

Мр Мирослав Лазих
 асистент

РЕАЛИЗАЦИЈА ПРАВА НАМИРЕЊА ХИПОТЕКАРНОГ ПОВЕРИОЦА

In cauda venenum.
 У репу отров.

Уводне напомене

Друштвена заједница представља систем међузависних односа у којима су људи упућени једни на друге. Човек је одувек давао и узимао, односно потраживао и дуговао да би задовољио различите физичке и духовне потребе. То је условило да је зајам један од најстаријих уговора који је регулисан и првим писаним изворима права (Хамурабијев законик, Законик дванаест таблица), а као правно незаштићен однос је постојао и раније.¹ Са појавом првих поверилачко-дужничких односа јавља се и проблем осигурања наплате потраживања. Непостојање гаранције сталног бонитета и немогућност ефикасне контроле над поступањем дужника са својом имовином, чине имовинску одговорност дужника недовољном гаранцијом наплате потраживања и захтевају додатна средства осигурања правног положаја повериоца. Допунска средства обезбеђења потраживања се, уобичајено, деле на лична (уговорна казна, јемство и одустаница) и реална (капара, кауција, ручна залога и хипотека).

Хипотека је заложно право на туђој непокретној ствари које овлашћује хипотекарног повериоца да ради наплате доспелог и ненамиреног хипотеком обезбеђеног новчаног потраживања прода посредством суда хипотековану непокретност и из добијене вредности наплати своје потраживање пре обичних и хипотекарних поверилаца са каснијим рангом. Хипотека је акцесорно стварно право чија је сврха да осигура принудну наплату потраживања које дужник није испунио редовним путем, тј. добровољно.

Право намирења је овлашћење хипотекарног повериоца да наплати своје потраживање из продајом реализоване вредности предмета хипотеке. Продаја предмета хипотеке је у

¹ Вид: С. Перовић, Облигационо право, Београд, 1980, стр. 631; Д. Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1988, стр. 251.

функцији реализације права намирења и не третира се у нашој правној теорији као посебно овлашћење хипотекарног повериоца. Реализација хипотеке указује на потребу разликовања ова два повезана и испреплетана овлашћења хипотекарног повериоца, чијим односом се бавимо у овом раду.

1. Право намирења хипотекарног повериоца

Право намирења потраживања обезбеђеног хипотеком из вредности хипотековане непокретности је примарно право хипотекарног повериоца чијом реализацијом се остварује функција хипотеке. Представља основно и комплексно овлашћење чијој се реализацији, у погледу времена и начина деловања, прилагођавају сва остала - секундарна овлашћења хипотекарног повериоца (права у случају смањења вредности предмета хипотеке, право првенства, право следовања, право продаје и др.).

1. 1. Појам и дејство права намирења

Хипотекарни поверилац стиче конституисањем хипотеке условно право намирења потраживања из вредности предмета хипотеке. Право намирења се не може реализовати до момента испуњења одређених услова, али оно од самог настанка хипотеке производи одређена дејства и оптерећује својину на предмету хипотеке. Разликовање дејства права намирења у различитим моментима постојања хипотеке узроковало је покушај правне доктрине да се залога посматра кроз "статичну" и "динамичну" фазу.

"Статична фаза залогe има функцију припремања динамичне фазе и служи да заштити ствар од свих евентуалних опасности које се могу догодити и учини је подобним за будуће задовољење кредитора. Динамична фаза актуелизује то задовољење одговарајућим средствима које стварна гаранција има кроз извршни поступак".² Хипотекарни поверилац у статичној фази хипотеке још увек нема афирмативно право намирења које може реализовати. Право намирења представља "кинетичку" снагу чија могућност активирања зависи од испуњења предвиђених услова. У статичној фази право намирења врши психолошки притисак на дужника да

² Rubino, *La responsabilita patrimoniale*, II deo, Torino, 1947, стр.240; Вид. З. П. Рашовић, *Заложно право на покретним стварима*, д. дис., Београд, 1993, стр.353.

добровољно намири тражбину. Статична фаза хипотеке треба да "конзервира" вредност хипотековане ствари, да би се право намирења реализовало у динамичној фази хипотеке. Динамична фаза залогe наступа након испуњења услова за реализацију права намирења. У динамичној фази залогe право намирења може се спровести принудним путем у извршном поступку.

1. 2. Претпоставке за реализацију права намирења

У моменту конституисања хипотеке њоме се осигурава наплата недospelог потраживања хипотекарног повериоца према дужнику. Право намирења постоји, најпре, само као потенцијално материјално-правно овлашћење чија потреба и могућност активирања зависе од испуњења следећих претпоставки: доспелост потраживања (1), доцња дужника (2) и избор намирења тражбине из предмета хипотеке (3).

1. 2. 1. Доспелост потраживања

Постојање пуноважног потраживања, због акцесорног карактера залогe, је неопходан претходни услов без кога се, по правилу, не може конституисати хипотека (*conditio sine qua non*). Реализација потраживања путем хипотеке захтева додатни квалитет постојећег потраживања - доспелост потраживања.

Доспелост потраживања наступа оног момента када је према уговору или закону дужник дужан да испуни своју обавезу, а поверилац овлашћен да захтева њено испуњење. *Venire dies significat eundem venisse, quo pecunia peti posset* (Ulpianus - D. 50, 16, 213). Доспелост значи да је наступило време у коме се дуговани износ може тужбом тражити.

Доспелост потраживања обезбеђеног хипотеком је основна претпоставка у погледу потраживања која мора наступити да би се хипотекарно право намирења могло реализовати редовним путем.³ Ова претпоставка, као и доцња дужника, настаје у облигацији чијем обезбеђењу залогa служи. Функција и акцесорност залогe успостављају потребу испуњења

³ Изузетно се хипотекарно право намирења, због угрожености интереса хипотекарног повериоца смањењем вредности предмета хипотеке од стране дужника, може реализовати и пре доспелости потраживања (чл. 67 ЗОСПО).

