализираћемо врсте уписа према важећем ЗДПК, уз осврт на раније важећа правила земљишнокњижног права, са посебним акцентом на упис хипотеке. ЗДПК познаје четири врсте уписа, то су :

- упис непокретности,
- упис стварних права,
- предбележба и
- забележба.

4.1.1 Упис непокретности

Упис непокретности представља новину јединствене евиденције катастра непокретности. Реч је о упису података о фактичком стању непокретности.³⁹¹

4.1.2 Упис стварних права (укњижба)

Реч је о врсти уписа на основу којег се успостављају, модификују односно престају стварана права на непокретним стварима, осим ако за поједина права није предвиђен декларативни карактер уписа. Предмет уписа су стварна права

³⁹¹ Вид. чл. 47 ЗДПК.

(право својине, право коришћења, заложно право) али и нека облигациона права чији је упис предвиђен законом (нпр. право прече куповине, закуп). Наведени упис одговара укњижби у земљишне књиге. Представља начин стицања стварних права на непокретности. У теорији се указује на каузалност уписа,³⁹² што значи да упис сам по себи није довољан за настанак стварног права, већ се мора заснивати на пуноважном правном послу. Уколико би се упис извршио на основу ништавог правног посла, и ако формално исправан, не може опстати. Лице чије је право оваквим уписом повређено може тражити забележбу спора и брисање уписа.³⁹³

Према правилима земљишнокњижног права услови за упис хипотеке су: да је лице према којем се упис тражи укњижен као власник непокретности која треба да буде оптерећена, да постоји приватна или јавна исправа подобна за упис, те да постоји изрична изјава лица чије право се оптерећује да пристаје на укњижење (*clausula intabulandi*).³⁹⁴ Посебан правила су прописана за упис заједничке хипотеке.³⁹⁵

Као што је већ речено, упис хипотеке има конститутивни карактер. Заложно право на непокретности се не може стећи на други начин до уписом у јавни регистар. Дакле, поред формалноправног дејства уписа који се исцрпљује у остваривању публицитета, упис хипотеке има и материјалноправни аспект, будући да је претпоставка настанка самог права. Конститутивност уписа доследно је спроведена код свих врста хипотеке, без обзира на основ настанка.

Код хипотеке врши се упис података о повериоцу и дужнику, и износ обезбеђеног потраживања које се обезбеђује. У пракси Републичког геодетског завода заузет је став да решење о упису хипотеке у катастар непокретности садржи само најбитније податке.³⁹⁶

Посебна правила предвиђена су за упис хипотеке на објекту у изградњи, односно на посебном делу објекта у изградњи.³⁹⁷ Хипотека на објекту, односно

³⁹² Вид., уместо свих, О. Станковић, М. Орлић, 347.

³⁹³ О. Станковић, М. Орлић, 348.

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Вид. чл. 116, Закон о земљишним књигама - ЗЗК, *Службене новине Краљевине Југославије*, бр. 146/30 и 281/31.

³⁹⁶ Вид. Билтен катастарско правне праксе, бр. 7, Београд 2010, 39.

³⁹⁷ Вид. чл. 11 ЗХ.

посебном делу објекта у изградњи уписује се на парцели на којој се објекат гради. Приликом уписа објекта, односно посебног дела објекта у катастар непокретности за који је издата употребна дозвола, истим решењем хипотека се по службеној дужности уписује на објекту, односно посебном делу објекта и брише се са парцеле.³⁹⁸ У пракси Републичког геодетског завода се јавило питање како уписати хипотеку на објекту у изградњи и посебним деловима објекта у изградњи и којим редоследом уписа? Према усвојеном ставу, ако у уговору о хипотеци на објекту у изградњи који има и посебне делове, нису наведени и подаци о посебним деловима у смислу одредби члана 5 и 12 ЗХ, који би се сматрали саставним деловима непокретности – објекта у изградњи, на посебним деловима хипотека се не уписује. Ако су у уговору посебни делови наведени, хипотеке се уписују и за све посебне делове истовремено са уписом хипотеке на објекту у изградњи и представљају хипотеке првог реда, док су накнадне хипотеке које се успостављају само на посебним деловима од стране власника - купаца посебних делова, хипотеке каснијег реда.³⁹⁹

Хипотека се исписује престанком обезбеђеног потраживања на основу изјаве хипотекарног повериоца да пристаје на испис хипотеке дате у писаној форми уз оверу потписа хипотекарног повериоца, односно лица које га заступа, у складу са законом којим се уређује оверавање потписа.⁴⁰⁰

4.1.3 Предбележба

Предбележба представља врсту уписа на основу којег се успостављају, модификују односно престају стварана права на непокретним стварима, али не дефинитивно као код укњижбе, већ условно. Смисао предбележбе је остваривање првенственог реда за упис права. Њеним оправдавањем наступа дејство дефинитивног уписа стварних права, и то са ретроактивним дејством, од момента подношења захтева за упис. Услови за предбележбу, као условну укњижбу, нешто

³⁹⁸ Чл. 148 Правилник о катастарском премеру и катастру непокретности, *Сл. гласник РС*, бр. 7/2016 од 29. јануара 2016. године.

³⁹⁹ Билтен катастарско правне праксе, бр. 6, Београд 2010, 16.

⁴⁰⁰ Чл. 150 Правилник о катастарском премеру и катастру непокретности.

су мање строги него услови за укњижбу.⁴⁰¹ Ова врста уписа у регистар непокретности заснива се на исправи која не испуњава услове за коначан упис стварних права.⁴⁰²

Предбележба као услован упис постаје дефинитиван, када се отклоне сметње које су постојале у тренутку предбележбе (оправдавање предбележбе). Оправдањем, предбележба стиче својство укњижбе, са дејством од момента пријема захтева за упис предбележбе. Уколико не буде оправдана у року, предбележба се брише *ex officio* односно по иницијативи странака.

У пракси се јавило спорно питање: у случају када је уписана предбележба хипотеке, па се након тога врши упис хипотеке, са којим датумом се уписује хипотека? Да ли датумом када је брисана хипотека или када је предат захтев за предбележбу па формално постаје датум уписа? Питање је значајно обзиром да се често ти датуми не поклапају. Ако се ради о предбележби нове хипотеке, у смислу члана 56 ЗХ, по захтеву власника нова хипотека може да се упише на месту већ уписане хипотеке са истим првенственим редом и до износа потраживања обезбеђеног већ уписаном хипотеком, а овај упис производи правно дејство, односно предбележба постаје упис, ако се стара хипотека испише у року од годину дана од дана када је дата дозвола за упис нове хипотеке. Ако нова хипотека ступа на место старе, са истим првенственим редом, онда се ни датум уписа не мења (остаје датум уписа старе хипотеке). Такође, у случају располагања неисписаном хипотеком, у складу са чланом 53 ЗХ, „хипотека која није исписана, а обезбеђено потраживање је престало, у року од 3 године од дана када је то потраживање престало, може да се пренесе на новог повериоца или ради обезбеђења новог потраживања на старог повериоца, којом приликом се датум уписа већ уписане хипотеке не мења“.⁴⁰³

⁴⁰¹ Милош Живковић: „Упис хипотеке у земљишну књигу и катастар непокретности“, *Симпозијум у Цавтату: доприноси реформи ванпарничног поступка у државама југоисточне Европе*, Цавтат 2005, 175.

⁴⁰² Вид чл. 78 ЗДПК.

⁴⁰³ Билтен катастарско правне праксе, бр. 8, Београд 2010, 34.

4.1.4 Забележба

Забележба представља као упис које се односе на непокретност, односно власника непокретности.⁴⁰⁴ Реч је дакле о упису правно релевантних чињеница које се, непосредно или посредно, односе на непокретност. Закон таксативно наводи врсте забележби.⁴⁰⁵

Забележбе као врсте књижних уписа односе се на личност имаоца књижног права или на сам предмет уписа. У случају када се забележба односи на личност имаоца земљишнокњижног права, може се дозволити и у случајевима који нису изричито прописани. Уколико се забележба односи на предмет уписа, може се дозволити само ако је изричито прописана или уколико се односи на спор о неваљаности укњижбе, повраћају у претходно књижно стање, утврђење постојања неког стварног права и укњижбу тог права.⁴⁰⁶

Како је превасходни предмет нашег интересовања у овом раду заложно право на непокретности, то нам се посебно чини интересантна забележба одлуке о забрани отуђења и оптерећења непокретности, односно дејство које иста производи на настанак хипотеке. Наведена забележба има превентивно дејство. Њена сврха није да спречи располагање, односно оптерећење непокретности, већ да упозори трећа лица, у правном промету, да сопственик не може предузимати одређене правне радње поводом непокретности. Учинак привремене мере није забрана отуђења и оптерећења некретнине, или спречавање власника некретнине да њоме располаже, већ у томе што предлагатељ осигурања омогућава наплату његове овршне тражбине на некретнини упркос томе што је на након забележбе оптерећена или отуђена.⁴⁰⁷

ЗИО, предвиђа привремене мере забране отуђења и оптерећења непокретности ради обезбеђења новчаног односно неновчаног потраживања.⁴⁰⁸ Решење којим се усваја захтев за одређивање привремене мере, уписује се у форми забележбе у јавну књигу у Г лист, листа непокретности. Отуда, поставља

⁴⁰⁴ Чл. 81, ст. 1 ЗДПК.

⁴⁰⁵ Вид. чл. 82, ст. 1 ЗДПК.

⁴⁰⁶ Решење Врховног суда Србије Гж. број 183/99 од 27.1.2000. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

⁴⁰⁷ Решење Жупанијског суда у Копривници, Гж. 8/2001, од 12.12.2001. године.

⁴⁰⁸ Вид. чл. 294, ст. 1, т. 2 и чл. 297, ст. 1, т. 2 ЗИО.

се питање уколико извршни дужник након уписа забележбе отуђи непокретност, или је оптерети хипотеком, да ли ће наведени правни послови производити дејство. На основу напред изнетог, одговор на наведено питање је позитиван. Постојање уписа забележбе судске забране отуђења и оптерећења непокретности дужника ради обезбеђења новчане тражбине не представља закониту сметњу за стицање одређених права на тим непокретностима уписом на основу добровољног располагања дужника, већ је њено дејство у томе да поверилац без обзира на стицање тих права може тражити извршење на тим непокретностима ради намирења своје извршне тражбине.⁴⁰⁹ Најзад, забележба забране отуђења и оптерећења непокретности се не може уписати само на основу предлога за издавање такве мере који је поднет суду. Чињеница да је надлежном суду поднет захтев за издавања привремене мере, није доказ да је таква мера и одређена. Ако уз предлог за забележбу није приложена исправа - решење суда којим се утврђује привремена мера забране отуђења и оптерећења предметних непокретности, тада нису испуњени законом прописани услови за забележбу привремене мере.⁴¹⁰ Поред наведене забележбе ЗИО познаје и забележбу решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења у јавну књигу, о којима је већ било речи. „Да би извршни поверилац могао да своје потраживање намири из вредности непокретности која је предмет извршења, у случају када треће лице стекне на тој непокретности право својине, забележба решења о извршењу у јавној књизи мора бити извршена пре него што је треће лице стекло право својине на тој непокретности“.⁴¹¹

Такође, за хипотеку је посебно значајна забележба првенственог реда. Наведеном забележбом власник непокретности може прибавити будућем хипотекарном повериоцу првенство чак и пре заснивања хипотеке, а хипотекарни поверилац може прибавити првенство лицу којем жели да уступи потраживање, или забележити намеру брисања свог потраживања.⁴¹²

⁴⁰⁹ Одлука врховног суда Војводине Гзз 19/73, од 22.03.1973. године, према: О. Станковић, М. Орлић, 356.

⁴¹⁰ Билтен катастарско правне праксе, бр. 6, Београд 2010, 9.

⁴¹¹ Решење Апелационог суда у Новом Саду Гж. 2210/14 од 18.09.2014. године.

⁴¹² М. Живковић 2005, 177.

4.2 Претпоставке за упис

Претпоставке, или општи услови, за упис, јасно су прописани законом. Правно ваљан упис у регистар непокретност подразумева постојање:

- 1) уписане непокретности;
- 2) уписаног претходника;
- 3) исправе за упис.⁴¹³

4.2.1 Уписана непокретност

У моменту подношења захтева за упис, непокретна ствар већ мора бити уписана. Такође, могућ је истовремени упис непокретности и одређеног стварног права. Наведено решење произилази из чињенице да предмет тј. непокретност на коју се упис односи мора бити „правно видљива“, а једини начин за публикување јесте упис у катастар непокретности. Од наведеног правила постоји изузетак код хипотеке на објекту у изградњи. ЗХ дозвољава да предмет хипотеке буде и објекат у изградњи. Другим речима, упис стварног права (хипотеке) може се извршити и у односу на непокретност која није уписана у јавни регистар.

4.2.2 Уписани претходник

Уписи у катастар непокретности дозвољени су само против лица које је у моменту пријема захтева за упис већ уписано као титулар права у погледу којег се упис захтева. Међутим, „упис се дозвољава и против лица које није уписани претходник, ако се уз захтев приложи исправе којима се доказује правни континуитет између лица против којег се тражи упис и уписаног претходника“.⁴¹⁴ Тако на пример, ЗИО дозвољава могућност спровођења извршења на непокретности у ванкњижном власништву извршног дужника.⁴¹⁵ При томе, није неопходно да је уписани власник претходник извршног дужника. У тој ситуацији извршни поверилац у предлогу за извршење доставља исправе којим се доказује правни низ, између уписаног власника непокретност и извршног дужника.

⁴¹³ Чл.83 ЗДПК.

⁴¹⁴ Чл. 85, ст. 2 ЗДПК.

⁴¹⁵ Вид. чл. 145 ЗИО.

4.2.3 Исправе подобне за упис

Већ је речено да је упис у јавни регистар каузалан, односно да сам по себи није довољан за промену стварноправног стања непокретности. Упис се заснива на правном основу, садржаном у исправи која је, као таква, подобна за упис. Наиме, да би се неко књижно право стекло, променило, ограничило или укинуло исправе морају садржати ваљан правни основ.⁴¹⁶ ЗДПК прави разлику између приватних и јавних исправа. У сваком случају, садржина и подобност за упис ближе су одређени законом.⁴¹⁷

Да би приватна исправа била подобна за упис, мора испоштовати строге услове форме. Сврха строге форме, односно овере потписа правда се потреба заштите интереса странака, посебно уписаног претходника, и спречава се могућност евентуалних злоупотреба. Такође, приватна исправа мора да садржи изјаву о дозволи уписа, која није условљена нити орочена (*clausula intabulandi*). Изјава мора бити недвосмислена. Правоснажност и извршност представљају својства јавне исправе које је чинеподобном за упис.

⁴¹⁶ М. Муслић, 58.

⁴¹⁷ Вид. Чл. 86 ЗДПК.

ДЕО ПЕТИ:

РЕАЛИЗАЦИЈА ХИПОТЕКЕ – ИЗВРШЕЊЕ НА НЕПОКРЕТНОСТИ

1 УОПШТЕ О НАМИРЕЊУ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА

Уколико дужник обезбеђеног потраживања не исплати дуг о доспелости, стварају се претпоставке за наступање принудне реализације заложног права, односно фазе намирења. Разуме се, принудна реализација не мора увек бити епилог заснивања заложноправног односа. Претпоставка наступања фазе намирења је, дакле, доцња дужника. Дужник пада у доцњу уколико не испуни обавезу у року одређеном за испуњење. Услов дужникове доцње је доспелост обавезе. Обавеза доспева у тренутку када је дужник дужан да своју обавезу испуни, односно у тренутку када је поверилац овлашћен да захтева њено испуњење.

Хипотекарни поверилац има право избора приликом намирења. Он може тражити намирење из вредности оптерећене непокретности или из остале дужникове имовине, односно истовремено из вредности хипотековане непокретности и из дужникове имовине. Отуда, може захтевати намирење свог доспелог потраживања, ради чијег обезбеђења је хипотека и конституисана, и на осталој имовини дужника, али у том случају он би конкурисао на намирење заједно са осталим хирограферним повериоцима. У теорији постоји сагласност да је намирење повериоца из вредности заложене ствари његово право, али не и обавеза.⁴¹⁸ Већ је било речи да сваки поверилац, самим тим и хипотекарни има општу залогу на целокупној дужниковој имовини. Међутим, заложни односно хипотекарни поверилац има специјалну залогу на конкретној ствари. На основу те залоге он има првенство у намирењу из вредности непокретности добијене уновчење. Отуда је сасвим логично да ће се хипотекарни поверилац најпре одредити за намирење на начин што ће активирати ту посебну залогу, која му обезбеђује привилегован положај у односу на обичне, односно доцније заложне повериоце.

⁴¹⁸ З. Рашовић, 475.

Већ је било речи да хипотека обезбеђује потраживање у целини, дакле главницу, камате и споредне трошкове наплате. Претпоставка права на намирење јесте постојање пуноважног потраживања, које се принудним путем може наплатити. Потраживање, дакле мора бити утуживо. На овом месту посебно је потребно указати на питање намирења застарелог потраживања, обзиром да застарела обавеза није утужива. Наступањем застарелости обезбеђеног потраживања наступају одређене негативне последице по заложног повериоца. Међутим, застарелост обавезе заложни поверилац није потпуно преклудира у намирењу. Тако, хипотекарни поверилац овлашћен је да захтева наплату из вредности заложене непокретне ствари и после застарелости обезбеђеног потраживања, али не и намирење камате и других повремених давања. Као потврду наведене констатације, наводимо став судске праксе:⁴¹⁹

„Хипотекарни поверилац има право да захтева наплату из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања, али не и намирење камате и других повремених давања.

Из образложења: Одредбом члана 2 ЗХ прописано је да је хипотека заложно право на непокретности, које овлашћује повериоца да, уколико дужник не исплати дуг о доспелости, захтева наплату потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности непокретности, пре обичних поверилаца и пре доцнијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој се својини непокретност налази. Надаље, одредбом члана 8. Закона о хипотеци је прописано да хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокретности, и то на основу уговора или судског поравнања, заложне изјаве, закона или судске одлуке, док је одредбом чл. 26. истог закона прописано да хипотекарни поверилац може да се намири из вредности хипотековане непокретности и после застарелости обезбеђеног потраживања, али да се у том случају, камата и друга повремена давања не могу се намирити из предмета хипотеке. Имајући у виду цитиране законске одредбе, као и правилно утврђене релевантне чињенице о упису хипотеке као заложног права на предметној непокретности у јавној књизи, правилно је становиште првостепеног суда да тужилац и после застарелости потраживања обезбеђеног

⁴¹⁹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 5342/2012 од 08.01.2013. године, доступна у бази PropisiSoft Online.

хипотеком, има право да захтева његову наплату из вредности хипотековане непокретности, па су супротни жалбени наводи без основа“.

С обзиром да је снабдевен правом следовања, за реализацију права хипотекарног повериоца није од значаја чињеница ко је власник, односно држалац оптерећене непокретности. Право следовања овлашћује хипотекарног повериоца да своје право на намирење супротставља власнику непокретности и свим трећим лицима.

ЗХ напушта до тада владајуће начело официјелности. Према законским решењима пре ступања на снагу ЗХ хипотекарни поверилац могао је намирити своје потраживање једино судским путем. Раније важеће одредбе ЗОСПО, нису познавале непосредно извршиву хипотеку. Стога, било је потребно хипотекарном тужбом (*actio hypothecaria*) покренути поступак у коме би се исходовала извршна исправа, на основу које би се могао покренути извршни поступак. Целокупна ситуација је у крајњем исходу доводила хипотекарне повериоце у прилично незавидан положај, с обзиром да им је, на путу реализације права на намирење из хипотековане непокретности, стајало вођење једне парнице, а затим и извршног поступка за продају непокретности, што је у пракси трајало веома дуго, па самим тим и утицало на ефикасност хипотеке као стварноправног обезбеђења потраживања.⁴²⁰ Положај заложних поверилаца се побољшава реформом хипотекарног права. ЗХ одступа од начела официјелности, увођењем института извршне вансудске хипотеке. На тај начин створена је могућност вансудске реализације хипотеке, чија је сврха убрзавање поступка, који је пре доношења ЗХ трајао предуго. Србија је, уз Украјину, још увек једина континентално европска земља у којој је приватна продаја хипотековане непокретности ради намирења дозвољена као редован начин намирења.⁴²¹

Након, увођења непосредно извршиве вансудске хипотеке хипотекарна тужба губи на значају. Међутим, како сваки уговор о хипотеци односно заложна изјава не представљају исправе на основи којих се непосредно може покренути поступак извршења, потреба за хипотекарном тужбом не престаје у целости.

