

## ЗАКЉУЧАК

**1) Извршна вансудска хипотека из члана 15. Закона о хипотеци је и извршна исправа из члана 30. став 1. тачка 3. Закона о извршном поступку.**

**2) Поверилац чије потраживање је обезбеђено извршном вансудском хипотеком има право да бира правни пут намирања свог потраживања.**

**3) За поступање и одлучивање о предлозима за извршење заснованим на извршној вансудској хипотеци стварно је надлежан суд опште надлежности без обзира на својство странака у поступку извршења.**

### *Образложење*

У судској пракси судова опште надлежности и привредних судова, спорном се појавила судска и стварна надлежност за провођење извршења на основу извршне вансудске хипотеке, као извршне исправе за провођење извршења у судском поступку. У предметима извршења у којима су предлози за извршење засновани на извршној вансудској хипотеци из члана 15. Закона о хипотеци (Закон), извршни судови неједнако одлучују. У поступцима извршења у којима се поступак извршења проводи између извршних поверилаца и извршних дужника као лица из члана 25. став 1. Закона о уређењу судова, извршни судови се често оглашавају стварно ненадлежним. Основни судови сматрају да је за спровођење извршења надлежан привредни суд, а привредни судови којима су предмети уступљени на надлежност сматрају обрнуто тј. да су за поступке извршења стварно надлежни основни судови. Приликом одлучивања о предлозима извршних поверилаца, основни судови као извршни судови одређују и проводе извршења заснована на извршној вансудској хипотеци, или пак одбијају или одбацују предлоге за извршење. Неједнако поступање и одлучивање у идентичним чињеничним и правним ситуацијама резултирало је правном несигурношћу и неједнаким процесним и материјалноправним положајем странака у поступцима извршења заснованим на овој извршној исправи.

Неједнако одлучивање у овим извршним предметима постоји у жалбеним поступцима пред вишим судовима.

Судска пракса привредних судова као судова посебне надлежности је уједначена и ови судови извршну вансудску хипотеку сматрају извршном исправом из члана 30. став 1. тачка 3. Закона о извршном поступку.

Закон о извршном поступку у заједничким одредбама о поступку извршења у члану 29. прописује да суд одређује извршење само на основу извршне или веродостојне исправе, ако овим законом није другачије одређено. Извршне исправе одређене су у члану 30. тог закона и оне су:

1. Извршна одлука суда и извршно судско поравнање;
2. Извршне одлуке донесене у управном и прекршајном поступку и поравнање у управном поступку, ако гласе на испуњење новчане обавезе иако посебним законом није другачије одређено;
3. Друга исправа која је законом оређена као извршна исправа.

У Закону су основна начела хипотеке прописана назначењем да је хипотека:

- стварно право на туђој ствари;
- аксесорно, споредно право;
- специјално право, односи се само на одређена потраживања и одређену хипотековану непокретност;
- недељиво право, односи се на све саставне делове непокретности, природне плодове који нису одвојени од непокретности, припатке непокретности, сва побољшања и повећања вредности непокретности до којих је дошло после заснивања хипотеке;
- стварно право које се може реализовати само путем суда службеним и формалним путем (начело официјелности);
- право које се стиче уписом у регистар непокретности (начело публицитета).

Законодавац прописује делимично одступање од начела официјелности. Прописује другачију норму у односу на ранији Закон о основама својинскоправних односа, и њоме делимично одступа од начела официјелности. Прописује право на вансудско намирење, намирење које врши сам поверилац мимо суда. Вансудско намирење поверилац врши аукцијском продајом или продајом непосредном погодбом.

Законодавац у члану 8. Закона одређује начин настанка и врсте хипотеке. Овом законском нормом прописано је да хипотека настаје уписом у надлежни регистар непокрености на основу:

- уговора или судског поравнања (уговорна хипотека);
- заложне изјаве (једнострана хипотека);
- закона (законска хипотека);
- судске одлуке (судска хипотека).

Правила о уговорној хипотеци сходно се примењују на једнострану, законску и судску хипотеку осим ако је законом другачије прописано.

Разлози за усвајање правних закључака под бројем 1. и 2. засновани су на следећем:

1.)