одређених претпоставки у главном правном односу - облигационом односу, да би се могла реализовати права из споредног правног односа - хипотекарног односа.

У нашој судској пракси се захтева да тражбина ради које се тражи продаја заложеног добра мора бити доспела и укњижена. Захтев за укњижењем тражбине произилази из правила о упису хипотеке и представља услов за формалноправни настанак хипотеке, па и за њену реализацију. Међутим, укњижба тражбине не ствара и претпоставку о постојању те тражбине, већ се постојање пуноважне и доспеле тражбине утврђује у претходном парничном поступку.

1. 2. 2. Доцња дужника

Доцња дужника (*mora debitoris*) наступа ако дужник не испуни своју доспелу обавезу у року одређеном за испуњење, нити понуди њено испуњење, а за одлагање испуњења нема правно релевантан разлог. *Non est in mora, qui potest exceptione legitima se tueri* (Sec. Paulus - D. 12, 1, 40). Није у доцњи онај који се може бранити законитим приговором.

Право наплате из предмета хипотеке могуће је реализовати тек пошто буде испуњен одложни и негативни услов (*conditio existit*) - да потраживање не буде исплаћено о доспелости, а ако се тај услов осујети (*conditio deficit*), отпада и могућност реализације права намирења путем заложног права.⁴ Дужник запада у доцњу ако по доспелости тражбине не испуни своју обавезу у предвиђеном року.

Доцња дужника наступа и непосредно делује у облигационом односу, а посредно, као и доспелост потраживања, модификује и садржину хипотекарног односа. Услови наступања доцње дужника су доспелост потраживања и опомена (*interpellatio*) у случају када време испуњења обавезе није одређено (чл. 324 ЗОО). Кривица дужника није услов за наступање доцње, а самим тим ни за реализацију права намирења.

1. 2. 3. Избор хипотекарног начина намирења тражбине

Постојање пуноважног и доспелог потраживања, доцња дужника и валидност хипотеке су потребне претпоставке за стицање могућности реализације хипотекарног права намирења.

⁴ Вид. Б. Визнер, Коментар ЗОВО, Загреб, 1980. стр. 374.

Да би до реализације хипотеке дошло потребно је још да хипотекарни поверилац изабере намирење тражбине из предмета хипотеке.

Функција хипотеке, и заложног права уопште, је да се повериоцу створи додатни извор намирења тражбине, поред одговорности дужника целокупном имовином, који се може користити у случају да изостане добровољно намирење тражбине као редован пут намирења. Имовинска одговорност и заложно право представљају супсидијарна средства намирења тражбине у односу на редован пут намирења. Да би дошло до намирења тражбине путем хипотеке потребно је да хипотекарни поверилац испуни две претпоставке:

1) Да изабере могућност принудног намирења тражбине. Начело диспозиције које важи при заштити грађанских субјективних права омогућава титуларима ових права да својом вољом одлуче да ли ће, или неће, користити могућност принудне реализације права када изостане добровољно испуњење. Хипотекарни поверилац има право избора, да захтева принудну реализацију тражбине или не користи такав захтев.

2) Да изабере намирење тражбине путем хипотеке. Одлучи ли се хипотекарни поверилац за наплату тражбине принудним путем, има, у односу на обичне повериоце, додатно право избора између два правна захтева: облигационоправног захтева који је уперен према имовини дужника и стварноправног захтева који је уперен према хипотекованој ствари. Неки аутори у старијој правној доктрини су сматрали да "заложни поверилац има две тражбине, и то једну личну и другу хипотекарну тражбину"⁵, а други "да се лични и хипотекарни дужник појављују према хипотекарном повериоцу као солидарни дужници"⁶, те зато хипотекарни поверилац има право избора.

Приликом избора хипотекарно право намирења није супсидијарно право у односу на имовинску одговорност дужника у смислу да се одредбе овог права могу примењивати тек када се одредбе о имовинској одговорности покажу као недовољне.⁷ Заложни поверилац може подићи и оба захтева, један за другим,

⁵ Ф. И. Спевец, Заложно право. Заложница, Загреб, 1911, стр.5.

⁶ Л. Марковић, Грађанско и стварно право, Београд, 1928, стр. 554.

⁷ Јустинијан је у римском праву дао хипотекарном дужнику, кад он није био и лични дужник, тзв. *beneficium excussionis personalis*, тј. право да захтева да поверилац најпре тражи наплату од личног дужника. Германско право је садржало супротно решење, па је лична одговорност важила само за евентуални остатак дуга. Опширније, Л. Марковић, Хипотекарно право, Београд, 1911, стр. 186.

ако би на основу једног непотпуно задовољио своје потраживање, јер наведени основи нису супротстављени и не искључују се међусобно.⁸Право избора основа намирења је истог карактера без обзира да ли је лични дужник истовремено и реални дужник, односно власник предмета залогe. Дужник који је у доцњи не може утицати на избор једног од два основа принудног намирења тражбине.

2. Право продаје хипотекованог добра

Право продаје (*ius distrahendi*) хипотекованог добра је овлашћење хипотекарног повериоца да изврши продају заложене ствари како би новчано изразио вредност предмета хипотеке и тиме омогућио наплату потраживања. Залогa служи да обезбеди наплату тражбине која није добровољно извршена од стране дужника. Зато тражбина, али и предмет обезбеђења, морају бити новчано изражени односно сведени на заједнички именитељ. У правној теорији залогa се третира као "право на новчану вредност ствари чији се реални карактер испољава кроз право да се реализује, за сопствену корист, новчана вредност ствари"⁹.