⁴²⁰ С. Стошић (2014), 8.

⁴²¹ М. Живковић (2010), 161.

Наиме, као то је већ речено, уговор о хипотеци односно заложна изјава који нису сачињени у складу са одредбама члана 15 став 3 ЗХ, уколико испуњавају остале услове, могу бити основ за заснивање заложног права, али не могу представљати основ за непосредно извршење – нису извршне исправе. Отуда, поверилац је стекао хипотеку али је не може непосредно извршити већ мора поднети хипотекарну тужбу и у парници исходovati извршну исправу, на основу које може покренути поступак принудног извршења.

Принудно намирење потраживања обезбеђеног хипотеком може се реализовати на више начина, односно у више поступака. Поред вансудског поступка предвиђаног одредбама ЗХ, поступак реализације заложног права уређује и ЗПППА. Реч је о поступку у којем држава као поверилац врши принудну наплату пореза и других фискалних давања. Одредбама ЗИО регулисан је судски извршни поступак продаје непокретности, као посебно средство извршења ради намирења новчаног потраживања. Најзад, хипотекарни поверилац се намирује и у поступку „генералног“ извршења, односно у стечајном поступку.

У даљем излагању у фокусу ће бити биће анализа судског извршног поступка, односно поступка продаје непокретности, као система правила кроз које заложни поверилац реализује своја права. Биће указано на нека спорна питања која се јављају у пракси, те ће се понудити нека од могућих решења наведених ситуација. Сматрамо да се и поред најновијих измена одредаба ЗХ о намирењу, заложни повериоци у пракси чешће опредељују за, колоквијално речено, судско извршење. У делу „Вансудски поступак намирења“ анализирани су одредбе чланова 29 до 41 ЗХ, са паралелним освртом на одредбе закона који регулише судски извршни поступак. На једном месту ће се изложити алтернативе које стоје на располагању хипотекарном повериоцу, у случају да његов дуг не буде измирен о доспелости, као и позитивне и негативне стране сваког од поступака, односно разлози због којих би се требало одредити за један или други правни пут намирења. Поступак административног извршења на непокретности, обзиром да представља предмет изучавања пореског права, неће бити предмет истраживања. Најзад, биће дат и сумарни приказ намирења заложног повериоца у стечајном поступку. Детаљније упуштање у анализу поступка стечаја превазишло би обим који се од овог истраживања очекује.

2 СУДСКИ ИЗВРШНИ ПОСТУПАК

2.1 Уопште о поступку извршења и обезбеђења

Извршни поступак представља систем правила којима се уређују принудно извршење и обезбеђење потраживања утврђених извршним и веродостојним исправама, као и односи између субјеката (суд и странке извршног поступка) и учесника (трећа лица, банке, Централни регистар хартија од вредности итд.) у вези с тим.⁴²² Основни циљ поступка је намирење потраживања извршног повериоца. Обзиром да је у претходном поступку утврђено ко је „јачи у праву“, извршни поступак би требао да буде ослобођен механизма којима се одлучује о неком субјективном грађанском праву.⁴²³

2.1.1 Начела извршног поступка

2.1.1.1 Начело ефикасности

Начело ефикасности има посебан значај у извршном поступку. То је последица чињенице да у извршном поступку не постоји неизвесност у погледу постојања повериочевог потраживања већ само дужничково одбијање да то потраживање у парционом року испуни.⁴²⁴ Извршном поступку, по правилу, претходи когницијски поступак у којем је већ одлучено о субјективном праву учесника, те се од поступка извршења очекује спровођење тако утврђеног права. По правилу, квалитетна реализација права је само она која је благовремено извршена. Сходно томе начело ефикасности у извршном поступку подразумева спровођење извршења у најкраћем временском року. Извршном повериоцу неће бити од значаја чињеница да је принудно остварио своје право, уколико је то учињено након дуготрајног поступка, чије је трајање обезвредило само право које се остварује. Међутим, као један од главних недостатака извршног поступка, у домаћем праву истиче се управо неделотворност. У склопу истраживања и упоредне анализа времена потребног за извршење у Републици Србији и у другим

⁴²² Никола Бодирога, *Теорија извршног поступка*, Београд 2012, 14.

⁴²³ Здравко Петровић, Слободан Стошић: „О основним начелима извршног поступка“, *Право и привреда* 1-3/2016, 28.

⁴²⁴ Никола Бодирога: „Приговор трећег лица у извршном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006, 131.

земљама Источне Европе и Азије.⁴²⁵ Република Србија заузела је 23. место од укупно 27 земаља које су обухваћене истраживањем. Примера ради, истраживање је показало следеће резултате:

- САД: 300 дана
- Француска: 331 дан
- Македонија: 370 дана
- Финска: 375 дана
- Немачка: 394 дана
- Мађарска 395 дана
- Хрватска 561 дан
- Србија: 635 дана

Као главни узроци наведене ситуације, издвојени су следећи.

1) неажуран рад судских извршитеља услед недовољних материјалних ресурса и недовољног броја стручног и обученог особља;

2) лош систем достављања, који омогућава дужницима да врше опструкцију;

3) отежан приступ информацијама о имовини извршних дужника и одсуство делотворних механизма који би спречили извршне дужнике да прикривају своју имовину;

4) процесне одредбе које омогућавају низ злоупотреба ради одуговлачења поступка.⁴²⁶

У судовима у Србији је до 31. децембра 2013. године било укупно 2.310.578 заосталих предмета, од чега 1.997.724 (86%) извршних предмета.⁴²⁷ И

⁴²⁵ World Bank Doing Bussines, www.doingbussines.org, наведено према: Милош Милошевић, *Приручник за извршитеље - Одабране теме за практичну примену прописа о извршењу*, Београд 2016, 8.

⁴²⁶ *Ibid.*

⁴²⁷ Jos Ujdehag, Simone Ginzburg, Katilin Popov, Bjorn Bengtson, Милош В. Милошевић, Никола Бодирога, *Свеобухватна анализа система извршења у Србији*, Београд 2014, 103.

након извршених правосудних реформи у погледу организације судова, разрађивања система јавних извршитеља број судских предмета у раду и даље је велики. Само илустрације ради, у доњим табелама дат је преглед броја предмета у извршним судским већима Првог, Другог и Трећег основног суда у Београду.

Табела 1. Преглед броја предмета у извршном судском већу Првог основног суда у Београду за период од 01.01.2016. године до 31.03.2016. године

Пренето			Примљено	Укупно у раду нерешених	Укупно у раду у суду	Решено	Коначно решено	Остало на крају		
Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно						Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно
1956	25233	27189	708	2664	27897	746	0	2869	25982	28851

Извор: АВП информациони систем судова, Први основни суд у Београду.

Табела 2. Преглед броја предмета у извршном судском већу Другог основног суда у Београду за период од 01.01.2016. године до 31.03.2016. године

Пренето			Примљено	Укупно у раду нерешених	Укупно у раду у суду	Решено	Коначно решено	Остало на крају		
Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно						Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно
2978	2160	5138	196	3174	5334	277	0	2897	2441	5338

Извор: АВП информациони систем судова, Други основни суд у Београду.

Табела 3. Преглед броја предмета у извршном судском већу Трећег основног суда у Београду за период од 01.01.2016. године до 31.03.2016. године

Пренето			Примљено	Укупно у раду нерешених	Укупно у раду у суду	Решено	Коначно решено	Остало на крају		
Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно						Нерешено	Решено али не и коначно решено	Укупно
1664	11923	13587	163	1827	13750	219	0	1608	12144	13752

Извор: АВП информациони систем судова, Трећи основни суд у Београду

2.1.1.2 Начело уставности и законитости

Начело уставности и законитости представљају фундаментална начела, на којима се без изузетка темеље сви судски поступци. Нови ЗИО, заснива се на начелима уставност и законитости, која се конкретизују кроз појединачне законске одредбе. Начело уставности подразумева да сви правни акти у једној земљи морају бити усаглашени са уставом као правним актом са највећом правном снагом. Његова доследна примена значи да је у правном систему успостављена хијерархија правних аката, на чијем врху се налази устав. Владавина права, као основна претпоставка уређене државе, темељи се на овом начелу и уставу као правном акту, који прокламује основне принципе на којима се заснива правни поредак једне земље. Разрадом општих уставних начела, долази се до посебних принципа својствених поступку извршења и обезбеђења (социјално-економска заштита извршног дужника, изузимање појединих ствари од извршења, забрана злоупотребе процесних права, итд.).⁴²⁸

2.1.1.3 Начело диспозиције

Начело диспозиције се у извршном поступку испољава у два аспекта: у фази иницирања самог поступка, и касније кроз његов развој. Сходно начелу диспозиције, извршни поступак се, осим у ретким случајевима, не покреће по службеној дужности већ на иницијативу носиоца права из извршне исправе. Међутим, начело диспозиције не исцрпљује се само код покретања поступка. И поред чињенице да се поступак покренут иницијативом извршног повериоца, развија по службеној дужности, начело диспозиције доминира и у његовим доцнијим фазама. У том смислу, извршни поверилац: бира да ли ће извршење спроводити суд или извршитељ,⁴²⁹ предлаже средство извршења,⁴³⁰ може поднети приговор против решења, којим је одбијен или одбачен предлог за извршење,⁴³¹ може пред судом надлежним за одређивање извршења да поднесе захтев за

⁴²⁸ З. Петровић, С. Стошић, 33.

⁴²⁹ Чл. 35, ст. 6 ЗИО.

⁴³⁰ Чл. 20, ст. 1 ЗИО.

⁴³¹ Чл. 40, ст. 3 ЗИО.

добијање изјаве о имовини извршног дужника,⁴³² може да повуче предлог за извршење, у целини или делимично и то без пристанка извршног дужника.⁴³³

2.1.1.4 Начело формалног легалитета

Начело формалног легалитета изражава се у више значења. У првом значењу подразумева да суд који одређује и спроводи извршење има обавезу да донесе решење о извршењу и спроводи извршење ако су испуњени потребни услови.⁴³⁴ С друге стране, према наведеном начелу, у извршном поступку се ни на који начин не може преиспитивати, мењати или прилагођавати извршна исправа – извршни суд је везан садржином извршне исправе. Извршни суд нема овлашћења за испитивање законитости односно правилности извршне исправе.⁴³⁵

2.1.1.5 Начело заштите извршног дужника

Суштина извршног поступка је принудно намирење потраживања извршног повериоца, те су готово сви правни механизми којима је ова процедура устројена, усмерени у том правцу. Међутим, у овај корпус правила неопходно је уврстити и она која се темеље на социјално-економском аспекту заштите извршног дужника, као лица против којег се поступак води. Извршење има за циљ намирење повериоца, а не егзистенцијално уништење или онеспособљење дужника.⁴³⁶

Један од аспеката начела заштите извршног дужника, огледа се у чињеници да између потраживања које се намирује, односно обезбеђује и предмета, средства извршења мора постојати, барем приближни, материјални еквивалент. Тако, на пример не би се могло одредити спровођење извршења продајом непокретности извршног дужника, уколико вредност непокретности знатно превазилази износ потраживања. Међутим, мишљења смо да би у овом случају, заштита имовинских интереса извршног дужника, на уштрб интереса извршног повериоца, била у

⁴³² Чл. 54, ст. 1 ЗИО.

⁴³³ З. Петровић, С. Стошић, 36.

⁴³⁴ Ранко Кеча: „О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012, 160.

⁴³⁵ Чл. 5, ст. 2 нови ЗИО.

⁴³⁶ Б. Познић, В. Ракић Водинелић, 439.

супротности са природом извршног поступка. Стога, смарамо да би се, и поред несразмере извршење могло одредити и на оним средствима извршног дужника, чија вредност превазилази износ дуга, уколико друга средства не постоје, односно уколико је то једини начин да се поступак намирења ефикасно спроведе.⁴³⁷

Одређивање минималне продајне цене у поступку извршења има двоструки значај. С једне стране, ствари (покретне и непокретне) продају се испод процењене вредности како би се сама продаја учинила атрактивнијом за потенцијалне купце. С друге стране, прописивањем доње границе, испод које се ствари не могу продати, избегава се могућност продаје дужникових ствари у бесцење. Отуда, ову установу можемо посматрати и као реализацију начела заштите извршног дужника.⁴³⁸

2.1.2 Извршна и веродостојна исправа као основ за одређивање извршења

Судски извршни поступак се покреће на основу извршне, односно веродостојне исправе. Како предмет превасходног интересовања у овом раду представља залога на непокретностима, то ћемо пажњу усмерити на уговор о хипотеци односно заложну изјаву. Наведене установе представљају правни основ настанка заложног права, према одредбама материјалног закона, с друге стране, процесним прописима признато им је својство извршне исправе.⁴³⁹

Извршна исправа је појединачни правни акт, којим се утврђује постојање потраживања, његова доспелост и легитимација странака у извршном поступку.⁴⁴⁰ Представља процесну претпоставку за покретање и даљи ток извршног поступка, на коју се пази по службеној дужности. Наиме, без извршне исправе не може се покренути извршни поступак. Такође, укидање, преиначење, поништај односно стављање ван снаге извршне исправе је разлог за обуставу извршења. Извршна исправа представља правни основ за вођење поступка, то њеним, укидањем, преиначењем, поништајем односно стављањем ван снаге, овај основ престаје, па

⁴³⁷ З. Петровић, С. Стошић, 37.

⁴³⁸ Више о томе: вид. З. Петровић, С. Стошић, 38.

⁴³⁹ Вид. чл. 13, ст.1, т. 4 ЗИО, чл. 41, ст.1, т. 4 нови ЗИО

⁴⁴⁰ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, 434.

самим тим мора престати и извршни поступак.⁴⁴¹ Како је постојање извршне исправе одређеног садржаја нужна претпоставка за допустљивост извршења, то она извршна исправа која нема утврђени садржај није подобна за извршење.⁴⁴² Према одредбама ЗИО, „извршна исправа је подобна за извршење ако су у њој назначени извршни поверилац и извршни дужник, предмет, врста и обим испуњења обавезе, осим ако овим законом није другачије одређено“.⁴⁴³

Када је реч о уговору о хипотеци односно заложној изјави нови ЗИО садржи јасну формулацију у погледу квалификације наведених аката. „Уговор о хипотеци и заложна изјава јесу извршне исправе ако су закључени, односно дати у форми коју одређује закон којим се уређује хипотека, ако садрже одредбе које он предвиђа и ако су уписани у катастар непокретности као извршна вансудска хипотека“.⁴⁴⁴ На овај начин се решава дилема у погледу питања да ли уговор о хипотеци односно заложна изјава, имају својство извршне исправе само уколико су уписани у јавну књигу. Такође, да ли се на основу сваког уговора о хипотеци односно заложне изјаве, без обзира на садржину, може непосредно покренути извршни поступак.⁴⁴⁵ Како је наведено питање, већ било предмет анализе у ранијем делу који се односи на уговор о хипотеци као правни основ настанка хипотеке, то ћемо, ради избегавања понављања упутити на ставове изнете у том делу. Овде, ћемо само поздравити наведено прецизирање новог ЗИО, у погледу квалификовања, најчешћих основа настанка заложног права на непокретностима, и указати на значај усклађивања одредаба материјалног и процесног законодавства, циљу очувања правне сигурности, и ефикасне реализације субјективних права.

Веродостојна исправа представља јавну или приватну исправу на основу које се, без претходно спроведеног когницијског поступка, у којем би се утврђивао правни основ обавезе, може покренути извршни поступак ради

⁴⁴¹ Слободан Стошић: „Извршење правоснажне одлуке суда“, *Билтен Коморе извршитеља* 2/2015, 18.

⁴⁴² Сениша Трива, Велимир Белајец, Михајло Дика, *Судско извршно право*, Загреб 1980, 118.

⁴⁴³ Чл. 17, ст. 1 ЗИО.

⁴⁴⁴ Чл. 41, ст. 2 нови ЗИО.

⁴⁴⁵ Више о томе: С. Стошић (2014), 24.

принудне реализације потраживања садржаног у тој исправи. Веродостојна исправа не представља правни основ обавезе, већ само доказује њено постојање.⁴⁴⁶

2.1.3 Спровођење извршења – однос суда и јавних извршитеља

Тенденције савременог извршног права иду у правцу увођења, колоквијално речено „приватних“ извршитеља, односно предузетника са јавним овлашћењима, који спроводе извршење, односно врше друге радње у извршном поступку, у складу са повереним овлашћењима.⁴⁴⁷ Међутим, и поред тога суд као самостални државни орган заузима и даље место доминантног субјекта у извршном поступку. ЗИО уводи паралелан колосек извршења, односно дозвољава конкурентну надлежност за спровођење извршења, док суд задржава искључиву надлежност за одлучивање по предлогу за извршење, односно обезбеђење.⁴⁴⁸ Тако, „извршење и обезбеђење одређује суд, ако овим законом није другачије одређено, а спроводи га суд или извршитељ“.⁴⁴⁹ Међутим, нови ЗИО уводи значајну новину у фазу спровођења извршења. Осим у ретким случајевима,⁴⁵⁰ јавни извршитељ је искључиво надлежан за спровођење извршења. Уступање, скоро целокупне надлежности за спровођење извршења јавним извршитељима сматрамо преурањеним и неадекватним решењем. Пре свега мишљења смо да припадници наведене професије, не могу организационо, а ни својом компетентношћу одговорити на наведени захтев.⁴⁵¹ С друге стране, концентрација овлашћења и потискивање улоге суда, морало је бити пропраћено повећањем броја јавних извршитеља, посебно у срединама са развијеном привредном делатношћу. Нови

⁴⁴⁶ Н. Бодирога (2012), 184.

⁴⁴⁷ Више о томе: вид. Н. Бодирога (2012), 111-136.

⁴⁴⁸ Осим за одлучивање о предлогу за извршење у поступку за намирење комуналних и сличних услуга, вид. чл. 253 ЗИО.

⁴⁴⁹ Чл. 2, ст. 2 ЗИО.

⁴⁵⁰ Вид. чл. 4, ст. 1 нови ЗИО. „Суд је искључиво надлежан за извршење заједничке продаје непокретности и покретних ствари, чињења, нечињења или трпљења и извршење извршних исправа у вези с породичним односима и враћањем запосленог на рад“.

⁴⁵¹ На основу извештаја о броју и структури предмета у раду јавних извршитеља, може се закључити да структурално највећи број представљају предмети у поступку извршења за намирење комуналних и сличних услуга, који се могу окарактерисати као „једноставнији“, у односу на рецимо предмете у поступку извршења продајом непокретности. Вид. Ј. Ујдехаг, С. Ginzburg, К. Попов, В. Bengtson, М. Милошевић, Н. Бодирога, 141-144, сајт Коморе извршитеља, извештаји о броју подељених предмета по месецима, доступно на: <http://www.komoraizvrstelja.rs/?q=vesti>.

ЗИО и даље задржава исту организациону структуру у погледу броја јавних извршитеља.⁴⁵² Старамо да ће наведено решење у пракси довести до преоптерећености јавних извршитеља, који ће услед горе поменутих разлога бити „паралисани“ у раду. Отуда, намера законодавца, да овим потезом учини поступак ефикасним, може прерасти у управо у супротно.

Свакако да је једна од најзначајнијих новина ЗИО увођење извршитеља, односно, уколико се послужимо терминологијом новог ЗИО јавних извршитеља. Анализирање положаја и организације наведене правосудне професије излази ван оквира овог истраживања. Међутим, на овом месту указаћемо на одредбу новог ЗИО која овлашћује јавног извршитеља да, позивајући се на „спреченост“, одбије спровођење извршења.⁴⁵³ Наведено решење сматрамо неприхватљивим из више разлога. Пре свега, јавни извршитељ је као и суд носилац јавних овлашћења. Суд се не може ослободити своје надлежности у предметима за које је надлежан да поступа. Наведена „спреченост“ јавног извршитеља да поступа може се схватити као негација права на правнозаштитни захтев, односно права на спровођење извршења. Нови ЗИО додуше, у наведеној ситуацији, оставља могућност извршном повериоцу да назначи другог јавног извршитеља који ће спровести извршење. Међутим, ни на који начин не искључује могућност, сваког новоназначеног јавног извршитеља да поступи на исти начин, као његов „спречени“ претходник. На тај начин благовремено и ефикасно остваривање права извршног повериоца може бити доведено у питање. Такође, само право које се остварује може бити обезвређено, у времену за „трагањем“ и назначавањем извршитеља који неће бити „спечен“ да поступа. Вероватно да је намера законодавца била да остави могућност јавном извршитељу, који сматра да не може испоштовати начело ефикасности, на то укаже пре него што почне са спровођењем извршења. Међутим, сматрамо да ће наведено решење, у пракси послужити јавним извршитељима као основ да се „ослободе“ од спровођења извршења у сложенијим предметима.

