

ЗАСНИВАЊЕ ЗАЛОЖНОГ ПРАВА НА НЕПОКРЕТНОСТИ У ПОСТУПКУ ОБЕЗБЕЂЕЊА

** Реферат на научном скупу "Својински односи у правном поретку", Копаоник, 12-14. децембра 1991.*

I

1. Поступак обезбеђења је извршни поступак у коме се обезбеђује будуће остварење повериоачевог потраживања кад постоји потреба да се оно обезбеди све док се не стекну услови да се спроведе поступак принудног извршења ради дефинитивног остварења повериоачевог потраживања. Поступак обезбеђења је уређен Законом о извршном поступку¹ као посебан вид правне заштите која се пружа по правилима судског извршног процесног права. Законом о извршном поступку предвиђена су и уређена одређена средства обезбеђења која суд одређује у поступку обезбеђења да би се спречило евентуално осујећење или отежано намирење потраживања у будућности. Једно од средстава обезбеђења је и заложно право на непокретности. Заснивањем заложног права на непокретности новчано потраживање повериоца се не наплаћује већ се само обезбеђује ради будућег намирења. У поступку обезбеђења заложно право на непокретности настаје на основу судске одлуке.

2. Заложно право је стварно право на туђој ствари на основу кога поверилац може да наплати своје потраживање из вредности заложене ствари пре осталих поверилаца за случај да дужник не испуни своју обавезу о доспелости. Заложно право је акцесорно, споредно, несамостално право које зависи од права потраживања и служи за његово обезбеђење. Заложно право омогућава свом титулару два овлашћења: право првенства и право следовања.

Заложно право се дели на заложно право на непокретним стварима (хипотека) и заложно право на непокретним стварима (ручна залога). Поред тога, постоји и право залогe на правима (чл.61. Закона о основним својинско-правним односима²). Право залогe настаје на основу правног посла, судске одлуке и закона (чл.61. ст.2. Закона о основним својинско-правним односима), и с обзиром на то разликује се уговорно заложно право, судско право и законско заложно право.

Судско заложно право на непокретности или судска хипотека је заложно право које се заснива судском одлуком. Судска хипотека настаје у судском поступку, а то значи да се заснива принудним путем. Међутим, и судска хипотека се стиче уписом у земљишне књиге. Судска одлука (пресу-

1 Закон о извршном поступку (у даљем тексту ЗИП), Сл.лист СФРЈ 20/78. Измене и допуне у Сл.л. СФРЈ 6/82, 74/87, 57/89 и 27/90.

2 Закон о основним својинско-правним односима, Сл.л. СФРЈ 6/80.

да или решење) је правни основ за настанак хипотеке, а сам упис у земљишне књиге је начин стицања овог стварног права. хипотека не може постојати без јавних књига, што је последица начела публицитета, осим кад се ради о законској хипотеци, коју публикује сам закон.

3. Закон о извршном поступку регулише принудно обезбеђење потраживања заснивањем заложног права на непокретности и обезбеђење заснивањем заложног права на непокретности на основу споразума странака. Ова два средства обезбеђења нису истовремено уведена у наш правни систем. Изменама и допунама Закона о извршном поступку из 1990.г. у наш правни систем је уведено, као ново средство обезбеђења, заснивање заложног права на непокретности на основу споразума странака.

Заложно право на непокретности и заснивање заложног права на непокретности на основу споразума странака су, према дикцији закона, два различита средства обезбеђења новчаног потраживања повериоца. Ова два средства обезбеђења су истоветна по својој правној природи, циљу, дејствима и трајању. Разлике између њих постоје у погледу начина настајања и поступка у коме се одређују.

По Закону о извршењу и обезбеђењу из 1930.г. принудно заложно право на непокретности је било једно од средстава извршења иако је оно, по својој суштини, и тада било једно од средстава обезбеђења из простио разлога што се заснивањем принудног заложног права на непокретности новчано потраживање не наплаћује већ само обезбеђује.

II

4. Заложно право на непокретности је средство обезбеђења које је предвиђено ради обезбеђења новчаних потраживања повериоца. Заложно право на непокретности је заложно право које настаје принудним путем, на основу одлуке суда као државног органа који врши судску власт. За настанак судске хипотеке није потребан пристанак дужника. Она настаје мимо и против његове воље, на тражење повериоца у поступку обезбеђења пред судом.

Заложно право на непокретности је средство обезбеђења којим се на најефикаснији и најделотворнији начин обезбеђују новчана потраживања уз употребу принуде. За разлику од привремених мера и претходних мера, као средстава обезбеђења, принудно заложно право на непокретности се остварује на основу перфектне извршне исправе којом је на несумњив и ауторитативан начин већ утврђено постојање извршног потраживања. То је и разлог што је ово средство обезбеђења и најјаче средство обезбеђења.