Продајом предмета хипотеке депосидира се досадашњи власник - хипотекарни дужник и конституише право својине у корист купца. Реализацијом права продаје се осигурано потраживање и хипотекована ствар своде на заједнички именитељ - новац, чиме се омогућава намирење потраживања. Тиме психолошки притисак хипотеке доживљава свој реалитет развлашћивањем досадашњег власника. Право продаје предмета хипотеке, које се одиграва у фази њене реализације, чини хипотеку "отровом" својине који се налази у њеном "репу".

2. 1. Начин и средства реализације права продаје

Право продаје предмета хипотеке се реализује у судском поступку на строго формалан начин и у складу са начелом

⁸ Тако: С. Karl-Herman, *Bürgerliches Recht Sachenrecht*, Wiesbaden, 1963, стр. 101; В. Soergel - W. Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, IV, 1968, (коментар уз § 1147); Чл 200 ст.2 бивш. Грађанског законика РСФСР;

⁹ F. Ferrara, *Trattate di diritto civile italiano*, I, str.364, цит. по З. П. Рашовић, цит. д. дис., стр. 33.

официјелности залогe. Хипотекарни поверилац не може на основу хипотеке захтевати непосредно од извршног суда продају предмета хипотеке, већ тек након претходно добијене извршне исправе. Средство за добијање извршне исправе је хипотекарна тужба (*actio hypothecaria*¹⁰).

Хипотекарна тужба је правно средство за реализацију овлашћења хипотекарног повериоца на продају, односно уновчење вредности предмета хипотеке и намирење тражбине из те вредности. Хипотекарна тужба је процесно средство којим се захтева од суда да утврди постојање пуноважног потраживања повериоца према дужнику које је осигурано хипотеком и да обавезе хипотекарног дужника да допусти намирење тог потраживања из предмета хипотеке.

Хипотекарну тужбу подиже хипотекарни поверилац против власника хипотековане непокретности. Уколико власник хипотековане ствари (реални дужник) није уједно и лични дужник, хипотекарни поверилац има право избора између две могућности:¹¹

- може подићи тужбу против личног дужника, а ако добијену извршну исправу не реализује из имовине овог дужника може је наплатити из вредности хипотековане непокретности чији је власник дужан да допусти продају и намирење.

- може подићи тужбу и непосредно против реалног дужника захтевајући намирење потраживања из вредности предмета хипотеке. Уколико је својина на заложеној ствари прешла са заложног дужника на треће лице пре доспелости потраживања, тужба се подиже против земљишнокњижног власника, а ако је пренос својине уследио након доспелости тражбине тужба се подиже против прибавиоца. Ако прибавилац није уписан као земљишнокњижни власник на хипотекованом добру, а тужен је, тужба се може истовремено подићи и против земљишнокњижног власника, што је последица стварноправног карактера овог захтева.

Претпоставке за успешност хипотекарне тужбе, које доказује хипотекарни поверилац, су постојање доспеле тражбине (материјалноправна претпоставка) и постојање исправне хипотеке на тужениковој непокретности која

¹⁰ Поверилац је у време принципата у Риму добио реалну тужбу (*actio Serviana*) која се могла употребити против лица код којих се налазе заложене ствари. Почев од III в.н.е. ова тужба се назива *actio hypothecaria*. Опширније, Д. Стојчевић, цит. дело, стр. 179.

¹¹ Опширније, Д. Стојановић, Стварно право, Београд, 1989, стр. 356.

обезбеђује то потраживање (формалноправна претпоставка). То успорава добијање извршног наслова и чини реализацију уговорне хипотеке спором, што је њен основни недостатак.

Хипотекарни поверилац који је подигао хипотекарну тужбу може за заштиту својих права користити и две врсте забележби (*adnotatio*). То су забележба отказа хипотекарне тражбине и забележба хипотекарне тужбе.

Забележба отказа хипотекарне тражбине се може извршити ако је отказ претходно укњижен у земљишну књигу и потврђен од суда. Њено спровођење омогућава дејство доспеле тражбине према сваком следбенику дужника.

Забележба хипотекарне тужбе омогућава да се ова тужба може подићи против сваког каснијег стицаоца хипотековане непокретности, као и да се добијени извршни наслов може непосредно управити против сваког власника непокретности.

Хипотекарном тужбом поверилац иницира поступак ради добијања извршног наслова којим се утврђује право намирења повериоца и обавеза дужника на трпљење тог намирења.¹² Када хипотекарни поверилац добије правоснажну и извршну пресуду или судско поравнање, он има подобан наслов за покретање поступка принудне продаје непокретности и наплате тражбине у извршном поступку.

2. 2. Право продаје и уговорне клаузуле код хипотеке

Законом је утврђена одређена садржина хипотеке која се мора поштовати да би се остварила сврха хипотеке и истовремено заштитио интерес и хипотекарног повериоца и хипотекарног дужника. Зато је код уговорне залог забрањено уговарање одређених клаузула којима се ремети садржина залог и равнотежа интереса субјеката заложног односа. Такве клаузуле су ништаве, а уговор о залози опстаје и важи као да нису ни уговорене (чл. 105 ЗОО). *Utile per inutile non vitiatur* (Sec. Ulpianus-D.45,1). Корисно се не квари некорисним.

¹² Тако је и у немачком праву предвиђено да иако је заложни поверилац, по доспелости целе или дела тражбине, овлашћен на продају заложене ствари, најпре мора да издејствује извршни наслов да би могао да изврши продају ствари у складу са прописима о продаји (§§ 1147, 1233 II BGB).

Забрањене клаузуле није могуће у потпуности утврдити принципом негативне еnumerације. У правној теорији је карактеристична забрана три клаузуле: *lex commissoria*, *pactum Marciano* и *pactum antichretium*.

2. 2. 1. Забрана клаузуле **lex commissoria**

Комисорна клаузула (*lex commissoria*) је додатна одредба уговора о залози којом се предвиђа да у случају неисплате дуга обезбеђеног залогом, право својине на предмету залогe прелази са заложног дужника на заложног повериоца.