⁴⁵² Вид. чл. 469 нови ЗИО.

⁴⁵³ Чл. 69 нови ЗИО.

2.2 Извршење на непокретности

Поступак извршења на непокретности одувек је изазивао пажњу стручне и шире јавности. Разлога за ово је више. Пре свега реч је о доста сложеној процедури која се спроводи кроз неколико различити фаза поступка. При томе, свака од појединачних фаза мора бити успешно окончана како би се прешло на следећу. Даље, поступак по правилу захтева ангажовање више субјеката. Поред суда, односно јавног извршитеља, и самих странака активности у поступку предузима и служба која води јавну евиденцију о правима на непокретностима. Процена вредности непокретности, по правилу је незамислива без ангажовања стручног лица одговарајуће струке. Веома често, асистенција полиције је неопходна ради омогућавања несметаног спровођења одређених радњи у поступку (нпр. разгледање непокретности, принудно испражњење непокретности након продаје). Најзад, у поступку извршења на непокретности често се задире у имовинску сферу трећих лица, односно учесника поступка који посебним правним средствима могу штитити своје правне интересе. Све наведено указује на потребу за познавањем и разумевањем правила којим је ова процедура устројена, како би се на одговарајући начин извршила координација свих субјеката, и на најефикаснији начин остварио циљ поступка - намирење потраживања.

С друге стране, значај поступка произилази из социјално - економских ефеката које непокретности остварују на појединца и друштво. По правилу, реч је о стварима велике номиналне вредности. Решавање питања „крова над главом“, претпоставка је остваривања основних егзистенцијалних услова. Отуда је и губитак истог, трауматичан догађај, који елементарне услове за живот доводи у питање. И поред чињенице да извршни поступак не би требао да се, превасходно, руководи социјални моментима, наводимо их, како би указали на значај познавања правила поступка, и далекосежне последице које евентуални пропусти у поступку могу произвести.

Ступањем на снагу, и почетком примене ЗИО поступак извршења на непокретности постаје ефикаснији. Томе је, пре свега допринела чињеница, суд након доношења решења о извршењу, остале одлуке у поступку – о утврђивању вредности, о продаји, о додељивању и продаји непокретности доноси у форми

закључка, против којег није дозвољен правни лек, односно приговор. Такође, ЗИО искључује могућност одлагања извршења што свакако доприноси брзини поступка.

2.2.1 Однос судског и вансудског поступка намирења

На самом почетку анализирања реализације заложног права на непокретности, поставља се питање процедуре, односно поступка у којем ће се наведено право остварити. Питање је актуално обзиром да уговор о хипотеци, односно заложна изјава, као што је већ било речи, представљају извршне исправе према одредбама два закона - ЗИО и ЗХ. При томе, сваки од поменутих уређује посебан поступак намирења.

Наведено питање поред теоријског има и практични значај. Првостепени судови, до ступања на снагу ЗИО, оглашавали су се ненадлежним у поступцима који иницираним на основу извршне вансудске хипотеке из члана 15 ЗХ. Као образложење навођени је став да за реализацију извршне вансудске хипотеке, није предвиђена судска надлежност. Наведени став сматрамо неприхватљивим, обзиром да дерогира право на судску заштиту које је утврђено Уставом. Такође, став је у супротности са суштином извршне вансудске хипотеке. Наиме, чињеница да је поверилац конституисао хипотеку која је непосредно извршива, без обраћања суду не значи да се он самим тим одрекао права на судску заштиту. Напротив, на тај начин успоставља се само још једна, „додатна“ вансудска могућност намирења, која не искључује могућност намирења у судском извршном поступку. Отуда, сасвим оправдано више судске инстанце, заузимају став о наведеном питању:⁴⁵⁴

„Поверилац чије је потраживање обезбеђено извршном вансудском хипотеком има право да сам изабере на који начин ће намирити своје потраживање, што не искључује могућност обраћања суду по том основу.

Из образложења: Погрешан је закључак првостепеног суда да за поступак намирења повериоца по основу извршне вансудске хипотеке из члана 15 Закона о

⁴⁵⁴ Решење Привредног апелационог суда, Иж. 1369/2010 од 6.5.2010. године, доступно у бази PropisiSoft Online.

хипотеци уопште није предвиђена судска надлежност, те да се поверилац чије је потраживање обезбеђено оваквом врстом хипотеке може намирити само у вансудском поступку намирења прописаном у одредбама чл. 29 до 38 (а не 41 како то погрешно наводи првостепени суд) Закона. Насупрот закључку првостепеног суда, овај суд као другостепени, сматра да одредбама Закона ни на који начин није искључена могућност, односно право оваквог повериоца да од суда захтева да одреди и спроведе извршење на основу већ наведене извршне исправе, у складу са законом који уређује извршни поступак. Овакав закључак следи из општих одредаба Закона о извршном поступку, а пре свега из одредбе члана 3. став 1 која прописује да извршење и обезбеђење одређује и спроводи суд, те одредбе члана 7 која прописује да је суд дужан да донесе решење о извршењу и предузме радње спровођења извршења када су испуњени услови за доношење решења о извршењу и за спровођење извршења. Чланом 29 ЗИП прописано је да суд одређује извршење на основу извршне или веродостојне исправе, а у смислу члана 30 став 1 тачка 3 истог закона, извршна исправа је друга исправа која је законом одређена као извршна исправа. У конкретном случају тај други закон је Закон о хипотеци, који је у члану 15 став 1 прописао шта је извршна исправа, а првостепени суд је утврдио да извршни поверилац поседује извршну исправу подобну за извршење“.

Нови ЗИО признаје право избора у намирењу повериоцу. Он своје право може реализовати према одредбама ЗХ, или у поступку судског намирења. При томе, „сматра се да је поверилац изабрао намирење применом закона којим се уређује хипотека када се донесе решење о упису забележбе хипотекарне продаје, односно за судски извршни поступак када поднесе предлог за извршење“.⁴⁵⁵ Из горе поменутих ставова решење новог ЗИО сматрамо оправданим. На овај начин искључује се могућност неусаглашеног тумачења, овлашћења заложног повериоца приликом избора начина реализације свог права. Међутим, нови ЗИО, такође сасвим оправдано искључује могућност паралелног вођења судског и вансудског поступка намирења. Тако, суд ће одбацити предлог за извршење поднет након доношења решења о упису забележбе хипотекарне продаје.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Чл. 20, ст. 2 нови ЗИО.

⁴⁵⁶ Чл. 20, ст. 3 нови ЗИО.

Чињеница да је хипотекарни поверилац извршио забележбу хипотекарне продаје значи да се определио за вансудски поступак намирење, те му отуда не треба дозволити могућност да покрене и судски поступак, на основу исте извршне исправе.

Судска пракса је по наведеном питању неусаглашена, по свој прилици таква ће бити до ступања на снагу новог ЗИО. У досадашњем раду првостепених судова уочен је следећи став. Уколико извршни суд увидом у извод из листа, који извршни поверилац у смислу члана 105 ЗИО, прилаже уз предлог за извршење, утврди да је извршена забележба хипотекарне продаје, предлог за извршење одбацује као недозвољен.⁴⁵⁷ Став се заснива на томе да се не могу водити два различита поступка намирења по основу исте извршне исправе – заложне изјаве, односно уговорне хипотеке сачињене сагласно прописима којима се уређује хипотека.⁴⁵⁸ Нешто „безболније“ решење, које подржавамо као прелазно до ступања на снагу новог ЗИО било би следеће. Извршни суд би требао наложити извршном повериоцу да достави доказ да је, органу који води евиденцију о непокретностима, поднео захтев за брисање забележбе хипотекарне продаје. Пошто наведени доказ буде достављен, уколико су испуњени остали услови, суд би могао дозволити извршење на основу. С друге стране, уколико извршни поверилац у остављеном року, доказ не достави, предлог за извршење има се одбацити.

2.2.2 Положај заложног (хипотекарног) повериоца у извршном поступку

Хипотекарни поверилац може имати различите улоге у извршном поступку. Пре свега, може бити извршни поверилац, односно странка у формалном смислу. Наведена ситуација постоји када на основу извршне исправе (нпр. заложне изјаве) поднесе предлог за извршење, односно иницира извршни поступак ради реализације заложног права, односно непосредног намирења потраживања.

⁴⁵⁷ Извештај о раду одељења судске праксе за извршну материју за период од 03.01.2013. године до 31.10.2013. године, Првог основног суда у Београду.

⁴⁵⁸ З. Рогић (2015), 253.

Међутим, у извршном поступку на непокретности намирује се хипотекарни поверилац који није предложио извршење или спровођење извршења. ЗИО говори о заложном извршном повериоцу.⁴⁵⁹ На овом месту сматрамо оправданим да укажемо на термиолошко означавање наведеног појма, обзиром да се између заложног извршног поверилац и хипотекарног повериоца не може ставити увек знак једнакости.

Под појмом *извршног повериоца*, као што је већ речено, сматрамо лице које подноси предлог за извршење. С друге стране, *заложни извршни поверилац* може се јавити изворно и накнадно у поступку извршења. Тако, под изворним заложним извршним повериоцем сматрамо, хипотекара који ради реализације свог права иницира извршни поступак. Претпоставка наведеног јесте постојање извршне исправе која га на то овлашћује. Другим речима, хипотекарни поверилац мора „имати у рукама“ непосредно извршиву хипотеку, или у посебном поступку исходovati извршну исправу подобну за покретање извршног поступка. С друге стране, извршни поверилац може искористи овлашћење из члана 107 ЗИО, и на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља уписати заложно право. У наведеном случају својство заложног извршног повериоца, стиче се накнадно, дакле након доношења решења о извршењу, у току извршног поступка.

Материјалним правилима хипотекарног права није искључена могућност вишеструког залагања непокретности. Отуда, није ретка ситуација предмет извршења представља непокретност која је већ оптерећена залогом ранијег хипотекарног повериоца. Он се тада не појављује као странка у формалном смислу. Међутим, и поред тога закон му признаје право да буде обавештен о току поступка, да предузима одређене радње ради заштите својих интереса и најзад да оствари право на намирење. Наведеног повериоца означавамо као *заложног односно хипотекарног повериоца (у ужем смислу)*. ЗИО га, погрешно, означава као заложног извршног повериоца. Укратко, наведени поверилац не мора бити извршни, јер не мора увек имати непосредно извршиву залогу на непокретности. Довољно је само да буде титулар заложног права на непокретности која је предмет извршења. Нови ЗИО садржи правилнију терминологију, у складу са

⁴⁵⁹ Чл. 109 ЗИО: „У поступку извршења на непокретности намирује се заложни извршни поверилац који није предложио извршење или спровођење извршења“.

нашим горе наведеним ставовима. У том смислу, *заложни повериоци* „намирују се у поступку извршења и поред чињенице да нису поднели предлог за извршење, односно да нису пријавили потраживање.⁴⁶⁰

О постојању извршног поступка заложни поверилац се, по правилу, обавештава закључком о продаји непокретности. Орган који спроводи извршење обавезан је да обавести заложног повериоца о постојању извршног поступка на непокретности. Пропуштање ове обавезе, не утиче непосредно на право на намирење заложног повериоца, али представља неправилност у поступку спровођења извршења. Наиме, уколико не буде обавештен о поступку заложни поверилац би могао бити ускраћен у предузимању радњи којима штити сопствене интересе. На тај начин би и његово право да се намири у извршном поступку могло бити угрожено.

Закон овлашћује заложног повериоца предузима одређене радње ради заштите својих интереса.⁴⁶¹ Као што се види из наведеног решења, право да тражи обуставу извршног поступка због недостатка покрића припада само заложном повериоцу који по редоследу намирења долази пре извршног повериоца.

Продајом у извршном поступку, заложно право на непокретности престаје, без обзира на чињеницу да ли је настало пре или након забележбе решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења. Заложни поверилац стиче право да намири своје потраживање из вредности добијене продајом, сходно првенству који се рачуна према моменту настанка залогa. Орган који спроводи извршење, по службеној дужности пази да се хипотекарни поверилац намири без обзира да ли је хипотека настала пре или након права на намирење извршног повериоца. Међутим, могућа је ситуација да је потраживање заложног повериоца премашује износ добијен продајом заложене непокретности. У том случају, такође долази до престанка заложног права хипотекарног повериоца, али не и до престанка потраживања. Потраживање престаје само ако је у потпуности намирено, односно у делу у коме је намирено. Остатак потраживања заложни поверилац намирује из остале имовине дужника, али као обичан хирограферни

⁴⁶⁰ Вид. чл. 159, ст. 1 нови ЗИО.

⁴⁶¹ Вид. чл. 168, ст. 1 нови ЗИО

поверилац. Дакле, хипотекарни поверилац има право првенства само на предмету хипотеке, али не и на осталој имовини дужника.⁴⁶²

2.2.3 Покретање поступка извршења на непокретности – предлог за извршење

2.2.3.1 Опште напомене

Судски извршни поступак, односно поступак принудне реализације zaloжног права покреће се предлогом за извршење. Предлог за извршење представља иницијални акт којим се судски поступак принудне наплате потраживања покреће. У теорији, указује се на двојни правни карактер наведеног акта. Пре свега, предлог за извршење представља поднесак извршног повериоца којим покреће поступак извршења. С друге стране, у представља захтев за пружањем процесноправне заштите који је садржан у самом поднеску. У потоњем случају често се користи термин „захтев за извршење“.⁴⁶³ У сваком случају предлог за извршење, односно доношење одлуке по наведеном предлогу представља обавезан сегмент у поступку извршења. Модел директног извршења, према којем извршење започиње по службеној дужности истеком партиционог рока, није предвиђен у нашем праву. Код нас је предлог за извршење још увек неопходан како би се најпре добила дозвола извршења, а потом и отпочела активност органа за спровођење извршења.⁴⁶⁴

Законом је прописана обавезна садржина предлога за извршење.⁴⁶⁵ Извршење на непокретности спроводи се ради остваривања како обичних (неосигураних, хирограферних) тражбина, тако и тражбина које су осигуране неким од средстава стварноправног осигурања.⁴⁶⁶ Интересовање у овом раду усмерено је на ову другу категорију, односно на потраживања обезбеђена хипотеком. Међутим, без обзира на то да ли је потраживање обезбеђено или не,

⁴⁶² С. Стошић (2014), 28.

⁴⁶³ Вид. С. Трива, В. Белајец, М. Дика, 159.

⁴⁶⁴ Н. Бодирога (2014), 247.

⁴⁶⁵ Вид. чл. 35 ЗИО, чл. 59 и 62 нови ЗИО.

⁴⁶⁶ Габријела Михелчић, Маша Мароцхини: „Реформа права оврхе на некретности у хрватском праву у свјетлу конвенцијског права“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 12/2014, 201.

предлог за извршење у поступку извршења на непокретности има одређених специфичности, што условљава потребу за анализом овог института.

2.2.3.2 Назначење извршног дужника у предлогу за извршење

Пре свега указаћемо да назначење извршног дужника, као један од битних елемената предлога за извршење. На основу општих правила о хипотеци, власник непокретности и након настанка хипотеке има право да отуђи хипотековану непокретност и пренесе право својине на прибавиоца. Отуда, правно је могућа ситуација да у фази заснивања заложног права, власник непокретности буде једно лице, а у фази реализације неко друго лице. С тим у вези, у судској пракси јавља се дилема: ко је извршни дужник, у ситуацији када након настанка извршне исправе, дакле након закључења уговора о хипотеци односно, давања заложне изјаве дође до промене власника непокретности. Другим речима, поставља се питање кога означити као извршног дужника, лице које је као власник непокретности засновало хипотеку (и касније је отуђило) или новог власника, који је стекао непокретност оптерећену заложним правом.

Решење наведене дилеме треба потражити управо у правној природи хипотеке као стварног права. Наиме, хипотека је као стварно право везано је за непокретност а не за личност, тако да у случају промене власника непокретности, на којој је конституисана хипотека, на новог власника непокретности прелази хипотека, и иста непокретност одговара за ранији дуг. Судска пракса, такође, стоји на наведеном становишту:⁴⁶⁷

⁴⁶⁷ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 5. марта 2003. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*, такође сличан став заузет је у пракси првостепених судова:

„указује се на могућност настанка проблема “идентификације” дужника у ситуацији када лице које је дало заложну изјаву и било власник непокретности у том тренутку касније прода ту непокретност, па купац непокретности стекне непокретност оптерећену хипотеком.

По једном мишљењу, извршни дужник је увек лице на чије име се води непокретност у тренутку подношења предлога за извршење, јер је то лице које је дужно да трпи намирење извршног повериоца продајом непокретности и то је лице у чијој је својини непокретност, а у смислу одредбе члана 105. ЗИО.

Међутим, има и супротних мишљења, у којима се указује на то да је извршни дужник увек лице које је као такво означено у извршној исправу, без обзира на накнадни промет непокретности, односно без обзира на чињеницу да није више то лице уписано као власник непокретности.

На седници Извршног одељења већином гласова заузет је став да је, у описаној ситуацији, извршни дужник лице на чије име се води непокретност у тренутку подношења предлога за извршење, јер је то лице у чијој се својини налази непокретност“, Извештај о раду одељења судске

„Када је непокретност оптерећена хипотеком ради намирења потраживања због кога се извршење спроводи онда се дозвољено извршење не може прогласити недопуштеним због промене власника, јер је хипотека везана за непокретност а не за личност“.

Дакле, на основу свега наведеног произлази закључак да се у предлогу за извршење, као извршни дужник, у ситуацији када дужник из извршне исправе и власник непокретности нису иста лица, искључиво треба назначити власник непокретности. У прилог наведеном, треба истаћи и чињеницу да хипотека, као заложно право, стиче публицитет уписом у јавне књиге које су свима доступне, отуда и претпоставка да је прибавилац оптерећене непокретности био претходно упознат са постојањем хипотеке на непокретности коју прибавља.⁴⁶⁸

Нови ЗИО, садржи посебну одредбу која се односи на ситуацију кад се након заснивања залогe промени власник непокретности. Према наведеној одредби: „ако се после стицања заложног права на непокретности промени власник непокретности, заложни поверилац назначава у предлогу за извршење залогодавца као извршног дужника, а нови власник дужан је да трпи намирење на непокретности“.⁴⁶⁹ Према нашем мишљењу, горе образложеном, као извршни дужник треба се назначити власник непокретности, а не залогодавац, како се то у закону у наводи. Додајмо овоме и чисто процесне разлоге. Нови ЗИО, додељује залогодавцу својство извршног дужника, с друге стране власник непокретности нема својство странке. Отуда се у поступку јавља као треће лице. На овај начин лишен је могућности да улаже правне лекове – приговор и жалбу, односно да тражи противизвршење, обзиром да су иста средства резервисана само за дужника.⁴⁷⁰ Једина правна средства која стоје на располагању власнику

праксе за извршну материју Првог основног суда у Београду за период од 03.01.2013. године до 31.10.2013. године

⁴⁶⁸ С. Стошић (2014), 18.

⁴⁶⁹ Чл. 153, ст. 1 нови ЗИО.

⁴⁷⁰ Вид. чл. 73, ст. 1 нови ЗИО: „Извршни дужник може да побија жалбом решење о извршењу“; чл. 85, ст. 1 нови ЗИО: „Извршни дужник може приговором да побија решење о извршењу на основу веродостојне исправе, а извршни поверилац решење о одбацивању или одбијању предлога за извршење на основу веродостојне исправе“; чл. 113, ст. 1 нови ЗИО: „Извршни дужник може, када је извршење већ окончано, поднети суду предлог за противизвршење“.

непокретности, ради заштите његових правних интереса, су приговор трећег лица⁴⁷¹ и захтев за отклањање неправилности у поступку спровођења извршења.⁴⁷²

2.2.3.3 Доказ о својини на непокретности чија се продаја предлаже

„Уз предлог за извршење и предлог за спровођење извршења на непокретности потребно је да извршни поверилац достави извод из јавне књиге, као доказ о томе да је непокретност уписана као својина извршног дужника“.⁴⁷³ Према томе, као доказ о својини на непокретности може послужити само извод из катастра непокретности, који представља јавну исправу које доказује истинитост онога што је у њој наведено. Друге исправе нису подобне да докажу својину на непокретности, на којој се предлаже спровођење извршења.

„Уверење о имовном стању извршног дужника није исправа на основу које је суд могао дозволити извршење на непокретности, јер је доказ да је извршни дужник власник непокретности извод из јавне књиге.