На основу извршне исправе која гласи на новчано потраживање поверилац има право да захтева обезбеђење тог потраживања код суда заснивањем (принудног) заложног права на непокретности дужника. Да би обезбедио своје потраживање, чије је постојање на несумњив и ауторитативан начин већ утврђено, поверилац покреће поступак обезбеђења и тражи од суда да суд, принудним путем, мимо и против воље дужника, својом одлуком заснује заложно право на непокретности дужника. Одлука суда којом се у поступку обезбеђења заснива заложно право на непокретности представља *titulus* за стицање хипотеке.

5. Поверилац који жели да обезбеди своје извршиво потраживање за-

снимањем заложног права на непокретности дужника покреће поступак обезбеђења предлогом за обезбеђење. Да би могао да издејствује заснивање судске хипотеке, поверилац треба да покаже и докаже да су испуњене одређене претпоставке. Поверилац треба да покаже да се ради о обезбеђењу новчаног потраживања и да докаже да располаже перфектном извршном исправом која гласи на намирење новчаног потраживања (чл.248. ЗИП). Поверилац није дужан да покаже да постоји опасност да ће наплата потраживања бити осујећена или отежана, као што је то потребно код других средстава обезбеђења.

6. Предлог за обезбеђење заснивањем (принудног) заложног права на непокретности треба да садржи све оно што је одредбама ЗИП-а предвиђено у погледу садржине предлога за извршење.³

Уз предлог за обезбеђење се прилажу, поред извршне исправе, извод из земљишних књига о праву својине дужника одн. исправе подобне за упис дужниковог права својине за случај да је непокретност у земљишним књигама уписана на друго лице (чл.142. ст.1. и 2. ЗИП). За случај да се ради о тапијском систему, поверилац уз предлог прилаже тапију или извод из књиге тапија. Уколико поверилац не може да приложи тапију јер непокретност није уписана у књигу тапија, поверилац прилаже уверење скупштине општине о праву својине дужника на одређеној непокретности.

7. Предлог за обезбеђење заснивањем судске хипотеке подноси се надлежном суду.

За одлучивање о предлогу за обезбеђење новчаног потраживања заснивањем зложног права на непокретности месно је надлежан суд који води јавну књигу у коју треба извршити упис, земљишну, интабулациону или заставну.

Одредбама ЗИП-а нису изричито предвиђени критерији за одређивање надлежног суда за одлучивање о предлогу за обезбеђење заснивањем судске хипотеке за случај да непокретност није уписана у земљишне књиге или за случај да се не воде интабулационе или заставне књиге. Сматра се⁴ да се у том случају надлежни суд одређује према томе код којег би суда требало да непокретност буде уписана у одговарајуће јавне књиге или према томе који би суд требало да води књиге за ту непокретност. Уколико се ни то не би могло утврдити, онда би као критериј за одређивање месне надлежности служило подручје на коме се та непокретност налази.

8. Објект хипотеке могу да буду само оне непокретности које се могу уновчити и које се налазе у промету јер се хипотеком обезбеђује будућа реализација новчаног потраживања. То је и разлог што суд обезбеђења има задатак да утврди да ли одређена непокретност може бити предмет обезбеђења и, зависно од тога, одлучиће да ли је тражено обезбеђење заснивањем судске хипотеке дозвољено или није.

Према одредбама ЗИП-а, обезбеђење није допуштено на стварима које не могу бити предмет извршења. Суд који спроводи поступак обезбеђења не може успоставити хипотеку на непокретности поводом које је извршење ограничено или је изузето.⁵

Одредбом чл.152. ЗИП-а предвиђени су различити режими изузимања непокретних ствари од извршења одн. обезбеђења, за различите врсте

3 Детаљно о томе: Станковић, Г. - Грађанско процесно право, Београд, 1989, стр.501.

4 Старовић, Б. - Коментар Закона о извршном поступку, Београд, 1987, стр.501.

5 Видети чл.152, 189, 190, 191 ЗИП.

непокретности. Пољопривредно земљиште и привредне зграде земљорадника не могу бити предмет извршења одн. обезбеђења али само у обиму који је неопходан за издржавање дужника и чланова његове уже породице, као и других лица која је дужник по закону дужан да издржава. Кућа за становање дужника-земљорадника апсолутно је изузета од извршења одн. обезбеђења да би се заштитио његов стамбени простор. Стан дужника који није земљорадник није изузет од извршења одн. обезбеђења.