Римско право је познавало додатке уговора о продаји (додатни споразуми или пакти - *pacta adiecta*), чије уговарање је било могуће код консенсуалних уговора. Клаузула *lex commissoria* је, осим код уговора о продаји, на специфичан начин прецизирана и првобитно могла бити уговарана и код уговора о залози. Доцније је ова клаузула забрањена код залогe због "свирепости последица које је производила према заложном дужнику" (*imp. Constantis A. ad. populum*, год. 326 - С. 8, 343).¹³

Забрана уговарања комисорне клаузуле је општеприхваћена у савременом праву а важи и за уговор о антихрези у правним системима који га допуштају¹⁴.

Забрана уговарања комисорне клаузуле је у нашем праву¹⁵ предвиђена одредбом чл. 69 ЗОСПО: "Ништава је

¹³ Ј. Даниловић - О. Станојевић, *Текстови из римског права*, Београд, 1987, стр. 185; Вид. Б. Х. Кочов, *Lex commissoria* и наше позитивно право, *Правни живот*, Београд, 3/1985, стр. 365

¹⁴ Чл. 2083 С.с. и чл. 93 ал. 4 *Трговачког законика Француске*; Чл. 816 ст. 2 и 894 Шв. ГЗ; § 1229 НГЗ и чл. 1239 *Грчког грађанског законика*, али само ако је комисорна клаузула закључена пре него што је заложни поверилац стекао право на продају предмета залогe; Чл. 1963 *Италијанског С.С.*, који познаје антихрезу, предвиђа: "Ништава је свака погодба, чак и ако је склопљена после закључења уговора, којом се уговара да у случају неплаћања дуга својина на непокретности прелази на повериоца". Тако и чл. 190 бив. ОИЗ за Црну Гору.

¹⁵ *Lex commissoria* је, првобитно, забрањена § 843 *Српског грађанског законика* који одређује да "поверилац не може заложену ствар у дуг задржати, но само по истечењу рока има право са знањем власти продати је... И по томе неће важити сви побочни уговори и услови противни природи залогe и зајма, као што су: уговор да поверитељу припадне залогa, ако му се зајам на време на врати; ...". Забрањена је и код заставе у ОИЗ за Црну Гору, који у чл. 214 ст. 2 предвиђа да "кад би у уговору била погодба да дужитељ постаје власник тога добра, чим

одредба уговора о хипотеци којом хипотекарни поверилац уговара за себе право да у случају неисплате дуга намири своје потраживање стицањем права својине на заложну непокретност, убирањем плодова које та непокретност даје или искоришћавањем непокретности на други начин".

Уговарање комисорне клаузуле је забрањено из следећих разлога:

а) Дужник је економски зависан од повериоца због чега је као уговорна страна у неравноправном положају, па је принуђен да прихвати и по њега неповољне уговорне одредбе које му поверилац намеће. Дужник, због те зависности, прихвата и уговарање хипотеке као допунског средства обезбеђења тражбине.

б) Комисорна клаузула се противи природи и сврси залог и њено допуштање би водило зеленаштву и оштећењу интереса дужника. Овом клаузулом се омогућава прелазак својине на предмету хипотеке у корист хипотекарног повериоца, без обзира да ли је вредност ствари пропорционална неисплаћеном дугу или је много већа. Код хипотеке је вредност предмета хипотеке, уобичајено, виша од износа потраживања чијем обезбеђењу служи. Зато би допуштање уговарања комисорне клаузуле омогућило оштећење интереса хипотекарног дужника.

в) Уговарање комисорне клаузуле користило би хипотекарном повериоцу са првенственим рангом. Остали хипотекарни повериоци не би могли да реализују хипотеку. Зато би допуштање комисорне клаузуле отежало и практично искључило могућност вишеструког залагања исте ствари.

Уговарање клаузуле *lex commissoria* је у нашем праву, као и у немачком праву, забрањено само до момента доспелости потраживања обезбеђеног залогом. После доспелости потраживања сматра се да престаје потреба за појачаном заштитом власника заложене ствари и он може слободно, па и путем уговарања комисорне клаузуле, располагати својином на предмету залог. У случају када је ствар заложена код више поверилаца, за уговарање комисорне клаузуле након доспелости потраживања према једном повериоцу, потребна је сагласност осталих хипотекарних поверилаца.

Уступање права својине уместо исплате дуга (*datio in solutum*) на заложеној ствари је допуштено. Може се извршити према правилима замене испуњења (чл. 308 ЗОО).

дужник на рок не плати, таква погодба неће вриједити, него ће се сматрати као и да је није".

2. 2. 2. Забрана уговарања марцијанског пакта

Марцијански пакт представља уговорну одредбу да ће заложни поверилац стећи по одређеној цени, ако му дуг не буде благовремено исплаћен, право својине на предмету залогe. Марцијански пакт се разликује од комисорног по томе што намеће губитак својине власнику предмета залогe по правичној цени, тако да се овде практично ради о продаји предмета залогe заложном повериоцу, док комисорни пакт води губитку својине на заложеној ствари без обавезе утврђивања и исплате разлике у цени досадашњем власнику. Код марцијанског пакта је губитак за заложног дужника "пропорционалан гарантованом дугу"¹⁶, а хипотекарни поверилац као купац има обавезу само на исплату вишка вредности ствари у односу на износ потраживања.

У нашем праву је поред забране уговарања *patto commissorio* забрањено и уговарање *patto Marciano*, иако се у законској одредби не врши њихово разграничење, а то не врши и највећи део наше правне теорије. Забрана марцијанског пакта је обухваћена одредбом чл. 69 ЗОСПО. Ова забрана је била предвиђена још у СГЗ-у који је §843 ст. 2 одредио да неће важити "побочни уговор да поверитељ залогу по својој вољи може за напред одређену цену продати, или за себе задржати". ОИЗ за Црну Гору није изричито регулисао ову забрану, али она произилази из општих одредби (чл. 180, 181, 214).