Из образложења: правилно је поступајући судија одбацио предлог извршног повериоца за одређивање извршења стављен поднеском од ... извршење спроведе забележбом решења о извршењу, утврђењем вредности и продајом непокретности извршног дужника уписаној у ЛН број ... КО Наиме, наведени предлог није био уредан, с обзиром да уз исти извршни поверилац није доставио суду извод из листа непокретности, као доказ да је извршни дужник власник наведене непокретности. Уверење о имовном стању извршног дужника издато од стране РГЗ СКН ... број ... од ... године није исправа на основу које је суд могао дозволити предложено извршење, с обзиром да је одредбом члана 105 став 1 ЗИО изричито предвиђено шта је извршни поверилац дужан доставити уз предлог за извршење, а то је извод из јавне књиге“.⁴⁷⁴

Међутим, у одређеним ситуацијама може постојати неусаглашеност правног и фактичког стања. Тако, извршни дужник може бити фактички, односно

⁴⁷¹ Чл. 108 нови ЗИО.

⁴⁷² Чл. 148 нови ЗИО.

⁴⁷³ Чл. 105, ст. 1 ЗИО

⁴⁷⁴ Решење Основног суда у Новом Саду, ИПВ ИВ 5/2014 од 10. јануара 2014. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

ванкњижни власник непокретности, која је уписано на неко друго лице. У том случају, када је као власник непокретне ствари уписано неко друго лице, извршни поверилац дужан је да уз предлог за извршење достави и исправу подобну за упис права својине извршног дужника. Најчешће исправе, на основу којих се наведеном случају може уписати право својине на извршног дужника су уговор о купопродаји, уговор о поклону, решење наслеђивању и др. Суштина наведених исправа које се прилажу јесте да прикаже правни низ између уписаног, књижног власника и извршног дужника.

Према раније важећем ЗИП-у услов за одређивање извршења на непокретности, на којој је извршни дужник сувласник, била је и сагласност осталих сувласника. Наведено решење је у пракси наилазило на различита тумачења, обзиром да је сагласност сувласника могла изостати, па се тиме и довести у питање могућност одређивања извршења. Ова сагласност више није неопходна. Извршење се може одредити и спровести на идеалном делу непокретне ствари. Сагласност осталих сувласника тражи се једино у случају продаје целе сувласничке непокретности трећем лицу или неком од сувласника. Из изнетог може се закључити да наведена новина доприноси ефикасности хипотеке као стварноправног средства обезбеђења потраживања.⁴⁷⁵

2.2.3.4 Право извршног повериоца на промену средства извршења

Сходно начелу диспозиције, извршни поверилац је слободан у избору средства извршења, којим ће се реализовати његово право утврђено извршном исправом. Међутим, када је реч о уговору о хипотеци, односно заложној изјави као извршним исправама јављају се одређене специфичности. Процесни закон додељује својство извршне исправе уговору о хипотеци, односно заложној изјави. Отуда, на њих се примењују општа правила извршног права којима је овај институт уређен. Међутим, поред тога уговор о хипотеци, односно заложна изјава, представљају и правни основ за заснивање заложног права на непокретности. Као што је већ било речи, начело специјалности јесте једно од основних начела заложног права. На овом месту посебно нам је значајна

⁴⁷⁵ С. Стошић (2014)

специјалност заложног права у погледу предмета. Према наведеном предмет заложног права мора бити одређен. Другим речима, заложно право може настати на тачно одређеној ствари или праву. Отуда, можемо извести закључак да су уговор о хипотеци, односно заложна изјава, извршне исправе ограниченог домаћаја јер овлашћују извршног повериоца да захтева спровођење извршења на тачно одређеној непокретности, као предмету заложног права. Дакле, не би било могуће одредити и спроводити извршење на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве као извршне исправе, уколико би извршни поверилац тражио извршење на некој другој непокретности, односно на непокретности на којој није засновано заложно право. Самим тим, извршни поверилац овакве извршне исправе није овлашћен да тражи промену средства, и предмета извршења. У том погледу он је ограничен, обзиром да је једино средство извршења које му стоји на располагању продаја непокретности, а предмет извршења – конкретна непокретност која је предмет заложног права. Отуда се оправдано указује: „Заложном изјавом (и уговором о хипотеци) обезбеђује се одређено потраживање на одређеној ствари и она повериоцу даје право да тражи извршење на тој ствари, што значи да она није безусловна. Безусловна извршна исправа повериоцу даје овлашћење да принудно наплати потраживање и да мења средство и предмет извршења, за разлику од заложне изјаве као извршне исправе која није безусловна“.⁴⁷⁶

2.3 Структура поступка извршења на непокретности

Поступак извршења на непокретности представља посебан поступак извршења ради намирења новчаног потраживања, и спроводи кроз следеће извршне радње:

1. забележба решења о извршењу или закључка о спровођењу извршења у јавну књигу (упис забележбе решења о извршењу у катастар непокретности),
2. утврђивање вредности непокретности,

⁴⁷⁶ Извештај о раду одељења судске праксе за извршну материју Првог основног суда у Београду за период од 03.01.2013. године до 31.10.2013. године.

3. продаја непокретности, и
4. намирење извршних поверилаца из износа добијеног продајом.

У литератури се сусреће слично разликовање фаза поступка ради намирења новчаног потраживања с крајњим циљем да се извршни поверилац најповољније намири. Тако, разликују се: радње којим се стиче право на намирење из ствари које су предмет извршења; радње које имају за последицу стицање заложног права; радње процене вредности предмета; радње продаје односно уновчења предмета и најзад радње у циљу намирења извршног повериоца.⁴⁷⁷ Обзиром да код хипотеке настале на основу уговора о хипотеци, односно заложне изјаве, заложно право већ постоји пре покретања поступка, то прве две фазе изостају.

2.3.1 Забележба решења о извршењу или закључка о спровођењу извршења у јавну књигу

Забележба решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења у јавни регистар представља прву радњу у фази спровођења извршења. На тај начин извршни поверилац стиче право на намирење, из вредности непокретне ствари и у случају да треће лице после уписа стекне право својине на истој непокретној ствари.

„Да би извршни поверилац могао да своје потраживање намири из вредности непокретности која је предмет извршења, у случају када треће лице стекне на тој непокретности право својине, забележба решења о извршењу у јавној књизи мора бити извршена пре него што је треће лице стекло право својине на непокретности која је предмет извршења.

Из образложења: Право извршног повериоца да своје потраживање намири из вредности непокретности која је предмет извршења у случају када треће лице на тој непокретности стекне право својине, настаје забележбом решења о извршењу, а што представља обавезну извршну радњу из чл. 104 Закона о извршењу и обезбеђењу. Услов је да је забележба решења о извршењу у јавној књизи извршена пре него што је треће лице стекло право својине на непокретности која

⁴⁷⁷ Вид. М. Милошевић (2012), 116.

је предмет извршења. У одредби чл. 107 Закона о извршењу и обезбеђењу, чији је наслов Упис решења о извршењу и забележба јавне продаје, осим забележбе јавне продаје, регулише и питање уписа заложног права на захтев извршног повериоца. Међутим, треба разликовати забележбу решења о извршењу, односно забележбу јавне продаје и с тим у вези упис у јавну књигу, а која представља обавезну извршну радњу из чл. 104 Закона о извршењу и обезбеђењу, која треба да се предузима по службеној дужности, у смислу чл. 8 став 2 Закона о извршењу и обезбеђењу, од могућности да се на захтев извршног повериоца, што је његова диспозиција у јавној књизи изврши и упис заложног права⁴⁷⁸.

Извршни поверилац може на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља, иницирати поступак уписа заложног права на предметној непокретности. Користећи наведено овлашћење, он стиче статус извршног заложног повериоца, што чини сигурнијим његов положај у намирењу. Као што је већ речено, појмове забележбе решења о извршењу, односно закључка извршитеља и уписа заложног права неопходно је разликовати. Појмовно разликовање наведених института изазвала је одредба члана 107 ЗИО, чији наслов упућује на упис решења о извршењу и забележбу јавне продаје, док се у самим одредбама ове норме, говори о праву уписа заложног права у корист извршног повериоца на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља.⁴⁷⁹ Накреће речно, забележбом решења о извршењу, односно закључка извршитеља извршни поверилац стиче само право на намирење, и право следовања, као поменуте „просте,, компоненте „сложеног“ права залоге. При томе, наведене компоненте, по правилу немају апсолутно дејство, будући да се могу реализовати само у конкретном извршном поступку у којем су настале.

О правном дејству забележбе решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења, као и уписа заложног права већ било речи у делу који се односио на судско заложно право. Отуда, на овом месту анализираћемо решења новог ЗИО, који ову фазу поступка уређује на другачији начин.

⁴⁷⁸ Решење Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж. 2210/14 од 18.09.2014. године, доступно на: <http://bilten.osns.rs/presuda/index?grupa=gradjansko-izvršenje>

⁴⁷⁹ Младен Николић: „Нека спорна питања у поступку извршења на непокретности“, *Билтен судске праксе привредних судова* 3/2012, Привредни апелациони суд, 485.

Поступак спровођења извршења продајом непокретности у искључивој надлежности јавног извршитеља. Он по службеној дужности врши достављање решења о извршењу надлежном органу који води катастар непокретности. Међутим, промену уноси одредба према којој „извршни поверилац који пре уписа забележбе решења о извршењу није стекао заложно право, стиче од уписа забележбе право да се намири пре сваког ко после тога стекне *заложно право* или право на намирење на непокретности“.⁴⁸⁰ Законодавац је очигледно увидео да одредбама ЗИО у неповољан положај приликом намирења ставио извршног повериоца који је пропустио да искористи могућност уписа заложног права (без обзира на моменат забележбе), од извршног повериоца који је то учинио.⁴⁸¹ Отуда, нови ЗИО не предвиђа више могућност уписа заложног права на основу решења о извршењу, односно закључка извршитеља о спровођењу извршења. Уписом решења о извршењу, извршни поверилац стиче право на намирење пре лица које је то право доцније стекло, односно пре лица које је након уписа стекло својину на предметној непокретности, али и, што представља новину, пре хипотекарног повериоца који је засновао залог након уписа решења о извршењу. Наведено решење, заправо, и није новина већ представља стилизацију одредбе раније важећег закона: „Извршни поверилац који је предложио извршење, а није раније стекао заложно право, стиче уписом решења о извршењу право да се из непокретности намири пре лица које је доцније стекло на тој непокретности заложно право или право на намирење“.⁴⁸²

„Од уписа забележбе решења о извршењу није дозвољено да се у катастар непокретности упише промена права својине на непокретности, нити које друго стварно право засновано на располагању власника, без обзира када је располагање учињено“.⁴⁸³ На први поглед, може се учинити нејасним због чега законодавац забрањује конститутивни и транслативни пренос права својине на непокретности у току трајања поступка извршења, а након уписа забележбе решења о извршењу. Као што је већ наведено, уписом забележбе решења о извршењу, извршни поверилац стиче право на намирење из вредности непокретности, и ако друго

⁴⁸⁰ Чл. 155, ст. 4 нови ЗИО.

⁴⁸¹ Вид. З. Рогић (2015), 246.

⁴⁸² Чл. 102, ст. 3 ЗИП.

⁴⁸³ Вид. чл. 156, ст. 1 нови ЗИО.

лице доцније постане носилац права својине на тој непокретности. Отуда промена права својине на непокретности не утиче на његово право на немирење. Међутим, сматрамо да је смисао наведене одредбе спречавање стицања права својине (или неког ужег права) на непокретности од стране лица над којим може бити отворен стечајни поступак. Као што ћемо видети, у поступку стечаја важе посебна правила намирења, што правни положај заложног (извршног) повериоца чини неизвеснијим.

Правна последица уписа забележбе решења о извршењу јесте да се након тога не може се водити посебан извршни поступак, ради намирења другог потраживања, на истој непокретној ствари. Закон, дакле, искључује могућност паралелног вођења не само судског и вансудског поступка, већ и више судских поступака на истој непокретности. ЗИО прописује следеће: „После уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења не може се за намирење другог потраживања истог или другог извршног повериоца спровести посебан поступак извршења на истој непокретности. Извршни поверилац за чије је потраживање касније одређено извршење на истој непокретности, ступа у већ покренут извршни поступак“.⁴⁸⁴ Наведена одредба, међутим садржи нелогичност. Први став наведеног члана, као релевантан моменат, након ког се не може спровести посебан поступак, узима упис решења о извршењу (односно закључак о спровођењу извршења), док се у другом ставу говори о одређивању извршења. Разуме се, упис решења о извршењу и одређивање извршења (доношење решења о извршењу) временски се не поклапају. Нови ЗИО недвосмислено предвиђа да је упис забележбе решења о извршењу тренутак после ког се не може водити посебан извршни поступак.⁴⁸⁵

2.3.2 Утврђивање вредности (процена) непокретности

Утврђивање вредности, односно процена вредности обавезна је радња у извршном поступку. На тај начин одређује се почетна цена по којој ће се непокретност изложити јавној продаји. Значај ове радње огледа се у чињеници да од процене вредности, по правилу, зависи и новчана сума која ће се остварити

⁴⁸⁴ Чл. 108, ст. 1 и 2 ЗИО.

⁴⁸⁵ Чл. 157 нови ЗИО.

продајом, и из које ће се намиривати лица која на то полажу право. Уколико се вредност одреди сувише ниско, испод реалне тржишне вредности, могућа је ситуација да цена остварена јавном продајом не буде довољна да се из ње намире привилеговани заложни повериоци. У том случају, они би морали да конкуришу на намирење на осталој дужниковој имовини, и то равноправно са обичним повериоцима. Већ је речено, да на тој осталој имовини, приликом намирења заложни поверилац нема погодности као на предмету залог. С друге стране, превисоко утврђена вредност непокретности, чини је неатрактивном за потенцијалне купце. Отуда, уновчење предмета залог може бити доведено у питање. Из свега изнетог, може се извести закључак да је адекватна и правилна процена вредности непокретности у извршном поступку од непосредног значаја за успешну реализацију заложног права. Наведена констатација захтева, нормативно уређење поступка утврђивања вредности непокретности, што у нашем позитивном извршном праву није случај.

Једно од решења ЗИО које је изазвало контроверзе у стручној јавности јесте одредба којом се експлицитно забрањује вештачење у поступку извршења.⁴⁸⁶ По нашем мишљењу реч је о још једном ригидном решењу наведеног закона, чији је циљ вероватно био да се поступак извршења убрза. Према важећим законским одредбама вредност непокретности утврђују суд, односно извршитељ у висини тржишне цене на дан продаје, а на основу сопствених сазнања.⁴⁸⁷ Међутим, у пракси готово да је незамисливо да суд или извршитељ могу извршити процену непокретности, обзиром да не располажу стручним знањем које је за то потребно.

Тржишна цена једне непокретности, односно процена њене вредности зависи од многих фактора: степена амортизације непокретности, локације на којој се налази (укључујући и инфраструктуру) као и унутрашњу опремљеност непокретности (врсте уграђених материјала, врста грејања и слично). Да би се правилно узеле у обзир све околности које утичу на вредност непокретности, осим непосредног увида потребно је и посебно стручно знање.⁴⁸⁸ Отуда, процена вредности непокретности захтева ангажовање лица са стручним знањем (из

⁴⁸⁶ Чл. 30, ст. 4 ЗИО.

⁴⁸⁷ Чл. 116 ЗИО.

⁴⁸⁸ М. Николић (2012), 489.

области грађевинарства, архитектуре, геодезије и сл.). Другим речима, и поред чињенице да је искључено, вештачење се, фактички у пракси користи. Додуше, не као средство извођења доказа у смислу Закона о парничном поступку,⁴⁸⁹ већ као механизам помоћу којег се долази до релевантних информација, битних за развој поступка. Због тога начелну забрану вештачења као доказног средства не треба схватити као искључење вештака из поступка већ само као намеру законодавца да поступак убрза тако што неће примењивати истоветан метод извођења оваквог доказа какав је прописан одредбама ЗПП – који подразумева да странке изнесу примедбе на налаз и мишљење, да се потом саслуша вештак, да он одговори на примедбе, те да се у неким случајевима одреди и поновно вештачење.⁴⁹⁰

Банке у улози хипотекарног повериоца често ангажују сопствене проценитеље у поступку утврђивања вредности непокретности. Посебно када је реч о непосредно извршивој хипотеци, у пракси, често већ приликом подношења предлога за извршење банка доставља сопствене процене хипотекованих непокретности, које судови најчешће прихватају.

Према слову закона вредност непокретности утврђује се закључком. Том приликом води се рачуна о урањању вредности непокретности због постојања права на непокретности која остају након продаје.⁴⁹¹ Управо се у зависности од тога у закључку о утврђивању вредности наводи да ли је непокретност „усељива“ или „неусељива“. Имајући у виду да се вредност непокретности утврђује закључком, против којег нема правног лека, јасно је да странка незадовољна проценом, осим захтева за отклањање неправилности, нема ни једно правно средство на располагању којем би оспорила процену, односно утврђену вредност. Такође, став судске праксе је да странке, тј. извршни поверилац и извршни дужник немају право приговора на процену ствари или непокретности.⁴⁹²

Приликом процене непокретности, у пракси се користе различите методе. Тако, према методи директног упоређивања цена полази се од премисе да се

⁴⁸⁹ Закон о парничном поступку – ЗПП, *Сл. гласник РС*, број 72/2011, 49/2013-ОУС, 74/2013-ОУС и 55/2014.

⁴⁹⁰ М. Милошевић (2012), 119.

⁴⁹¹ Чл. 166 и 167 нови ЗИО.

⁴⁹² Вид. одговор на питање бр. 45, *Билтен судске праксе привредних судова* 3/2012, Привредни апелациони суд, 106.

купци на тржишту одлучују за куповину упоређивањем цена. Ова техника се базира на принципу супституције, и заснива се на премиси да рационалан купац неће платити конкретну имовину више него што би платио неку другу имовину сличне употребне вредности и квалитета. Ова техника подразумева прибављање података са тржишта о промету имовине сличних особина у односу на непокретност која је предмет процене. Трошковна метода полази од премисе да је инхерентна тржишна вредност објекта приближно једнака трошковима његове градње. Преносни принцип подразумева да типични купац на тржишту купује непокретност, од које очекује да му донесе приход и корист у будућности, итд.

Нови ЗИО је „озаконио“ досадашњу праксу, те прописује „да јавни извршитељ може одлучити и да се непокретност процени на основу писменог обавештења о цени коју добије од одговарајућих организација, институција или правних и физичких лица одговарајуће струке“.⁴⁹³ Наведено решење, представља помак на боље, обзиром да је законом призната могућност лицима одговарајуће струке да учествују у поступку процене. Међутим, остајемо код становишта да и поред наведене новине, ова фаза поступка није адекватно регулисана до краја. Наиме, оправдано се указује на недостатак у погледу нејасног процесног положаја и права странака у погледу датог мишљења о процени цене.⁴⁹⁴

Према нашем мишљењу, увођење вештачења као доказног средства у смислу одредаба ЗПП, свакако не би било примерено извршном поступку, који ни на тај начин могао прерасти у нову парницу. Међутим, сматрамо да је законодавац морао прецизније да уреди фазу утврђења вредности непокретности, из горе изнетих разлога. Пре свега, круг субјеката којима се поверава процена вредности непокретности, морао би бити законом регулисан (нпр. овлашћени судски вештаци, организације, односно лица која за то имају посебну лиценцу). Синтагма коју нови ЗИО користи: „одговарајуће организације, институције или правна и физичка лица одговарајуће струке“, доста је преширока. Тако, рецимо „лице одговарајуће струке“, може бити студент прве године грађевинског факултета коме се, сходно закону, може поверити процена непокретности

⁴⁹³ Чл. 165 нови ЗИО.

⁴⁹⁴ Вид. Небојша Шаркић: „Критички приказ Нацрта закона о извршењу и обезбеђењу („Прво читање“); *Нови прописи у Републици Србији: зборник радова*, Београд 2015, 241.

вишемилијонске вредности. Утврђивање вредности непокретности одражава се на права обе стране у извршном поступку, као и на права других учесника, те би законом требало предвидети правну заштиту у погледу закључка којим с утврђује вредност непокретности.⁴⁹⁵ Отуда сматрамо да би поступак процене вредности непокретности требао да буде под контролом суда као непристрасног државног органа. Дозволити странкама могућност да посебним правни средством оспоравају утврђену вредност, према нашем мишљењу било би целисходно, док с друге стране не би ишло на уштрб начела ефикасности. Најзад закључак којим се утврђује вредност непокретности, морао би бити образложен. На тај начин би се омогућила транспарентност самог процена.