9. Решење о обезбеђењу заснивањем хипотеке доставља се и повериоцу и дужнику.

Против решења суда којим је одређено заснивање заложног права на непокретности и наложена укњижба хипотеке у земљишне књиге, дужник може да изјави приговор, као редовно правно средство.⁶ Осим приговора, дужник може да изјави и опозициони приговор, као ванредно правно средство *sui generis*.

10. За спровођење обезбеђења надлежан је суд који води јавну књигу за ту непокретност (чл.247. ст.2. ЗИП).

Решење којим је одређено успостављање хипотеке са назначењем извршивости потраживања за које је дозвољено заложно право, доставља се земљокњижном одељењу ради спровођења обезбеђења укњижбом. Решење о заснивању хипотеке спроводи земљокњижно одељење по правилима земљокњижног права.

11. Заложно право на непокретности која је уписана у земљишну књигу заснива се укњижбом (чл.249. ст.1. ЗИП). Укњижба (или укњижење) је упис у земљишне књиге (у теретни лист) којим се дефинитивно стиче хипотека јер укњижба представља начин стицања стварних права на непокретност. Укњижба конституише хипотеку и од тог тренутка настају њена стварно-правна дејства.

Приликом укњижбе хипотеке забележује се и извршивост потраживања за које је допуштена хипотека (чл.245. ст.2. ЗИП). То омогућава повериоцу да тражи принудно извршење ради намирења свог потраживања против сваког трећег лица које стекне право својине на хипотекованој непокретности (чл.251. ЗИП) и то без подизања тзв. хипотекарне тужбе. Засновано заложно право на непокретности обезбеђује повериоцу првенствени ред наплате.

За случај да неки од дужникових поверилаца покрене поступак извршења ради наплате свог потраживања, у поступку извршења биће намирен и поверилац чије је потраживање било обезбеђено хипотеком иако сам хипотекарни поверилац није покренуо поступак извршења.

12. Заложно право на непокретности за које се не воде земљишне књиге стиче се уписом у интабулациону или другу јавну књигу у које се уписује заложно право на непокретности на подручју на коме се оне налазе.

13. Трајање судске хипотеке није временски ограничено.

Хипотека, као акцесорно и несамостално право, не може постојати сама за себе без потраживања као главног права. Кад потраживање повериоца буде намирено исплатом или кад потраживање престане да постоји, престаје и разлог због кога је постојала хипотека. У том случају власник хипотековане непокретности може да тражи да хипотека престане тако што ће се избрисати из земљишних књига (екстабулација). У извесним случјевима

6 Видети: Станковић, Г. -ор cit. стр.506.

хипотека може да престане и независно од престанка потраживања, али и у том случају потребно је да се изврши њено брисање из земљишних књига.

III

14. Новелама ЗИП-а регулисано је, као једно од нових средстава обезбеђења новчаног потраживања, и заложно право на непокретности на основу споразума странака.⁷ За разлику од (принудног) заложног права на непокретности, које се заснива против воље дужника, заложно право на непокретности на основу споразума странака представља специфичност јер настаје на основу извршне исправе која не постоји пре покретања поступка обезбеђења. Перфектна извршна исправа на основу које суд обезбеђења може да дозволи судску хипотеку и да је заснује настаје пред самим судом обезбеђења, у току поступка обезбеђења, и у њеном настајању, на одређени начин суделује и сам суд обезбеђења.

Прелазак на тржишне услове привређивања, у којима обезбеђење потраживања има прворазредни значај, потреба да се новчани кредити који се у широким размерама користе не само у привреди, могућност откупа друштвених станова и њихово кредитирање, и низ других ситуација, налагали су да се пронађу инструменти који би омогућили да се на погодан и поуздан начин обезбеде новчана потраживања заснивањем хипотеке уз сагласност дужника. Решење је пронађено у увођењу новог средства обезбеђења у правни систем - заснивањем заложног права на непокретностима (и на покретним стварима) на основу споразума странака одн. уз престанак дужника.

Заснивање заложног права на непокретности на основу споразума странака, као ново средство обезбеђења, омогућава ефикасније, поузданије и делотворније обезбеђење потраживања повериоца. По скраћеном, хибридном поступку, уз суделовање и садејствовање суда, настаје, вољом самих странака перфектна извршна исправа која омогућава да суд донесе одлуку која ће послужити као правни основ за настанак хипотеке. Посебно је значајно и то што се новим средством обезбеђења олакшава и побољшава и положај повериоца и положај дужника.