Уговарање марцијанског пакта је забрањено из сличних разлога као и уговарање комисорног пакта. Хипотекарни дужник би због зависности био принуђен да прихвати уговарање неправичне цене, односно ниже цене од оне коју би добио продајом ствари на јавној продаји. Изузетак је предвиђен за ручну залогу када је заложена ствар чија је цена прописана и допуштено да се уговарачи споразумевају да поверилац прода заложену ствар по прописаној цени или је по тој цени задржи за себе (чл. 973 ст. 2 ЗОО).

Сматрамо да се наведено правило за ручну залогу може аналогно применити и код хипотеке. Предмет хипотеке је непокретна ствар чија се вредност може проценити у новцу и мање је варијабилна на тржишту од цене покретних ствари. Уговарање марцијанског пакта би свакако требало допустити

¹⁶ M. Bianca, *Patto commissorio*, *Novissimo Digesto Italiano*, Milano, 1957, стр. 712; F. Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959; Вид. З. П. Рашовић, цит. дело, стр. 249.

по доспелости потраживања уз могућност да стране уговорнице самостално одреде продајну цену.

Уговарање марцијанског пакта треба допустити код хипотеке још приликом њеног конституисања, али уз додатну заштиту интереса хипотекарног дужника и хипотекарног повериоца са каснијим рангом. Та заштита би се остварила обавезом да се претходно изврши процена вредности предмета хипотеке од стране суда, по којој цени би хипотекарни поверилац могао zaloжену ствар задржати за себе или продати трећем лицу. Хипотекарни дужник и хипотекарни поверилац би могли да избегну дејство марцијанског пакта позивајући се на промењене околности услед којих је вредност заложене ствари увећана или умањена и захтевајући јавну продају предмета хипотеке.

Допуштање уговарања марцијанског пакта би убрзало реализацију хипотеке и умањило трошкове јавне продаје ствари, чиме би се повећала ефикасност хипотеке, а не би угрозио интерес хипотекарног дужника.

2. 2. 3. Забрана уговарања **pactum antichretium**

Pactum antichretium подразумева право хипотекарног повериоца да употребљава и прибира плодове са предмета хипотеке, што претпоставља и стицање државине на хипотекованој ствари. Питање забране *pacti antichretio* је посебно значајно у правним системима који не прихватају антихрезу као посебан облик обезбеђења потраживања.

У нашем праву није допуштена антихреза, а забрањено је и уговарање антихретицке клаузуле код уговора о хипотеци. Уговарање ове клаузуле би водило прибављању несразмерне имовинске користи у корист хипотекарног повериоца. Допуштање антихретицке клаузуле је неспојиво са појмовним карактеристикама хипотеке, да она подразумева да власник предмета хипотеке задржава право на државину, коришћење и располагање хипотекованом ствари. Изричито је забрањено одредбом чл. 69 ЗОСПО.

Уговарање антихретицке клаузуле је у нашем праву изузетно допуштено код уговора о залози на броду. Такође, у правној пракси постоји могућност изигравања прописа о забрани антихретицке клаузуле. Хипотекарни дужник може хипотековану ствар дати у закуп хипотекарном повериоцу уз цесију закупнине у корист закупопримца и њено пребијање са потраживањем.

2. 2. 4. Забрана осталих уговорних одредби

Поред наведених клаузула, ништаве су и све друге уговорне одредбе које су у супротности са појмовним карактеристикама, правима и обавезама субјеката хипотекарног односа. Тако је §1136 НГЗ и чл. 1290 Грчког грађанског законика предвиђено да су "ништави споразуми којима се власник обавезује да неће отуђити или да је неће оптеретити другим стварним правима".

СГЗ је у пар. 843 ст. 2, поред раније наведених клаузула, предвидео и неважност "побочног уговора да дужник залогу нигда искупити, или на никог другог пренети не може; или да поверитељ не може захтевати продају залог за измирење и пошто уговорено време за повраћај зајма претече".

Иако наше позитивно право не наводи изричито ове клаузуле као забрањене, њихова неважност произилази из општих правила о појму и садржини хипотеке.

3. Право продаје и право намирења у извршном поступку

Продаја непокретности ради наплате новчаног потраживања је поступак извршења који се одвија кроз два стадијума: стадијум одлучивања и стадијум спровођења извршења. Стадијум спровођења извршења отпочиње на основу решења о извршењу и одвија се кроз следеће фазе: забележба решења о извршењу у земљишну књигу; утврђивање вредности непокретности; продаја непокретности и намирење повериоца. За наш рад су интересантне последње две фазе.

3. 1. Продаја непокретности

Суд, по правоснажности решења о утврђивању вредности непокретности, доноси закључак о продаји непокретности којим се одређују начин и услови, као и време и место продаје ако се она врши путем надметања (чл. 156 ЗИП). Суд је обавезан да одреди продају непокретности непосредном погодбом, ако то предложи странке у извршном поступку и заложни повериоци на основу међусобног споразума (чл. 158 ст. 4 и 5 ЗИП).

Против закључка о продаји није допуштена жалба. Прво рочиште за продају се може одржати најраније тридесет дана од објављивања закључка (чл. 156 ЗИП). Друго рочиште за продају се може одржати по протеклу најмање тридесет дана од одржавања првог рочишта (чл. 163 ст. 3 ЗИП). Наведени рокови служе обезбеђењу јавности и примењују се и код продаје непосредном погодбом.