2.3.3 Продаја непокретности – уновчење предмета залог

Продаја непокретности представља фазу поступка у којој долази до непосредног уновчења предмета извршења. Из новчаног износа који се у поступку продаје непокретности оствари, намирују се хипотекарни повериоци и остала лица која полажу право на намирење. Већ је било речи о томе, да је заложно право „сложено право“ које се састоји из више „простијих права“. У ова друга „простија“ спадају право на уновчење предмета залог, и право на намирење из износа оствареног уновчењем. Применимо ли наведену констатацију на извршни поступак, закључујемо да је продаја, односно уновчење непокретности претпоставка намирења извршног повериоца. Другим речима, право на намирење не може бити реализовано ако се предмет не уновчи. Изузетак постоји у случају када се извршни поверилац намирује досуђењем ствари, односно у случају намирења преносом права својине на непокретности.⁴⁹⁶ Сам поступак продаје спроводи се путем јавног надметања, ређе непосредном погодбом.

⁴⁹⁵ J. Ujdehag, S. Ginzburg, K. Popov, B. Bengtson, M. Милошевић, Н. Бодирого, 198.

⁴⁹⁶ Вид. чл. 102 ЗИО, 190 нови ЗИО.

2.3.3.1 Јавно надметање

Продаја јавним надметањем одређује се посебним закључком који садржи ближе услове продаје.⁴⁹⁷ „Закључак о продаји непокретности објављује се на огласној табли суда, односно Коморе извршитеља и доставља се странкама, заложним повериоцима, учесницима у поступку, имаоцу законског права прече куповине и имаоцу уговорног права прече куповине на непокретности које је уписано у катастар непокретности“.⁴⁹⁸ На овај начин обезбеђује се публицитет поступка продаје. Самим тим, заложни повериоци и друга заинтересована лица обавештавају се о постојању извршног поступка.

Фаза продаје долази након процене, стога суд односно извршитељ доносе закључак о продаји непокретности одмах по утврђивању вредности непокретности. Период од објављивања закључка о продаји до дана продаје износи 15 до 30 дана. Законом је отуда одређен временски оквир између фаза поступка. Међутим, у пракси се јавило спорно питање. Како је код продаје покретних ствари прописано да се продаја врши по правоснажности решења о извршењу, јављају се ставови да је правоснажност решења о извршењу неопходан услов продаје непокретности.⁴⁹⁹ Нови ЗИО полази од наведеног, те прописује да се закључак о продаји непокретне ствари на јавном надметању доноси одмах након правоснажности решења о извршењу.

Почетна цена на јавном надметању прописана је законом. ЗИО прописује минималну почетну цену, на првом и другом јавном надметању, која износи 60%, односно 30% од процењене вредности непокретности. Међутим, из правног става Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојеног на седници од 25. јуна 2012. године, произилази да се ствари могу на јавном надметању продати и испод прописаног минимума. „Када се ради о цени, ЗИО не одређује цене по којима ће се продавати покретне ствари, како на јавном надметању тако и у случају када се ствари продају путем непосредне погодбе. Уколико се ствари продају путем јавног надметања ЗИО одређује почетну цену на првом надметању 60% процењене вредности, а на другом 30% процењене вредности. То не значи да се

⁴⁹⁷ Вид. чл. 124 ЗИО, чл. 173

⁴⁹⁸ Чл. 174 нови ЗИО.

⁴⁹⁹ З. Рогић (2015), 249.

ствари не могу продати по вишој односно нижој цени. Да ли ће се продати по вишој или нижој цени зависи од исхода јавног надметања. То значи и да се на другом јавном надметању могу продати по цени испод 30% процењене вредности“.⁵⁰⁰ Наведени став сматрамо неодрживим, јер је супротан начелу заштите извршног дужника. С друге стране, став се очигледно се заснива на граматичком тумачењу одредбе члана 97 ЗИО. Наиме, законодавац се послужио невештом формулацијом те је прописао само минималну *почетну цену*. На тај начин оставио је простора за наведено тумачење, односно могућност да крајња цена буде и испод почетне, уколико буде понуђена у току јавног надметања. Нови ЗИО, увео је две новине. Пре свега, прописује да ствар *не може бити продата* испод одређене цене, дакле не одређује само минималну почетну већ и крајњу цену. С друге стране подиже се висина продајне цене. Тако, на првом јавном надметању почетна цена износи 70%, а на другом 50% од процењене вредности ствари.⁵⁰¹ На тај начин, када је реч о поступку продаје непокретности, долази до усаглашавања продајне цене по одредбама ЗИО и цене у вансудском поступку продаје, који је уређен ЗХ.⁵⁰²

Понудиоци на јавном надметању могу бити само одређена лица, која су положила јемство до објављивања јавног надметања. Висина јемства износи десетину процењене вредности непокретности. Обавезе полагања јемства ослобођени су извршни и заложни повериоци чија потраживања досежу десетину процењене вредности непокретности. И поред законске формулације „јавно надметање“ која упућује на учешће више лица у поступку продаје, присуство само једног понудиоца није сметња да се продаја одржи. Заправо, тада се не ради о надметању, обзиром да један понудилац нема с ким да се надмеће. Продаја се састоји у томе што једини понудилац, уколико је заинтересован доставља своју понуду за куповину непокретности. Међутим, на предлог извршног повериоца, који очекује да ће се непокретност боље уновчити у присуству више понудилаца,

⁵⁰⁰ Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 25. јуна 2012. године.

⁵⁰¹ Чл. 178 нови ЗИО.

⁵⁰² З. Петровић, С. Стошић, 39.

јавно надметање се може одложити.⁵⁰³ У наведеној ситуацији сматра се да је прво надметање није одржано.

Објављивање почетне цене, представља почетак јавног надметања. „Ако најмање један учесник прихвати објављену цену, објављује се следећа цена која је виша и то највише за 5% од претходне цене. Овај поступак се понавља све док последња понуђена цена остане неприхваћена“.⁵⁰⁴ Нови ЗИО искључује ограничење лицитационог корака, те прописује да понудилац има обавезу да понуди цену која је виша од претходно понуђене.⁵⁰⁵ Јавно надметање се закључује након достављања најповољније понуде. По закључењу јавног надметања непокретност се закључком додељује понудиоцу који је понудио највишу цену.

2.3.3.2 Непосредна погодба

До продаје непокретности непосредном погодбом може доћи на основу споразума странака, или ако то предложи извршни поверилац након другог неуспелог надметања. У наведеном случају посебно је потребно водити рачуна о правима заложних поверилаца који по редоследу намерења долазе пре извршног повериоца. Оправдано се указује да је неопходна сагласност наведених лица на споразум и услове продаје. У супротном, заиста би била могућа злоупотреба и то од стране извршног повериоца и извршног дужника, а којим би била оштећена права лица чија су потраживања обезбеђена заложним правом и која по реду првенства долазе испред извршног повериоца.⁵⁰⁶

2.3.4 Намирење заложног повериоца у извршном поступку

Из цене остварене продајом непокретности намирују се извршни поверилац (поверилац који је иницирао поступак), заложни повериоци, као и лица која имају право на накнаду за личне службености, у случају кад службености престају продајом непокретности. Право на намирење заложног повериоца није условљено пријављивањем, односно приступањем у извршни поступак.

⁵⁰³ Вид. чл. 176, ст. 2 нови ЗИО.

⁵⁰⁴ Чл. 128, ст. 2 ЗИО.

⁵⁰⁵ Чл. 179, ст. 3 нови ЗИО.

⁵⁰⁶ М. Николић (2012), 491

Закон прописује редослед намирења потраживања у извршном поступку. Намирење се врши по следећем редоследу:

„1) трошкови извршног поступка који су пријављени до доношења закључка о намирењу;

2) потраживања на основу законског издржавања која се доказују извршном исправом и пријављена су до доношења закључка о додељивању непокретности“.⁵⁰⁷

Након намирења потраживања која се првенствено намирују, остала се разврставају на три реда намирења:

„1) потраживања заложних поверилаца;

2) потраживања лица која имају право на накнаду због гашења личних службености и стварних терета продајом непокретности;

3) потраживања извршних поверилаца“.⁵⁰⁸

У решењу новог ЗИО, према којем „намирење наредног реда намирења почиње кад се повериоци из претходног реда намире у целини“, уочавамо контрадикторности.⁵⁰⁹ Наиме, из наведене одредбе произилази да је једини релевантан критеријум приликом намирења – припадност одређеној класи, односно реду поверилаца. Принцип *prior tempore potior iure*, наведено решење као да не познаје. Тако, извршни повериоци се могу намирити тек пошто се заложни повериоци намире у целости. Сходно наведеној формулацији произилази да се заложни повериоци намирују увек пре извршних поверилаца, *без обзира када су стекли право на намирење*. Тренутно важећи ЗИО прописује овај начин намирења. Међутим, одредбама новог ЗИО прописано је „да извршни поверилац (који пре уписа забележбе решења о извршењу није стекао заложно право), стиче од уписа забележбе право да се намири пре сваког ко после тога стекне заложно право или право на намирење на непокретности“.⁵¹⁰ Отуда, уколико је упис забележбе решења о извршењу извршен пре уписа заложног права, извршни

⁵⁰⁷ Чл. 199 нови ЗИО.

⁵⁰⁸ Чл. 200, ст. 1 нови ЗИО.

⁵⁰⁹ Вид. чл. 200, ст. 20 нови ЗИО.

⁵¹⁰ Чл. 155, ст. 4 ЗИО.

поверилац ће се намирити пре заложног повериоца. Имајући у виду изнето сматрамо да одредбу према којој намирење наредног реда намирења почиње тек намирењем повериоца претходног реда у целини, треба брисати јер ће, по нашем мишљењу, уносити конфузију у пракси када на намирење конкуришу извршни и заложни повериоци са различитим степеном првенства у намирењу. Ово посебно стога што је истим чланом прописано, да заложни повериоци стичу право на намирење према моменту заснивања заложног права, односно према тренутку уписа хипотеке у одговарајући регистар, а извршни повериоци према моменту уписа забележбе решења о извршењу.

Висина потраживања заложног повериоца, чије је право настало пре права извршног повериоца, утврђује се на основу података који су о висини тог потраживања обезбеђеног заложним правом уписани у јавној књизи на непокретности, која је предмет продаје.⁵¹¹ У пракси, заложни повериоци по обавештавању о извршном поступку, приликом приступања на јавно надметање, достављају обрачун обезбеђеног потраживања са припадајућим каматама.

Према ранијим законским решењима, потраживања обезбеђена заложним правом су се намиривала тек након намирења пореских и других дажбина.⁵¹² Прописивање потраживања са законском привилегијом приликом намирења, умањује и значај хипотеке као средства обезбеђења потраживања. Потенцијални кредитори, по правилу, неће бити заинтересовани за хипотеку као обезбеђујући механизам, када знају да ће код намирења из вредности непокретности доћи на ред, тек пошто се намире законом прописана потраживања. Наведена ситуација, наметнула би потребу за изналажењем додатних средстава обезбеђења, подизањем каматних стопа, и сл. што би кредит учинило „скупљим“, и самим тим мање атрактивним за клијенте. Отуда би и успешно функционисање кредитног механизма, на којем се заснива модерна економија могло бити доведено у питање. Стога, уочљива је тенденција савремених закона који препознају потребе привреде, да смањује број привилегованих потраживања, која се намирују пре оних која су хипотеком обезбеђена.

⁵¹¹ Вид. одговор на питање бр. 86, *Билтен судске праксе привредних судова* 3/2012, Привредни апелациони суд, 137.

⁵¹² Вид. чл. 141, ст. 1, т. 1 и 2 ЗИП.

Посебну пажњу захтева анализирање правног положаја заложног повериоца, у случају када се извршни поверилац намирује досуђењем непокретности на којој заложни поверилац има предност приликом намирења. Већ је било речи да заложни поверилац може предложити обуставу извршног поступка уколико процењена вредност непокретности не покрива износ његовог обезбеђеног потраживања, које има првенство приликом намирења. Међутим, уколико би пропустио да искористи наведену могућност, досуђењем непокретности извршном повериоцу, односно намирењем преносом права својине, заложни поверилац би могао остати ненамирен. Стога, сматрамо да је, у наведеној ситуацији законодавац морао уредити положај заложног повериоца.⁵¹³ Нови ЗИО прописује „да се о преносу права својине на непокретности доноси се закључак, којим се извршни поверилац обавезује да у одређеном року положи новчани износ потребан да се намире остала лица која имају право на намирење“.⁵¹⁴

Приликом излагања општих правила о заложном праву, већ је било напоменуто да је доспелост обезбеђеног потраживања услов за принудну реализацију залогa, односно за принудно намирење обезбеђеног потраживања. Међутим, заложни поверилац се у извршном поступку може намирити и поред тога што његово обезбеђено потраживање није доспело. Наведена могућност последица је чињенице да заложно право престаје продајом непокретности у извршном поступку, доношењем закључка о предаји непокретности. вансудски поступак намирења

2.3.5 Уопште о вансудском поступку намирења

Увођењем вансудског намирења, као начина на који хипотекарни повериоци реализују своје потраживање из вредности хипотековане непокретности, ЗХ искључује начело официјелности код заложног права на непокретности.⁵¹⁵ Као што је већ било речи, Србија је уз крајину и Црну Гору једина европско континентална земља која познаје вансудски поступак намирења

⁵¹³ О могућим законским решењима вид. М. Николић (2012), 499.

⁵¹⁴ Чл. 191 ст. 1 и 2 нови ЗИО.

⁵¹⁵ Јелена Бркић: „Суд или овлашћено лице у поступку намирења хипотекарног потраживања“, *Правна ријеч* 28/2011, 139.

хипотекарног повериоца. Поступак се спроводи независно од суда као државног органа, односно извршитеља, као појединца на којег је држава пренела јавна овлашћења. Поменути закон не предвиђа контролу наведене процедуре од стране суда или неког другог непристрасног органа. Самим тим, сматрамо да се стварају могућности злоупотребе овлашћења учесника у поступку вансудског намирења. Једно од посебно спорних решења гласило је да је другостепено решење у поступку вансудске продаје, коначно је и извршно и против њега нема места правном леку.⁵¹⁶ Уставност наведене одредбе је оспорена, те иста није нашла место у закону након најновијих измена.⁵¹⁷ Такође, додајмо констатацију да је ЗХ отворено фаворизује хипотекарног повериоца у односу на другу страну, те да се у овој улози по правилу налазе банке које су у неупоредиво јачем економском положају у односу на хипотекарног дужника. Тако, рецимо одредбе према којима хипотекар једнострано утврђује постојање, висину и доспелост потраживања, само су нека од решења која његов положај чине привилегованим у односу на дужника, односно власника непокретности. Приликом излагања начела извршног поступка, могли смо закључити да је начело заштите извршног дужника представљало инспирацију за бројне одредбе закона којим је тај поступак регулисан. Начело ефикасности, које је природи извршног поступка најближе, веома често уступа пред начелом заштите извршног дужника. С друге стране, чини се да ЗХ познаје само начело хитности. Посматрано из другог аспекта, вансудским поступком намирења, положај хипотекарног повериоца је сигурнији, што позитивно утиче на поспешивање хипотекарног кредитирања.⁵¹⁸

Поменимо још на овом месту и одредбу члана 15 став 3 ЗХ. Према наведеној одредби „извршни уговор о хипотеци, односно извршна заложна изјава мора да садржи између осталог и јасно назначену одредбу, односно изјаву, којом власник непокретности неопозиво овлашћује повериоца да, ако дуг не буде

⁵¹⁶ Чл. 31, ст. 7 Закон о хипотеци, *Сл. Гласник РС*, бр.115/2005.

⁵¹⁷ Уставни суд Републике Србије утврдио је својом Одлуком ИУ број („Сл. гласник РС“, бр. 63/15) да одредба члана 31. став 7. Закона о хипотеци („Сл. гласник РС“, бр. 115/05) у делу који гласи: „и против њега није дозвољена тужба или правни лек“, није у сагласности са Уставом, и да иста престаје да важи даном објављивања одлуке у „Сл. гласнику РС“, односно 17. јула 2015. год. Иако је у међувремену је цео члан 31. измењен, изменама објављеним у „Сл. гласнику РС“, бр. 60/15, одредба која је некад била став 7. није промењена и постала је став 9, тако да се Одлука УС може применити

⁵¹⁸ Драгиња Вуксановић: „Вансудско намирење хипотекарног повјериоца“, *Правни живот* 10/2006, 598.

плаћен о доспелости, поверилац може да наплати потраживање из цене добијене продајом у складу са вансудским поступком продаје утврђеним овим законом, без подношења тужбе суду“.⁵¹⁹ Писац ЗХ се осетио позваним да ускрати странкама право на судску заштиту, односно да дозволи одрицање од права на судску заштиту у форми једностране изјаве воље, односно у форми уговора о хипотеци.⁵²⁰ У наведеном случају дужнику на располагању једино стоји могућност подношења тужбе за поништај правног основа хипотеке, тј. уговора о хипотеци односно заложне изјаве.

2.4 Структура вансудског поступка намирења

Вансудски поступак намирења покреће се само на основу извршне вансудске хипотеке, односно на основу уговора или заложне изјаве, сачињених у складу са ЗХ. Поверилац, без обзира на начин намирења, није обавезан да се прво намири из предмета хипотеке, већ је задржано правило према којем је хипотека додатна погодност за повериоца којом се он може, али не мора служити, тако да се може наплаћивати из дужникове (остале) имовине и ако није покушао да се наплати из хипотеке, међутим исти се по правилу наплаћује из вредности добијене продајом хипотековане непокретности, с обзиром да ту ужива првенство у намирењу.⁵²¹ Разуме се, случају намирења из остале дужникове имовине хипотекарни поверилац би имао положај, обичног хирограферног повериоца.⁵²²

Уколико би, на овом месту направили паралелу са судским извршним поступком, онда можемо закључити да радње до забележбе хипотекарне одговарају, фази одређивања извршења. Након забележбе хипотекарне продаје, наступа фаза која представља пандан спровођењу извршења у судском извршном поступку.

⁵¹⁹ Чл. 15, ст. 3 ЗХ.

⁵²⁰ Никола Бодирога: „Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци“, *Правни живот* 12/2010, 92.

⁵²¹ М. Живковић (2009), 16, ф. 58.

⁵²² С. Стошић (2014), 34.

2.4.1 Претпоставке за вансудску продају непокретности

2.4.1.1 Прва опомена и опомена о продаји непокретности

Поступак вансудског намирења иницира хипотекар, уколико дужник не исплати дуг о доспелости. Сам поступак започиње слањем опомене (*прва опомена*) у писменој форми дужнику и власнику непокретности (уколико није реч о истим лицима). Садржина опомене прецизно је прописана законом.⁵²³ Ако у року од 30 дана од дана пријема прве опомене дужник не исплати дуг, поверилац дужнику и власнику непокретности упућује опомену о продају непокретности.⁵²⁴

2.4.1.2 Забележба хипотекарне продаје

Заједно са слањем опомене о продаји непокретности, хипотекарни поверилац шаље регистру непокретности захтев да се изврши забележба хипотекарне продаје.⁵²⁵ Чини се спорном одредба према којој је једнострана изјава повериоца довољан доказ неиспуњења дуга. На основу наведеног решења дужник је доведен у инфериоран положај. Сматрамо да постоји сасвим реална могућност да хипотекарни поверилац злоупотреби наведено решење, и на основу једностране изјаве да дуг није плаћен изврши забележбу хипотекарне продаје.⁵²⁶

Садржина забележбе хипотекарне продаје уређена је законом.⁵²⁷ Према изворном тексту Закона о хипотеци⁵²⁸, хипотекарни поверилац по правоснажности решења о забележби хипотекарне продаје могао продати непокретност у *своје име*, што је у пракси изазивало потешкоће а у правној теорији наишло на оштре критике. Укратко, колико хипотекар продаје непокретност у своје име настаје проблем приликом уписа купца у јавни регистар, обзиром да се не може испоштовати начело књижног претходника, јер хипотекар то није.⁵²⁹ Такође, како хипотекар може дати сопствену понуду на аукцији, дошло би се у ситуацију да

⁵²³ Чл. 29 ЗХ.

⁵²⁴ Чл. 30 ЗХ.

⁵²⁵ Вид. чл. 31, ст. 1 ЗХ.

⁵²⁶ Наведено решење критиковано је у доктрини као недовољно јасно. Вид. Н. Бодирога (2010), 96, ф. 44.