***- Реформа хипотеке као потреба друштвених промена -***

Друштвено-економске промене настале по доношењу Закона о основама својинскоправних односа, посебно промене настале после распада СФРЈ, захтевале су да се хипотека као реално средство обезбеђења, законодавно пропише на другачији начин, на начин који ће одговарати друштвеној стварности, кретањима друштва и сврхи реалног обезбеђења.

Настале друштвено-економске промене, тржишни услови привређивања, транзиција и приватизација резултирани су нестајањем друштвене својине као доминантног облика својине у претходном друштвеном периоду њеном трансформацијом у приватну својину. Модерна економија, чији је императив стално постизање економског раста почива на кредитном механизму. Помоћу њега се друштвено богатство активира на продуктиван начин, инвестирањем у послове чији је циљ - стицање профита. Уз помоћ потрошачких кредита омогућава се становништву да одмах троши своје будуће приходе, што подиже садашњу тражњу и омогућава раст производње. Без кредита модерна привреда је незамислива, спора и неефикасна. У земљама у којима кредит као полуга привреде не функционише, економска ситуација је знатно лошија него у земљама са развијеним кредитирањем. Развијеније кредитирање има потребу да сигурније обезбеђује дате кредите. То обезбеђење мора да буде пре свега ефикасно, а и на сваки други начин прилагођено економији у којој се примењује.

У свим земљама транзиције је у новонасталим тржишним условима порастао значај кредита са чиме је функционално повезан и пораст новчаних средстава у обезбеђењу поверилаца. Све земље у транзицији, па и наша Држава Србија морале су да изграде односно осавремене систем осигурања потраживања поверилаца. Кредит игра пресудну улогу у свакој тржишној привреди, посебно код нас будући да су развој и реструктурирање привреде незамисливи без страног кредита. Само ефикасан систем осигурања потраживања поверилаца може створити претпоставке за инострану улагања. С обзиром на такав пресудан значај кредита у привредном развоју, јасно је зашто су стварноправна обезбеђења била предмет законодавних интервенција земаља у транзицији.

Закон о основама својинскоправних односа је хипотеку прописао у свега седам законских норми тј. у члановима 63. - 69. Хипотека стечена по том Закону није представљала и извршну исправу на основу које се у судском поступку извршења могло тражити извршење што је подразумевало потребу подизања хипотекарне тужбе зарад добијања извршне исправе на основу које ће се у извршном поступку тражити намирење из хипотековане непокретности. Реализација продајом хипотековане непокретности у извршном поступку траје по правилу дуже од парничног поступка у којем је стечена извршна исправа за продају хипотеком оптерећене непокретности. Реформисано хипотекарно право требало је да садржи извесна одступања од начела официјелности у реализацији којом се појединим повериоцима омогућава намирење хипотеком обезбеђеног потраживања без вођења судског поступка. Било је нужно проширити круг објеката на којима се може засновати хипотека као заложно право.

Реформа хипотеке као захтев тржишне привреде подразумевала је потребу да се допусти реализација хипотеке без обавезног вођења претходног парничног поступка, скраћење поступка продаје непокретности ради брже реализације права намирења новчаног потраживања из зложене непокретности, допуштањем банкама непосредно организовање јавне продаје по одобрењу суда или евентуално новоформираног јавног бележничтва које би вршило упис и одобравало на основу писмене исправе реализацију неспорне хипотеке.

Све изнето мотивисало је српског законодавца да хипотеку као посебан правни институт пропише доношењем посебног законског прописа: **Закона о хипотеци.**

2.)

### ***-Начело права првенства у наплати потраживања-***

Из члана 2. Закона произилази и начело права првенства у наплати потраживања. Законодавац је прописао да хипотекарни поверилац има право првенства наплате свог потраживања из вредности хипотековане непокретности. Има право да се наплати пре обичних (хирографених) поверилаца, без обзира на то да ли је њихово потраживање настало пре или после права потраживања хипотекарног повериоца. Могућност наплате потраживања из вредности

хипотековане непокретности условљена је висином потраживања и вредношћу непокретности која обезбеђује то потраживање. Тако на пример, ако је вредност хипотековане непокретности мања од износа потраживања, она ће у целости послужити за намирење хипотекарног потраживања. Преостали део свог потраживања хипотекарни поверилац може да наплати из остале имовинске масе дужника као обичан поверилац и у конкуренцији са осталим обичним повериоцима. Са преосталим ненаплаћеним потраживањем из вредности хипотековане непокретности поверилац се наплаћује применом начела сразмерног намирења обичних поверилаца уколико хирографено намирење није могуће у целости.