3. 1. 1. Начин продаје непокретности

Продаја непокретности се врши јавним надметањем, осим ако је предложена продаја непосредном погодбом.¹⁷ Јавно надметање се врши усменим понудама (јефтима, аукција), а не писменим (оферталним) надметањем. Ради се о тзв. јавном надметању без резерве, што значи да је организатор продаје дужан да ствар прода најбољем понудиоцу. Продаја непокретности у извршном поступку представља принудну продају и зато власник продате ствари не одговара за мане ствари. Продаја се одвија у судској згради, а заинтересована лица могу разгледати непокретност пре одржања рочишта за продају (чл. 158 и 151 ЗИП).

Понуда јавним надметањем се изводи да би се омогућило максимално деловање закона понуде и тражње и ствар продала по најповољнијим условима, чиме се штите интереси свих странака и учесника у извршном поступку. Суд и код продаје непосредном погодбом доноси закључак о продаји у коме се, поред осталог, одређује и рок у коме је купац дужан да положи цену, с тим што рок, ни када се цена исплађује у оброцима, не може бити дужи од шест месеци (чл. 159 ЗИП).

3. 1. 2. Полагање јемства

Јемство је новчани износ који полагају лица која желе да учествују у јавном надметању у корист лица која имају право на намирење и која стичу заложно право на новчаном износу положеном на име јемства. Јемство се полагаје у готовом новцу у висини једне десетине од утврђене вредности непокретности. Без полагања јемства у јавном надметању могу да учествују поверилац који је поднео предлог за извршење и заложни поверилац, уколико њихова потраживања достижу износ јемства и ако би се, обзиром на њихов ред првенства и процењену вредност непокретности, тај износ вероватно могао намирити из продајне цене (чл. 160 ст. 3 ЗИП).

Јемство се полагаје ради обезбеђења покрића трошкова продаје и евентуалне разлике у цени ако се врши нова продаја,

¹⁷ У немачком праву се продаја предмета залоге обавља путем јавне дражбе уз јавно оглашавање времена и места продаје (§§ 1235, 1237 НГЗ). Ако предмет има берзанску или тржишну цену, заложни поверилац може издејствовати продају из слободне руке посредством јавно овлашћеног трговачког посредника или путем јавне дражбе, по сталној цени (§1219 НГЗ). Опширније, Н. Eichler, Institutionen des Sachenrechts, II, Berlin, 1960, стр. 554.

зато што је претходна продаја оглашена неважећом јер купац није платио цену у предвиђеном року (чл. 166 ЗИП). Јемство се може увек повући и тиме одустати од надметања. Полагаоцима јемства који нису купили непокретност, положени износ се враћа по окончању понуде. Купцу непокретности се јемство или враћа по исплаћеној цени, или се по његовом захтеву урачунава у куповну цену.

3. 1. 3. Понудилац и круг могућих купаца

Понудилац може бити само лице које може бити купац по закону. Одредбом чл. 162 ЗИП је предвиђено да "купац не може бити, ни на основу надметања, нити на основу непосредне погодбе, дужник, судија или друго лице које службено учествује у поступку продаје, као ни лице које по закону не може стећи непокретност која је предмет извршења".

Сматрамо да би требало, због дужине времена које може протећи од доцње дужника па до организовања јавне продаје и због могућности поправљања бонитета дужника у моменту продаје, требало допустити и дужнику да може бити купац.¹⁸ Начин утврђивања висине продајне цене искључује могућност да дужник куповином непокретности оштети интерес поверилаца.

3.1 4. Утврђивање висине продајне цене

Непокретност се продаје по најповољнијој цени првобитном понудиоцу или понудиоцу по основу права прече куповине. Законодавац је одредио доњу границу висине продајне цене да би заштитио интерес поверилаца, али и власника ствари који има право на "вишак", односно остатак вредности предмета хипотеке (hipoteca). На првом рочишту за продају непокретност се не може продати испод проценом утврђене вредности (чл. 163 ст. 1 ЗИП). По закључењу првог рочишта, суд може заказати друго рочиште на коме се може прихватити и понуда у висини од најмање две трећине проценом утврђене вредности непокретности (чл. 163 ст. 2 ЗИП).

Понуда је пуноважна ако је дата од лица које има својство понудиоца и ако одговара условима утврђеним у закључку о продаји (у погледу висине, услова плаћања,

¹⁸ Према § 1239 НГЗ право учешћа и давања понуда на јавној дражби има и власник ствари и заложни поверилац. Њихова понуда има једнак третман као и остале. Биће прихваћена ако је највиша и ако куповна цена може да се исплати одмах у готовом новцу (§ 1238).

преузимања терета итд.).¹⁹ Понудилац је обавезан да понуду одржи до закључивања надметања. Нова понуда мора садржавати вишу цену од претходне да би се сматрала повољнијом, а остали услови плаћања су одређени закључком и нису предмет надметања. Суд закључује надметање ако од дате понуде са највишом ценом није у наредних десет минута дата повољнија понуда.

3. 2. Намирење поверилаца

Намирење свих поверилаца потраживања која се намирују из продајне цене непокретности обавља се на рочишту за деобу износа постигнутог продајом те непокретности, које се одржава по правоснажности решења о предаји непокретности купцу (чл. 170 ЗИП). Намирење поверилаца је крајњи циљ поступка извршења којим се окончава и поступак спровођења извршења.

Изостанак странака са рочишта за деобу износа не спречава суд да поступа према стању списка и подацима из јавних књига. Пријава непријављених потраживања, као и оспоравање пријављених потраживања, врше се до завршетка рочишта за деобу (чл. 176 ЗИП).

Рочиште за деобу се завршава решењем о намирењу у коме суд утврђује висину деобне масе, лица и потраживања која се намирују, ред намирења и трошкове извршења. Ако је износ деобне масе нижи од укупног износа свих потраживања, онда се најпре намирују ранији повериоци и потраживања према реду намирења, а повериоци истог реда првенства се у недостатку средстава за потпуно намирење, намирују сразмерно. Редом намирења одређује се првенство при намирењу поверилаца намирења.