Положај повериоца се побољшава тиме што се његово потраживање ефикасније штити и обезбеђује успостављањем судске хипотеке у једном сумарном поступку, у поступку који је скраћен, тако да је и сама заштита ефикаснија. Дужник, који и даље држи своју непокретност, има могућност да је несметано експлоатише и да тако побољша свој економски положај и створи услове да дуг уредно врати. Осим тога, дужник добија и могућност да повећа своју кредитну способност јер непокретност коју држи може поново да оптерети, што у условима тржишног привређивања има не мали значај.

15. Кад постоји потреба да се једно потраживање обезбеди поуздано и ефикасно, могућно је да се одмах заснује хипотека на основу споразума повериоца и дужника пред судом. Споразум повериоца и дужника о заснивању хипотеке склопљен пред судом представља судско поравнање и оно, као сурогат судске одлуке, има снагу перфектне извршне исправе. Склапањем судског поравнања пред судом обезбеђења знатно је скраћен пут за заснива-



ње судске хипотеке јер је избегнута парница у којој се на несумњив и ауторитативан начин, судском одлуком утврђује постојање једног потраживања и изриче осуда дужника на чинидбу која се састоји у исплати одређеног новчаног потраживања. Избегавањем парнице постигнуте су знатне уштеде у раду, у времену и у трошковима поступка, и, истовремено, на ефикасан и економичан начин, створени услови да се заснује судска хипотека и тако обезбеди потраживање. На основу склопљеног судског поравнања, као перфектне извршне исправе, може се одмах тражити обезбеђење чијим ће спровођењем бити остварени жељени ефекти - стицање хипотеке. Овај хибридни поступак знатно скраћује правни пут који повериоцу стоји на располагању да би дошао до *titulusa* и да би могао да хипотеком ефикасно и поуздано обезбеди своје потраживање.

16. Поступак за обезбеђење заснивањем заложног права на непокретности на основу споразума странака покреће се заједничким предлогом повериоца и дужника. Сматра се⁸ да би се у пракси могло допустити да поступак покрене само поверилац а да се дужник накнадно са тим сагласи, пошто се, у stvari, ради о покретању поступка за покушај поравнања.

Предлогом за обезбеђење новчаног потраживања заснивањем заложног права на непокретности на основу споразума који заједнички подижу поверилац и дужник, странке траже од суда обезбеђења да он одреди и спроведе укњижбу заложног права на непокретности дужника на основу поравнања које ће пред њим склопити.

17. Поступак обезбеђења, као извршни поступак, је, по правилу, двостраначки поступак. У њему учествују поверилац, као активна странка, која тражи обезбеђење одређеног потраживања, и дужник, као пасивна странка, с обзиром на кога се односно обезбеђење тражи. Само изузетно, извршни поступак може да буде и једностраначки и то у случају да сам извршни суд, *ex officio*, покреће поступак извршења.

Кад је у питању поступак обезбеђења заснивањем заложног права на непокретности на основу споразума странака, ради се о одступању од уобичајене шеме поступка обезбеђења а и извршења. У овом случају странке заједнички покрећу поступак обезбеђења тако да њихове процесне улоге у тренутку покретања поступка нису јасно раздвојене јер се јављају као предлагачи. Ово ново позитивноправно решење представља повод за нова теоријска истраживања и уопштавања која се тичу конструкције процесног односа и његове метаморфозе.

18. Предлог за обезбеђење подноси се надлежном суду.

За одлучивање о предлогу за обезбеђење новчаног потраживања заснивањем судске хипотеке на основу споразума странака месно је надлежан суд који води јавну књигу у коју треба уписати заложно право на непокретности.

За спровођење извршења надлежан је суд који води јавну књигу у којој треба извршити упис, одн. орган који води јавну књигу за ту непокретност.

19. Поступак обезбеђења покренут сагласним предлогом повериоца и дужника је сложен и хибридан поступак.

Поступак за одређивање обезбеђења се састоји из две етапе које су временски и функционално повезане. Прва етапа поступка је претходни

8 Видети о томе прилог проф. Дике објављен у часопису Привреда и право, 5-6/90, стр.407.

9 Станковић, Г. -op.cit., стр.496.

или прелиминарни поступак и он представља сурогат парничног поступка иако је по својој суштини и правној природи, уствари, ванпарнични поступак јер представља поступак за покушај поравнања. Претходни когниционални поступак, поступак у коме се утврђује постојање потраживања због кога ће бити заснована хипотека, из разлога економичности и ефикасности, је елидиран и замењен поступком у коме се пред судом обезбеђења склапа судско поравнање. У другој етапи поступка, која следује пошто је настало судско поравнање, спроводи се редовни поступак обезбеђења заснивањем заложног права на непокретности јер су у претходној етапи поступка створене неопходне претпоставке за његово спровођење, у коме суд одлучује да дозволи споразумно предложено обезбеђење заснивањем судске хипотеке.