⁵²⁷ Вид. чл. 31, ст. 3 ЗХ.

⁵²⁸ Закон о хипотеци, *Сл. Гласник РС*, бр.115/2005.

⁵²⁹ Више о томе: М. Живковић (2010), 257.

закључује „уговор са самим собом“, што би представљало правно неодрживу конструкцију.⁵³⁰ Отуда, је изменама ЗХ предвиђено да хипотекар може продати хипотековану непокретност у својству законског заступника, чиме се превазилазе наведене спорне ситуације.

Странке у поступку, имају право на правни лек – жалбу. Рок за подношење жалбе износи 15 дана од дана пријема решењ, колико износи и рок за одлучивање о жалби од стране другостепеног органа. Закон прописује услове за усвајање жалбе, као достављање доказа: о непостојању потраживања и хипотеке, односно недоследности потраживања и исплати дуга.⁵³¹

Решење другостепеног органа коначно је и извршно.⁵³² Сасвим оправдано остатак наведеног члана: „против њега није дозвољена тужба или правни лек“, проглашен је неуставним, те не налази место у законском тексту након најновијих измена ЗХ. Ово посебно стога што је поступак у вези уписа забележбе хипотекарне продаје поверен управном органу, те би ускраћивање могућности судске контроле наведеног поступка било апсолутно неприхватљиво. Начела управног поступка се у битном разликују од начела грађанског судског поступка, услед чега се у управном поступку не може пружити онај ниво заштите права који је неопходан када се ради о грађанскоправним односима.⁵³³

2.4.2 Спровођење вансудске продаје

2.4.2.1 Право на састанак са хипотекарним повериоцем

Увођењем права на састанак дужника, односно власника непокретности ЗХ оставља могућност неформалног споразума страна, чији би исход могао водити одлагању продаје непокретности. Из формулације „у току радног времена“, могло би се закључити да право на састанак постоји само уколико се на страни повериоца налази субјекат који обавља одређену делатност, односно има „радно време“ и „своје просторије“. Тумачење наведеног члана на то упућује, што је

⁵³⁰ Више о томе: Срђан Стојиљковић: „Вансудско намирење хипотеке – стање и потенцијални правци развоја“, *Правни живот* 10/2013, 507.

⁵³¹ Вид. чл. 31, ст. 6 ЗХ.

⁵³² Чл. 31, ст. 7 ЗХ.

⁵³³ Н. Бодирога (2010), 97, ф. 51.

донекле разумљиво, обзиром да се као хипотекарни повериоци, по правилу јављају банке, као привредни субјекти. С друге стране, не видимо разлог због којег би право на састанак, односно обавеза одржавања састанка постојала само за хипотекара привредног субјекта. Међутим, право повериоца да прода заложену непокретност није условљено исходом наведеног састанка, што умањује целокупан значај ове установе.

2.4.2.2 Достављање према Закону о хипотеци

Институт достављања, једно је од места где се правила судског и вансудског поступка намирења разликују. У случају вансудског намирења, ова разлика (очекивано) фаворизује хипотекарног повериоца. Према одредбама ЗИО достављање се врши на адресу седишта правног лица или предузетника, која је уписана у регистру агенције за привредне регистре. У случају достављања физичком лицу, на адресу пребивалишта или боравишта уписану код органа надлежног за вођење евиденције о личним картама.⁵³⁴ Достављању преко огласне табле, приступиће се тек пошто није могло бити извршено на горе наведене адресе.

С друге стране, према ЗХ за уредност достављања довољно је да је писмено послато препорученом поштом. Законодавац је вероватно, поучен негативним искуствима одуговлачења судског поступка услед неуспелог достављања, донео овакву норму чија је суштина убрзање поступка вансудске продаје.⁵³⁵ У пракси се, међутим, може догодити да власник непокретности ни не сазна да је покренут поступак вансудске реализације хипотеке све док поверилац не прода непокретност, пошто он сноси ризик губљења писмена у транспорту.

2.4.2.3 Начин уновчења непокретности

По узору на судски поступак намирења ЗХ предвиђа два начина продаје, односно уновчења предмета заложног права: аукцију, у којој се потенцијални купци надмећу и непосредну погодбу.

⁵³⁴ Чл. 29 ст. 1 и 2 ЗИО.

⁵³⁵ С. Стошић (2014), 35.

Без обзира на начин продаје, хипотекарни поверилац мора претходно утврдити тржишну вредност непокретност. Оваквим решењем, ЗХ фаворизује хипотекарног повериоца, имајући у виду да исти једнострано врши утврђивање вредности непокретности, а да с друге стране, дужнику, односно власнику непокретности нису стављена на располагање никаква правна средства којима би побијао одлуку о утврђивању вредности. Оправдано се поставља питање шта ако је поверилац банка која ће свакако дати процену вредности непокретности пре одобрења кредита, да ли наведена одредба значи да ће банка поново утврђивати вредност непокретности пре продаје? Такође, која би била права дужника, уколико банка процени вредност непокретности знатно ниже него што је био то случају при одлучивању о давању кредита?⁵³⁶ На основу правила о хипотеци, јасно је да банка нема интерес да процењује вредност непокретности сувише ниско, односно *испод износа обезбеђеног потраживања*. На тај начин, непокретност би се могла продати по нижој цени од реалне, а која не би била довољна да се хипотекар намири у целини. За разлику између преосталог дуга и остварене цене, он би морао конкурисати на намирење из остале имовине дужника као хирограферни поверилац, дакле без права првенства у наплати. Међутим, могуће је да хипотекарни поверилац процени вредност непокретности, ниже од реалне, али у *висини обезбеђеног потраживања*. На тај начин би продају могао учинити атрактивнијом за потенцијалне купце, а дужника лишити могућности да му припадне разлика између, реалне вредности непокретности и висине обезбеђеног потраживања.

Једна од замерки која се у доктрини упућивала вансудском поступку намирења јесте недостатак временског оквира у којем би се поступак имао окончати. Указује се да је забележба хипотекарне продаје могла остати уписана у недоглед.⁵³⁷ Међутим, изменама ЗХ прописан је временски рок у којем се непокретност мора продати 18 месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје. Уколико поверилац у наведеном року не уновчи

⁵³⁶ Н. Бодирога (2010), 98.

⁵³⁷ Д. Хибер, М. Живковић, 263.

непокретност, губи могућност намирења у вансудском поступку, те своја права може остварити искључиво у поступку судске продаје.⁵³⁸

2.4.2.4 Аукцијска продаја

Аукцијску продају организује сам поверилац, али то може поверити и лицу које се тиме професионално бави. Аукцијска продаја се иницира огласом чија је садржина прописана законом.⁵³⁹

Изменама ЗХ, у овом сегменту поступка, уведене су две значајне новине. Пре свега, прописан је рок (шест месеци од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје) у којем поверилац мора одржати аукцијску продају. Наведено решење је последица увођења временског оквира у поступак вансудског намирења. Међутим, остаје нејасно која санкција ће погодити повериоца уколико не одржи аукцијску продају у наведеном року, што релативизује сам значај наведене одредбе. У сваком случају, он је везан преклузивним роком од 18 месеци, од дана коначности решења о забележби хипотекарне продаје, у којем мора продати непокретност. Стога, је сасвим очекивано да ће се у пракси хипотекарном повериоцу журити да што пре закаже, односно одржи аукцијску продају.

Најзад, напомнимо да ЗХ не познаје одредбе о положеном јемству као претпоставци за учешће потенцијалних купаца на аукцији. Сматрамо да су одредбе о обавезном јемству, по узору на извршни судски поступак, морале наћи место и у закону који уређује вансудски поступак намирења. Јемство представља гаранцију да лице коме је непокретност додељена испунити обавезу из закључка о продаји.⁵⁴⁰ На овај начин, лица која немају озбиљну намеру да купе непокретност, онемогућена би била да учествују у поступку аукцијске продаје. Купац који је положио јемство, плаћао би разлику између јемства и цене постигнуте на аукцији, док би се осталим купцима чије понуде нису прихваћене јемство враћало као и у судском извршном поступку.⁵⁴¹ Могло би се једино поставити као спорно, питање

⁵³⁸ Вид. чл. 34, ст. 7 и 8 ЗХ.

⁵³⁹ Чл. 35 ЗХ.

⁵⁴⁰ Драгољуб Лазаревић, *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012, 252.

⁵⁴¹ О полагању јемства вид. чл. 125 ЗИО и чл. 175 нови ЗИО.

коме би се јемство полагало. Полагање јемства хипотекарном повериоцу, као субјекту који спроводи поступак, не би било прихватио. Ово из разлога јер он представља страну у материјалном односу из којег је поступак продаје проистекао. Отуда, према нашем мишљењу, најисправније би било решење да се јемство полаже у јавнобележнички или судски депозит.

Прописивање минималне почетне цене, као што је било речи, јесте установљено у интересу дужника, односно власника непокретности, јер се на тај начин онемогућује продаја ствари у бесцење. Отуда, друга значајна новина у поступку аукцијске продаје јесте, искључивање могућности да се непокретност прода испод минималне почетне цене (75% од процењене вредности на првој аукцији, односно 60% процењене вредности на другој аукцији). До оваквог закључка можемо доћи, из чињенице да из текста ЗХ након најновијих измена изостаје одредба према којој се поверилац и власник непокретности, односно дужник, могу споразумети да се непокретност прода по цени нижој од 75% процењене вредности, односно 60% процењене вредности.⁵⁴² У наведеном сегменту, вансудски поступак приближава се судском извршном поступку. Да подсетимо, одредбе закона који уређује поступак извршења у овом делу, императивног су карактера, те не остављају могућност странкама да уговоре нижу цену од прописане, на првом односно другом надметању. Можемо отуда претпоставити да наведено решење ЗХ представља назнаку увођења начела заштите извршног дужника, присутно у судском поступку извршења.

2.4.2.5 Продаја непосредном погодбом

Продаја непосредном погодбом представља други начин уновчења непокретности у вансудском поступку. Непокретност се продаје по цени, према утврђеној тржишној вредности, као у случају аукцијске понуде, која не може бити нижа од 90% од процењене вредности.

⁵⁴² Вид. чл. 35, ст. 6 Закон о хипотеци, *Службени гласник РС*, бр. 125/05.

2.4.2.6 Асистенција полиције у спровођењу поступка вансудске продаје

Изостанак сарадње дужника, односно власника непокретности, у вансудском поступку продаје, овлашћује хипотекара да затражи помоћ од полиције. Међутим, сматрамо да је наведена норма спорна, обзиром да је претпоставка за њену примену познавање ЗХ од стране полицијских службеника. Произилази да надлежни орган унутрашњих послова, у поступку намирења има овлашћења која припадају суду у судском извршном поступку.⁵⁴³ На тај начин надомешћује се изостанак суда, као органа који поседује ауторитет државе у примени силе.

У досадашњој пракси, спровођења извршења у судском поступку органи унутрашњих послова условљавају пружање асистенције, правоснажношћу решења о извршењу.

„Уколико хипотекарни дужник не дозвољава приступ непокретности хипотекарни поверилац није овлашћен да одузме државину хипотекарном дужнику, већ може користити помоћ надлежног органа унутрашњих послова.

Из образложења: првостепени суд је правилно и потпуно утврдио чињенице релевантне за пресуђење, и то да је последњу мирну државину непокретности имао тужилац, који је уједно и власник истих, те да је тужени путем својих представника, без присуства тужиоца и без његовог овлашћења, те без присуства службених лица надлежног органа унутрашњих послова, дана 10.01.2011. године, заменио постојеће браве на становима, улазним вратима зграде и вратима терасе стана број 3, чиме је онемогућио тужиоца у дотадашњем начину вршења фактичке власти. Супротно жалбеном наводу, из цитираних одредби Закона о хипотеци произлази да је тужени сметао посед тужиоца противправном радњом, будући да тужени као хипотекарни поверилац није овлашћен да одузме државину хипотекарном дужнику, већ се у поступку продаје непокретности, а у случају да

⁵⁴³ Д. Живковић, 57.

дужник не дозвољава приступ непокретности, може користити помоћи надлежног органа унутрашњих послова“.⁵⁴⁴

2.4.3 Непосредно намирење хипотекарног повериоца

2.4.3.1 Редослед намирења

Приликом излагања о судском извршном поступку, већ је било речи о законодавним трендовима, смањења броја потраживања чије се првенство у намирењу заснива у самом закону. Идући у корак са наведеним, ЗХ прописује да се средства остварена продајом хипотековане непокретности расподељују на следећи начин:

- „1) трошкови продаје, укључујући трошкове и хонораре трећих лица;
- 2) потраживања хипотекарних поверилаца према редоследу уписа;
- 3) износ који преостане од средстава остварених продајом, а након намирења хипотекарних поверилаца, припада дужнику, односно власнику хипотековане непокретности, када то није исто лице“.⁵⁴⁵

Дакле, када више привилегованих хипотекарних поверилаца конкурише на намирење, редослед исплаћивања потраживања из цене остварене продајом непокретности, одређује се према моменту настанка хипотеке, односно према принципу *prior tempore potior iure*. Наведено решење, недвосмислено је прихваћено и у судској пракси: „Стварно право са ранијим рангом има право првенства у односу на касније настало право. Ранг (француски *rang* - степен, ред, врста, положај) стварних права представља утврђивање првенственог реда између више стварних права поводом исте ствари која су погодна за рангирање. Под првенственим рангом подразумевамо бољи положај једног стварног права према другом стварном праву на истој ствари. Утврђивање ранга заложног права -

⁵⁴⁴ Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. 1238/2012 од 7. јуна 2012. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

⁵⁴⁵ Чл. 41, ст. 1 ЗХ.

хипотеке на непокретним стварима је могућно успостављањем јавних евиденција у којима се води евиденција о правима на непокретностима“.⁵⁴⁶

Смањење броја привилегованих потраживања је огромна предност за повериоце који ће тежити да уговоре вансудску продају. Међутим, у литератури се указује да се број и редослед привилегованих потраживања мора одредити једним законом, и да код вансудског намирења треба применити правила о привилегованим потраживањима одређеним другим законима.⁵⁴⁷

Упоредном анализом законских одредби о редоследу намирења заложног повериоца у судском и вансудском поступку, можемо закључити да је код вансудског намирења заложни поверилац у бољем положају, обзиром да се његово потраживање намирује друго по реду, одмах након трошкова продаје.

2.4.3.2 Посебна правила када је предмет хипотеке објекат у изградњи

Већ је речено да се под објектом у изградњи, подразумева технички недовршен објекат, односно објекат који је довршен, дакле изграђен, али није уписану јавни регистар. Услов да такав објекат буде предмет хипотеке јесте да постоји правоснажна грађевинска дозвола, издата у смислу одредби Закона о планирању и изградњи.⁵⁴⁸

ЗХ предвиђа посебна правила намирења када је предмет хипотеке објекат у изградњи.⁵⁴⁹

Наведено решење критиковано је из разлога што „право градње утврђеног правоснажним одобрењем за градњу“, у смислу наведеног члана ЗХ заправо представља грађевинску дозволу, која је као управни акт непреносива.⁵⁵⁰ Међутим, Закон о планирању и изградњи познаје могућност промене субјекта

⁵⁴⁶ Закључак усвојен на седници Грађанског одељења Врховног касационог суда 04.10.2010. године.

⁵⁴⁷ Мирослав Лазић: „Правни положај повериоца по Закону о хипотеци“, *Правни живот* 10/2006, 530.

⁵⁴⁸ Закон о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, бр. 72/2009, 81/2009-испр., 24/2011, 121/2012, 42/2013-ОУС, 50/2013-ОУС, 98/2013, 132/2014 и 145/2014

⁵⁴⁹ Вид. чл. 39 ЗХ.

⁵⁵⁰ Вид. Д. Хибер, М. Живковић, 237; С. Јокић (2007), 417.

коме је издата грађевинска дозвола, у случају промене инвеститора.⁵⁵¹ Отуда одредба ЗХ о преносу „права градње утврђеног правоснажним одобрењем за градњу“, добија упориште у општем пропису који регулише грађевинску дозволу, као управни акт. Уговори о суфинансирању представљају у животу начин да се споји одобрење за градњу које се издаје имаоцу права коришћења на градском грађевинском земљишту и инвеститор коме то одобрење није издато. Инвеститор је у смислу Закона о планирању и изградњи лице за чије потребе се гради објекат, односно које финансира изградњу објекта и на чије име се издаје одобрење за изградњу.⁵⁵²

Хипотекарни поверилац намираје своје потраживање, из купопродајне цене коју купац плаћа на име стицања права на градњу. У наведеном случају не продаје се грађевински објекат, јер њега нема већ право на изградњу тог објекта, свеједно да ли је његова градња започета, или није.⁵⁵³ Отуда се, као спорно, може се јавити и питање утврђивања вредности права на градњу. Сматра се да тржишну цену објекта у изградњи у хипотекарној продаји чини збир цене одобрења за градњу и вредност материјала и рада уложеног у објекат у изградњи уколико је започет. Та тржишна цена креће се у Београду између 20 до 30% изграђене површине или вредности објекта који се на основу одобрења за градњу сме и може изградити.⁵⁵⁴

2.4.3.3 Положај хипотекарног повериоца у случају непокривености дуга продајном ценом

У случају да се хипотекарни поверилац не може у потпуности намирити из цене остварене продајом непокретности, дужник остаје дужан разлику између остварене цене и преосталог дела обезбеђеног потраживања. При томе, обезбеђено потраживање се сматра намиреним у висини од 75% процењене вредности непокретност, и у ситуацији када је продајом остварена нижа цена. Наведено правило важи за оба начина продаје – путем аукције или непосредном погодбом. Пођимо од тога да ЗХ не дозвољава да се непокретност прода по цени

⁵⁵¹ Вид. чл. 141 Закон о планирању и изградњи.

⁵⁵² С. Јокић (2007), 418.

⁵⁵³ Д. Живковић, 59.

⁵⁵⁴ С. Јокић (2007), 418.

нижој од 60% од утврђене вредности. Отуда, уколико би се продајом остварила и ова најнижа цена, поверилац би се сматрао намиреним за износ од 75% од утврђене вредности непокретности. Са аспекта, хипотекарног повериоца наведено решење може се окарактерисати као неадекватно, обзиром да би у горе наведеном случају поверилац био „на губитку“ у износу од 15% од утврђене вредности непокретности.

Међутим, као значајнијим нам се чини питање правне природе потраживања остатка дуга, који представља разлику између целокупног потраживања и остварене цене. Другим речима, какав је правни положај повериоца, који није у потпуности могао да намири хипотеком обезбеђено потраживање, у вансудском поступку намирења. Да ли је и потраживање тог остатка дуга обезбеђено хипотеком, или хипотекарни поверилац у том случају постаје хирограферни поверилац? Прихватамо друго становиште. Сматрамо да ће у наведеном случају дужник, за остатак дуга одговарати целокупном имовином, а хипотекарни поверилац ће се намиривати (за остатак дуга) као обични поверилац, обзиром да само на предмету хипотеке ужива првенство у намирењу. То би даље значило да хипотекарни поверилац мора исходovati извршну исправу, на основу које би могао принудно реализовати потраживање за остатак дуга.⁵⁵⁵ Наведени став аргуменујемо на следећи начин. Вансудски поступак намирења може се покренути једино на основу извршне вансудске хипотеке, која је у погледу привилеговане реализације ограничена само на предмет залогe, односно хипотековану непокретност. Као што је већ речено, хипотекарни поверилац се може намирити из остале дужникове имовине, али не као привилеговани већ као хирограферни поверилац. Изменама ЗХ предвиђено је да хипотека престаје у вансудском поступку и када потраживање хипотекарног повериоца није у целости намирено.⁵⁵⁶ Отуда, како се продајом непокретности у вансудском поступку бришу све уписане хипотеке, то и уговор о хипотеци, односно заложна изјава губе својство извршне исправе. Подсетимо, уговор о хипотеци, односно заложна изјава

⁵⁵⁵ Супротно: Н. Бодирога (2010), 100.

⁵⁵⁶ Вид. чл. 49 ст. 1, т. 2 ЗХ: „Све уписане хипотеке, као и други терети (уписани у регистар после хипотеке ради чијег намирења је извршена продаја, односно закључен накнадни уговор) престају по сили закона и надлежни регистар непокретности врши брисање по службеној дужности, без обзира да ли је потраживање намирено у целости, делимично или је остало ненамирено“.