У смислу тако прописане законске норме и поменутог начела хипотекарног права хипотекарни поверилац има право првенствене наплате потраживања из хипотековане непокретности у односу на све остале хипотекарне повериоце који су хипотеку стекли после њега. Намирење се врши применом принципа *prior tempore potior iure*, што значи: први у времену јачи у праву. Отуда раније стечена хипотека омогућује хипотекарном повериоцу да своја потраживања наплати у целини, уколико вредност хипотековане непокретности покрива доспело потраживање повериоца, с тим што се доцнији хипотекарни повериоци намирују само из преосталог износа после намирења првог хипотекарног повериоца.

### 3.)

#### *- Редослед намирења хипотекарних поверилаца -*

Законодавац је у члану 40. Закона прописао да кад је један предмет хипотеке заложен неколицини хипотекарних поверилаца, редослед по коме се исплаћује њихово потраживање из цене добијене продајом предмета хипотеке одређује се према дану, часу и минути настајања хипотеке, рачунајући од момента продаје уписане хипотеке.

У поменутој законској норми заступљен је принцип рангирања и установљење ранга.

Могућност рангирања стварних права је последица околности да на истој ствари може бити конституисано више ограничених стварних права исте или сличне садржине, тако да је неопходно утврдити приоритет, односно редослед њиховог вршења.

Ранг постаје важан када се примењује принудно извршење на непокретности и њена цена постигнута јавном продајом ствари није довољна за намирење свих поверилаца.

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 - хипотеке на непокретним стварима је могућено успостављањем јавних евиденција у којима се води евиденција о правима на непокретностима.

Већ је речено да се утврђивање реда првенства односно ранга стварних права врши применом принципа *prior tempore potior iure*, што подразумева: ранији у времену јачи у праву. Поменуто правно начело важи од настанка правног института хипотеке и законодавац га је прихватио прописивањем у члану 40. Закона.

Упис стварних права у катастар непокретности врши се на начин прописан Законом о државном премеру и катастру.

У праву се појављују две врсте ранга - фиксни и клизећи ранг. Поред тога могућа је комбинација ових врста ранга.

У нашем праву био је прихваћен принцип клизећег ранга. Био је прописан по члану 65. раније важеће одредбе из Закона о основанма својинскоправних односа и прописан је и у члану 40. овог Закона. Исплатом титулара са првенственим редом, на његово место ступа стварно правни титулар са следећим редом првенства. То је веома битно код стварних права уновчена као што је хипотека.

Одступања од клизног ранга као начелног принципа Закона, законодавац врши код прописивања нове хипотеке у законским нормама из члана 53. - 56. Закона.

Уступање реда првенства може се извршити због брисања права иступиоца из реда првенства и то се чини на следећи начин:

а) брисањем - исписом права са првенственим рангом у систему клизећег ранга сва права се померају унапред;

б) уступањем реда првенства када поверилац са ранијим редом првенства права намирења уступи свој ред првенства неком од поверилаца са каснијим редом првенства а при том његово право првенства ступа уназад. Право које ступа уназад долази по правилу на место права које ступа унапред, како је то иначе било прописано параграфом 33. Закона о земљишним књигама који је прописивао: „право које ступа напред, долази и на своме првобитном месту пре права које ступа назад, ако није ништа друго углављено“.

Код уступања реда првенства ради се о замени места два повериоца, тј. два хипотекарна повериоца у утврђеном рангу.

Расподела средстава добијених вансудском продајом непокретности прописана је у члану 41. Закона. Том законском нормом је прописано да ће поверилац у року од 7 дана од дана наплате продајне цене непокретности следећим редом намирити: трошкове продаје укључујући трошкове и хонорар трећих лица, потраживање хипотекарног повериоца, потраживање хипотекарног повериоца нижег реда или другог повериоца са једнаким редом обезбеђења, преостали износ припада дужнику.