3. 2. 1. Круг поверилаца намирења

Круг поверилаца намирења чине потенцијални повериоци који могу да се јаве као тражиоци намирења из продајне цене одређене непокретности. Одредбом чл. 171 ЗИП је предвиђено да се "из продајне цене намирују повериоци по чијем је предлогу одређено извршење, заложни повериоци, и ако нису пријавили своја потраживања, лица која имају право на накнаду за личне службености и стварне терете, друштвено-политичке заједнице за потраживање дажбина, као и лица која имају потраживања наведена у чл. 172 ст. 1 тач. 3 ЗИП".

¹⁹ Опширније, Б. Старовић, Коментар ЗИП, Нови Сад, 1991, стр. 433.

3. 2. 2. Ред намирења поверилаца

Редом намирења се одређује редослед наплате између субјеката који чине круг могућих поверилаца, односно тражиоца намирења из продајне цене одређене непокретности. Ред намирења је посебно значајан у случају када деобна маса није довољна за потпуно намирење потраживања свих тражиоца намирења. Тада претходни ред намирења има првенство и искључује намирење потраживања из наредног реда за која недостају средства. Поред главнице потраживања, по истом реду се намирују, и то пре главнице, најпре трошкови извршења, а затим камата (чл. 313 ЗОО и чл. 173 ЗИП).

Одредбом чл. 172 ЗИП је одређена категорија потраживања која имају првенствени ред намирења по принципу "реалног приоритета"²⁰. То су привилегована потраживања која се наплаћују прва, независно од тога коме повериоцу припадају. Привилегована потраживања се наплаћују по следећем реду: трошкови извршног поступка (први ред првенства); дажбине доспеле за последњу годину које терете продату непокретност - нпр. неплаћени порез (други ред првенства); потраживања по основу законског издржавања, накнаде штете и друга потраживања одређена чл. 172 ст. 1 тач. 3 ЗИП (трећи ред првенства).

Потраживања из другог и трећег реда првенства се намирују као привилегована само ако су пријављена најдоцније на рочишту за деобу и ако се доказују извршном исправом (чл. 172 ст.2 ЗИП). По намирењу привилегованих намирују се и остала потраживања. Ту спадају и потраживања обезбеђена заложним правом (чл. 173 ст. 1 ЗИП). Ред намирења ових поверилаца је одређен у складу са правом првенства и рангом стварних права (чл. 173 ст. 2 ЗИП).

4. Однос права продаје и права намирења хипотекарног повериоца

Закон о основним својинско-правним односима не говори изричито о праву хипотекарног повериоца на продају предмету хипотеке. већ само о његовом овлашћењу да "тражи намирење свог потраживања из вредности непокретности" (чл. 63). У правној теорији се, такође, сматра да заложни поверилац има само "право да од суда захтева да донесе одлуку о продаји

²⁰ Б. Старовић, цит. дело, стр.451.

непокретности на основу извршне исправе".²¹ Право на продају предмета хипотеке третира се као овлашћење које је инкорпорирано у праву намирења хипотекарног повериоца. Овакво схватање се може заснивати и на чињеници да се исте претпоставке (доспелост потраживања, доцња дужника, избор хипотекарног начина намирења тражбине) захтевају за реализацију и права продаје предмета хипотеке и права намирења тражбине обезбеђене хипотеком.

Сматрамо да су оваква схватања настала и због непрецизне законске одредбе. Право продаје предмета хипотеке је посебно овлашћење хипотекарног повериоца које временски претходи и у функцији је остварења права намирења. Продаја непокретности омогућава реализацију тражбине путем хипотеке и има секундаран карактер у односу на право намирења. Право продаје је посебно овлашћење хипотекарног повериоца из следећих разлога:

1) Заједнички садржај свих облика залогe је право уновчења предмета залогe. Залогa не пружа заложном повериоцу право намирења тражбине из предмета залогe, односно из употребне вредности заложене ствари (нема право на употребу и прибирање плодова).²² Заложни поверилац има право намирења из прометне вредности заложене ствари постигнуте њеним уновчењем. Уновчење предмета залогe се врши, по правилу, продајом заложене ствари.

2) Хипотекарни поверилац конституисањем хипотеке стиче условно право располагања својином на предмету хипотеке. Залогa је стварно право на туђој ствари које произилази из својинског овлашћења располагања и овлашћује заложног повериоца да може, ако дужник не изврши обавезу, ствар продати и из продајне цене наплатити вредност дуга. Право располагања хипотекованим добром је "најпре само латентно, потенцијално, да би по доспелости пуноважне, а неисплаћене тражбине обезбеђене хипотеком постало актуелно"²³. Право располагања предметом хипотеке је овлашћење хипотекарног повериоца да пренесе својину на

²¹ Стојановић у: Д. Стојановић - Д. Поп-Георгиев, Коментар ЗОСПО, Београд, 1989, стр. 228; Орлић у: О. Станковић - М. Орлић, Стварно право, Београд, 1989, стр. 386.

²² Да се код залогe не ради о намирењу тражбине непосредно из ствари произилази и из одредби чл. 63 ст. 1, чл. 67 и чл. 69 ЗОСПО, као и из одредби чл. 966, 980 и 981 ЗОО; Тако и Т. Тумбри, Заложно право, Зборник ПФ у Загребу, 1-2/1981, на стр. 138 наводи да "повериоца намирује вредност ствари или права, а не сама ствар или право".

²³ Стојановић у: Д. Стојановић - Д. Поп-Георгиев, цит. дело, стр. 232.

хипотекованој непокретности са хипотекарног дужника, као власника ствари, на треће лице као стицаоца својине.