имају својство извршне исправе само уколико су *уписани* у јавни регистар, као извршна вансудска хипотека. Дакле, поверилац остаје без извршне исправе, јер се врши брисање свих уписаних хипотека. Стога, он мора иницирати поступак у којем би исходовао извршну исправу, на основу које би могао принудно да реализује потраживање остатка дуга, односно разлике између целокупног потраживања и цене остварене продајом непокретности.

3 НАМИРЕЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПОВЕРИОЦА У СТЕЧАЈНОМ ПОСТУПКУ

3.1 Општи појам разлучног и заложног повериоца

Као што је већ било наведено, циљ нам је да у овом делу прикажемо у најкраћим цртама, положај у којем се заложни поверилац налази у ситуацији када се над имовином власника заложене непокретности отвори поступак стечаја. ЗХ, признаје хипотекарном повериоцу разлучно право засебног намирења из вредности непокретности која је предмет стечајног поступка.⁵⁵⁷

Дакле, и у стечајном поступку хипотекар, као разлучни поверилац, задржава привилеговани положај у намирењу.⁵⁵⁸ На овом месту потребно је указати на разликовање појма заложног и разлучног повериоца, у смислу закона којим је уређен поступак стечаја. Тако, под појмом *разлучног повериоца* ЗС подразумева лице које је ради обезбеђења потраживања према стечајном дужнику има заложно право, законско право задржавања или право намирења на стварима и правима стечајног дужника, о којима се воде јавне књиге или регистри. С друге стране, *заложни повериоци* су лица која имају право залог на стварима или правима стечајног дужника о којима се воде јавне књиге, а немају новчано потраживање према стечајном дужнику које је обезбеђено тим правом залог. Другим речима, разлучни поверилац има према стечајном дужнику и (облигационо) потраживање и заложно право, а заложни поверилац има само заложно право.⁵⁵⁹ Заложни повериоци нису повериоци стечајног дужника, јер немају новчано потраживање према стечајном дужнику, него имају потраживање

⁵⁵⁷ Чл. 42 ЗХ.

⁵⁵⁸ О утицају стечаја на мере обезбеђења и заложно право, вид. З. Петровић, В. Козар, 99 и даље.

⁵⁵⁹ Д. Хибер, М. Живковић, 133.

према трећем лицу.⁵⁶⁰ Ради обезбеђења тог потраживања засновано је заложно право на одређеној ствари или праву стечајног дужника. Дакле, стечајни дужник је заложно своју ствар (или право) заложном повериоцу, ради обезбеђења туђег дуга. Разлучни и заложни повериоци, нису стечајни повериоци.

С друге стране, повериоци који имају новчано потраживање према стечајном дужнику, које је обезбеђено правом залогe на имовини трећег лица нису разлучни повериоци у наведеном стечајном поступку које се спроводи над дужником јер немају и право првенственог намирења из средстава остварених продајом дела или целе његове имовине. Овакви повериоци су у односу на стечајног дужника стечајни повериоци јер се средства обезбеђења које имају не односе на његову имовину. Стога ће у стечају свог дужника они пријавити и остварити права као стечајни повериоци.⁵⁶¹

3.2 Обавеза обавештавања суда о постојању заложног права

Обзиром да је поверилац снабдевен правом следовања, промена у имовинским приликама дужника, односно власника непокретности не би требало да буде од утицаја на повериочево право да се из вредности непокретности намири. Истиче се да отварање стечајног поступка не утиче на право одвојеног намирења разлучног повериоца из имовине дужника. Разлучни поверилац није стечајни поверилац, већ захваљујући свом разлучном праву којим је правовремено обезбеђено потраживање из неког облигационог односа намирује се према правилима која би вредела да дужник није пао бод стечај.⁵⁶² Са наведеном констатацијом можемо се сложити само делимично. Наиме, након отварања стечаја над дужником (односно власником непокретности) заложни поверилац може се намирити само у оквиру тог поступка, у којем важе посебна правила. Отуда је чињеница отварања стечаја, и те како значајна за реализацију заложног права.

⁵⁶⁰ Младен Николић: „Правни положај и намирење заложних поверилаца у стечају“, *Новине и спорна питања у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању – зборник радова*, Београд 2015, 111.

⁵⁶¹ Одговори на питања привредних судова који су усвојени на седницама Одељења Привредног апелационог суда одржаним 8. и 22. новембра 2011. године, доступно у бази *PropisiSoft Online*.

⁵⁶² М. Васиљевић (2006), 405.

„Заложни повериоци су дужни да у року за подношење пријаве потраживања обавесте суд о заложном праву, уз достављање доказа о постојању заложног права и изјаве о износу новчаног потраживања према трећем лицу које је тим правом обезбеђено на дан отварања стечајног поступка, чиме стичу својство странке“.⁵⁶³ Одговор на питање, шта се дешава уколико заложни поверилац пријави потраживање након наведеног рока, законодавац не даје. Следи, да је ова обавеза унета више као средство за избегавање штетних последица незаконитог поступка продаје оптерећене имовине и исплату из постигнуте цене лицима у односу на која заложни повериоци имају право првенственог намирeња.⁵⁶⁴ Чини нам се најисправнијим став, да се заложни поверилац може користити наведеним правом, односно обавестити суд о постојању заложног права, све до правоснажности решења којим суд налаже одговарајућем регистру „брисање терета насталих пре извршене продаје, односно упис других права стечених продајом“.⁵⁶⁵ Отуда, може се уочити да се на намирeње заложног повериоца у стечајном поступку не пази по службеној дужности. Такође, можемо закључити да наведено решење донекле умањује значај начела јавности регистра непокретности. Из наведеног начела произилази да се нико, а посебно у овом случају суд који води поступак, не може позивати да му је садржина јавног регистра непозната. Отуда, оправдано можемо поставити питање, чему у опште потреба да заложни поверилац обавештава суд о заложном праву, уколико је оно већ уписано у регистар и на тај начин стекло публицитет? Произилази да ће заложни поверилац остати ненамирен уколико не обавести суд о постојању заложног права. Као што смо видели, код судског и вансудског поступка намирeња, то није случај. Намирeње заложних поверилаца, није условљено пријавом потраживања, односно другим активностима.

3.3 Положај заложног повериоца у поступку продаје

Пре продаје имовине стечајни управник дужан је да достави, између осталог, и заложним повериоцима, обавештење „о намери, плану продаје, начину

⁵⁶³ Чл. 49, ст. 6 ЗС.

⁵⁶⁴ Душка Илић: „Намирeње разлучних поверилаца у стечајном поступку“, *Новине и спорна питања у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању – зборник радова*, Београд 2015, 104.

⁵⁶⁵ М. Николић (2015), 113.

продаје, роковима продаје и обавештење о процени целисходности продаје. При томе, разлучни и заложни поверилац може предложити повољнији начин уновчења имовине“.⁵⁶⁶

„Повериоци и друга заинтересована лица (самим тим и заложни повериоци) могу поднети приговор на предложену продају најкасније у року од десет дана пре предложеног датума продаје или преноса, ако за њега постоји прописан основ. О приговору одлучује стечајни судија. Приговор не задржава продају, осим ако стечајни судија не одлучи другачије“.⁵⁶⁷ Домашај наведеног правног средства је доста ограничен, обзиром да приговор повериоца „не утиче на извршену продају имовине стечајног дужника, већ представља основ за утврђивање одговорности стечајног управника ако је штета настала радњом стечајног управника у поступку продаје“.⁵⁶⁸

У поступку продаје имовине стечајног дужника, хипотекарни односно заложни поверилац задржава привилегован положај, обзиром да има право првенственог намирења.

У случају пад је предмет продаје у стечајном поступку стечајни дужник као правно лице ЗС заложним повериоцима признаје право да предложи повољнији да се имовина уновчи. У случају усвајања предлога разлучног или заложног повериоца стечајни судија закључком може наложити стечајном управнику предузимање једне или више од следећих мера: 1) одлагање продаје; 2) вршење нове процене целисходности продаје или процене вредности стечајног дужника као правног лица, односно имовине која је предмет разлучног и заложног права; 3) издвајање имовине на којој постоји разлучно и заложно право из имовине стечајног дужника који се продаје као правно лице и њену одвојену продају; 4) друге мере у циљу адекватне заштите интереса разлучног и заложног повериоца.⁵⁶⁹

⁵⁶⁶ Вид. чл. 133 ст. 1 и 4 ЗС.

⁵⁶⁷ Чл. 133, ст. 5 ЗС.

⁵⁶⁸ Из пресуде Привредног апелационог суда, Пж. 2123/2013 од 29. јануара 2014. године, доступна у бази *PropisiSoft Online*.

⁵⁶⁹ Чл. 135 ЗС.

У ситуацији продаје стечајног дужника, као правног лица, заложни повериоци задржавају првенствено намирење из средстава која су остварена продајом. Редослед намирења утврђује се у складу са рангом стеченим на основу закона, а „сразмерно процењеном учешћу вредности имовине која је предмет обезбеђеног права у односу на процењену вредност правног лица“.⁵⁷⁰

⁵⁷⁰ Чл. 136, ст. 5 ЗС.

ЗАКЉУЧАК

Циљ овог рада био је да прикаже структуру правних односа који настају поводом заснивања и реализације хипотеке, као средства обезбеђења потраживања. Указано је на значај и потребу за обезбеђењем потраживања из једног облигационог односа. Наведени значај огледа се пре свега на микро нивоу, у односу између повериоца и дужника, али и на ширем глобалном нивоу. Управо кроз овај други сегмент - глобални, обезбеђење потраживања производи правне и економске ефекте који га чине претпоставком функционисања савремене привреде. Развојни концепт модерног тржишта заснива се на кредитном механизму, који омогућава рационално искоришћавање и усмеравање имовинских средстава. Отуда је сасвим оправдана констатација да је кредитни механизам једна од полуга успешног функционисања модерне економије. Ово, како на националном ако и на међународном нивоу, кроз стране инвестиције.

Развијено кредитирање подразумева изградњу и законско утемељење принципа којима би се пружило специјално обезбеђење учесницима кредитног односа. Повериоцу, као страни која позајмљује новац, од значаја је да постоји стабилан систем обезбеђења који ће својим правним ауторитетом гарантовати (добровољно или принудно) испуњење обезбеђене обавезе. Овај сегмент је очигледан и неспоран. Међутим, и ако на први поглед не изгледа тако, уређен и ефикасан систем обезбеђења потраживања погодује и дужнику. Пре свега, у фази прибављања кредита, правно могућа постаје ситуација, да се дужнику слабијег имовинског стања, путем кредита ставе на располагање средства знатно виша од његове тренутне платежне способности. Такође, у фази заснивања обезбеђења дужник је заштићен од штетних клаузула којима би се могао довести у подређен положај. Најзад у фази реализације, уређен систем обезбеђења потраживања онемогућава могућност шиканирања дужника. Прецизно дефинисање имовине која гарантује за испуњење обавезе, начела заштите у извршном поступку, само су неки од позитивних ефеката за дужника, које производи савремено уређен концепт обезбеђења потраживања.

Обезбеђење потраживања посматрали смо, као посебну гаранцију повериоцу која се ставља на располагање повериоцу, и ствара додатну правну

могућност наплате потраживања које се обезбеђује. На основу ове посебне гаранције и сам поверилац постаје „посебан“, односно привилегован. Насупрот овој посебној гаранцији наплате, постоји и општа гаранција коју има сваки „обични“ поверилац.

Подела средства обезбеђења потраживања на облигационоправна и стварноправна, представљала је полазну основу за истраживање у овом раду. Уколико би за испуњење обавезе гарантовала одређена имовинска вредност дужника или трећег лица, реч је о стварноправном средству. С друге стране, код личних средстава обезбеђења, као гаранција да ће повериочево потраживање бити намирено, појављује се одређено лице, а не ствар, односно друга имовинска вредност. У овом истраживању, нисмо се бавили личним средствима обезбеђења, обзиром да би тако премашили обим, који се од ове дисертације очекује.

Анализирана су средства стварноправног обезбеђења, са посебним фокусом на заложно право, односно на хипотеку као посебну врсту залог. Разлога за ово је више. Пре свега, налазимо да стварноправна средства пружају већи степен сигурности за повериоца. Наиме, поверилац, поред облигационог захтева који већ има, добија и стварноправни захтев утемељен на реалној подлози - предмету залог, и посебан привилеговани положај у намирењу из тог предмета. При томе, ни на који начин се не искључује право повериоца да се, као било који други поверилац, намири из остале дужникове имовине.

Приликом излагања о заложном праву, пошло се од анализе општих начела на којима се заснива сложени феномен заложног права. То су начело акцесорности, официјелности, специјалности и недељивости. Међутим, као што смо видели савремено право познаје бројне изузетке од наведених начела, који се често не темеље на правним, већ и економским потребама. Чини се најзначајнијим одступање од начела официјелности, који изузетак је постао правило, уведено наш правни систем доношењем Закона о хипотеци. На великом нивоу општости можемо закључити да изузеци од општих начела заложног права, представљају компромис између традиционалних правних правила и потребе да се заложно право прилагоди потребама савремене привреде.

Уколико пођемо од поменутих потреба савремене привреде, онда можемо закључити и да бездржависки облици залогe представљају савремено средство обезбеђења које ће своју даљу афирмацију доживљавати у будућности. Принцип депосесије залогодавца, на којем се ручна залога заснива превазиђен је, те се може очекивати његово фактичко ишчезавање из правног живота.

Приликом анализирања заложног права према основу настанка, у посебном фокусу се нашло судско заложно право. Том приликом указано је на аномалије и противречности које егзистирају у позитивним прописима. Посебно је критиковано решење да записник о попису и процени може представљати основ за заснивање залогe, како на покретним стварима тако и на непокретностима. Наведене аргументе засновали смо на начелима специјалности и акцесорности, која условљавају потребу да обезбеђено потраживање буде идентификовано, а што се записником о попису и процени не може учинити. Отуда, залажемо се за измену законских решења, која би ишла у правцу да се као правни основ судског заложног права, поред записника о попису и процени означи и решење о извршењу. На тај начин би се искључила могућност неистинитог приказивања податка о обезбеђеном потраживању.

Једно од питања које је посебно обрађено јесте разликовање појмова уписа решења о извршењу, односно закључка о спровођењу извршења, од уписа заложног права на непокретности. Закључили смо да се првом радњом стиче само једна, проста компонента сложеног заложног права, односно право на намирење у конкретном поступку. Изостанак одредбе према којој право на намирење, има првенство у односу на доцније настало заложно право и право на намирење, сматрамо пропустом законодавца. На тај начин нарушава се принцип *prior tempore potior iure*. Могућом се чини ситуација да извршни поверилац који је стекао само право на намирење, нема првенство наплате у односу на извршног повериоца који је доцније стекао право на намирење али који је искористио могућност уписа заложног права. Отуда сматрамо да *de lege ferenda* треба усвојити решење према којем извршни поверилац који је покретањем извршног поступка стекао право на намирење, стиче и право да се из вредности непокретне ствари намири пре лица које је касније засновало на тој непокретној ствари залогу односно право на намирење.

Питање начина стицања принудног судског заложног права на непокретностима које нису уписане у јавну књигу, сматрамо неадекватно уређеним. Из законског текста, изводе се контрадикторни закључци који су продубљени ставовима доктрине. Наиме, позитивни прописи у наведеном случају нуде слободу тумачења за *modus acquirendi*. Према ставу који смо изнели, принудно судско заложно право на неуписаним непокретностима, може се стећи само објављивањем записника (и решења о извршењу), на огласној табли суда или Коморе извршитеља. На тај начин обезбеђује се неопходан публицитет.

Када је реч о заложном праву на непокретности – прихватили смо као најпотпунију дефиницију да је хипотека бездржавинска залога на непокретној свари која настаје уписом у јавни регистар, а која овлашћује хипотекара, да наплати потраживање из вредности добијене продајом непокретности, пре хирограферних и каснијих хипотекарних поверилаца, без обзира у чијој је својини непокретност.

На основу наведене дефиниције изведен је закључак да је хипотека, заложно право, комплексан појам, односно „сложено право“ које се састоји из више „простих права“. Ту смо уврстили право на уновчење предмета залогe, право на намирење, право првенственог намирења и право следовања. Сматрамо да се једино на овакав начин, спознајом свих елемената појма, може сагледати сложена структура односа који настају поводом заснивања и реализације хипотеке. Као што смо видели наведена „проста права“, могу некад самостално егзистирати, без постојања заложног права. Тако, у поменутом случају извршни поверилац уписом решења о извршењу, односно закључка извршитеља конституише само право на намирење, али не и заложно право. С друге стране, заложно право претпоставља постојање свих „простих“ права које обухвата. Правно није могућа ситуација да хипотекарни поверилац рецимо има само право на намирење, без права следовања, итд.

Потребе савремене пословне праксе, захтевају постојање ефикасног средства обезбеђења које се једноставно може прилагодити динамичном тржишту. Хипотека, као и целокупан систем заложног права у нас, уз одређена одступања, заснована је на начелу акцесорности. Ово, пре свега из разлога, што је

обезбеђујућа сврха залоге доминантна у односу на остале функције које остварује. Отуда, уколико нема шта да обезбеди, залога не може настати и постојати. С друге стране, неакцесорна права на непокретности, која могу имати и обезбеђујућу сврху, све присутнија су појава у савременим законодавствима. По узору на немачки *Grundschild*, у домаћем праву развија се концепт реалног дуга, који би, према ставовима у доктрини, требао да се афирмише као флексибилније средство обезбеђења у односу на хипотеку. Уопштено, поменута флексибилност заснива се на одсуству акцесорности. Међутим, и поред тога што акцесорност може учинити хипотеку мање флексибилном у односу на реални дуг, не треба изгубити из вида остале функције које ово начело остварује. Чињеница да је веза између обезбеђујућег земљишног дуга и потраживања, само облигационе природе, може бити неповољна по власника непокретности. Наиме, поверилац земљишног дуга може, противно уговору о обезбеђењу, и након исплате обезбеђеног потраживања, пренети земљишни дуг на треће лице. Отуда би домаћи законодавац морао бити посебно обазрив приликом увођења концепта неакцесорних права. Чињеница је да конституисање земљишног дуга почива, као и код фидуцијарног правног посла, на узајамном поверењу. Сматрамо да би то требало дати јасан сигнал законодавцу да „преписивање“ решења из немачког права не би представљало адекватно решење. Ово, пре свега, имајући у виду још недовољно развијене пословне обичаје и етичке моделе, односно својеврсан „сензибилитет“ учесника који је реалност у домаћој пословној пракси.

Приликом анализирања евиденције права на непокретностима пошло се од хипотезе да је правно ваљан упис хипотеке у јавни регистар, претпоставка остваривања њене обезбеђујуће функције. Отуда произилази и значај који систем евиденције, односно јавни регистри непокретности имају за хипотеку, а самим тим и за ово истраживање. Пре свега, као најзначајнији аспект, сматрамо конститутивност уписа. Конститутивни карактер уписа у јавни регистар најдоследније је спроведен код хипотеке. Овлашћења из неких других стварних права могу се вршити и „ванкњижно“, односно фактички. Код хипотеке то није могуће, она настаје моментом уписа. Исто тако, исписом престаје. Неуписана хипотека не постоји. Даље, према тренутку уписа хипотека стиче ранг који је од значаја приликом редоследа намирања. Редослед по којем ће се хипотекарни

повериоци намиривати, од есенцијалне је важности за реализацију залогa. Хипотекарни поверилац са хипотеком слабијег ранга, често ће остати само делимично намирен, или ненамирен у целости. Ово, управо из разлога што на истој непокретности постоји више хипотека, које су раније уписане и чији титулари стога имају првенство у намирењу. Најзад, значај уписа хипотеке у јавни регистар задовољава потребу публицитета стварних права на непокретности. Овај принцип готово да је опште прихваћен у свим савременим законодавствима. Као основну замерку постојећег система регистра непокретности, навели смо вођење од стране управног органа. Сматрамо да управо из чињенице да упис у одговарајући јавни регистар има конститутивни карактер, вођење система евиденције мора бити у надлежности судске власти. Најједноставније речено, вођење поступка за стицање, промену, ограничење или престанак субјективних права на непокретностима, захтева стручно правничко знање, које се као такво, не може очекивати од управног органа.

Најзад, сматрамо да од ефикасности поступка у којем се принудно реализује заложно право, зависи целокупан систем, односно обезбеђујући концепт ове установе. Уколико се не може остварити њена ефикасна реализација, залогa односно хипотека, као средство обезбеђења, сама по себи, нема никакву вредност. Можемо рећи да представља „мртво слово на папиру“. Од каквог значаја је чињеница да поверилац има уписану хипотеку, уколико је не може благовремено реализовати и на тај начин, остварити њену основну функцију до краја. Разуме се, хипотека врши и психолошки притисак на дужника да испуни обавезу. Међутим, уколико то не буде довољно, и по доспелости дуг не буде исплаћен, наступа фаза намирења у којој хипотека остварује свој пуни домашај. Отуда је питање принудне реализације хипотеке, посебно комплексно, фундаментално.