Намирење из хипотековане непокретности у судском извршном поступку по одредбама ЗИП-а врши се на начин прописан у члану 140. и 141. тог закона. Из износа добијеног продајом намирују се првенствено и то следећим редом: трошкови извршног поступка, затим потраживања по основу законског издржавања, ако се доказује извршном исправом и ако су пријављена најдоцније на рочишту за продају. Након првенственог намирења из члана 140. намирења се врше по редоследу прописаном у члану 141. ЗИП-а, а у том редоследу су потраживања обезбеђена заложним правом - хипотеком, трећа по редоследу намирења или пета у односу на редоследе намирења прописане у поменутих законским нормама.

Након отварања поступка стечаја над стечајним дужником као власником хипотековане имовине, хипотекарни повериоци на тим непокретностима стичу статус различних поверилаца у стечају. Намирење различних поверилаца врши се на начин прописан члану 133. став 9. Закона о стечају. У тој законској норми прописано је да ако је имовина била предмет обезбеђења потраживања једног или више различних поверилаца из остварене цене, првенствено се намирују трошкови продаје који укључују и награду стечајног управника, а из преосталог износа исплаћују се различни повериоци чије је потраживање било обезбеђено продатом имовином у складу са њиховим правом приоритета.

У случају када је стечајни дужник продат као правно лице, различни повериоци који су имали различно право на било ком делу имовине стечајног дужника имају право приоритета у деоби средстава остварених продајом према рангу приоритета који су стекли у складу са Законом,

а сразмерно процењеном учешћу вредности имовине која је предмет разлучног права у односу на процењену вредност правног лица.

По исплати цене за непокретност на коју је било стечено разлучно право, купац ту непокретност стиче без терета и уписани терети па и хипотека се бришу.

Следом реченог, јасно произилази да је за хипотекарне повериоце најнеповољније намирење у поступку намирења по одредбама ЗИП-а. Најнеповољније, јер се код намирења по правилима о вансудском намирењу и код намирења у стечају намирују по исплати трошкова тј. као други по редоследу намирења.

4.)

#### *-Престанак хипотеке-*

У Закону је прописано да хипотека престаје исписом из регистра непокретности у који је била исписана у складу са Законом.

У члану 48. Закона прописано је да хипотека престаје и кад је извршена судска јавна продаја предмета и да се испис тада врши на основу правноснажне судске одлуке о намирењу хипотекарних поверилаца.

У члану 49. под насловом: „**Вансудска продаја и накнадни уговор**“ прописано је:

„Хипотека престаје и кад је на основу веродостојне исправе или извршне исправе, у складу са овим Законом предмет хипотеке продат вансудским путем и кад је поверилац намирен или кад је поверилац намирен на основу накнадног уговора у складу са овим Законом.

У случају из става 1. овог члана:

1. испис се врши на захтев купца предмета хипотеке;
2. **права доцнијих хипотекарних поверилаца остају резервисана“.**



Овако прописана законска норма захтевала је претходно излагање у поднасловима означеним под бројем 1,2 и 3 образложења правних закључака.

Цитирана законска норма у ставу 2. став 2. Закона је нејасна. Недоречена. Супротна ставу 1. законске норме.

Њено значење се не може јасно одредити. Не може ни применом правила о тумачењу законске норме. Језичким тумачењем се не може одредити шта је то законодавац прописао и желео да пропише овом нормом. Према коме и у односу на кога права доцнијих хипотекарних поверилаца остају резервисана. Како она могу бити резервисана у ситуацији ако из продате цене могу само делимично или пак у целости да се намире само хипотекарни повериоци из извршне вансудске хипотеке иако не постоје новчана средства за намирење доцнијих хипотекарним поверилаца са нижим рангом намирења. То даље подразумева да нема могућности за резервацију средстава и да се она може постићи само непоступањем по ставу 1. тачка 1. ове законске норме. Доследна примена поменуте законске норме посматрана у складу са редоследом намирења прописаног у члану 41. Закона подразумева престанак хипотека и њихово брисање на захтев купца. Никакве резервације средстава за доцније ниже са рангом намирења хипотекарне повериоце нема.