3) Исте претпоставке за реализацију права продаје и права намирења се захтевају због тога што се реализацијом ових права у суштини ради о располагању "туђом" ствари, односно својином и о депоседирању досадашњег власника те ствари. Притом право продаје предмета хипотеке нема самосталан циљ, већ представља претходни услов за реализацију права намирења. На основу истих претпоставки се у парничном поступку истовремено утврђује постојање права на продају заложене ствари и права на намирења из њене вредности, да би се затим у извршном поступку приступило њиховој реализацији.

4) Хипотекарни поверилац има право продаје предмета хипотеке као материјалноправно овлашћење које чини садржину хипотеке. Продаја предмета хипотеке се не може извршити непосредно од стране тигулара хипотеке, већ само посредством суда. То је условило схватање да је "ius distrahendi само извршење процесног права које припада било ком повериоцу, без обзира да ли је установљено реално право или није"²⁴ Ово схватање не разликује право повериоца од начина реализације тог права. Питање технике реализације субјективног права принудним путем не треба мешати са самим правом. Субјективно право овлашћује на материјалноправни захтев који је упућен носиоцу обавезе у правном односу и на правозаштитни захтев који се упућује суду. Хипотекарни поверилац је овлашћен да по испуњењу услова за реализацију хипотеке прода заложену ствар, а "тражење намирење од суда" (чл. 63 ЗОСО) већ припада техници реализације права која не мења његову суштину и правну природу.²⁵

5) Реализација права продаје предмета хипотеке не води увек и потпуној реализацији права намирења. Право продаје може бити реализовано а да право намирења не буде реализовано, било зато што новчана маса не достиже потребан износ, било зато што је на рочишту за деобу успешно оспорено потраживање (чл. 176 ЗИП). Са друге стране, право намирења не може бити реализовано ако претходно није извршено уновчење вредности предмета хипотеке. Ако је реализација тражбине продајом заложене ствари постала немогућа јер је

²⁴ F. Ferrara, op. cit., стр. 364; Вид. З. П. Рашовић, цит. д. дис., стр. 33.

²⁵ Тако чл. 83 Италијанског грађанског законика предвиђа као опште правило да се "продаја врши на јавној дражби, посредством овлашћеног лица за такве радње или, ако овога нема у месту одређеном за продају, посредством судског извршитеља".

заложена ствар пропала, изгубила вредност или више нема прометну вредност, поверилац је једино овлашћен да своју доспелу тражбину остварује из имовине дужника независно од залогe. Све то указује на међусобну повезаност и испреплетеност права продаје и права намирeња.

6) Право на *ius offerendi* хипотекарни поверилац може користити до момента продаје, а не до момента реализације права намирeња. *Ius offerendi* је овлашћење хипотекарног повериоца да исплати тражбину другом хипотекарном повериоцу због чијег потраживања је захтевана принудна продаја предмета хипотеке. Том приликом ступа (суброгира) на његово место, и то како у облигационом односу - преузимајући потраживање, тако и у хипотекарном односу - преузимајући хипотеку.

7) Право на повраћај "вишка" вредности (*hiperoha*) је овлашћење хипотекарног дужника да по наплати свих потраживања из новчане вредности постигнуте продајом предмета хипотеке преостали део вредности припадне њему. Право на хипероху произилази из својине и обухвата право власника ствари на онај део новчане вредности постигнут продајом предмета хипотеке који није захваћен реализацијом наплате потраживања. Хипероха је део вредности хипотековане непокретности који је захваћен правом продаје, али не и правом намирeња. Право на хипероху је регулисано чл. 4 и чл. 180 ст. 2 ЗИП.

8) Право на превремену наплату потраживања у случају смањења вредности предмета хипотеке регулисано је чл. 67 ЗОСПО. Сматрамо да је у том случају хипотекарном повериоцу требало допустити право на превремену продају и депоновање новца код суда до доспелости потраживање, а не и право на превремено намирeње потраживања. Право на превремено намирeња намеће питање права хипотекарног дужника на тзв. дисконт јер је пре доспелости тражбине лишен својине и државине на предмету хипотеке.

*

* *

Право намирeња је комплексно овлашћење хипотекарног повериоца које захтева низ претпоставки и додатна (секундарна) овлашћења за своју реализацију. Сматрамо да право продаје није само овлашћење инкорпорирано у праву намирeња, већ посебно, секундарно овлашћење које је у функцији остварења права намирeња као

примарног, основног овлашћења. То произилази из низа различитих правних радњи у поступку реализације хипотеке које се захтевају за реализацију права продаје, односно права намирења. Функција хипотеке чини ова два овлашћења међусобно повезаним и условљеним, пре свега заједничким условима реализације и јединственим циљем - остварењем принудне наплате потраживања осигураног хипотеком.

REALISATION DU DROIT L'ACQUITEMENT DU CREANCIER HYPOTECAIRE

Résumé

Le droit de l'accommodement est l'autorisation du créancier hypothécaire de se faire payer sa revendication due et non parfaite, assurée par l'hypothèque et liée à la valeur de l'objet de l'hypothèque. Afin de réaliser le droit de l'accommodement le créancier hypothécaire doit d'abord provoquer la vente de l'objet de l'hypothèque par l'intermédiaire du tribunal. Le droit de la vente de l'objet de l'hypothèque est une autorisation secondaire du créancier hypothécaire est une la fonction de la réalisation de l'autorisation primaire, du droit de l'accommodement. Par la vente de l'objet de l'hypothèque la revendication assurée et la chose hypothécaire se ramène au dénominateur commun - l'argent, par quoi on assure la réalisation de l'autorisation de l'accommodement. Le droit de l'accommodement et le droit de la vente sont deux autorisations entremêlées pour la réalisation desquelles sont nécessaires les mêmes conditions: l'échéance, le retard du débiteur et la revendication par voie de contrainte puisée de la valeur de l'objet hypothécaire. L'entremêlement de ces autorisations provoque leur distinction insuffisante dans la théorie juridique.