20. Пошто поступак обезбеђења буде покренут заједничким предлогом странака, суд заказује рочиште на које позива странке. Ово рочиште се обавезно заказује (чл.26. ст.2. ЗИП).

Суд има задатак да на рочишту извиди и утврди да ли постоји споразум странака о постојању потраживања, о времену његовог доспећа и да ли постоји њихова сагласност да се укњижбом заложног права на непокретности дужника обезбеди новчано потраживање.

Кад суд обезбеђења утврди да су се странке поравнале и како су се поравнале, он постигнути споразум уноси у записник, а потом странке овај записник потписују. Записник који садржи споразум странака о постојању потраживања, времену његовог доспећа и сагласност да се то новчано потраживање обезбеди заснивањем хипотеке има снагу судског поравнања по самом закону. Склапањем судског поравнања створена је и обезбеђена перфектна извршна исправа на основу које суд треба да дозволи заснивање хипотеке.

21. На основу судског поравнања склопљеног пред судом, суд по службеној дужности доноси решење о обезбеђењу којим одређује укњижбу заложног права на непокретности. Решење о обезбеђењу има исти значај као и решење које се у поступку обезбеђења доноси на тражење повериоца.

22. У поступку обезбеђења који се покреће сагласним предлогом странака не примењују се одредбе ЗИП-а о изузимању од извршења одређених непокретности јер се ради о поступку обезбеђења у коме се заложно право стиче уз сагласност дужника. Пошто се ради о добровољном залагању непокретности, нема места примени одредаба о изузимању од извршења.

23. Кад суд донесе решење о обезбеђењу заснивањем заложног права на непокретности на основу споразума странака, дужан је, по самом закону, да предузима све што је потребно да се то решење спроведе (чл.251. ЗИП). Пошто се радња обезбеђења састоји у укњижби хипотеке, суд ће решење о обезбеђењу доставити земљокњижном суду ради уписа хипотеке у теретни лист. Сама укњижба се врши по правилима земљокњижног права.

24. Заложно право на непокретности на основу споразума странака престаје отварањем стечајног поступка уколико је хипотека стечена за последњих шездесет дана пре отварања стечајног поступка. По томе се добровољна судска хипотека разликује од уговорне хипотеке која не престаје отварањем стечајног поступка. Очигледно је да се ова разлика испољава као изванредан недостатак добровољне судске хипотеке одн. хипотеке засноване на основу споразума странака као облика обезбеђења у односу на уговорну хипотеку.

25. У поступку обезбеђења који је покренут сагласним предлогом странака ради заснивања судске хипотеке на основу споразума странака, заложно право на непокретности је настало захваљујући томе што су се странке поравнале пред судом обезбеђења. Судско поравнање закључено у поступку обезбеђења представља извршну исправу. Ова извршна исправа омогућава да се поступак обезбеђења, одмах после доспелости потраживања, претвори у поступак извршења.

На предлог повериоца суд доноси решење о извршењу пошто утврди да је споразум странака постао извршан. Судско поравнање постаје извршно кад постане доспело потраживање које је у њима утврђено (чл.19. ст.1. ЗИП).

Решењем о извршењу, које суд доноси на предлог повериоца, суд ће одредити извршење на непокретној ствари дужника ради намирења обезбеђеног новчаног потраживања повериоца према одредбама које су законом предвиђене за извршење на непокретностима и спровести сам поступак извршења (чл.140-186. ЗИП).

Забележба решења о извршењу на непокретности има правно дејство од дана укњижбе заложног права на непокретности у поступку обезбеђења.

FOUNDING OF RIGHT OF PLEDGE ON REAL ESTATE IN THE PROCEDURE OF REAL GUARANTY

- Summary -

The procedure of real guaranty is a branch of the execution procedure in which is secured future realization of the creditor's claim when there is such a need to secure it until conditions for carrying the execution procedure out because of definite realisation of creditor's claim are met. The law on execution procedure fore-sights, as one of the means of security, right of pledge on real estate (mortgage).

The author of the paper analyzes mortgage ordered by the Court, which ap-pears, by statutory provisions, both as a coercive right of pledge on real estate and right of pledge on real estate on the basis of agreement of the parties. These two means of real guaranty are identical by their real nature, aim, activities and conti-nuance. There are differences between them which are to observed in regard to the mode of their establishing and procedure in which they are defined.