Нема ни у поступцима прописаним по одредбама ЗИП-а и Закона о стечају. Намирењем из цене добијене продајом хипотековане непокретности врши се по утврђеном редоследу намирења а потом се уписане хипотеке исписују из регистра непокретности. То би правило морало да важи и за ситуацију из члана 49. став 2. тачка 2. Закона.

Циљ и дух Закона су у супротности са овом спорном нормом. Она је у потпуности супротна потребама доношења закона, реформи хипотеке и следом тога као што је речено и циљу законодавца. Међутим норма је таква каква је и прописана. За њену примену најбитније је тумачење Републичког геодетског завода који врши упис стварних права у катастар непокретности. Републички геодетски завод спорну законску норму тумачи тако што изражава став по коме резервисаност права доцнијих хипотекарних поверилаца подразумева њихово право на намирење из хипотековане непокретности на којој су хипотеку стекли после повериоца из извршне вансудске хипотеке. Резиме тог става је да касније уписана хипотека нижа по рангу намирења није престала и да она остаје и даље уписана до намирења доцнијих нижих по рангу хипотекарних поверилаца.

*Следом тако израженог правног става Републички геодетски завод одбија као неосноване захтеве купца хипотековане непокретности за испис доцније уписаних хипотека.*

Законска недореченост нејасно прописане и супротна циљу Закона спорне норме и њена примена у поступцима уписа стварних права у катастру непокретности, „осоколила“ је хипотекарне дужнике, отварањем маневарског простора за бројне злоупотребе.

Злоупотребе учињене од стране пре свега хипотекарног дужника који по заснивању и стицању извршне вансудске хипотеке дозвољава упис друге по рангу хипотеке којим се већ хипотеком обезбеђено потраживање уписано као извршна вансудска хипотека, обезбеђује потраживање другог повериоца на основу уговора или заложне изјаве. Тај други поверилац је најчешће из круга такозваних повезаних лица на које упућује одредба члана 281. став 2. ЗОО (код паулијанске тужбе) и члана 120. став 4. а у вези са чланом 125. Закона о стечају ( код побијања правних радњи стечајног дужника).

***Тако прописана законска норма обесмислила је циљ и дух Закона у коме је револуционарно прописано право повериоца из извршне вансудске хипотеке на намирење по правилима о вансудском намирењу.***

Код таквог стања ствари поверилац из извршне вансудске хипотеке који је намирењем постао њен власник, проведеним намирењем се не намирује. Не намирује зато што му само остаје обавеза намирења касније уписаног хипотекарног повериоца чије новчано потраживање обезбеђено хипотеком по правилу премашује висину његовог потраживања које је било обезбеђено хипотекованом непокретности. Остаје му само обавеза намирења касније уписаног хипотекарног повериоца. Уместо да се бар делимично намири из хипотековане непокретности уколико му је предата у својину у висини њене утврђене противвредности која по правилу не одговара потраживању које је обезбеђено том хипотеком предајом у својину, само добија терет са обавезом намирења каснијем хипотекарном повериоцу. То исто важи и за купца хипотековане непокретности оптерећене извршном вансудском хипотеком јер је купљена непокретност са теретом.

Изнети разлози указују на обесмишљеност и потпуну неделотворност правног института извршне вансудске хипотеке и следом тога опредељују извршне повериоце из ове хипотеке да намирење траже у судском извршном поступку. Одлучују се за тај пут намирења иако је по редоследу намирења неповољнији у односу на намирење прописано у члану 41. Закона. Неповољније због тога што се по члану 41. Закона намирују по намирењу трошкова продаје укључујући и трошкове и хонорар трећих лица а по члану 141. ЗИП-а се намирује по намирењу потраживања из члана 140. ЗИП-а и потраживања прописаних у члану 141. став 1. тачка 1. и 2. ЗИП-а, што подразумева као пети у редоследу намирења.

Међутим и такво намирење је много повољније за ове хипотекарне повериоце.

Одбијање исписа хипотеке је резултирано неделотворношћу правног института вансудског намирења из извршне вансудске хипотеке и тиме обесмислило законом револуционарно прописано право на вансудско намирење из извршне вансудске хипотеке.

Уочивши проблем повериоци из извршне вансудске хипотеке су поднели иницијативу законодавцу за измену поменуте законске норме у смислу циља и духа Закона. Законодавац до сада није реаговао. Није предузео мере на измени законске норме.