У нашем правном систему хипотекарни поверилац има могућност избора правног пута намирења обезбеђеног потраживања. Сходно томе, своја права може остварити у судском извршном поступку или вансудском поступку који сам организује. Најзад, хипотекар задржава свој привилеговани положај, и намирује се и у стечајном поступку.

Што се судског извршног поступка тиче, овом делу поклонили смо највећу пажњу обзиром да у пракси представља најчешће коришћену процедуру у којој се заложно право на непокретности принудно реализује. Увођењем установе извршитеља, према терминологији нових прописа, јавних извршитеља наведени поступак несумњиво постаје ефикаснији. Чињеница је да нови извршни прописи предвиђају скоро искључиву надлежност јавних извршитеља у извршном поступку. Међутим, и поред тога терминолошки смо задржали префикс „судски“ код означавања овог поступка, обзиром да суд и даље доноси решење о извршењу и задржава значајну улогу у самом поступку.

Прописивање „искључиве надлежности“ јавних извршитеља сматрамо преурањеним решењем. Као главне аргументе за наведени став, истичемо организационо-техничку, али и стручну неспремност јавних извршитеља, у постојећој организационој структури, да одговоре тако сложеном задатку који је пред њих стављен. Такође, сматрамо, да уколико се законодавац одлучио већ за такав корак, онда је морао истим законом недвосмислено повећати број јавних извршитеља, посебно у срединама са развијеном привредном активношћу. У супротном, према нашем мишљењу, интенција да се увођењем „искључиве надлежности“ поступак учини ефикасним прерашће управо у супротно. Преоптерећени јавни извршитељи неће бити у могућности, из напред наведених разлога, да ефикасно спроводе извршење, што може довести до системске дисфункције извршног поступка. Сматрамо да ће на такав начин неминовно доћи до слабљења поверења у систем принудне наплате потраживања, што би на глобалном нивоу могло имати катастрофалне последице по инвестиције у домаћу привреду.

Новим прописима који регулишу извршни поступак, уређен је однос између судског и вансудског поступка намирења на хипотекованој непокретности. Заложном повериоцу не ускраћује се могућност да бира у којем ће поступку остварити своја права. Другим речима, право избора и даље постоји. Међутим, када се поверилац определи за један поступак, односно правни пут намирења, губи могућност да реализује своја права у другом поступку. На овај начин разрешена је дилема која је постојала у пракси, у погледу тога могу ли се на истој непокретности водити упоредно судски и вансудски поступак намирења.

У погледу назначавања странака у поступку извршења на непокретности, домаћем законодавцу можемо упутити неколико препорука. Пре свега, потребно је прецизно дефинисање појмова извршног повериоца, заложног извршног повериоца и заложног повериоца у ужем смислу. Посебну пажњу нам је привукло назначавање извршног дужника, у ситуацији када дужник из извршне исправе и власник непокретности нису иста лица, односно ако се након заснивања залог на непокретности промени њен власник. Сматрамо да би у наведеној ситуацији, као извршни дужник требао бити назначен нови власник непокретности, а не залогодавац, односно претходни власник. Наведени став нам се чини у складу са стварноправном природом хипотеке, која прати ствар, те на тај начин представља и терет за њеног свакодобног власника. Разуме се да ствар која је предмет хипотеке, сама по себи не може бити оптерећена. Другим речима, ствар не може бити носилац субјективних права, већ њен власник. Отуда, санкција принудне реализације хипотеке пада на њеног власника, па се стога власник има означити као извршни дужник.

Напуштањем начела официјелности створена је могућност да хипотекарни поверилац сам прода непокретност према правилима вансудског поступка намирења. Већ и сумарном анализом правила наведеног поступка уочава се нескривена намера законодавца да фаворизује положај хипотекарног повериоца. Све ово, из разлога да поступак продаје буде што бржи, а самим тим да се и хипотека као средство обезбеђења кредитних пласмана учини ефикаснијом. Наведени интерес сматрамо потпуно легитимним. Међутим, ношен наведеном жељом, законодавац је, према нашем мишљењу, у појединим сегментима отишао „предалеко“. Да ли случајно или намерно, дужник, односно власник непокретности је често препуштен „на милост или немилост“ хипотекарног повериоца. Стога, сматрамо да би било неопходно, законом увести посебно средство контроле поступка – захтев за отклањање неправилности, по узору на судски извршни поступак. О наведеном захтеву, би могао одлучивати суд, као непристрасан орган. Наведено решење сматрамо значајним из разлога што практично целокупан поступак вансудске продаје организује и спроводи хипотекарни поверилац, а имајући у виду принцип *neto judex in causa sua* (нико не може бити судија у властитој ствари). Даље, као једну од препорука

законодавцу у погледу вансудског поступка намирења, могли би предложити увођење сходне примене правила судског извршног поступка. При томе однос између наведених прописа могао би бити *lex specialis - lex generalis*. На овај начин, дошло би, између осталог до уједначавања ефеката који производе судски и вансудски поступак намирења из вредности хипотековане непокретности.

Отварање стечајног поступка над власником предмета хипотеке, не би требало да угрожава право на намирење хипотекарног повериоца. Међутим, као што смо видели, у стечајном поступку, заложни (хипотекарни) поверилац може само да утиче на реализацију својих права, губи могућност да о томе одлучује. Отуда, можемо закључити хипотекарном повериоцу свакако није свеједно да ли је власник непокретности у стечају. И поред чињенице, да задржава привилегије приликом намирења, његов правни положај постаје неизвештан. Наведене чињенице, стога су и послужиле као инспирација законодавцу, за одредбе којима се забрањује промена власника непокретности.

ЛИТЕРАТУРА:

1. Basic Guidelines for a Eurohypothec: Outcome of the Eurohypothec workshop, Warsaw 2005, доступно на:
<http://www.ehipoteka.pl/ehipoteka/content/download/107/498/file/Zeszyt%20Hipoteczny%20nr%2021.pdf>
2. Gavella Nikola: *Stvarno pravo*, Свезак други, Загреб 2007
3. Green paper Mortgage Credit in the EU, Commission of the european communities, Brussels 2005, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52005DC0327>
4. Hellmut Sholz, Hans Jurgen Lwowski: *Das Recht der Kreditsicherung*, Берлин 2000
5. Nasarre-Aznar Sergio: Looking for a model for a Eurohypothec, доступно на: <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypothec.pdf>
6. Rose Carol: *Crystals and Mud in Property Law*, Yale Law School 1998
7. Sholz Hellmut, Hans Jurgen Lwowski: *Das Recht der Kreditsicherung*, Berlin 2000
8. Stöcker Otmar: „The Eurohypothec“, *The Future of European Property Law*, 2012
9. The development of a European capital market. Report of a Group of Experts appointed by the EEC Commission, доступно на:
http://ec.europa.eu/archives/emu_history/documentation/chapter1/19661130en382develeurocapitm_a.pdf
10. The Integration of the EU Mortgage Credit Markets, доступно на:
http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf
11. Ujdehag Jos, Simone Ginzburg, Katilin Попов, Bengtson Вјorn, Милошевић Милош, Бодироба Никола: *Свеобухватна анализа система извршења у Србији*, Београд 2014

12. Yongheng Deng, John M. Quigley, Robert Van Order: *Mortgage Terminations, Heterogeneity And The Exercise Of Mortgage Options*, University Of California, Berkeley 2000
13. Живковић Милош: „Country Report Serbia”, *Flexibility, security and efficiency of security rights over real property in Europe*. Vol. 3, Берлин 2007
14. Бабић Илија: *Стварно право*, Београд 2012
15. Базић Милојко, Даниловић Неђо: „Нацрт научне замисли пројекта истраживања“, *Мегатренд ревија* 2/2015
16. Билтен катастарско правне праксе, бр. 6, Београд 2010
17. Билтен катастарско правне праксе, бр. 7, Београд 2010
18. Билтен судске праксе привредних судова, Привредни апелациони суд, 3/2012
19. Бодирога Никола: *Теорија извршног поступка*, Београд 2012
20. Бодирога Никола: „Приговор трећег лица у извршном поступку“, *Анали Правног факултета у Београду* 1/2006
21. Бркић Дејан: *Непокретности*, Београд 2009
22. Бркић Јелена: „Суд или овлашћено лице у поступку намирења хипотекарног потраживања“, *Правна ријеч* 28/2011
23. Васиљевић Мирко: *Пословно право*, Београд 2006
24. Васиљевић Мирко: *Трговинско право*, Београд 2012
25. Вицковић Тања: „Намирење хипотекарног повериоца – ефикасност и проблеми“, *реферат са саветовања Банкарство* 5-6/2008, Београд 2008
26. Водинелић Владимир: *Грађанско право: Увод у грађанско право и општи део грађанског права*, Београд 2014
27. Врховшек Мирослав, Козар Владимир, *Извршење, стечај и обезбеђење потраживања из уговора о привреди*, Београд 1999
28. Вујовић Драгана: „Права реалног дуга према Нацрту Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије, *Зборник радова правног факултета у Нишу* 67/2014
29. Вукотић Јасмина: *СТИЦАЊЕ ЗЕМЉИШНОКЊИЖНИХ ПРАВА УПИСОМ У ЈАВНЕ РЕГИСТРЕ*, докторска дисертација, Београд 2012

30. Вуксановић Драгиња: „Вансудско намирење хипотекарног повјериоца“, *Правни живот* 10/2006
31. Вуксановић Драгиња: „Специфичности у правној природи законског заложног права“, *Правни живот* 10/2005
32. Гамс Андрија: *Основи стварног права*, Београд 1980
33. Гамс Андрија, *Увод у грађанско право*, Београд 1994
34. Денишлић Мелиха, *Правна природа залагања права*, магистарски рад, Београд, 1988
35. Дудаш Атила: „О целисходности законског уређења фидуцијарног преноса својине у праву Србије“, *Зборник радова правног факултете у Новом Саду*, 1/2014
36. Ђурђевић Дејан: *Јавнобележничка делатност*, Београд 2014
37. Ђурђић Тамара: „Фидуцијарни пренос права својине“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2/2011
38. Ђуровић Ђуро: *Привредно право са основама грађанског права*, Београд 2010
39. Живковић Драгослав: *Коментар Закона о хипотеци*, Београд 2006
40. Живковић Милош: „О квалитету новијих грађанскоправних прописа у Србији“, *Правни записи* 1/2010
41. Живковић Милош: *Аксесорност заложних права на непокретности*, Београд 2010
42. Живковић Милош: „Регистри непокретности“, *Промене стварног права у Србији: могућности реформе у оквиру регионалног развоја у југоисточној Европи* 2005
43. Живковић Милош: „Стварноправна обезбеђења на непокретностима у Републици Србији“, у *Форум за грађанско право за југоисточну Европу, Избор радова и анализа, Прва регионална конференција*, Цавтат 2010
44. Живковић Милош: „Упис хипотеке у земљишну књигу и катастар непокретности“, *Симпозијум у Цавтату: доприноси реформи ванпарничног поступка у државама југоисточне Европе*, Цавтат 2005
45. Извештај о раду одељења судске праксе за извршну материју за период од 03.01.2013. године до 31.10.2013. године, Првог основног суда у Београду

46. Илић Душка: „Намирење разлучних поверилаца у стечајном поступку“, *Новине и спорна питања у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању – зборник радова*, Београд 2015
47. Јакшић Александар, Стојановић Срђан: *Елементи за једно уговорно право*, Београд 1995
48. Јовановић Слободан, *Држава*, Београд 1936
49. Јокић Стојан: „Хипотекарни повериоци и њихова судска, вансудска и разлучна намирења“, *Билтен судске праксе врховног суда Србије* 3/2007
50. Кораћ Велибор: „Поуздање у катастар непокретности и располагање заједничком својином“, *Правни живот* 11/2009
51. Лазаревић Драгољуб: *Коментар Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012
52. Лазић Мирослав: *Права реалног обезбеђења*, Ниш 2009
53. Лазић Мирослав: „Правни положај повериоца по Закону о хипотеци“, *Правни живот* 10/2006
54. Мајер Томас: „Подршка реформи својинског права у Републици Србији путем пројекта правне реформе ГТЗ-а“, *Ка новом стварном праву Србије Нацрт Законика о својини и другим стварним правима*, Београд 2007
55. Марковић Лазар: *Грађанско право – Општи део и Стварно право*, Београд 1927
56. Марковић Лазар: *Хипотекарно право*, Београд 1911
57. Медић Душко: *Право обезбеђења потраживања*, Бања Лука 2013
58. Медић Душко: "Акцесорност заложног права у Републици Српској" *Годишњак факултета правних наука-Апеирон* 5/2015
59. Медић Душко: „Заложно право као средство обезбеђења кредитних услуга у Републици Српској“, *зборник реферата са Међународног научног скупа Правном факултету у Крагујевцу*, Крагујевац 2012
60. Медић Душко: „Хипотекарноправни однос као аспект садржине хипотеке“, *Зборник Правног факултета Свеучилишта Ријека* 2006
61. Милошевић Милош: *Приручник за извршитеље - Одабране теме за практичну примену прописа о извршењу*, Београд 2016
62. Милошевић Милош: *Приручник за извршитеље*, Београд 2012

63. Михелчић Габријела, Мароцхини Маша: „Реформа права оврхе на некретности у хрватском праву у свјетлу конвенцијског права“, *Зборник радова Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе* 12/2014
64. Мишљења Стручног савета Јавнобележничке коморе Србије од 20.10.2015. године, доступно на сајту:
http://beleznik.org/images/pdf/misljenja_strucnog_saveta.pdf
65. Мишљење Министарства финансија, бр. 401-00-1763/2014-05 од 04. септембра 2014. године
66. Муслић Мидхат, *Приручник за примјену земљишнокрњижног права и поступка*, Београд 1981
67. Никола Бодирога: „Вансудско извршење на основу Закона о хипотеци“, *Правни живот* 12/2010
68. Николић Младен: „Нека спорна питања у поступку извршења на непокретности“, *Билтен судске праксе привредних судова* 3/2012
69. Николић Младен: „Правни положај и намирјење заложних поверилаца у стечају“, *Новине и спорна питања у примени закона о приватизацији, стечају и осигурању – зборник радова*, Београд 2015
70. Огорелица Никола: *Хипотека на сопственој ствари или тзв. власничка хипотека*, Београд 1893
71. Орлић Миодраг: „Заложно право“, у *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, Том III, Београд 1978
72. Павићевић Александра: „Осврт на сличности и разлике између земљишног дуга и права ретенције“, *Право теорија и пракса* бр. 7-9/2015
73. Павићевић Александра: „Садржина и сврсисходност реалног дуга“, *Правни записи* 1/2015
74. Пајтић Бојан: „Хармонизација домаћих правних прописа из области грађанског права са правом Европске уније - фидуцијарно обезбеђење потраживања“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2012
75. Пауновић Станиша: „Извршење на непокретностима“, *Избор судске праксе* 7-8/2012

76. Петровић Здравко, Козар Владимир: *Стварноправна средства обезбеђења потраживања из уговора у привреди*, Београд 2009
77. Петровић Здравко, Стошић Слободан: „О основним начелима извршног поступка“, *Право и привреда* 1-3/2016
78. Планојевић Нина: *Стварно право у пракси*, Крагујевац 2012
79. Планојевић Нина: „Нека запажања о могућим облицима заложног права на правима интелектуалне својине код нас“, *Право и привреда* 4-6/2013
80. Планојевић Нина: „Право страног правног лица на хипотеку“, *Правни живот* 10/2006
81. Повлакић Мелиха: „Земљишни дуг“, *Актуелности грађанског и трговачког законодавства и правне праксе - зборник радова* 12/2014
82. Повлакић Мелиха: „Неукњижене некретнине као предмет осигурања кредита у свјетлу нових прописа извршног, земљишнокњижног и нотарског права“, *Годишњак Правног факултета у Сарајеву* 2007
83. Познић Боровоје, Ракић Водинелић Весна: *Грађанско процесно право*, Београд 1999
84. Поповић Мирјана, Шаркић Небојша, Стаменковић Јасмина, Ђукић Марина, Миловановић Љиљана, Влаисављевић Татјана, Димитријевић Мирјана: *Приручник за примену Закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2016
85. Радишић Јаков: *Облигационо право*, Београд 2000
86. Радмила Ковачевић Куштримовић, Мирослав Лазич: *Стварно право*, Ниш 2009
87. Радовановић Милош: „Уговор о хипотеци и заложна изјава као извршне исправе“, *Избор судске праксе* 11/2011
88. Ранко Кеча: „О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2012
89. Рашовић Зоран: *Стварно право*, Подгорица 2008
90. Ристић Вукашин: *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд 2006
91. Рогић Зоран: „Могући правци измена ЗИО код извршења на непокретностима“, *Зборник радова: Нови прописи у Републици Србији*, Београд 2015

92. Стаменковић Јасна, Павловић Ивана, Димитријевић Мирјана, *Приручник за практичну примену закона о извршењу и обезбеђењу*, Београд 2012
93. Станковић Гордана: *Грађанско процесно право*, Београд 1989
94. Станковић Миодраг, Станковић Сања: *Међународно пословно право*, Београд 2006
95. Станковић Обрен, Орлић Миодраг: *Стварно право*, Београд 1999
96. Станојевић Обрад: *Римско право*, Београд 1999
97. Стефановић Златко: *Привредно уговорно право*, Београд 2010
98. Стојановић Драгољуб: *Стварно право*, Београд 1978
99. Стојановић Драгољуб: „Уговорна хипотека у француском и немачком праву“, *Копачичка школа цивилног права: својински односи у правном поретку*, Београд 1991
100. Стојилковић Срђан: „Вансудско намирење хипотеке – стање и потенцијални правци развоја“, *Правни живот* 10/2013
101. Стошић Слободан: *Положај хипотекарног повериоца у судском и вансудском поступку намирења*, мастер рад, Београд 2014
102. Стошић Слободан: „Извршење правоснажне одлуке суда“, *Билтен Коморе извршитеља* 2/2015
103. Стошић Слободан: „Реализација заложног права на непокретности“, *Мегатренд ревија* 2/2015
104. Тешић Ненад: *Регистрована залога*, Београд 2007
105. Тешић Ненад: „О предмету заложног права“, *Правни живот* 10/2003
106. Трива Синиша, Белајец Велимир, Дика Михајло: *Судско извршно право*, Загреб 1980
107. Хибер Драгор, Живковић Милош, *Обезбеђење и учвршћење потраживања*, Београд 2015
108. Цветић Раденка: *Савремена евиденција непокретности*, Нови Сад 2009
109. Црњански Владимир, Душко Кнежевић: „Новине у Закону о хипотеци – с посебним освртом на правни положај хипотекарног дужника“,
110. Шаркић Небојша, Николић Младен: *Коментар Закона о извршном поступку*, Београд 2008

111. Шогоров Вучковић Јелена: *Уговор о хипотекарном кредиту*, докторска дисертација, Београд 2012

НАВЕДЕНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ:

1. Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 4675/2010 од 23. јула 2010. године
2. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 4332/2013 од 12. јуна 2014. године
3. Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 5342/2012 од 08.01.2013. године
4. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 230/2003 од 05.03.2003. године
5. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 346/02 од 25. децембра 2002. године.
6. Пресуда Окружног суда у Ваљево Гж.бр.1619/03 од 5.12.2003 године
7. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж. 2123/2013 од 29. јануара 2014. године
8. пресуде Апелационог суда у Београду, Гж 14347/2010 од 21. јула 2011. године
9. Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. 1238/2012 од 7. јуна 2012. године
10. Решење Вишег суда у Новом Саду, Гж. 1238/2012 од 7. јуна 2012. године
11. Решење Врховног суда Србије Гж. број 183/99 од 27.1.2000. године
12. Решење Жупанијског суда у Копривници, Гж. 8/2001, од 12.12.2001. године
13. Решење Окружног суда у Новом Саду Гж 4839/08 од 15.08.2008. године.
14. Решење Основног суда у Краљеву РЗ 1126/10 од 27.08.2010. године.
15. Решење Основног суда у Новом Саду, ИПВ ИВ 5/2014 од 10. јануара 2014. године
16. Решење Основног суда у Новом Саду, ИПВ ИВ 5/2014 од 10. јануара 2014. године
17. Решење Привредног апелационог суда, Иж. 1369/2010 од 6.5.2010. године