Следом изнетог потпуно је јасно да су повериоци из извршне вансудске хипотеке обесправљени. Обесправљени, иако им је законодавац прописао право на сопствено намирење по правилима о вансудском поступку намирења из извршне вансудске хипотеке, које је обесмишљено

прописивањем и применом при упису стварних права из члана 49. став 2. тачка 2. Закона. Вансудским поступком намирења се не постиже сврха намирења а прописано право на то намирење је неделотворно. Код таквог стања ствариовим повериоцима се мора омогућити право на намирење из хипотековане непокретности. Обзиром да се то право не може остварити у поступку вансудског намирења мора им се омогућити правни пут за намирење који је једино могућ. Једино могући правни пут је намирење у судском извршном поступку по правилима прописаних у ЗИП-у. Право на намирење из хипотековане непокретности постоји и остварује се још од настанка хипотеке у римском праву. То право као основно хипотекарно право мора бити омогућено и у нашем правном систему. Уставом гарантовано право на имовину захтева од суда да овим хипотекарним повериоцима омогући намирење у судском извршном поступку. Намирење у судском извршном поступку захтева од суда да извршну вансудску хипотеку сматра извршном исправом из члана 30. став 1. тачка 3. ЗИП-а и да на основу ње одреди, дозволи и проводи намирење их хипотековане непокретности по одредбама ЗИП-а.

Следом изнетог поверилац из извршне вансудске хипотеке има право да бира правни пут намирења из хипотековане непокретности.

Усвојени правни закључак под тачком 3. заснован је на следећем:

У поступцима извршења у којима су предлози за извршење засновани на извршној вансудској хипотеци као извршној исправи у којима су странке у поступку извршења лица из члана 25. Закона о уређењу судова исказана је спорност стварне надлежности. Поједини основни судови сматрају да је за одлучивање и провођења извршења на основу предметне извршне исправе стварно надлежан привредни суд. Супротно томе ставу привредни судови извражавају став по коме је за одлучивање по тим предлозима за извршење стварно надлежан основни суд.

У члану 25. став 2. Закона о уређењу судова прописано је да привредни суд одређује и спроводи извршење на основу веродостојних исправа када се односе на лица из тачке 1. става 1. тог члана, да одређује и спроводи извршење и обезбеђење одлука привредних судова, одлука изабраних судова када су донете у споровима из тачке 1. става 1. тог члана и да одређује и спроводи извршење и обезбеђење на бродовима и ваздухопловима. И ова законска норма је јасна. Не би требало да оставља никакву дилему у њеној примени. Основни судови у решењима у којима се оглашавају стварно ненадлежним за поступање по предлозима за извршење заснованим на предметној извршној исправи, извршну вансудску хипотеку сматрају веродостојном исправом из члана 25. став 2. Закона о уређењу судова. Тако изражени правни став нема упориште у закону.

Веродостојна исправа на основу које се одређује и проводи извршење ради остваривања новчаног потраживања прописана је у члану 36. став 2. ЗИП-а и она је:

1. меница и чек са протестом и повратним рачуном, ако је то потребно за оснивање потраживања;
2. обвезница и друга хартија од вредности издата у серији која имаоцу дају право на исплату номиналне вредности;
3. фактура (рачун);

4. извод из пословних књига за цену комуналних услуга, испоруку воде, топлотне енергије, одношење смећа и сл.услуге;
5. јавна исправа која конституише извршиву новчану обавезу, осим страних јавних исправа;
6. банкарска гаранција;
7. акредитив;
8. оверена изјава извршног дужника која овлашћује извршног повериоца на пренос новчаних средстава.

Фактуром (рачуном) се сматра и обрачун камате.

Очигледно је да се извршна вансудска хипотека не може сматрати веродостојном исправом из поменуте законске нормe. Отуда се на основу ње не може заснивати стварна надлежност привредног суда, што даље подразумева да је за одлучивање по предлозима за извршење заснованим на предметној извршној исправи стварно надлежан основни а не привредни суд без обзира на то ко су странке у овим поступцима извршења.

*(Закључак усвојен на седници Грађанског одељења*

*Врховног касационог суда 04.10.2010. године)*